PRIMO TRATTATO COMPLETO

DI

DIRITTO AMMINISTRATIVO ITALIANO

A CURA DI

V. E. ORLANDO

Prof. ord. di diritto amministrativo nell'Univ. di Palermo

CON LA COLLABORAZIONE

DI ALTRI GIURECONSULTI ITALIANI

Biblioteca
Sen. G. MARTINELLI

VOLUME TERZO

F. CAMMEO. — *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*

G. VACCHELLI. — *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*

ROMANO S. — *Le giurisdizioni speciali amministrative*

ORLANDO V. E. — *La giustizia amministrativa*

S. ROMANO. — *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*

PARTE COMPLEMENTARE

V. DI SALVO. — *La giurisdizione dei prefetti sui demani comunali*

SNI 735

MILANO
SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
Via Disciplini, 15. Gall. De Cristoforis, 54
1901

F. CAMMEO

Della manifestazione della volontà dello Stato

NEL CAMPO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Legge ed ordinanza (decreti e regolamenti)

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
ISTITUTO
Giuridico
FERRARA

PARTE I.

Introduzione

—

CAPO I.

Esposizione dell'argomento e sua partizione.

Sommario. — Leggi e regolamenti. — 2. I regolamenti come norme giuridiche; le leggi come atti amministrativi. — 3. Partizione della materia.

1. Chi si fermi ad osservare il modo di essere e di agire dello Stato libero, ed in particolare dello Stato costituzionale italiano, di fronte ai cittadini, e dei cittadini fra loro, rileva il fatto, che esso nel suo complesso è ugualmente e contemporaneamente regolato da due specie di norme. Le une sono emanate dal Re col consenso del Parlamento; le altre o dal Re soltanto, assistito dai suoi ministri, o da altre autorità amministrative (ministri, capi servizio centrali o locali, provincie o comuni) nella cerchia delle loro attribuzioni. Le prime son dette leggi, le seconde regolamenti. Questo fatto è così comune e costante, che non sempre, in ragione della abitualità, se ne ha esatta coscienza. Ma l'osservatore diligente, che se ne renda conto, vede che esso si verifica in ogni campo dell'attività giuridica. Nel diritto civile — accanto al codice civile — che è legge, nel senso anzidetto, vi sono regolamenti per le disposizioni transitorie e per l'ordinamento dello Stato civile: uguale fenomeno si constata per il diritto commerciale dove, oltre il codice, vi è un regolamento per le norme transitorie ed un regolamento di esecuzione e per il diritto giudiziario, per il quale i due codici di procedura e la legge sull'ordinamento giudiziario si accompagnano ad un regolamento generale giudiziario. Per il diritto penale, oltre al codice ed alle altre leggi penali, numerosi reati e specialmente contravvenzioni sono previste e punite da regolamenti generali o locali che insieme alle leggi anzidette coprono per intero il campo dell'attività di polizia dello Stato.

La giustizia amministrativa se nelle istituzioni fondamentali è regolata per legge, nelle sue forme procedurali è ordinata con regolamenti. L'ordinamento dei vari organi dello Stato, la definizione

delle competenze loro per alcuni organi più importanti è attribuita alla legge, per gli altri talora alla legge, tal'altra al regolamento. I rapporti fra impiegati e le pubbliche amministrazioni sono essi pure in parte regolati dalla legge ed in parte da regolamenti generali e locali. In generale ogni legge, concerna essa l'attività giuridica o l'attività sociale dello Stato, o si limiti a definire i rapporti dei cittadini fra loro, sia essa cioè di diritto pubblico o di diritto privato, è susseguita da uno o da più regolamenti. Onde, tenuto conto dei regolamenti che direttamente non si riannodano ad alcuna legge, scorrendo la raccolta degli atti del Governo, sceverati quelli che concernono casi particolari, si vede che le norme regolamentari sono di gran lunga più numerose, che quelle legislative. Se si guarda poi al modo con cui i vari organi dello Stato esercitano le loro funzioni, si vede che essi egualmente si conformano, di regola, così alle leggi come ai regolamenti.

I funzionari amministrativi vi prestano incondizionatamente uguale ossequio. I tribunali ordinari civili o penali sono chiamati ad interpretare e ad applicare ugualmente le une e gli altri, salvo casi eccezionali. Il ricorso in Cassazione si dà così per violazione di legge, come per violazione di regolamento. E le due violazioni costituiscono entrambe vizio di illegittimità, che dà adito al ricorso dinanzi ai tribunali amministrativi.

Finalmente le leggi stesse in molte loro disposizioni parlano delle leggi e dei regolamenti come di due atti sostanzialmente analoghi: siccome si rileva, per non citare che gli esempi più famigliari, dagli art. 436, 534, 544, 572, 601, 1890 del codice civile, l'art. 2 del codice di commercio, gli art. 20-27 delle disposizioni transitorie del codice penale, ecc.

2. Questi fatti, che non sono particolari allo Stato italiano, ma che in maggiore e minor misura si verificano in ogni Stato costituzionale dai più liberi, come nella Repubblica Nord Americana, quella Francese, nella Monarchia Belga ed Inglese, ai più autoritarii come nelle Monarchie Germaniche, rivelandoci, che la condotta dei cittadini, degli organi dello Stato, dello Stato stesso come persona giuridica pubblica e privata è regolata così dalle leggi come dai regolamenti, rendono lecita, *prima facie*, la supposizione, che le due forme siano entrambe fonti di diritto obbiettivo [1]). Imperocchè la definizione più semplice del diritto obbiettivo, che prescinde dagli elementi più complessi e controversi, lo dice appunto una regola di condotta imposta dallo Stato [1]). Questa idea, per ora puramente empirica, deve essere constatata alla stregua di un'analisi più minuta, dal punto di vista del diritto vigente, della storia e della legislazione comparata. E se ed in quanto resulti provata ed accettabile, diviene necessario definire, quali siano le sfere di attività rispettive di queste due forme di manifestazione di volontà dello Stato, ed i loro limiti. Giacchè *a priori* è evidente, che delle due, l'una deve prevalere e questa non può essere se non la legge, che è manifestazione di volontà dell'organo supremo.

[1]) L'osservazione, anche superficiale, dimostra che esse non sono le sole fonti di diritto: la condotta dei cittadini, dello Stato e dei suoi organi è regolata anche da altre raccolte di norme: le consuetudini ed i trattati internazionali. Ma di ciò più oltre. Per dare un concetto preliminare della questione che ci occupa basta constatare, che legge e regolamento sembrano entrambi fonti di diritto obbiettivo, prescindendo dal considerare se altre fonti vi siano, quale natura debba a queste riconoscersi, e quale analogia od identità formale e sostanziale con le leggi ed i regolamenti esse abbiano.

Le ricerche sulla natura e sui limiti della legge e del regolamento nello Stato costituiscono l'argomento della presente monografia. Ma per poterlo convenientemente esaurire è necessario definire anzitutto la nozione di diritto, più completamente, che non siasi fatto con quella definizione sommaria ed unilaterale, per chiarezza richiamata poco innanzi.

A tal uopo bisogna analizzare quella che, per comune consenso, è la fonte precipua di diritto, cioè la legge, confrontandola con le altre indubitate fonti di diritto e principalmente colla consuetudine [2]). Prese a considerare le leggi, nel senso puramente formale di questa parola, cioè nel senso di atto emanato coll'approvazione delle Camere e colla sanzione regia, si rileva che non tutte hanno il medesimo contenuto: alcune contengono norme obbligatorie generali, altre concernono casi speciali; e fra queste ultime alcune innovano alle norme generali vigenti, altre vi si conformano appieno.

Questa differenza di contenuto fa supporre una differenza di natura; onde appare opportuno ricercare se ogni legge, nel senso formale di atto approvato dal Parlamento e sanzionato e promulgato dal Re, sia fonte di diritto obbiettivo: e se per avventura non vi siano leggi formali, che, analogamente alle manifestazioni di volontà per un caso concreto dei singoli nel diritto privato o degli organi amministrativi nel diritto pubblico, costituiscano negozi giuridici, validi ed efficaci in base a norme di diritto obbiettivo.

Definito in ordine a questa analisi, che cosa sia diritto obbiettivo, sarà possibile riconoscere, se ed in quanto nei regolamenti se ne riscontrino effettivamente i caratteri. E, partendo dai resultati così raggiunti, sarà più facile determinare i rapporti ed i limiti fra l'attività legislativa e quella regolamentare: distinguere le varie specie di regolamenti e stabilire gli organi competenti ad emanarli, e l'efficacia loro rispetto ai funzionari, ai tribunali ordinari ed alle giurisdizioni amministrative.

[1]) Jhering, *Zweck im Recht*, 3.ª ed., Lipsia, 1893, I, pag. 330.

[2]) Codacci-Pisanelli, *Legge e Regolamento*, Napoli, 1888, pag. 17 e 18.

3. Le due questioni sulla natura della funzione legislativa e sui limiti fra legge e regolamento sono fra le più importanti e complesse del diritto pubblico. Sono fra le più importanti, giacchè la loro esatta risoluzione costituisce la base delle teorie circa la difesa dei cittadini contro l'atto della pubblica amministrazione [1]), imperocchè questo in tanto è legittimo in quanto non contraddice al diritto vigente, contenuto nelle leggi, ed entro i limiti da queste segnati, dai regolamenti. Tutto ciò equivale a dire, che le due questioni sopra delineate sono la base di quella libertà civile, che ormai, assicurata più o meno completamente la libertà politica, è il compito del diritto pubblico ed in particolare del diritto amministrativo, il cui ideale è appunto lo Stato giuridico [2]).

Le due questioni sono fra le più complesse, poichè si connettono colle teorie fondamentali più dibattute del diritto pubblico; in particolar modo colla teoria della sovranità e con quella della divisione dei poteri.

L'influenza poi delle diverse tendenze politiche liberali ed autoritarie si fa su di esse particolarmente sentire. Tant'è vero che la distinzione fra legge in senso formale avente anche contenuto giuridico e legge priva di questo contenuto si è specialmente svolta ed affermata in Prussia in ordine al bilancio, in occasione di un famoso conflitto fra Governo e Parlamento.

Naturalmente le due questioni saranno trattate, in questo scritto, dal punto di vista strettamente giuridico, avuto riguardo esclusivamente finchè è possibile ai testi del diritto vigente italiano. Laddove un testo esplicito manchi o sia incompleto od oscuro, si ricorrerà, per quanto si possa, alle teorie fondamentali di diritto pubblico, che, provate al crogiuolo della critica scientifica, non risentano l'influenza di sistemi politici variabili e discutibili e siano più confacenti allo spirito che informava il nostro ordinamento, quando di esso si posero le basi, tenendo conto di ogni modificazione successiva. Nell'accettare teorie straniere, che in proposito sono altrettanto numerose, quanto bene spesso dotte, profonde e proficue allo studioso, sia che si accolgano, sia che criticandole debbansi rigettare, si avrà particolare riguardo alle tendenze innegabilmente liberali dello Stato italiano. Imperocchè, come fu ben avvertito da alcuni scrittori tedeschi, non si può in questa materia formulare principii, che valgano assolutamente per tutti gli Stati [3]).

---

[1]) Vedi il volume I di questo Trattato, pag. 41-42 e 103.

[2]) Vedasi l'Introduzione del presente Trattato, libro I, cap. III.

[3]) Arndt, *Gesetz und Verordnung*, Berlin und Leipzig, 1884, pag. 64. — Sarwey, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Friburgo, 1887, pag. 34. — Stein, *Verwaltungslehre*, 1.ª ed., 1869, vol. I, pag. 107-120. — Anschütz, *Kritische Studien zum Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, Leipzig, 1891, pag. 3.

Di guisa che, trattata la questione dal punto di vista strettamente giuridico, un'opinione che è giusta negli Stati tedeschi, come la Baviera, la Sassonia e il Wurtemberg, in cui il Re « compendia tutti i diritti della sovranità » [1]), può essere assolutamente inapplicabile alla Repubblica francese, in cui il presidente non concorre all'esercizio della funzione legislativa [2]), o al Belgio dove la Costituzione proclama, all'articolo 25, la sovranità popolare, e agli articoli 29 e 78 limita la potestà regia alle facoltà espressamente conferite dalla Costituzione stessa, o all'Inghilterra dove la prevalenza del Parlamento è andata e va continuamente affermandosi, o finalmente all'Italia, il cui ordinamento è ispirato specialmente agli esempi delle monarchie di Francia, d'Inghilterra e del Belgio.

CAPO II.

GLI ORGANI E LE FUNZIONI DELLO STATO.

SOMMARIO. — 4. La divisione dei poteri. Funzioni ed organi. — 5. Esagerazioni e critica. — 6. Legge ed atto amministrativo formale e materiale.

4. La dottrina del diritto pubblico in tutti i paesi è ormai concorde nel distinguere nello Stato tre *funzioni*: *a*) la funzione legislativa che consiste nella statuizione del diritto; *b*) la funzione amministrativa che consiste nell'esercizio effettivo dell'attività dello Stato; *c*) la funzione giudiziaria, che controlla la corrispondenza degli atti dei cittadini o dello Stato sull'esercizio della funzione amministrativa colle norme del diritto [3]).

Questi sono i concetti generali sui quali non vi è dissenso. Ed il dissenso incomincia non appena si tratti di definire, che cosa più concretamente sia il contenuto di ciascuna funzione, e quale sia la ripartizione delle funzioni fra i vari organi. Ed invero se l'idea comune a tutti gli autori in ordine alla funzione legislativa è che essa statuisca il diritto [4]), dal punto di vista giuridico essi dissentono

---

[1]) Cost. Bavarese, tit. II, art. 1. — Cost. Sassone, tit. I, art. 1. — Cost. Würtemberghese, cap. II, art. 1.

[2]) Legge cost. 25 febbraio 1875, art. 1 e 3.

[3]) Anche coloro che ritengono esservi qualche identità fra la funzione amministrativa e giudiziaria in quanto tendono entrambe alla attuazione del diritto le distinguono poi per vari caratteri subbiettivi. Cfr. n. 45 dell'Introduzione.

[4]) Montesquieu, *Esprit des lois*, lib. XI, cap. VI. — Fuzier-Hermann, *La séparation des pouvoirs*, Parigi, 1880, pag. 329. — Meucci, *Ist. di dir. amm.*, Torino, 1892, pag. 44. — Orlando, *Princ. di dir. cost.*, Firenze, 1889, n. 184. — Stahl, *Rechtsphilosophie*, parte II, cap. V, § 56. — Sarwey, *Allg. Verwaltungsrecht*, pag. 6. — Meyer G., *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Lipsia, 1893, pag. 1. — Seligmann, *Beiträge*

sulla nozione di diritto: e si disputa se la generalità, la novità, la coazione, l'essere la norma diretta ai funzionari od ai cittadini siano o meno di tale nozione elementi essenziali. Che l'attività dello Stato nel mondo reale pei suoi fini sia il substrato della funzione amministrativa, secondo tutte le definizioni, si rileva, salve le più concrete determinazioni, dalla esposizione della dottrina in proposito fatta ai nn. 36 e segg. della Introduzione: ma in pari tempo dalla critica delle varie definizioni si constata il profondo dissenso quanto a questi fini, quanto all'estensione ed importanza che può prendere questa attività che alcuni vogliono ristretta all'esecuzione della legge, altri estesa ad ogni atto che col diritto vigente non contrasti.

Finalmente, se pur sul concetto di funzione giudiziaria vi è in sostanza maggiore accordo, tuttavia non mancano dispute su varii punti in ordine specialmente alla funzione giudiziaria amministrativa.

Anche più grave è il dissenso in ordine alla ripartizione delle funzioni tra i vari organi. La distinzione delle funzioni dello Stato, se importa accettazione parziale della così detta teoria della separazione dei poteri, è ben diversa da essa. Giacchè, come fu già osservato al capo II del lib. I dell'Introduzione, la teoria della separazione dei poteri, quale fu formulata da Montesquieu, e quale fu esagerata dalla posteriore dottrina francese ed americana, oltre alla distinzione delle funzioni implica l'attribuzione esclusiva di ciascuna funzione ad un organo separato. Se questa teoria fosse esatta, se cioè in ogni Stato, la funzione legislativa fosse attribuita per intero ad un organo, cioè al Parlamento, la funzione amministrativa al Governo, la funzione giudiziaria ai tribunali ordinari, lo studio del diritto pubblico sarebbe straordinariamente semplificato, giacchè così agli effetti della partizione teoretica come agli effetti della giurisprudenza pratica vi sarebbe un nesso necessario e costante fra il contenuto e la forma dei vari atti di sovranità [1]: e basterebbe aver constatata la forma, che è così facilmente discernibile, per averne determinata la sostanza. Per restringerci al nostro tema, in altri termini, se la teoria della separazione dei poteri fosse esatta non ci sarebbe mai da indagare, se un atto del Parlamento sia, secondo il suo contenuto, un puro atto amministrativo, o se un atto del Governo contenga norme giuridiche.

5. Ma la teoria della separazione dei poteri meccanicamente ed assolutamente intesa scinderebbe l'unità dello Stato e ne arresterebbe il funzionamento, come fu già avvertito ai nn. 18 e segg. del-

zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag, Friburgo, 1888, pag. 26. — Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Friburgo, 1887, pag. 214. — Rosin, *Das Polizeiverordnungsrecht*, Berlino, 1882, pag. 1 e seg. — Anschütz, op. cit., pag. 3. — Laband, *Das Staatsrecht des D. Reiches*, 3.ª ed., Berlino, 1885, pag. 488. — Codacci-Pisanelli, op. cit., pag. 1.

[1]) Codacci-Pisanelli, op. cit., pag. 3. — Anschütz, op. cit., pag. 2.

l'Introduzione. Essa non risponde alla realtà delle cose nella monarchia inglese, donde il Montesquieu l'avrebbe desunta, nè fu mai completamente e schematicamente attuata in alcun paese. In Francia stessa, dove essa fu sempre considerata come la pietra angolare di ogni libertà ed il fondamento delle costituzioni, e negli Stati Uniti d'America, ove essa fu attuata fino agli ultimi limiti del possibile, gli scrittori, che non si sono lasciati illudere dalla risonanza delle frasi, ma sono scesi all'osservazione dei fatti, hanno riconosciuto, che la separazione dei poteri soffre notevoli eccezioni. Così è comune fra gli scrittori francesi il sistema di definire il complesso delle norme regolamentari, come *une législation secondaire* [1]), di riconoscere che alcune leggi sono semplici atti amministrativi [2]) e che il contenzioso amministrativo è una funzione giudiziaria [3]). In generale il Fuzier-Hermann nel libro già citato sulla separazione dei poteri, pur accettando la teoria nella sua integrità, riconosce ad ogni organo di ciascun potere funzioni accessorie od eccezionali, che entrano nel concetto di altri poteri: la funzione amministrativa al Parlamento, mediante le leggi di tutela o di gestione, o l'elezione del presidente, il controllo sui ministri, e la funzione giudiziaria coll'accusa e il giudizio del presidente e dei ministri, e la potestà di punire le offese al Parlamento fatte: la funzione legislativa al potere esecutivo mediante l'iniziativa delle leggi e l'emanazione dei regolamenti e la giudiziaria col contenzioso amministrativo, e colla nomina dei giudici; la funzione amministrativa ai tribunali coll'esercizio della polizia giudiziaria attribuito in via eccezionale alle Corti d'appello, ed in via normale ai giudici di pace [4]). La dottrina più recente formatasi in ordine al diritto pubblico degli Stati Uniti d'America ha rilevato che la separazione dei poteri superiori non è mai assoluta [5]): che alcune funzioni amministrative sono esercitate dalle legislature sia dell'Unione, sia dei singoli Stati [6]): che la potestà regolamentare,

[1]) *Comptes-rendus des travaux du Conseil d'Etat*, 1800-1877. — Ducrocq, *Cours de droit adm.*, Parigi, 1881, pag. 58.

[2]) Merlin, *Répertoire*, v. *Lois*, § II. — Hello, *Del regime cost.*, trad. it., Napoli, 1848, pag. 262. — Aucoc, *Conf. de droit adm.*, Parigi, 1880, pag. 57. — Hauriou, *Précis de droit adm.*, Parigi, 1892, pag. 187. — Laferriere, *Traité de la juridiction administrative*, Parigi, 1894, II, 17. — Per il Belgio partendo pur sempre dal concetto della separazione dei poteri: Giron, *Droit adm. de la Belgique*, Bruxelles, 1885, pag. 42.

[3]) Laferriere, op. cit., pag. 8. — Ducrocq, op. cit., nn. 7, 33, 648. — Anche più chiaramente Hauriou, op. cit., pag. 682 e seg., che non fa derivare l'esistenza del contenzioso amministrativo dal principio della separazione dei poteri, ma da considerazioni di opportunità e di ragioni di competenza.

[4]) Fuzier Hermann, op. cit. pag. 346 e seg., pag. 380 e seg., pag. 447 e seg.

[5]) Goodnow, *Comparative administrative law*, Nuova York, 1893, I, pag. 19 e seg., citando una decisione della Corte suprema del Michingan a pag. 23 n. 1.

[6]) Prestazione del consenso per certe obbligazioni, norma e rimozione di funzionari, ecc. — Goodnow, op. cit., I, pag. 25.

almeno come potestà delegata, è una funzione legislativa esercitata dal presidente dell'Unione, dai suoi ministri, dai governatori degli Stati e dalle altre autorità specialmente locali [1]: che l'autorità giudiziaria ha spesso funzioni amministrative specialmente di tutela [2]. La critica della teoria della divisione dei poteri non è dunque una specialità della scuola tedesca, come qualcuno, leggendo gli scrittori di quel paese e constatando la veemenza con la quale la combattono e il dispregio, che contro di essa ben spesso affettano, sarebbe tentato di credere: una critica cosciente talora, incosciente spesso fu già dunque fatta in quegli stessi paesi dove la teoria esagerata prevale, specialmente su quei punti, che interessano in modo particolare il nostro tema: ed in Italia poi, con coscienza di propositi e novità di vedute, fu rinnovata da vari ed autorevoli scrittori [3].

La dottrina tedesca rigetta ben spesso a parole, tutta intiera la revisione della divisione del poteri, talora col non confessato proposito di ricostruire la unità della sovranità, che essa è reputata spezzare, a tutto favore del monarca: ma gli scrittori più liberali, anche dopo averla fieramente criticata e rigettata, la ammettono poi in gran parte e ne traggono perfino considerazioni esagerate e inaccettabili [4].

Nel suo complesso la dottrina tedesca, come fu già implicitamente detto al principio di questo capitolo ed espressamente dichiarato al n. 19, nota 2 dell'Introduzione, riconosce esatta la ripartizione delle funzioni sovrane, almeno come divisione intellettuale e sistematica. Noi, facendo un passo anche più in là, avuto riguardo alla realtà delle cose, dobbiamo riconoscere, che non solo la ripartizione della funzione ha questa importanza teorica, ma ha grande importanza pratica per la teoria dei controlli, la quale nei rapporti fra Stato e cittadini è chiamata a conoscere, fin dove è possibile, la rispondenza degli atti che rientrano nel concetto della funzione amministrativa — degli atti amministrativi cioè — con gli atti che rientrano nel concetto della funzione legislativa, cioè colle norme di diritto, quali che siano in emtrambi i casi gli organi da cui gli atti sono emanati.

---

[1]) Goodnow, op. cit., I, pag. 26, 64, 72, 74, 80; II, pag. 110 e seg.

[2]) Goodnow, pag. 29-30.

[3]) Orlando, *Principii di dir. cost.*, Firenze, 1889, pag. 59. — *Studi giuridici sul Governo parlamentare*, § 3 e 4. — Codacci-Pisanelli, *Legge e regolamento*, pag. 3. — *Il dogma della sovranità popolare*, Pisa, 1888, pag. 34. — Mortara, *Ordinamento giudiziario*, Firenze, 1890, pag. 11 e segg.

[4]) Così il Laband (op. cit., pag. 493 nota 2), dopo aver detto che è inutile confutare tale dottrina, parte dal concetto, che la funzione legislativa spetti esclusivamente al Parlamento, per concludere, che i soli regolamenti espressamente delegati possono avere contenuto giuridico: e che ogni altro regolamento non contiene che istruzioni (pag. 588). Questa idea è comune alla maggioranza dei pubblicisti tedeschi moderni. — Seligman, op. cit., pag. 113, 122, 171. — Anschütz, op. cit., pag. 75. — Jellinek, op. cit., pag. 386.

E nella teoria della divisione dei poteri, come fu pensata dal Montesquieu [1]), dobbiamo riconoscere due altre verità. In primo luogo se una separazione meccanica ed assoluta delle tre funzioni in tre organi non è nè desiderabile, nè possibile, se ciascun organo dello Stato, Parlamento, Governo, autorità giudiziaria partecipa alle tre funzioni, è certo che, nello Stato costituzionale, a ciascun organo è attribuita in prevalenza una determinata funzione alla quale gli altri due organi subordinatamente cooperano [2]). In secondo luogo è parimenti vero, secondo l'idea fondamentale di Montesquieu, che « l'unione del potere legislativo, amministrativo e giudiziario in una sola persona è la negazione di ogni libertà », la ripartizione limitata, secondo le cose anzidette, delle tre funzioni in tre organi, è la base dello Stato libero [3]).

6. Ciò premesso è evidente che ogni atto dello Stato può essere considerato sotto un duplice aspetto: sotto l'aspetto formale e subbiettivo, che dir si voglia, dell'organo da cui è emanato: sotto l'aspetto materiale ed obbiettivo del suo contenuto intrinseco, rispondente ad una delle funzioni dello Stato sopra distinte [4]).

Per ora abbiamo gli elementi per definire il solo aspetto formale

---

[1]) Bisogna ricordare in proposito due cose, che Montesquieu, nel celebre cap. XI del libro VI, del suo *Esprit des lois*, ha esposto la teoria molto sommariamente ed incompletamente: molti degli errori imputati a Montesquieu sono colpa dei suoi appassionati seguaci ed erranti interpreti. Onde è vero ciò che di Montesquieu disse L. v. Stein (*Verwaltungslehre*, Stuttgard, 1869, I, pag. 10): « Was Montesquieu sich unter der Trennung der Gewalten dachte, lässt er ungesagt ».

[2]) Vedi gli autori italiani citati a pag. 10 n. 3 e il Sarwey, *Allg. Verwaltungsrecht*, pag. 21, e *Oeffentliches Recht und Verwaltungsrechtspflege*, Tubinga, 1880, pagina 33.

[3]) Sarwey, *Allgm. Ver. Recht*, l. c. — Per persuadersi della giustezza di questo concetto bastano due osservazioni elementarissime. Anzitutto basta osservare, che gli Stati assoluti in tanto possono e potevano garentire libertà, non politica, ma civile, in quanto a cose normali il sovrano personale non faccia uso nello stesso tempo delle tre funzioni che in lui si uniscono, e, riservata a sè la funzione legislativa, lasci così una parziale e puramente *de facto* separazione di poteri, che l'amministrazione sia, senza sua ingerenza, esercitata dai suoi funzionari e il potere giudiziario dai suoi giudici. Per converso è noto, che alla male intesa ed eccessiva teoria della sovranità popolare in tanto si fa colpa di costituire un regime antigiuridico ed antiliberale, in quanto in base ad essa si pretendono accentrate ad un solo organo (popolo o suoi rappresentanti diretti) le tre funzioni. Sull'importanza di questa limitata teoria sulla separazione dei poteri, in ordine alla formazione dei diritti subbiettivi pubblici si veda, in questo Trattato: Sante Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, pag. 118 e 162. — Sull'opportunità di affidare ad organi distinti l'amministrazione e la giustizia, Jhering, *Zweck im Recht*, pag. 389.

[4]) La distinzione fra i due aspetti materiale e formale degli atti di sovranità, come conseguenza logica della divisione dei poteri, non operata meccanicamente, ma organicamente, è fatta dai più autorevoli scrittori di diritto pubblico. — Laband, pag. 488 e segg., pag. 640 e segg. — Jellinek, pag. 226 e segg. — Anschütz, pag. 3. — Codacci-Pisanelli, *Legge e regolamento*, pag. 1 e seg.

di questi atti e, lasciando da parte gli organi e le funzioni dell'autorità giudiziaria, che direttamente non ci interessano, diremo, che:

È atto legislativo in senso formale ogni atto emanato da quegli organi che esercitano prevalentemente la funzione legislativa, cioè negli Stati costituzionali e nello Stato italiano in specie ogni atto approvato dalle Camere, sanzionato e promulgato dal Re, e lo diremo Statuto.

È atto amministrativo in senso formale ogni atto emanato dal Governo centrale o locale, e lo diremo decreto [1]).

Nei seguenti capitoli determineremo più esattamente quali siano i caratteri materiali ed obbiettivi di queste due sorta di atti.

---

[1]) Il prof. Codacci-Pisanelli adottando questa nomenclatura e completandola colla nomenclatura corrispondente al criterio materiale degli atti in questione (norma e provvedimento) osserva che contro questa nomenclatura si potrà forse obbiettare che a qualcuno dei vocaboli adottato viene talvolta attribuito un significato diverso. « Ma, egli aggiunge, alle quattro parole da chi non le creda opportunamente scelte, potranno sostituirsi quattro segni convenzionali, per esempio, le lettere *a, b, c, d,* ed il ragionamento correrà lo stesso ». — Op. cit. pag. 2.

PARTE II.

La legge

CAPO I.

La legge in senso materiale.

§ 1. — *Caratteri della norma giuridica. Comando, sanzione, diritto subbiettivo.*

Sommario. — 7. Il diritto dal punto di vista sociologico e giuridico. — 8. La norma giuridica: suoi caratteri. Comando. — 9. Sanzione. — 10. Capacità a generare diritti subbiettivi.

7. Non è già dal punto di vista filosofico, o, meglio sociologico, che dobbiamo ora definire il diritto: bensì dal punto di vista giuridico. — Il primo punto di vista ci dà la nozione del diritto nella sua formazione: noi dobbiamo definire il diritto nella sua azione giornaliera. Dal punto di vista sociologico il diritto, secondo la scuola storica e quella positiva, che ne è il corollario e il complemento, è fenomeno naturale, parallelo alla società ed allo Stato e risultante dalle forze fisiche, economiche, etniche, morali che agiscono sulla società: è la forza specifica dell'organismo sociale, come disse Ardigò, la legge di coesistenza della società, come disse Jhering [1]). Esso è un fenomeno naturale e come tale necessario: necessario per lo Stato che non lo crea, ma lo constata quando già è formato: necessario per l'individuo, che come non può sottrarsi alle leggi fisiche, o biologiche, senza incorrere nella sanzione fisica o biologica del dolore o della morte, non può, nel complesso, sottrarsi alle leggi giuridiche, senza incorrere nella sanzione che, parallelamente alla formazione del diritto, si forma colla nascita dello Stato, il quale ha per còmpito precipuo di far rispettare queste leggi giuridiche.

Ma, ove, ammessa questa origine della società, dello Stato o del diritto, si guardi, prescindendo da essa, alla natura del diritto come funzione, e funzione essenziale, dello Stato, esso non appare che

---

[1]) *Der Zweck im Recht*, I, pag. 311.

come una manifestazione di volontà dello Stato stesso. Poichè è lo Stato che lo emana; ed è lo Stato che lo impone volta a volta ai membri della collettività. Ed è perfettamente indifferente per costruire la teorica di questa manifestazione di volontà, una volta formatasi, il considerarla volontà necessaria o volontà libera: nella stessa guisa, che una teoria delle manifestazioni della volontà dei singoli, nella morale, si costruisce egualmente e giungendo a conclusioni sostanzialmente diverse, partendo dal concetto del libero arbitrio o da quello del determinismo [1]). Tant'è vero che anche muovendo dai concetti fisolosofico-sociologici affatto diversi, ormai sconfessati dalla scenza, che il diritto e lo Stato siano il risultato di una legge divina, o della volontà contrattuale umana, o la creazione della ragione pura, si concepirebbe pur sempre il diritto come una manifestazione di volontà dello Stato da lui imposta in ossequio al comando divino, all'autorizzazione contrattuale o alle esigenze della ragione. Certo queste diverse dottrine, a seconda delle varie scuole che ad esse si annodano, possono condurre ad attribuire allo Stato una potenza sfrenata, a riconoscere questa onnipotenza ad uno piuttosto che ad un altro organo, e possono quindi, per deduzione, portare a conclusioni diverse, non più sul campo della speculazione astratta, ma su quello dell'azione effettiva del diritto. Onde esse non solo sono false, perchè contrarie ai fatti, ma ben anco pericolose. Tuttavia la conclusione prima cui da esse si giunge non è diversa da quella di sopra espressa. Il diritto è una manifestazione di volontà dello Stato imposta ai singoli, un comando cioè con sanzione. Sono queste dunque per consenso generale se non unanime [2]), le due prime caratteristiche del diritto, dal punto di vista che ci interessa.

8. Il comando giuridico può essere tanto positivo (precetto) quanto negativo (proibizione) [3]). Ad ogni comando, che costituisce un obbligo imposto ad un soggetto, per necessità logica deve corrispondere una facoltà in un altro soggetto [4]). Da questo principio derivano due conseguenze. La prima è che il diritto obbiettivo è la fonte dei diritti subbiettivi: e di ciò ci occuperemo in seguito. La seconda è che se comando e concessione sono termini correlativi, una norma

[1]) Si pensi alle conclusioni non diverse cui sono giunti nella morale Kant e Spencer.

[2]) L. 7, D. *De leg.* I, 3. « *Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire* ». Jhering, pag. 330. — Sarwey, pag. 8. — Anschütz, pag. 36. — Martitz, *Ueber der constitutionellen Begriff des Gesetzes. Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, 1880, pag. 246. — Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, pag. 8. — Seligman, pag. 29 e segg. — Austin, *Province of jurisprudence determined. Enciclopaedia Britannica*, Londra, 1884, voce *Law*. — Goodnow, pag. 106 e seg.

[3]) *Ius praeceptivum* e *ius prohibitivum*. — Baron, *Pandekten*, Jena, 1893, pag. 28.

[4]) Seligman, l. c. — Merkel, *Encyclopädie*, pag. 43.

giuridica che permette si riduce ad una norma giuridica che comanda, perchè a quel permesso un comando qualunque deve corrispondere e corrisponde, quando anche esso non sia contenuto più caratteristico di questa norma [1]).

Alla opinione che ogni legge contenga un comando furono fatte diverse obbiezioni. Crediamo però, che poche osservazioni bastino a confutarle. Anzitutto non ha alcun valore l'obbiezione desunta dal fatto, che la massima parte delle leggi non ha grammaticalmente forma imperativa: non è già alla forma grammaticale, che si deve aver riguardo, ma al contenuto logico. Il codice penale italiano è redatto in forma di giudizio ipotetico; per esempio, l'art. 364 suona: « Chiunque, al fine di uccidere, cagiona la morte di un uomo è punito colla reclusione da diciotto a ventidue anni »; eppure il contenuto logico di questa norma è un comando ai cittadini di non uccidere ed un comando al giudice di applicare la pena congrua a chi uccida. In generale ciò che è evidente per ogni norma penale in senso stretto risulta abbastanza chiaro per ogni sorta di norma precettiva o proibitiva (*ius cogens*) [2]) anche non penale, cioè in ogni norma in cui si imponga, mediante una sanzione, anche diversa da una pena di fare, o di omettere una data azione [3]).

Qualcuno ha dubitato che le norme dispositive, cioè quelle che hanno vigore soltanto, ove, nel diritto privato, gli interessati non abbiano altrimenti disposto, siano imperative [4]). Eppure è chiaro, che il comando anche qui c'è: soltanto è un comando condizionato, all'ipotesi che non siasi altrimenti disposto. Quando il codice civile, art. 1482,

[1]) Questo per il caso, che la norma permissiva dichiari giuridicamente rilevante un'azione che per l'innanzi non aveva questo carattere, norma che accorda la capacità elettorale. Ove la norma sia permissiva soltanto perchè rimuove un divieto preesistente, essa ha carattere giuridico per ciò solo, che muta il diritto vigente. Del resto anche in questo caso un comando c'è ed è rivolto a coloro che per l'innanzi dovevano curare l'osservanza di quel divieto.

[2]) Baron, l. c.

[3]) Esempio di norme precettive nel diritto privato si ha in tutte quelle norme, che prescrivono determinate forme sia a pena di nullità, sia a pena di dover completare la prova dell'atto posto in essere quando le forme siano omesse. La sanzione è più lieve, quando le forme sono richieste *ad probationem* e non *ad substantiam*, ma tuttavia c'è sempre. Esempio di norme proibitive si ha tutte le volte che un determinato rapporto giuridico è dichiarato nullo (matrimonio tra parenti, donazione a incapaci, fra coniugi, promessa di matrimonio, patto di quota, lite, evizione per colpa del venditore, riserva di beneficii per i fondatori di società commerciali, rinunzia alle avarie nei trasporti, ecc.): in generale tutte le disposizioni così dette di ordine pubblico. Nel diritto pubblico una gran parte dei comandi ha sanzione penale: sanzione di nullità si hanno qui pure ove si preservano determinate forme; norme proibitive si hanno, per esempio, nell'incapacità delle corporazioni religiose, incapacità elettorali, incompatibilità di uffici, ecc.

[4]) Harrison, *The school of English Jurisprudence. Fortnightly Review*, 1875, Austin, op. cit., *Encyclopaedia Britannica*, l. c.

dice: « Quantunque nel contratto di vendita non siasi stipulata la garanzia, il venditore è tenuto di diritto a garantire il compratore dall'evizione », sebbene l'art. 1483 autorizzi a derogare a questo effetto della vendita, è chiaro che lo Stato comanda al venditore, se non c'è patto contrario, di soddisfare la garanzia. Così le disposizioni sulla successione legittima importano, subordinatamente all'inesistenza di un testamento, comando ai terzi di rispettare la proprietà dell'erede legittimo, comando ai debitori del defunto di pagare a questo erede, comando ai legatari e creditori del defunto di rivolgersi ad esso se vogliono essere soddisfatti. In questi casi il comando c'è, ma è condizionato o all'esistenza di un dato rapporto o alla mancanza di patti fra le parti. Del resto il tipo di comando condizionato è assai frequente, anche nel diritto pubblico e nello stesso diritto penale. Comandi assoluti sono quelli che direttamente le norme giuridiche rivolgono ai sudditi in ogni caso, e che presuppongono la sola esistenza della società e dello Stato (per esempio, non uccidere, non rubare, non attentare all'esistenza dello Stato): comandi condizionati sono quelli invece che le norme giuridiche rivolgono ai sudditi nell'ipotesi dell'esistenza di un rapporto speciale, che si aggiunga, per effetto della volontà dei singoli od anche della volontà degli organi dello Stato, al rapporto sociale e politico ordinario. Tali sono appunto i comandi, che si rivolgono nell'ipotesi che si pongano in essere i rapporti economici, denominati contratti; e che sia emanato un dato atto d'amministrazione e simili [1]). La condizione può solo modificare il campo di attività del comando, ma non alterarne la sostanza.

In generale dalle cose fin qui dette è evidente, che ogni norma la quale limiti la sfera di libertà delle persone fisiche o giuridiche, che esistono nello Stato, lo Stato stesso ed i suoi organi fra esse compreso, importano un comando, ed il comando si rivolge a quelle persone la cui libertà vien limitata.

Qualche dubbio è stato sollevato per quelle norme che, invece, allargano la sfera di capacità di una categoria di persone, elevando ad importanza giuridica atti che per l'innanzi erano giuridicamente indifferenti: in altri termini per le leggi permissive in senso stretto [2]), per esempio, le norme che concedono la capacità elettorale, o *ex novo* nel passaggio dallo Stato assoluto a quello costituzionale, o ad una data categoria di persone (allargamento del voto, voto alle

[1]) Per esempio nel diritto penale il comando di non disobbedire agli ordini legali dell'autorità (cod. pen. art. 434) presuppone appunto l'esistenza di un rapporto fra cittadini ed amministrazione in base a quest'ordine; nel diritto amministrativo tutti i comandi rivolti ai cittadini, nell'ipotesi che l'amministrazione con suo atto riconosca l'esistenza di certe condizioni di fatto; pericolo pubblico, opportunità politica, ecc. — Cfr. Goodnow, op. cit., II, pag. 108-10.

[2]) Vedi il principio di questo paragrafo e la prima nota.

donne) [1]). Ma è da osservare, che la libertà di ciascuno, essendo un limite alla libertà degli altri, non è possibile allargare la sfera di libertà di alcuno senza restringere la sfera di libertà di altri; onde a costoro è rivolto il comando, mentre ai favoriti è accordato il permesso o fatta la concessione. Negli esempi sopra citati il comando è rivolto così agli organi dello Stato, che debbono eseguire gli atti per riconoscere ciascuno la nuova franchigia elettorale, come agli organi dello Stato, che per l'innanzi erano liberi di emanare le leggi, senza il concorso della volontà popolare o col concorso di una sola parte di essa e che ora soffrono una limitazione di codesta loro capacità.

In generale bisogna avvertire, che molto spesso una norma non ha a prima vista il contenuto psicologico di un comando, perchè è presa di per sè sola. Ma bisogna considerare le varie norme nel loro complesso: ed allora si avverte, che anche quelle che *prima facie* non contengono comando, servono però a spiegare, rafforzare, completare altre norme imperative e perciò acquistano anch'esse questo carattere. L'esempio tipico di questo fenomeno si ha nelle definizioni. Le definizioni, di cui è frequente il caso nel diritto, non contengono un comando. Tuttavia la definizione di un istituto giuridico importa, che tutte le norme giuridiche (comandi), che concernono questo istituto, ricevano applicazione in quei soli casi che rientrano nel concetto della definizione, epperò essa ha un contenuto giuridico [2]).

9. Il secondo requisito della norma giuridica, come abbiamo detto al num. 6, è la sanzione, la quale, per necessità logica e di fatto, integra qualunque comando [3]). La sanzione dello Stato è la caratteristica, che distingue il diritto dalle altre leggi sociali, dal costume e dalla morale; le quali non sono prive di sanzione, ma non la ricevono dallo Stato. La sanzione è il mezzo per far eseguire dai sudditi [4]) la volontà dello Stato, ossia per costringerli all'osservanza del diritto.

[1]) Harrison, art. cit., pag. 686 e seg. — Austin, op. cit., *Encyclopaedia Britannica*, l. c. — La distinzione fra nome, che hanno per contenuto un atto, che limitano la capacità naturale degli individui, e norme, che allargano codesta capacità accennata empiricamente dagli scrittori inglesi sopra citati, corrisponde alla distinzione sistematica e scientifica dal Thon, op. cit. pag. 343, e dallo Jellinek, *System der subj. öff. Rechte*, Friburg, 1892, pag. 43 e seg. Essi distinguono i diritti subbiettivi che hanno per contenuto un *rechtliches Können* oppure un *rechtliches Dürfen*. — Cfr. Romano, *Diritti pubblici subbiettivi* a pag. 126, vol. I di questo Manuale.

[2]) Seligman, pag. 42, nota 2.

[3]) Seligman, pag. 46.

[4]) Coll'espressione suddetta indichiamo non solo i cittadini, ma anche tutte quelle persone giuridiche o fisiche che sono sottoposte al diritto (*Gesetzunterthanen*); ivi compresi lo Stato ed i suoi organi, in quanto vi siano sottoposti.

La sanzione si può concepire fisica e psicologica. Sanzione fisica è la minaccia e, al caso, la attuazione di un male fisico, di un danno alla persona od agli averi. — Ogni sanzione fisica, in quanto sia soltanto minacciata e non venga portata in atto, ma pur tuttavia, per il solo timore della sua esecuzione, induca all'osservanza del comando, è una sanzione psicologica. Le sanzioni delle norme giuridiche, pur essendo fisiche, funzionano di regola come sanzioni psicologiche, poichè i sudditi, per timore del male fisico (se pur non sono mossi da più elevati motivi morali), si conformano alle regole del diritto, senza attendere la coercizione effettiva da parte dello Stato.

Non sembra possibile negare che la coercizione è elemento essenziale della norma giuridica, poichè lo Stato altro non è essenzialmente che « l'organizzazione della coercizione sociale »[1]). Ma pure vi sono autori che hanno messo in discussione anche questo principio. Essi si fondano principalmente sull'argomento che vi sono norme, le quali essi dicono per coscienza generale sono giuridiche, eppure sono scompagnate da coercizione: come molte norme di diritto costituzionale, tutte le norme di diritto internazionale pubbliche, ed alcune norme di diritto pubblico interno. Noi crediamo, che essi sono nell'errore giacchè molte delle norme da essi citate come prive di sanzione, invece la possiedono: e quelle che ne son prive non sono norme giuridiche, ma massime di alta morale, di opportunità politica o pure aspirazioni. Per parecchie norme di diritto costituzionale (obbligo del Re di convocare una nuova Camera entro quattro mesi dallo scioglimento — obbligo del Senato di giudicare come Alta Corte ove sia convocato — e simili), per le quali non ci può essere una sanzione giudiziaria, come vi è per altre [2]), vi è semplicemente una sanzione nella resistenza individuale e forse in certi tipi di resistenza collettiva non rivoluzionaria [3]), e talora in certi mezzi straordinari, ma legittimi, come la nomina di nuovi senatori e simili. E queste sanzioni sono pur sempre sanzioni, che procedono, benchè indirettamente, dallo Stato, e che si distinguono dalle sanzioni puramente sociali non contrarie al diritto (sanzioni morali) o contrarie affatto ad esso (rivoluzione). Poichè se è vero che lo Stato ha il monopolio della

[1]) Jhering, pag. 309. — Vedasi inoltre in proposito lo stesso autore, pag. 320 e seg. — Pernice, *Rechtsgeschäft und Rechtsordnung* in *Grünhut Zeitschrift*, vol. VII, pag. 474 e seg. — Austin, op. cit., *Encyclopaedia Britannica*, l. c.

[2]) Norme sulla riunione delle Camere fuori della sessione, sulla durata della legislatura, sul concorso dei vari organi alla formazione della legge, sulla successione al trono, ecc. In tutti questi casi la sanzione giudiziaria potrebbe applicarsi ogni qualvolta il potere giudiziario fosse chiamato ad applicare leggi votate ed approvate in una situazione anticostituzionale.

[3]) Orlando, *Principii di dir. cost.*, pag. 261 e segg.

coercizione fisica [1]), ciò è vero in quanto, di regola, esso lo esercita direttamente coi suoi organi ordinari, e per eccezione lo lascia esercitare dai sudditi, riconoscendo però tale esercizio [2]): come lo Stato ha il monopolio dell'espressione del diritto mediante i suoi organi, ed eccezionalmente, lascia che la società stessa stabilisca il diritto mediante la consuetudine limitandosi a riconoscerla e a darvi sanzione.

Quando poi la sanzione manchi affatto come nella massima parte del diritto internazionale pubblico, ed in alcuni casi straordinarii del diritto costituzionale, allora non è vero, che per coscienza universale si tratti di diritto: si tratta invece di regole morali e politiche la cui sanzione è o puramente sociale, ove consista nel rifiuto di controprestazioni, nel disprezzo, nella mancanza di fiducia, o puramente arbitraria o violenta mediante la guerra o la rivoluzione.

Gli esempi di norme di diritto pubblico interno diverse da quelle costituzionali e prive di sanzione, sono più evidentemente errati. Si dice: il diritto prescrive ai giurati di giudicare secondo coscienza [3]), ai magistrati di Cassazione di far retta applicazione della legge, al Senato di controllare se le norme dello Statuto sono osservate nella nomina dei senatori: eppure in questi casi se queste regole sono violate non c'è sanzione [4]). Invece la sanzione c'è in gran parte: giacchè nel primo caso il giurato che giudica contro coscienza commette un reato: e, se talora non può esser punito è perchè manca il mezzo per provare il fenomeno psicologico interno di aver giudicato contro coscienza: i magistrati di Cassazione che giudicassero contro il diritto sistematicamente potrebbero essere rimossi colle garanzie di legge: la composizione del Senato potrebbe esser mutata nell'ultima ipotesi.

In un caso singolo anche qui la sanzione può mancare per difetto di prova del movente psicologico: nel complesso dei casi c'è. Del resto la sanzione del diritto è affidata ad uomini, i quali possono errare. E finalmente vi può essere la sanzione del diritto ed in qualche caso la sanzione per la corretta applicazione della sanzione: ma il sistema di sanzioni deve arrestarsi ad un certo punto, altrimenti di-

[1]) Jhering, pag. 318.

[2]) La coercizione è eccezionalmente esercitata dai cittadini, col consenso dello Stato però, nei casi di legittima difesa e di diritto di ritenzione.

[3]) Seligman, op. cit., pag. 53.

[4]) In generale si può in Italia quasi sempre trovare il mezzo per ricorrere alla sanzione giudiziaria per la violazione di qualunque norma di diritto pubblico interno legalmente emanata che ne paia a prima vista sprovveduta: *a*) mediante azione civile per danni in ordine all'art. 1151 del codice civile; *b*) mediante azione penale in ordine agli art. 175 (abuso di autorità) e 178 (rifiuto di atti del proprio ufficio). Soltanto per gli atti rimessi alla discrezione dei funzionari possono mancare codeste sanzioni; ma in tal caso non è già che manchi la sanzione, manca invece la norma.

venterebbe infinito. Gli istituti umani non possono mai essere perfetti: il diritto quindi a un certo punto cessa di esser diritto e diventa semplicemente morale.

10. La sanzione si risolve sempre nell'esercizio della forza: una sanzione puramente psicologica sarebbe contraria alla natura dello Stato e non lascierebbe campo alla distinzione fra diritto e morale. Ma la sanzione prima di giungere all'impiego della forza può prendere diversi aspetti. Il tipo di sanzione più elevato e complesso è quello dell'azione giudiziaria, mediante la quale la reintegrazione del diritto violato, sia in sede civile, sia in sede penale, è affidata ad organi speciali con speciali garanzie. Questa sanzione talora è esercitata direttamente: cioè data la violazione di una norma giuridica, il privato o l'amministrazione interessata in sede civile, o lo Stato in sede penale, chiamano il violatore a rispondere dinanzi ai tribunali: e con la sentenza ottengono l'applicazione in fatto. Talora la sanzione giudiziaria è esercitata indirettamente, in quanto la violazione di una legge e la sua riparazione in un caso concreto vengono dichiarate ed ordinate in occasione di altra controversia sorta a proposito di una diversa violazione di diritto. Così la violazione delle norme costituzionali, compiuta nella confezione di una legge, ove sia tale da renderla costituzionalmente inesistente, non potrebbe mai portare ad una sanzione direttamente invocata contro l'organo legislativo, che l'abbia compiuta; ma potrebbe giudicarsi, ove venisse in contestazione una violazione della pretesa legge: nel campo del diritto amministrativo, per esempio, per le violazioni di infinite norme regolamentari non potrebbe mai applicarsi una sanzione diretta, mediante azione contro i funzionari per la loro osservanza, ma la sanzione indiretta può venire dall'esercizio dell'azione per indennità per danni; azione che direttamente viene esercitata per violazione della norma vietante di danneggiare gli altri col fatto proprio. Con questa distinzione è evidente, che la sanzione giudiziaria ha larghissima applicazione: più larga di quanto possa parere a prima vista: tanto larga, che *a priori* non si possono prevedere tutti i casi in cui essa può invocarsi e che una proposizione giuridica, la quale apparentemente sia priva di sanzione, può risultarne nel fatto fornita [1]). È chiaro, che l'esercizio della sanzione giudiziaria in confronto degli atti dello Stato stesso presuppone psicologicamente una coscienza giuridica assai sviluppata e materialmente la divisione approssimativa delle funzioni della sovranità fra organi distinti.

La sanzione mediante azione amministrativa e cioè in Italia mediante i ricorsi contenziosi alle Giunte provinciali amministrative ed

[1]) Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi* in questo Trattato, vol. I, pag. 131.

alla IV Sezione quanto al procedimento è analoga alla sanzione giudiziaria. A prima vista però tale sanzione può parere sprovvista di coazione fisica: poichè l'esecuzione delle decisioni è affidata alle stesse autorità amministrative attive, interessate nell'atto impugnato. Ma lo coazione fisica in molti casi deriva dall'esercizio della supremazia gerarchica: in ogni caso e specialmente contro le autorità gerarchicamente indipendenti si potrebbe sempre ottenere codesta sanzione mediante un'azione giudiziaria ordinaria per danni.

Forme secondarie, meno solenni, meno sicure quasi, embrionali di sanzione sono quelle derivanti dai controlli gerarchici istituiti nell'amministrazione statuale e dai procedimenti disciplinari. Una quantità, non trascurabile di norme, non riceve altra sanzione. Vedremo però che si disputa se queste sanzioni bastino ad elevare una norma a dignità di norma giuridica. Altrettanto dicasi dei controlli parlamentari (rifiuto di bilanci, voti di sfiducia, ecc.), che possono sanzionare ogni norma di diritto od in particolare servono di sanzione ad alcune norme di diritto costituzionale, che non ne hanno altra diversa e più sicura.

11. Ad ogni comando resultante da una norma corrisponde una concessione; ad ogni obbligo cioè corrisponde una facoltà. Questa facoltà in quanto concerne un interesse del facoltizzato, ed in quanto quest'interesse riceve riconoscimento e protezione mediante la sanzione che accompagna la norma, è un diritto subbiettivo secondo i concetti svolti nella monografia di questo trattato più volte citata [1]). Ogni norma dà dunque luogo ad un diritto subbiettivo. Naturalmente questa espressione va intesa in senso lato: perchè essa non sarebbe esatta ove per diritto subbiettivo si intendesse un interesse protetto da azione giudiziaria: ma, come fu già avvertito nella citata monografia, nel genere pubblico, diversamente che nel privato per il suo più incompleto sviluppo, non sempre ogni diritto ha questa sanzione e basta una sanzione meno sicura ed embrionale, come si disse al numero precedente.

Non sempre è facile determinare a chi spetti il diritto subbiettivo derivante da una norma. Tale questione è anche più difficile, che la ricerca dell'ente a cui si rivolge il comando. Spesso, in materia d'ordine pubblico, il diritto subbiettivo appartiene alla collettività, cioè allo Stato; tal'altra appartiene a più persone fisiche o giuridiche diversamente interessate contro lo Stato o insieme ad esso; ed il determinare quali esse siano in un dato caso è il còmpito difficile della giurisprudenza. Comunque per ora basta avvertire che un diritto subbiettivo c'è sempre: anche contro lo Stato: imperocchè, come osserva lo Jhering, diritto obbiettivo non v'è se non quando

[1]) Romano, pag. 122 e segg.

la norma è doppiamente obbligante: quando cioè obbliga il suddito e lo Stato che la emana; il che dapprima succede per il giure privato e solo più tardi, nei Governi liberi, nel vero Stato giuridico, per il giure pubblico [1]). Per la più ampia trattazione del tema si rinvia il lettore alla Monografia sui diritti pubblici subbiettivi, e per l'applicazione del principio al nostro argomento alla parte successiva di questo lavoro.

§ 2. — *Generalità della norma giuridica.*

SOMMARIO. — 11. Insufficienza dei caratteri precedentemente analizzati. — 12. Generalità della norma giuridica. — 13. Insufficienza della forma legislativa a caratterizzare una norma giuridica. — 14. Eccezioni apparenti alla teoria della generalità. — 15. Modificazione anche individuale di una norma generale. Funzione legislativa. — 16. Teoria della novità. — 17. Regole generali non obbligatorie e quindi non giuridiche. — 18. Estensione del diritto obbiettivo. Lo Stato secondo il diritto. — 19. Legge materiale e formale: atto amministrativo materiale e formale.

11. Finora abbiamo cercato di dimostrare sia in ordine a considerazioni deduttive, sia in ordine all'osservazione di quelle norme, che per consenso universale sono giuridiche, che la norma giuridica è un comando accompagnato da sanzione, e diretto a fondare diritti subbiettivi. Con questo non possiamo illuderci di aver esaurito il nostro tema siccome qualcuno ha creduto [2]); poichè questi requisiti si riscontrano anche negli altri atti di sovranità amministrativi o giudiziari. Ogni decreto di polizia, ogni concessione amministrativa, ogni atto creativo od abolitivo di diritti in un singolo caso [3]) contengono un comando, sono accompagnati da sanzione ove siano disobbediti, fondano diritti soggettivi dei sudditi o dello Stato in quel dato caso. Una sentenza, di tribunale ordinario od anche di tribunale amministrativo, contiene un comando alla parte soccombente, una sanzione nell'esecuzione, e fonda immediatamente un diritto subbiettivo del vincitore. Onde, limitando la definizione di norma

---

[1]) Jhering, op. cit., pag. 339, 352, 358.

[2]) Zorn, *Staatsrecht*, pag. 99, 106. — Id. *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft*, 1880, pag. 11 e 6: « La norma giuridica è l'imperativo che lo Stato rivolge ai sudditi e sanziona con la coercizione ». Vedi la confutazione in Anschütz, pag. 14. — Questa opinione sembra accolta anche dal Maiorana, il quale logicamente ne deduce che ogni atto, così legislativo come amministrativo, ha sempre un contenuto giuridico. Vedi *Il sistema dello Stato giuridico*, Roma, 1889, pag. 155, 167, nota 2.

[3]) Questi sono, per unanime consenso, i tipi fondamentali di atti amministrativi. In difetto di una razionale classificazione italiana vedansi Laband, I, 659. Löning, pag. 241 e seg. — Meyer, I, pag. 32 e segg.

giuridica ai tre criterii sopra espressi si arriva alla conclusione, che ogni atto dello Stato è una norma di diritto obbiettivo, si abolisce la distinzione fra norma giuridica e negozio giuridico, ormai ben salda nel diritto privato, e invocabile per analogia colle debite riserve nel diritto pubblico; si elimina ogni possibilità di distinzione fra le funzioni dello Stato [1]).

Un altro criterio è dunque necessario.

12. Per comune opinione, dalla quale dissentono solo alcuni pochi moderni scrittori più oltre confutati, tale criterio è quello della generalità. La norma giuridica regola astrattamente una pluralità di rapporti: cessa di esser tale ed è puro atto amministrativo il comando, che regola un singolo rapporto.

Il criterio della generalità è la base esplicita ed implicita di ogni sistema teorico del diritto dal punto di vista filosofico sociale. La scuola pitagorica concepisce il diritto, come numero ed armonia, pertanto come regola generale [2]). La scuola platonica considera il diritto come comando astratto [3]). Aristotele espressamente dichiara che la legge è di sua natura generale e non può comprendere se non ciò che generalmente accade [4]). La scuola stoica è di uguale avviso: e la sua opinione, espressa da Crisippo e raccolta anche da Teofrasto, è stata adottata dai giureconsulti romani [5]). Nel medioevo gli scrittori che concepirono il diritto come ordine divino, proporzione, misura, non poterono dissentire da questa idea [6]). Vi insiste la scuola di diritto naturale [7]), non senza, però, dedurre

---

[1]) Anschütz, l. c.

[2]) Carle, *La vita del diritto*, Torino, 1890, pag. 13.

[3]) Jellinek, pag. 36. — Hildebrand, *Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie*, I, pag. 118, 163 e seg.

[4]) *Ethica Nicomachea*, ed. Bekk, Berlino, 1831, pag. 1137. — *Politica*, III, pag. 15 e seg.

[5]) Paolo, l. 6, D. *De leg.*, I, 3. « *Quod enim semel vel bis accidit ut ait Theophrastus praetereunt legislatores* ». Vedasi per la citazione di Crisippo, l. 2, h. t. — Papiniano, l. 1, h. t. « *Lex est commune praeceptum* ». — Ulpiano, l. 8, h. t. « *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur* ». — Celsus, l. 4, h. t. « *Ex his quae forte uno casu accidere possunt iura non constituuntur* ». — Pomponius, l. 3, h. t.

[6]) Alighieri, *De Monarchia*, I, 13: « *Ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata hominum servat societatem, corrupta corrumpit* ».

[7]) Altusio, *Politica*, X, 4. « *Ius est faciendorum vel omittendorum regula singulis et universis regni membris ad iustae vitae et consociationis universalis conservationem praescripta* ». — Grozio, *De iure belli ac pacis*, lib. I, cap. 3, VI, 2. « *Circa universalia versatur condendo leges, easque tollendo* ». — Hobbes, *De cive*, VI, 9. « *Summi imperii est communes omnibus exhibere regulas, sive mensuras, et publice eas declarare* ». — Rousseau, *Contrat social*, lib. I, cap. VI. « Quando dico che l'oggetto delle leggi deve essere generale, intendo, che la legge considera sempre i soggetti collettivamente e le azioni astrattamente e non mai un uomo od un'azione particolare. La legge può quindi stabilire che vi saranno privilegi, ma non può accordarne nominativamente alcuno..... insomma ogni funzione che concerna un oggetto individuale

talora il principio da considerazioni errate, e trarne conclusioni esagerate [1]). La scuola idealista rappresentata dall'Hegel [2]) parla essa pure dell'universalità del diritto. Ed i giuristi pratici inglesi pongono in rilievo la medesima idea [3]). La scuola storica e positiva finalmente considerando il diritto come un fenomeno di formazione naturale, come la regola di coesistenza della società, non può ritenere che le sue leggi necessarie siano diverse in sostanza dalle altre leggi naturali, le quali sono pur sempre generali. Ed invero una regola di coesistenza sociale non può che riferirsi che a una gran massa di individui membri della società e pertanto non può non essere generale. La coscienza sociale, per mezzo dei suoi organi a ciò destinati, può percepire il fenomeno del diritto, come tale, non ove esso si riveli per un solo rapporto, ma soltanto quando, per il ripetersi di molti rapporti uguali, si sia stabilita una regola [4]). Per lo storico del diritto, per l'osservatore positivo dei fenomeni sociali anche moderni fra le popolazioni più arretrate, la consuetudine è la prima fonte di diritto [5]): ora la consuetudine non si forma che per la diuturna ripetizione di una medesima regola, e non può essere quindi se non generale. Dal che consegue il dilemma: o la legge scritta è sostanzialmente uguale alla consuetudine e deve essa pure avere questo carattere: o non l'ha, ed allora diritto scritto e consuetudine sono sostanzialmente diversi. Ma questa seconda ipotesi è inammissibile storicamente e logicamente, poichè la legge scritta non è che la consuetudine arrivata a più completa coscienza di sè medesima e per un certo periodo storico fermata in una formula [6]).

Si consideri finalmente, a conforto della teoria della generalità, che il diritto, come regola di coesistenza sociale, importa ordine, eguaglianza, capacità a generare diritti subbiettivi [7]): ora tutti questi requisiti richiedono necessariamente la generalità della regola. Lo

non appartiene al potere legislativo ». — Kant, *Principes métaphysiques du droit*, Parigi, 1853, pag. 43. « Opera esteriormente per modo che il libero uso del tuo arbitrio possa conciliarsi colla libertà di tutti, secondo una legge universale ».

[1]) Così Rousseau, op. cit., cap. IV e VI, afferma che la legge è generale perchè è espressione della volontà generale e ne deduce l'erronea conclusione che solo il popolo colla sua volontà generale possa emanarla.

[2]) *Filosofia del diritto*, Napoli, 1848, pag. 336.

[3]) Vedasi per le opinioni del Bentham, dell'Austin e dell'Holland, *Encyclopaedia Britannica*, voce *Law*. — Harrison, *The English school of jurisprudence*, *Fortnightly Review*, 1878, pag. 683 e seg.

[4]) Jhering, *L'esprit du droit Romain*, trad. Meulenaere, Parigi, 1886-88, II, pag. 31. « La legge è l'atto in cui il diritto arrivato ufficialmente alla coscienza di sè medesimo si spoglia della sua veste di innocenza ».

[5]) Jhering, *Der Zweck im Recht ; passim*. — Sumner Maine, *History of early institutions*, cap. XII, XIII. — Spencer, *Principii di sociologia*.

[6]) Codacci-Pisanelli, pag. 18.

[7]) Jhering, op. cit., I, pag. 432.

Ihering ha posto chiaramente in rilievo, che, ove i rapporti sociali siano volta a volta regolati da un comando individuale dello Stato, non c'è nessuna garanzia di ordine, di uguaglianza, nessuna possibilità di diritto subbiettivo: non vi è luogo, che all'arbitrio; arbitrio che può essere buono o cattivo, ma è pur sempre arbitrio. La regola generale soltanto può essere accompagnata dalla coscienza che essa vincoli al tempo stesso autorità emanante e sudditi e può dar luogo a legittime aspettative e diritti subbiettivi di questi. Ecco perchè un comando, che regoli un determinato rapporto è, ove sia solo e non deroghi ad alcuna norma preesistente [1]), un semplice atto amministrativo: ed il medesimo comando formulato in via generale ed astratta, anticipando sulla facoltà di provvedimento avvenire, e regolando *a priori* tutti i casi analoghi, diviene una norma di diritto [2]). Perciò è indifferente se l'organo da cui emana il comando sia quello legislativo o quello amministrativo. E valga il vero: il Parlamento subalpino quando verso il 1850 regolava la prima concessione di ferrovia, in quanto non derogava da regole giuridiche preesistenti, faceva un semplice atto amministrativo: quando invece nel 1859 formulava le medesime regole in via generale ed astratte per tutte le concessioni avvenire, dettava norme giuridiche. D'altro canto un'autorità amministrativa, che abbia un potere discrezionale (p. es. facoltà quasi illimitata di accordare o negare il porto d'armi) [3]), usando di questa facoltà per ragioni determinate (rifiuto di porto d'armi perchè non siasi qualificato un plausibile motivo), compie un atto amministrativo: stabilendo in generale ed in via astratta delle regole per l'uso di tale facoltà (rifiuto di licenza per tutti coloro che non giustifichino un plausibile motivo) [4]) detta, nei limiti delle sue attribuzioni, una norma giuridica. E ciò perchè, trattisi di atto parlamentare o governativo, nel primo caso c'è arbitrio e mancanza di ogni possibile diritto nei cittadini; nel secondo c'è ordine, e può nascere un diritto subbiettivo, in chi si trovi nelle condizioni formulate dalle norme. Vedremo in seguito come questo principio serva a spiegare la natura giuridica di molti regolamenti a cui alcuni scrittori, ove manchi delegazione espressa a dettar norme, negano codesto carattere.

13. La teoria della generalità della norma giuridica intesa nel senso che il comando deve astrattamente regolare una pluralità di rapporti, esclude l'ammissibilità di altre teorie, che con essa sono state confuse.

[1]) Se vi è una tale deroga il comando è una norma, perchè modifica una norma, come più oltre vedremo.

[2]) Jhering, op. cit., I, pag. 339 e seg., 352 e seg., 358 e seg.

[3]) Legge di P. S., art. 16.

[4]) Regol. di P. S., art. 16.

Si è detto infatti da alcuno, che basta a ciò che un comando sia generale, l'essere esso emanato dalla volontà generale, oppure il concernere un interesse generale, o finalmente l'essere espresso con una formula che implichi il rispetto di tale comando e dei suoi effetti, sia pur mediati, per parte di tutti. È chiaro che queste teorie sono diverse affatto da quella che noi propugniamo e che è suffragata dalle autorità sopra citate e dalle ragioni sopra esposte.

Queste tre opinioni sono sorte per poter asserire che ogni atto del Parlamento negli Stati costituzionali contiene norme di diritto obbiettivo. Infatti, ricorrono ad esse gli autori, che escludono la differenza fra legge formale e materiale, per giustificare il carattere giuridico dei provvedimenti singoli, emanati, entro i limiti del diritto vigente, dai Parlamenti, come le vendite di beni demaniali, l'assegnazione di appannaggi, la concessione della naturalizzazione, la classificazione di strade, la dichiarazione di guerra, e l'elezione del capo dello Stato, ove ciò spetti al Parlamento.

Alcuni scrittori francesi, ripetendo il giuoco di parole di Rousseau che « la regola generale non può essere se non l'espressione della volontà generale, cioè della rappresentanza popolare », si appigliano alla prima opinione. Ma è facile rilevare dalla sua origine medesima quanto essa sia poco seria: e considerare poi, che la volontà generale può come la volontà individuale esplicarsi così in via astratta come in via concreta per un singolo caso [1]).

La seconda opinione, di cui è cenno in alcuni autori italiani, attribuirebbe alle norme giuridiche l'interesse generale come criterio distintivo: mentre è questo in maggiore o minor misura carattere di ogni altro atto di sovranità. Perchè qualunque decreto, per un caso singolo, qualunque sentenza, in tanto sono emanati, in quanto la protezione di un interesse particolare coincide con quello dell'interesse generale.

---

[1]) Determinata da criteri più corretti, ma non sostanzialmente diversa è l'opinione del Sarwey, *Allg. Ver. Recht.*, pag. 6 e seg. — Egli dice, che ogni atto legislativo ed ogni atto amministrativo è un comando: ma *legge* è soltanto il comando emanato dalla più alta autorità nello Stato. Egli nega così la distinzione fra legge formale e legge materiale, attenendosi al solo criterio formale dell'organo emanante. A questa teoria però egli contraddice in tre punti: *a*) ammettendo che le leggi imperfette, cioè senza sanzione, sono formali e non materiali, pag. 7, nota 2; *b*) ammettendo che il Parlamento può esercitare funzioni amministrative, sebbene egli esiga, che a tale scopo non si adoperi la forma della legge, pag. 26; *c*) riconoscendo una grande analogia, se non identità fra legge e regolamento, pag. 28. Del resto il criterio formale adottato dal Sarwey per distinguere la norma giuridica dagli altri atti di sovranità è facilmente confutabile con una riduzione ad assurdo. Se infatti diritto è il comando, speciale o generale, emanato dal più alto organo dello Stato, negli Stati dove l'organo costituzionale è distinto da quello legislativo ordinario, gli atti di questo non possono contenere mai diritto.

Finalmente vi è chi crede nella forma stessa di ciascun statuto, cioè atto emanato dal Parlamento, un comando generale rivolto a tutti di rispettarlo, come tale, indipendentemente dal suo contenuto. Questa è l'opinione formulata appena dal Martitz [1]), rinnovata con qualche più ampia considerazione dal Morelli [2]), sostenuta in particolar modo dall'Haenel [3]). Si dice da questi scrittori, ed in particolare dall'ultimo citato, che la formula stessa con cui si promulga ogni legge [4]), e che è in Germania « comandiamo col consenso delle Camere quanto appresso », e da noi, come ognun sa: « ordiniamo che la presente.... sia inserita nella raccolta delle leggi e decreti del Regno d'Italia, mandando a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare », implica di per sè sola un comando generale. Il che formalmente è vero: ma, supponiamo, che la legge munita di questa formula contenga o un precetto giuridico senza sanzione (*lex imperfecta*), o un precetto morale, come per es. l'art. 220, capoverso primo, del codice civile [5]), o un voto di ringraziamento solenne ad un generale vincitore, la formula non riesce a comandare nulla ad alcuno, per il fatto solo del contenuto non imperativo della legge. Il che dimostra che è il contenuto, che determina il comando e non la formula. E se la legge concede un appannaggio, o accorda la naturalità, cioè comanda al Ministero di pagare una data somma a un principe, o agli ufficiali di stato civile di iscrivere una persona determinata nel registro di cittadinanza, ed in quello degli elettori politici se ne è il caso, il comando nonostante la formula non si dirige a tutti i cittadini in generale, ma al solo o ai soli interessati. Certo si può dire, che si comanda a tutti i cittadini di rispettare il diritto di proprietà derivante dall'appannaggio, o lo stato di cittadinanza del nuovo cittadino: ma questo effetto, di obbligare i terzi a rispettare i diritti di stato civile e reali acquisiti in base ad atto determinato è comune anche a tutti gli atti amministrativi, che di regola sono accompagnati in Italia da una formula analoga a quella delle leggi: e perfino alle sentenze, fuori del caso in cui si possa vantare un diritto proprio in confronto di quello delle parti.

E ciò basti a dimostrare l'erroneità e l'insufficienza di queste opinioni.

14. La norma giuridica deve regolare astrattamente una pluralità indeterminata di rapporti. Ma ogni norma in quanto è comando crea obblighi e diritti. Può quindi accadere, che la norma, contemplando

---

[1]) *Ueber den constitutionellen Begriffe des Gesetzes. Zeitschrift f. d. ges. Staatswissenschaft*, 1880, pag. 207 e seg.

[2]) *La funzione legislativa*, Bologna, 1893, pag. 71 e seg.

[3]) Haenel, *Studien zum deutschen Staatsrecht*, Lipsia, 1888, pag. 100 e seg.

[4]) Op. cit., pag. 160.

[5]) « Il figlio, qualunque sia la sua età, deve onorare e rispettare i genitori ».

pluralità di casi, concerna al tempo stesso pluralità di obbligati e di aventi diritto: oppure di una pluralità di obbligati in confronto di un solo avente diritto, o una pluralità di aventi diritto in confronto di un solo obbligato. Il primo caso si verifica generalmente nel diritto privato: il secondo ed il terzo nel diritto pubblico, che, come già fu detto, è diritto dello Stato ed in cui, per conseguenza, o lo Stato o quel suo organo più particolarmente interessato, appare facilmente, o come il solo avente diritto, o come il solo obbligato.

E così lo Stato è il solo avente diritto, in ordine alle leggi finanziarie, alla legge sul reclutamento e simili, mentre la pluralità degli obbligati è costituita dai cittadini: e viceversa lo Stato è il solo obbligato e la pluralità degli aventi diritto è costituita dai cittadini nella legge sul debito pubblico, sulle casse di risparmio postali, sulle poste e telegrafi, e simili [1]). È evidente che il fatto dell'unità di una delle parti interessate può talora indurre in errore un osservatore superficiale: ma è parimenti certo, che basta la pluralità di una delle parti per costituire la pluralità dei rapporti, e soddisfare alle esigenze della nostra definizione.

Secondariamente è d'uopo avvertire che un atto dello Stato può regolare in via immediata un singolo rapporto fra due determinate persone giuridiche o fisiche, ma mediatamente venire a regolare una pluralità di rapporti con terze persone: e quindi essere un provvedimento sotto il primo aspetto e contenere norme giuridiche sotto il secondo. Così lo Stato, concedendo il privilegio dell'emissione del credito fondiario ad un istituto od a più istituti determinati o concludendo una convenzione con una o più società determinate per l'esercizio della rete ferroviaria, pone in essere un provvedimento. Ma le disposizioni di questi atti, le quali nei rapporti fra le parti in questione sono, se non patti contrattuali, almeno clausole di un negozio giuridico singolo unilaterale, possono avere effetto di fronte ai terzi cittadini, e regolare sovranamente la pluralità dei rapporti di questi terzi coi concessionari e fra loro, nell'esercizio del commercio, dell'industria agraria, di trasporti, ecc. Sotto questo aspetto quegli atti contengono norme giuridiche [2]).

---

[1]) Un esempio anche più tipico di quest'ultimo caso si avrebbe ove lo Stato, siccome accade in Inghilterra, si assumesse l'obbligo dell'assistenza legale dei poveri. Un esempio di obblighi e diritti stabiliti fra un solo ente e più persone giuridiche o fisiche si ha nella legge speciale 30 luglio 1896, n. 343, sui rimborsi di spedalità per l'Ospedale di S. Spirito di Roma.

[2]) Conformandosi a questo principio la giurisprudenza italiana considera come semplici contratti le concessioni di ferrovie nei rapporti fra concessionari e Stato; e nega quindi il ricorso in Cassazione per la loro violazione. Considera invece come norme giuridiche le stesse concessioni nei rapporti fra concessionari e privati in ordine ai trasporti. Cass. Firenze, 29 gennaio 1872 (*Ann.* 1, 1, 19); Cass. Torino, 26 agosto 1890 (*Giur. it.*, 1891, I, 1, 10).

In pari modo lo Stato può concedere ad un singolo suo organo dell'ordine amministrativo una facoltà discrezionale. Ciò facendo, in quanto non deroghi al diritto vigente, fa un provvedimento. Ma l'organo investito della facoltà si trova allora, entro i limiti assegnati, autorizzato a regolare obbligatoriamente i rapporti dei sudditi, nello stesso modo, che, senza limiti però, può farlo lo Stato per mezzo degli organi legislativi supremi in tutti i casi. Ora quell'autorità amministrativa, dettando le norme che siano del caso, di fronte allo Stato concedente usa di un suo diritto subbiettivo [1]), ma di fronte ai terzi a lui soggetti, come lo Stato nei casi ordinari, si trova investita di tutta la sovranità, nei limiti della sua competenza. Essa è, entro questi limiti, sovrano assoluto: può omettere di emanare comandi: può emanare soltanto comandi individuali: può emanare comandi generali ed astratti, riservandone a sè od ai suoi subordinati l'esecuzione, ed anche il controllo amministrativo su di essi. La sua sovranità limitata alla sfera delle sue attribuzioni si esplica quindi nello stesso modo e comporta la stessa distinzione di funzioni, che la sovranità generale ed illimitata dello Stato. I criteri di distinzione ci devono essere, e debbono essere applicati anche in questi casi. Ed ove norme generali siano dettate, colla coscienza che obblighino l'autorità emanante, quando esse regolino la condotta dei sudditi, ne limitino la sfera di libertà, non c'è ragione per non riconoscere loro il carattere giuridico.

E ciò può ripetersi per una lunga serie di delegazioni, esplicite od implicite dal Parlamento al Governo centrale, dal Governo centrale ai prefetti, dai prefetti ai sindaci [2]): e possono sopra un medesimo argomento crearsi norme di diritto, la cui cerchia va man mano restringendosi, e il cui contenuto si rende man mano più minuto, meno importante senza perdere però la sua essenza giuridica [3]).

Ancora bisogna ricordare che molte norme giuridiche, oltre ad essere generali, perchè concernono più rapporti, lo sono anche perchè

---

[1]) Gli scrittori, che negano il carattere giuridico ai così detti regolamenti amministrativi (*Verwaltungsverordnungen*) cioè a quei regolamenti, non fondati sopra una delegazione espressa del Parlamento a dettar norme giuridiche, ma stabiliti soltanto antecipando in generale la facoltà discrezionale di provvedimento, che la legge riconosca, considerano tanto la facoltà di provvedimento singolo, quanto la conseguente facoltà regolamentare come l'esercizio di un diritto o di una facoltà subbiettiva dell'autorità; e trascurano in tal modo l'altro punto di vista che è invece essenziale. Cfr. Laband, op. cit., I, pag. 605. — Jellinek, pag. 385. — Anschütz, pag. 55.

[2]) Per esempio in materia di sanità pubblica (Legge 23 dicembre 1889).

[3]) Questa circostanza non può essere invocata, siccome crede di fare il Sarwey, pag. 6, contro la teoria della generalità. Finchè la generalità esiste e si tratti di norme nuove si ha una regola giuridica.

hanno effetto duraturo e regolano anche più rapporti successivi in ordine di tempo. Ma la durata di una norma non è elemento essenziale del suo carattere giuridico. Una norma transitoria, una norma provvisoria o temporanea, il regolamento sul corso pubblico in un giorno di festa, o durante un'esposizione mondiale; un regolamento sanitario per una determinata epidemia, un bando di polizia durante lo stato d'assedio, una legge elettorale per una sola legislatura [1]), sono certo meno generali, ossia abbracciano un minor numero di rapporti, di un codice civile che vige per anni e secoli, di uno statuto sulle stesse materie, che concerna i casi normali. Tuttavia non è esatto dire, che essi non sono generali perchè esauriscono la loro efficacia in quel singolo caso (epidemia, festa, insurrezione, ecc.) per cui sono emanati [2]): è vero che la loro efficacia non dura nel tempo oltre l'occasione, che ad essi dà luogo, ma essi in quell'occasione regolano più casi o più rapporti.

Invece ove il comando non concerna in astratto una pluralità di rapporti indeterminata o difficilmente determinabile, ma si rivolga in concreto ed immediatamente ad una pluralità di interessati determinata nello spazio e nel tempo, si ha non una norma giuridica, ma un provvedimento generale. Il che però non costituisce nemmeno un'eccezione alla definizione più volte ripetuta: poichè il comando generale in tal caso non è astratto, ma si risolve in una somma definita di comandi individuali e concreti. Di ciò si ha esempio, nel caso di un ordine di sciogliersi intimato ad un assembramento illegale [3]), in un'ordinanza di sequestro di un giornale [4]), il richiamo sotto le armi di una classe di soldati [5]). Parimenti un comando individuale non cessa di esser tale, perchè proibisce ad un interessato più atti identici, o più atti fra loro connessi, come l'ordine di chiusura di uno stabilimento insalubre o pericoloso [6]).

Da queste ultime osservazioni potrebbe alcuno argomentare, che il criterio della generalità non è sempre sufficiente per distinguere una norma giuridica da un provvedimento amministrativo. Al che è facile rispondere tre cose. La prima è che il criterio della generalità va inteso con quelle limitazioni, che abbiamo cercato di definire più sopra. In secondo luogo non si può mai pretendere che la realtà dei fenomeni naturali (ed il diritto va enumerato fra essi) presenti delle categorie tanto nettamente distinte, quanto le desidererebbe il

---

[1]) Jellinek, pag. 367, nota 3. — Rosin, *Das Polizeiverordungsrecht*, Breslavia, 1882, pag. 8 e seg.

[2]) Rosin, l. c. — Schultze, *Preussisches Staatsrecht*, II, pag. 216 e segg.

[3]) Legge di P. S., 30 giugno 1889, art. 2.

[4]) Legge sulla stampa, 26 marzo 1848, art. 52, 69.

[5]) *Encyclopaedia Britannica*, voce *Law*. — Jhering, I, 340, Rosin, l. c.

[6]) Legge di P. S., art. 32. — Rosin, pag. 9.

raziocinio astratto. Onde se in qualche caso si vede che dalla norma generale si giunge al provvedimento per varie specie di atti, in cui l'elemento della generalità va gradatamente sfumando, non c'è luogo nè a sorprendersi, nè a rigettare un criterio di distinzione, che è esatto nella infinita maggioranza dei casi.

In terzo ed ultimo luogo dobbiamo ricordare, che la distinzione fra norma e provvedimento si fa agli effetti della tutela dei cittadini contro l'atto della pubblica amministrazione, ossia nei riguardi del sistema dei controlli. Ora il controllo, se talora si esercita per confrontare due norme generali subordinate (legge e regolamento), si esercita essenzialmente per stabilire, se in un caso particolare è stata violata una regola generale di diritto obbiettivo; finchè dunque vi è una qualunque regola generale e la possibilità che essa si esplichi in un caso concreto, questo rapporto soggiace sempre nella stessa maniera alla cognizione delle autorità competenti. Onde il criterio di distinzione adottato, se pur fosse lievemente imperfetto in qualche minuzia sotto qualche altro aspetto, è sufficiente allo scopo cui deve servire [1]).

15. È d'uopo finalmente, che rileviamo un'ultima apparente eccezione al criterio della generalità. Dalle cose fin qui dette chiaro appare, che è funzione legislativa la statuizione di norme giuridiche generali: è logicamente necessario ammettere, e tutti sono in quest'avviso concordi, che sia funzione legislativa anche il mutare queste norme generali. Ora ciò può accadere tanto per via di eccezioni formulate esse pure in via generale, quanto con un comando, che sospenda la legge generale in un caso singolo. « Negli Stati — dice lo Jhering [2]) — dove il potere legislativo ed il Governo non siano nelle stesse mani, cioè nelle repubbliche e nelle monarchie costituzionali in opposizione alle monarchie assolute, un atto concernente un caso singolo, che sia contrario alle leggi vigenti, è possibile soltanto in forma di legge, poichè soltanto il potere legislativo è al caso di rimuovere l'ostacolo, che al provvedimento desiderato si oppone sotto l'aspetto della preesistente legge generale ». Questi atti, contenenti una norma per un caso singolo, sono quindi di diritto obbiettivo, non per il loro contenuto in sè, ma in quanto si riannodano ad una legge generale, di cui sospendono l'esecuzione.

---

[1]) Oltre gli autori di opere che studiano il diritto dal punto di vista filosofico e sociologico, ammettono che la norma giuridica debba essere generale, anche i seguenti autori, che, *ex professo*, si occupano del nostro tema: Meyer G., *Lehrbuch des d. Staatsrechts*, Lipsia, 1888, pag. 17, 452. — Id., *Lehrbuch des d. Ver. Rechts*, Lipsia, 1893, I, pag. 1. — Schultze, *Lehrbuch des d. Staatsrechts*, I, pag. 517 e seg. — Rönne, *Das Staatsrecht des Preuss. Monarchie*, 4.ª ed., pag. 347, nota 2. — Seligman, op. cit., pag. 62. — Codacci-Pisanelli, op. cit., pag. 10 e seg.

[2]) Op. cit., I, pag. 240.

Quanto al loro contenuto, di per sè considerato, si assomigliano ai provvedimenti individuali amministrativi [1]), come lo Jhering osserva più oltre; ma ne differiscono in quanto essi sono *contra legem* e i provvedimenti amministrati sono *intra* o *secundum legem*.

16. L'esistenza di tali atti, cui non si può rifiutare il carattere giuridico non ostante il contenuto individuale, ha indotto alcuni autori recenti a negare, che la caratteristica della norma giuridica sia la generalità ed a sostituirvi quella della novità.

Secondo costoro sarebbe norma giuridica, indipendentemente dalla sua generalità, ogni comando, che importi una nuova limitazione o per converso un nuovo ampliamento della sfera di libertà dei sudditi in confronto di altri sudditi e dello Stato. Ogni comando invece che non apporti alcuna limitazione od ampliazione nuova di questa sfera di libertà sarebbe un atto amministrativo materiale [2]).

Questa teoria è inaccettabile, sia per le ragioni già addotte a favore del sistema della generalità, sia perchè manca la ragione stessa che la dovrebbe giustificare, sia perchè è inefficace a porre in essere la distinzione fra norma giuridica e atto amministrativo materiale.

Le considerazioni precedenti sulle norme che sembrano concernere un caso singolo ed invece si rivelano all'osservatore attento come regolanti astrattamente una pluralità indeterminata di casi, e il principio, che una norma individuale è di diritto obbiettivo, ove importi modificazioni del diritto vigente, bastano, anche per chi accetta la teoria della generalità, a riconoscere contenuto giuridico a tutte le norme, sia pure individuali, cui per realtà di cose e per comune consenso di opinioni tale contenuto non possa negarsi. La teoria della novità si imporrebbe e quella della generalità riceverebbe un fiero colpo, se ci potessero essere norme nuove, concernenti casi singoli, da doversi necessariamente e per comune consenso considerare come giuridiche senza che si potesse riscontrare in essa una deroga al diritto vigente. Ma nello Stato libero moderno tali norme non sono concepibili. Considerato infatti nel suo complesso il diritto nazionale vigente si vede che esso da un lato assicura, mediante i diritti subbiettivi di libertà e gli altri attribuiti ai sudditi, una sfera di attività libera nei rapporti fra loro e collo Stato: e d'altro canto riconosce allo Stato una sfera di attività egualmente libera mediante i diritti di supremazia [1]). Ogni comando nuovo, sia esso rivolto ai sudditi od allo Stato, non può che restringere la sfera libera degli uni o dell'altro, e perciò modificare il diritto obbiettivo, in cui quei diritti subbiettivi hanno radice. Perciò ogni comando nuovo, legittimamente emanato, ha contenuto di diritto obbiettivo per questo solo fatto. Ciò è tanto vero, che tutti gli esempi addotti dai fautori della teoria della novità per provare l'esistenza di norme giuridiche individuali si riducono ad uno dei tipi di norma giuridica sopra accennata, e principalmente al tipo di norma modificativa del diritto vigente [2]).

Il criterio della novità si rende assolutamente insufficiente per stabilire una distinzione fra funzione legislativa e funzione amministrativa: ed è a prezzo di continue ed errate, se pur ingegnose, sottigliezze, che i sostenitori di quest'opinione riescono a darle una lontana parvenza logica. Fu già osservato contro questa teoria, che molte leggi, aventi indubbiamente e per unanime consenso contenuto giuridico, non sono nuove: tali sono i testi unici, i codici, i quali contengono soltanto norme preesistenti in altre leggi scritte o nella consuetudine [3]). Fu però risposto che certo nè queste leggi, nè tutte

---

[1]) La somiglianza fra comando individuale *contra legem* e comando concreto *secundum legem* sta intrinsecamente in due fatti: *a*) che riferendosi essi ad un caso singolo non c'è luogo a controllare se altri successivi provvedimenti siano ad essi conformi o meno, siccome accade per le norme generali; *b*) che entrambi si ispirano essenzialmente a criteri di opportunità momentanea e non di diritto. Ove il comando individuale *contra legem* si ispiri a vero criterio di diritto, esso, se è contrario immediatamente ad una legge generale, è però mediatamente conforme ad un principio superiore astratto di diritto o di equità e preso in esecuzione ad esso.

[2]) Laband, I, pag. 488, 649 e segg. — Stobbe, *D. Privatrecht*, I, § 18. — Rosin, pag. 9. — Dyroff in *Hirth's Annalen*, 1889, pag. 817 e seg., pag. 826 e seg. — Jellinek, pag. 238 e seg. — L'Anschütz, op. cit., pag. 26, pag. 32 e seg., appoggiandosi anche sull'autorità dello Jellinek, esagera la teoria affermando essere norme giuridiche soltanto quei comandi individuali o generali, che abbiamo per scopo immediato la limitazione della sfera di libertà dei sudditi, come il comando di prestare il servizio militare: ogni altro atto, se anche limita indirettamente e non di proposito la sfera di libertà dei sudditi, come un regolamento amministrativo concernente i rapporti fra impiegati e pubblico, è atto amministrativo.

[1]) Cfr. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*.

[2]) Gli esempi addotti dal Laband, op. cit., 3.ª ed., I, pag. 490, nota 2, sono i seguenti: 1) leggi, che creano una reggenza in un dato caso di incapacità o minore età del re, che stabiliscono in un dato caso l'ordine di successione, che dichiarano successibile al trono un principe nato da matrimonio morganatico: in tutte queste ipotesi la norma individuale modifica le disposizioni vigenti sulla successione al trono, le reggenze o i matrimoni dei principi reali; 2) legge germanica del 1866 per la prima elezione al Parlamento della Confederazione: essa è generale, perchè concerne tutti i cittadini elettori ed in ogni modo altera il diritto preesistente in ordine ai rapporti degli Stati confederati fra loro e della Confederazione coi sudditi; 3) legge 21 luglio 1870, che in occasione della guerra franco-prussiana prolunga la durata della legislatura: essa modifica la norma statutaria in proposito; 4) legge 24 maggio 1874 sulla procedura parlamentare di un progetto di legge: essa modifica le forme ordinarie legali di detta procedura; 5) legge 15 dicembre 1890 sull'annessione di Heligoland: ha contenuto giuridico in quanto estende le leggi dell'impero al territorio annesso e sotto questo aspetto ha contenuto generale. Tacciamo della legge annuale sui conti di cui ci occuperemo a parte e di due leggi citate delle quali ignoriamo il contenuto.

[3]) Codacci-Pisanelli, pag. 13. — Il Seligman, pag. 150 e seg., nega che queste leggi abbiano carattere di leggi materiali.

le altre, dal punto di vista sociologico, hanno mai contenuto nuovo, poichè il diritto, come condizione di coesistenza della società, preesiste alla sua formulazione giuridica per parte degli organi incaricati non già di crearlo, ma di trovarlo e di fissarlo. Ma dal punto di vista giuridico, le leggi sopra indicate sono nuove, in quanto le vecchie fonti di diritto sono abrogate, e le nuove soltanto rimangono in vigore. E fin qui la confutazione può accettarsi [1]). D'altro canto, si obbietta con maggior fondamento: se è vero, che il provvedimento amministrativo di pura esecuzione, *secundum legem*, non ha contenuto nuovo, perchè applica la norma generale ad un caso individuale [2]), il provvedimento preso in virtù di una potestà discrezionale da un'autorità amministrativa può contenere un comando nuovo, non contenuto nel preesistente diritto, come osserva il Codacci-Pisanelli: eppure non un solo autore avversario osa considerarlo come un atto legislativo. L'Anschütz risponde non avere questo comando il carattere della novità, perchè esso è *implicitamente* contenuto nella norma, che accorda all'autorità amministrativa la potestà discrezionale.

La risposta è sottile: ma quando il concetto di novità si comprenda in questo modo, la definizione di atto amministrativo si risolve così: è atto amministrativo materiale ogni atto, che non contrasti col diritto vigente. Proposizione di per sè vera: ma che ci dà i limiti entro cui può spaziare l'atto amministrativo, non la sua essenza: e sopratutto non ci dice, che cosa sia il diritto vigente: non ci permette di stabilire, se le sue fonti possano ricercarsi nei soli statuti emanati dal Parlamento od anche nei regolamenti emanati dall'autorità amministrativa. Il criterio della novità non serve dunque a risolvere la questione fondamentale qui proposta.

Ed a conferma di questa asserzione valga un'ultima considerazione. Quando una norma giuridica accordi ad un'autorità amministrativa un potere discrezionale, l'autorità amministrativa, come abbiamo già rilevato, nei limiti della sua competenza ha la pienezza della sovranità nello stesso modo, che lo Stato nella sua unità in tutti i casi. Nei limiti della sua competenza, l'autorità amministrativa, munita di potere discrezionale, può non usare di questo potere, può impartire comandi individuali, può emanare regole generali riservando a sè od ai suoi subordinati l'esecuzione ed il controllo. Nell'esercizio

[1]) Anschütz, pag. 31.

[2]) Ogni esecuzione di legge è amministrazione, sebbene per converso la funzione dell'amministrazione non si esaurisca nella sola esecuzione, e le autorità amministrative operino spesso piuttosto *intra legem*, che *secundum legem;* è chiaro quindi che la non novità di un atto è ragione sufficiente, ma non necessaria, come dicono i matematici, per considerarlo amministrativo in senso formale. Quando il medesimo organo legifera ed amministra, come fa talora il Parlamento, il criterio della novità o meno può essere utile per distinguere se un atto è amministrativo o legislativo. — Jhering, I, pag. 342.

di questa sovranità limitata e parziale si debbono poter distinguere dunque le tre funzioni, che si distinguono nella sovranità illimitata dello Stato. Questa distinzione col criterio della novità non può farsi di certo: di fronte al complesso del diritto vigente comando individuale o comando astratto generale sono ugualmente nuovi o vecchi secondochè si accetta la opinione del prof. Codacci-Pisanelli o la risposta dell'Anschütz. Eppure fra comando individuale e comando generale astratto una differenza c'è: differenza sostanziale e differenza pratica. La differenza sostanziale è intuitiva: la differenza pratica sta in ciò, che il comando astratto richiede altri comandi indiduali concreti che lo portino ad esecuzione: onde la necessità di controllare la conformità loro colla norma, e la identità di natura con quei comandi generali, che sono indubbiamente di diritto obbiettivo. Pertanto il solo criterio della generalità dà il mezzo di operare una proficua distinzione.

17. Vi possono essere regole astratte generali emanate dallo Stato, che non costituiscano diritto obbiettivo? È necessario ammettere, che ne possono esistere e ne esistono. Coloro che negano essere la generalità carattere essenziale e distintivo del diritto citano questo fatto come il migliore argomento a favore della loro tesi [1]), allargando in pari tempo il campo di queste regole generali non giuridiche. Ciò facendo commettono a nostro avviso un duplice errore, come cercheremo di dimostrare.

Si consideri invero quali sono le regole generali non giuridiche, che lo Stato può emanare. Esse sono regole morali ove lo Stato creda, come in molti casi anticamente ha fatto, di doverle proclamare — sono consigli che esso dà per es. esortando la calma in tempo di insurrezione, o ricordando in tempo di epidemia i precetti igienici atti ad impedire la diffusione del contagio — sono istruzioni che esso detta ai funzionari, anche nel campo della sua ordinaria attività d'impero, senza volere nè potere con essi imporre ai cittadini vincoli maggiori, nè prescrivere limiti alla propria azione od assumere impegni verso di loro. Si tratta dunque in tutti questi casi di massime e non di comandi generali: di regole senza capacità, a generare a favore dei cittadini, diritti subbiettivi, e senza garanzia di sanzione. Ciascuno sa che tutta la vita della società e anche dello Stato non si esaurisce nei comandi giuridici: ma è regolata anche da altri precetti generali di morale, o di opportunità. Ciò non prova nulla contro il principio, che ogni comando generale emanato dallo Stato con sanzione apposita è norma di diritto obbiettivo. Gli avversari hanno cura di porre in grande rilievo il fatto, che le istruzioni dirette ai funzionari non hanno carattere giuridico: e danno

[1]) Anschütz, pag. 26.

a queste istruzioni un'estensione amplissima, attribuendo questo carattere a tutte quelle regole contenute in leggi, in regolamenti, in circolari, che non limitano od allargano direttamente ed immediatamente la sfera di libertà dei cittadini: ma, essendo immediatamente rivolte ai funzionari, hanno di fronte ai cittadini un effetto mediato e riflesso [1]). E qui sta il loro secondo e più grave errore. Poichè naturalmente, ciò facendo, considerano come istruzioni, come precetti privi di sanzione, un'infinità di regole, che all'osservatore accurato se ne rivelano provviste.

Per il diritto italiano in particolare l'errore è di un'evidenza patente: ed il campo delle semplici istruzioni, senza sanzione in ciò che concerne i cittadini, va ristretto al minimo. E valga il vero. È perfettamente indifferente se una regola abbia per scopo immediato di tutelare l'interesse del suddito: o se, avendo per scopo immediato la tutela dell'interesse dell'amministrazione, protegga mediatamente o casualmente l'interesse del suddito. Ogni norma di diritto pubblico tutela entrambe le categorie di interessi: certo di fronte a ciascuna norma l'uno o l'altro interesse può avere importanza diversa, l'uno o l'altro può apparire prevalente. Se la protezione del singolo è lo scopo precipuo ed immediato, ciò sarà una ragione per accordare ad esso azione dinanzi ai tribunali ordinari. Ma se l'interesse del singolo ha una protezione mediata, riflessa, negata l'azione giudiziaria, resta pur sempre quella amministrativa.

Qualunque interesse privato, che possa anche occasionalmente a suo vantaggio invocare un articolo di legge o di regolamento, apre l'adito al ricorso dinanzi alla IV Sezione, secondo il testo dell'art. 24 della legge sul Consiglio di Stato e della dottrina e giurisprudenza su di esso formulata [2]). Pertanto, in diritto italiano, qualunque comando generale, emanato anche per il vantaggio dell'amministrazione, interessa i cittadini, apre loro l'adito ad un'azione, crea in loro pretese subbiettive, vincola l'autorità che lo emana, è fornito di sanzione: è insomma da concepirsi come una norma giuridica [3]).

In due casi soltanto si possono tali regole considerare come incapaci di generare diritti subbiettivi e prive di sanzione. Il primo caso si verifica quando esse siano assolutamente indifferenti ai cittadini:

---

[1]) Anschütz, pag. 71 e segg. — Laband, I, pag. 649 e segg. — Jellinek, pag. 384 e segg.

[2]) Meucci, *Istituzioni di dir. amm.*, Roma, 1892, pag. 125.

[3]) Lo Jhering, *Esprit du droit Romain* (trad. Maulenaere), Parigi, 1886-88, IV, pag. 339, nega il carattere di diritti ai diritti, così detti *riflessi*, perchè egli considera quei soli diritti, che ricevono protezione mediante un'azione promovibile dinanzi ai tribunali ordinari. Cfr. lo stesso autore negli *Jahrbücher*, X, pag. 245 e segg.

siccome facilmente accade quando abbiano carattere esclusivamente tecnico. Così è per le regole sulla tenuta di determinati registri, sulla compilazione di progetti di opere, sull'esercizio dell'arte medica per parte dei pubblici sanitarii e simili. Ma al solito bisogna andare in proposito molto a rilento nell'escludere, che tali regole non interessino i cittadini: poichè può spesso facilmente verificarsi un caso anche remoto in cui la loro violazione rechi danno al cittadino ed esso abbia modo di farle rispettare con un'azione giudiziaria in risarcimento o con un ricorso amministrativo. Può anche accadere, che a queste istruzioni manchi carattere giuridico, poichè esse sono emanate senza l'intenzione di vincolare l'amministrazione verso gli estranei e senza l'intenzione di vincolare gli estranei verso l'amministrazione. È questa, come ben si vede, una questione d'interpretazione: e la forma con la quale queste regole sono emanate è decisiva in proposito. Parlando del diritto italiano è evidente, che ove esse siano contenute in un atto del Parlamento od in un regolamento generale, ministeriale o locale debitamente pubblicato, se non vi è una dichiarazione espressa che quelle regole sono un'istruzione, un consiglio ai funzionarii, esse costituiscono una norma giuridica, poichè il cittadino è con esse obbligato, e di esse si può prevalere mediante azione giudiziaria od amministrativa secondo i casi. Solo quando queste istruzioni siano contenute in una circolare, ossia in un atto che non esce dall'ambito dell'amministrazione, e che frequentemente è segreto, si può invece presumere l'intenzione di non obbligare con essa lo Stato e di negare al cittadino ogni sanzione, che non sia il ricorso gerarchico in via graziosa. Ma di ciò diremo più ampiamente nella seconda parte di questo lavoro parlando delle circolari sui rapporti coi cittadini.

Ci basti per ora osservare che nei rapporti fra funzionari ed amministrazione esse possono, anche in questo caso, assumere tale carattere in quanto accedano alle altre norme regolanti fondamentalmente il rapporto fra Stato e impiegato. Talora la violazione di queste norme puramente interne è una pena ordinaria: ed allora non si può dubitare del loro carattere giuridico [1]).

---

[1]) In Italia le norme di amministrazione puramente interne accompagnate da sanzioni penali ordinarie non sono molto frequenti. Si può citare tuttavia l'art. 178 del codice penale che contempla il rifiuto per parte di pubblici ufficiali di compiere atti del loro ufficio; l'art. 177 sulla violazione del segreto, e l'art. 180, che concerne l'omessa denuncia di reati: questi due articoli insieme agli art. 371 e segg. concernenti i danni arrecati alle persone per violazione di regolamenti possono servire di sanzione penale a molti obblighi imposti da particolari leggi e regolamenti nel solo interesse dell'amministrazione. Si veda anche l'obbligo di denuncia di malattie infettive per parte dei medici-condotti comunali (legge 23 dicembre 1888 art. 45), l'obbligo di denunzia delle fondazioni di opere pie per parte dei notai (legge 17 luglio 1890 art. 17), l'obbligo dei cancellieri ed uscieri di rispettare le disposizioni del

Quando la sanzione è soltanto amministrativa o disciplinare essa è meno perfetta: ma pur sempre sufficiente a non mutare la natura giuridica di quelle regole generali. Si noti poi che in quanto essi interessino i funzionari stessi se non è data loro, nel caso di violazione, un'azione giudiziaria, è riconosciuto il ricorso contenzioso amministrativo.

Gli avversari della teoria della generalità partendo dal concetto che siano di diritto obbiettivo quei soli comandi, che importano una immediata ed assolutamente nuova limitazione od ampliazione della sfera di libertà dei sudditi [1]), non reputano giuridici anche quei comandi generali: *a*) che concernano non l'esercizio dell'*imperium* statuale, ma della sola attività sociale; *b*) che limitino la sfera di libertà dei sudditi in virtù di una facoltà discrezionale già concessa dalla legge ad un'autorità amministrativa. Ma di queste due eccezioni, che noi respingiamo, ci occuperemo, parlando dei regolamenti, fermati per ora i principii suaccennati, i quali valgono ugualmente siano le norme in discorso contenute in una legge formale od in un regolamento.

18. Qualcuno potrebbe criticare l'estensione, che noi così diamo al concetto di diritto, e la limitazione, che noi imponiamo alla sfera libera dello Stato, nei limiti della quale esso possa compiere senza ostacoli, atti giuridicamente indifferenti. A conforto di quella critica si potrebbe addurre, che alcuni di questi atti generali, che noi consideriamo giuridici, possono essere posti in essere, anche dai privati o da persone giuridiche private, senza che nessuno pensi ad attribuire loro carattere giuridico: così accade per le istruzioni ai dipendenti, per i regolamenti di musei, scuole, istituzioni di credito e di trasporto, ecc. Ma non è possibile dimenticare la differenza sostanziale, che intercede fra lo Stato e i privati. Questi non possono emanare norme obbliganti, se non in quanto siano accettate contrattualmente: lo Stato può emanarne in virtù della sua sovranità, che esso può esercitare anche adempiendo alle sue funzioni sociali. Certamente dal considerare giuridiche molte azioni dello Stato, che sono giuridicamente indifferenti, quando siano poste in essere tra cittadini, sorge una limitazione alla libertà d'azione dello Stato stesso. Ma ciò è un correttivo della sua straordinaria potenza. D'altro canto ciò importa che un maggior numero di interessi riceva protezione, mediante queste norme giuridiche e la loro sanzione. Ora l'ideale di

codice di proc. civ., anche non prescritte a pena di nullità e riguardante il solo interesse dell'amministrazione giudiziaria (cod. pr. civ. art. 60). In Inghilterra e negli Stati Uniti d'America la sanzione penale per gli obblighi dei funzionari è molto frequente e supplisce il difetto di sanzione disciplinare gerarchica. — Goodnow, *Comparative administrative law*, II, pag. 179.

[1]) Laband, I, pag. 649. — Anschütz, pag. 33.

ogni società ordinata è che tutti gli interessi o la massima parte possibile ricevano una adeguata tutela. Ciò non è sempre possibile nei rapporti fra privati, poichè importerebbe una eccessiva limitazione della loro libertà. Ma ciò è possibile di fronte allo Stato: poichè nella stessa sua organizzazione si trova il mezzo per approfittare degli organi, che debbono tutelare in confronto di organi inferiori gli interessi dello Stato stesso, allo scopo di tutelare anche gli interessi privati. Pertanto, essendo lo Stato la più alta delle personalità, è naturale che, ovunque possa, esso attui l'ideale della maggior protezione degli interessi individuali in suo confronto e sottometta in maggior misura le sue azioni a certe norme giuridiche.

19. Ciò premesso, è ora possibile definire, che cosa si intenda per atto di funzione legislativa in senso materiale. Esso è ogni comando, munito di sanzione ed emanato dallo Stato in via generale ed astratta ed ogni atto che modifichi, od abroghi un preesistente simile comando.

L'organo da cui questo atto di volontà emana è, sotto questo punto di vista, indifferente. Esso è negli Stati costituzionali per la maggior parte dei casi il Parlamento: quando ciò accada il concetto formale ed il concetto materiale di legge coincidono perfettamente. Ma può anche darsi, che la formazione della norma giuridica, invece di essere affidata ad un organo speciale, sia dallo Stato lasciata alla società stessa, con il concorso indiretto ed il tacito assenso degli organi dello Stato ove specialmente si tratti di diritto pubblico. Lo Stato in tal caso si limita ad accordare a questa norma, che è pur sempre manifestazione di volontà del popolo organizzato, il suo riconoscimento e la sua sanzione. Può finalmente accadere, che l'organo da cui la volontà generale emana, sia un organo amministrativo, sia per virtù di una facoltà discrezionale propria, sia per virtù di una delegazione espressa da parte degli organi legislativi [1]).

[1]) Non contempliamo il caso, che la norma emani da un organo giudiziario, poichè questo caso non si verifica in Italia. Ma la cosa è perfettamente possibile. In Inghilterra spetta alle Corti giudiziarie riunite emanare regolamenti per la procedura civile: e le regole procedurali così sanzionate sono più numerose di quelle pubblicate con atto del Parlamento. — Cfr. Gneist, *Das englische Verwaltungsrecht*, Berlino, 1883, pag. 962, 1014. — Nella trad. it., *Bibl. di scienze politiche*, serie II, vol. III, pag. 1189, si contengono in proposito notizie più recenti. Così pure l'autorità giudiziaria ha funzione legislativa quando giudichi come giudice di equità, con facoltà pretorie, e le sue decisioni costituiscano una consuetudine, che deve essere rispettata. Ciò accadde in Roma mediante l'Editto Pretorio: ed è questo il modo col quale si è formata in Inghilterra la legge di equità. Finalmente ha funzioni legislative il supremo organo giudiziario in quei paesi dove esso decide un'interpretazione autentica e generale le controversie di diritto costituzionale. — Costituzione Amburghese, art. 1. — Id. Sassone, art. 153. — Id. Oldemburghese, art. 209. — Id. di Lubecca, art. 73. — Seligman, op. cit., pag. 72-75 e note.

L'atto amministrativo in senso materiale è invece l'atto che regola nell'interesse dello Stato un caso individuale e concreto entro i limiti del diritto obbiettivo.

È d'uopo osservare, che anche la sentenza, od atto giudiziario in senso materiale, regola un caso individuale e concreto. Ma vi è fra le due specie di atti una diversità profonda. L'atto amministrativo si compie per raggiungere in un caso concreto uno dei numerosi scopi, che lo Stato si propone: ossia persegue l'interesse dello Stato in un caso concreto, secondo criteri di opportunità. La sentenza invece ha per unico scopo il ristabilimento in un caso concreto dell'ordine giuridico. L'amministrazione dello Stato, col prender provvedimenti si comporta di fronte alle norme giuridiche, come i privati, in quanto perseguono i loro interessi: cioè si serve di dette norme come di mezzi per i suoi scopi, rispettandole ed eseguendole in quanto sono un limite ad esso imposto. La giurisdizione invece ha lo scopo immediato di applicare una norma ad un caso concreto, in virtù non di una scelta libera, ma della necessità logica di dedurre la conclusione dalla premessa sillogistica, che è appunto la norma [1]). Per rilevare codeste differenze diciamo appunto, che l'atto amministrativo persegue in tal caso l'*interesse dello Stato*, entro i limiti e non puramente in esecuzione del diritto vigente.

Il provvedimento amministrativo, data l'analoga maniera di comportarsi dell'amministrazione e dei privati di fronte al diritto, per il raggiungimento dei loro fini, si assomiglia quindi grandemente, nel diritto pubblico, a ciò che nel diritto privato dicesi negozio giuridico. Negozi giuridici sono, secondo lo Ihering [2]), la forma in cui la volontà subbiettiva dispiega la sua attività giuridica, entro i limiti segnati dal diritto vigente o, secondo la definizione del Baron [3]), le manifestazioni di volontà lecite immediatamente dirette a produrre la nascita, il trapasso, la fine, la conservazione o la mutazione di diritti subbiettivi [4]). Queste due definizioni, che colpiscono i due momenti del negozio giuridico, si attagliano perfettamente al con-

---

[1]) Sarwey, pag. 13. Egli giustamente osserva, che, anche quando l'amministrazione è puramente esecutiva essa si distingue nelle sue premesse dalla giurisdizione. Il funzionario che ordina la chiusura di uno stabilimento insalubre, che scioglie una assemblea pericolosa all'ordine pubblico si propone di realizzare l'interesse dello Stato, cioè, l'interesse pubblico e non di far rispettare il diritto obbiettivo. Questo invece è lo scopo del giudice che condanni negli stessi casi. Il funzionario si conforma alla legge nel primo caso, come un privato nel porre in essere un contratto si conforma al codice civile, per potere raggiungere il fine propostosi. — Cfr. Laband, I, pag. 646.

[2]) *Esprit du droit Romain*, III, § 53.

[3]) *Pandekten*, pag. 88.

[4]) Non è detto in queste definizioni che il negozio giuridico è atto di volontà riferentesi a casi singoli: ciò nel diritto privato s'intende da sè.

cetto di provvedimento amministrativo, il quale appunto è manifestazione concreta ed individuale della volontà dello Stato entro i limiti del diritto obbiettivo diretta ad imporre obblighi od a creare diritti. Certamente l'analogia non va spinta troppo oltre: perchè è sempre pericoloso introdurre nel diritto pubblico definizioni e concetti di diritto privato: ma fino a questo punto essa si rivela esatta ed è stata opportunamente invocata da autorevoli scrittori [1]). Questa analogia conferma sempre più il principio che l'atto amministrativo materiale deve riferirsi ad un singolo concreto rapporto, e spiega perchè l'amministrazione materialmente si concepisca come l'attuazione dei fini dello Stato [2]).

Naturalmente, anche per il concetto di provvedimento, è indifferente l'organo da cui esso è emanato. Se esso è atto di un organo amministrativo, come per lo più accade, il concetto formale coincide con quello materiale. Ma esso può procedere da un organo giudiziario (dazione di un tutore, esecuzione, ecc.), e di questo caso non dobbiamo occuparci: può procedere invece dagli organi legislativi e di ciò tratteremo in un capitolo speciale.

È appena necessario rilevare, che, se la definizione di atto amministrativo in senso materiale non coincide con la definizione di amministrazione data a pag. 67 del vol. I di questo Trattato, ciò non importa la benchè minima contraddizione. L'amministrazione, organicamente intesa, non può limitarsi alla semplice cura dei casi singoli: deve essere fornita di libertà, di discrezionalità, di capacità ad emanare regole generali. Non essendo attuabile una schematica divisione delle funzioni fra gli organi dello Stato è evidente che gli organi amministrativi hanno anche funzioni legislative e giurisdizionali: e la definizione della loro attività nel suo complesso deve tener conto di questa circostanza. Noi studiando invece la funzione amministrativa in senso materiale ed obbiettivo siamo costretti ad una definizione molto più limitata e ristretta [3]).

---

[1]) Laband, I, 656. — Meyer, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, pag. 22. Contro piuttosto per ragioni di opportunità, che di dissenso sostanziale, G. Meyer, *Lehrbuch des d. Ver. Rechts*, I, pag. 34. — Per la presente trattazione è indifferente se l'atto amministrativo possa essere unilaterale o bilaterale (contratto) o debba sempre considerarsi unilaterale. — Cfr. gli autori ed i luoghi citati.

[2]) Vedi n. 4.

[3]) Cfr. Seligman, pag. 68.

CAPO II.

La legge in senso formale.

§ 1. — *Forma della legge e sua efficacia.*

Sommario. — 20. Procedimento per la formazione della legge. Contenuto e approvazione solenne. — 21. La sanzione regia. Teoria assolutistica. — 22. Teoria liberale esagerata. Opinione media. — 23. Promulgazione. — 24. Controllo costituzionale formale. — 25. Pubblicazione ed entrata in vigore. — 26. Forza formale della legge. — 27. Segue. — 28. Abrogazione, sospensione, dispensa. Grazia ed amnistia. — 29. Desuetudine. — 30. I trattati internazionali e la modificazione delle leggi.

20. Diciamo sommariamente del procedimento da seguirsi per porre in essere una legge formale: siccome l'argomento attiene al diritto costituzionale, ci fermeremo su quei punti, che sono essenziali alla comprensione del nostro tema, tacendo degli altri.

Gli organi della legislazione sono in Italia il Re, il Senato e la Camera dei deputati. L'art. 3 dello Statuto dice, che ad essi spetta *collettivamente* la potestà legislativa: con questa espressione lo Statuto significa, che giuridicamente la posizione dei tre organi nella formazione della volontà dello Stato è perfettamente uguale, e che il consenso di tutte e tre, espresso mediante l'approvazione per le Camere e la sanzione per il Re, è egualmente necessario per la perfezione della legge [1]).

Sotto due punti di vista questo principio è stato negato: dal punto di vista assolutista col dare alla sanzione regia un valore giuridicamente preponderante; dal punto di vista della sovranità popolare col negare a questa sanzione qualunque valore.

La prima opinione fu formulata dal Laband [2]) e seguìta dallo Jellinek [3]). Dice il Laband che in ogni legge bisogna distinguere la regola formulata dalla dichiarazione che essa ha forza giuridica obbligatoria, in altri termini il contenuto della legge (*Gesetzesinhalt*) e il comando della legge (*Gesetzesbefehl*). Questi due elementi del concetto di legge possono essere così collegati, che la loro distinzione non abbia portata giuridica. Tanto una unica assemblea sovrana, quanto un monarca assoluto determinano il contenuto e impartono il comando della legge. Ma è anche possibile che per la determinazione del contenuto esistano regole diverse e cooperino altre forze che per la emanazione del comando. Allora la distinzione ha grande importanza teorica e pratica. Il momento essenziale della legislazione non è la formulazione della proposizione giuridica, ma la dichiarazione che essa ha valore di legge. Non già che tale formulazione non sia còmpito dello Stato: anche la ricerca della regola da sanzionare è lavoro legislativo; ma l'intervento caratteristico della sovranità si verifica non nella determinazione del contenuto, ma nella dichiarazione che esso ha valore di legge. Non è necessario che il legislatore trovi il contenuto: esso può essergli offerto da un trattato internazionale, dal lavoro di una Commissione apposita, dalla deliberazione di un corpo speciale: il « pensiero della legge » può essere fornito dalla consuetudine, dalla legislazione straniera, dalla dottrina, ecc. Soltanto alla dichiarazione che il contenuto è legge, è necessaria l'opera diretta dello Stato, della sovranità [1]).

Fin qui il ragionamento del Laband può essere approvato anche di fronte al diritto italiano. L'elaborazione dei progetti di legge non è opera esclusiva ed essenziale dei fattori legislativi. Ogni progetto è sempre preparato dal proponente, sia esso un ministro od un membro delle Camere. Quando si tratti di progetti d'iniziativa governativa, è obbligatorio il voto del Consiglio dei ministri, il che porta il concorso di quest'organo all'elaborazione [2]) loro: il parere del Consiglio di Stato è facoltativo [3]); il sistema di nominare Commissioni governative o ministeriali che preparano i progetti è frequentemente adottato [4]). Anzi vi è chi propugna o l'istituzione di un Consiglio di legislazione, o l'impiego obbligatorio del Consiglio di Stato a tale funzione, per assicurare una migliore redazione del contenuto delle leggi. All'elaborazione di questo contenuto cooperano generalmente, oltre al Re, in Consiglio di ministri, gli altri due fattori legislativi, mediante la discussione generale, la discussione negli uffici o nelle

---

[1]) Palma, *Dir. cost.*, II, pag. 386. — May, *Leggi, privilegi*, ecc., *del Parlamento Inglese. Bibl. di scienze giuridiche*, serie I, vol. IV, pag. 467 e seg.

[2]) Op. cit., I, pag. 490 e seg.

[3]) Op. cit., pag. 313 e seg.

[1]) È strano che il Laband, parlando della legge in senso formale, adduca sempre esempi di leggi, che hanno contenuto giuridico. Ma questa omissione non altera la forza del ragionamento. È evidente che anche in una legge avente carattere di atto amministrativo si distingue il contenuto dal comando che la dichiara legge formale: e che il contenuto, anche in questo caso è elaborato, al di fuori dei fattori legislativi, dai ministri, ecc. Si consideri per esempio il caso di concessioni di ferrovie da farsi per legge. L'art. 246 della legge sui lavori pubblici dice: « L'atto di concessione sarà basato sopra un capitolato.... stipulato dal Ministero per promuovere la sanzione legislativa della concessione ».

[2]) Regol. 25 agosto 1876, art. 1, n. 1.

[3]) Legge 2 giugno 1889, art. 10, n. 2.

[4]) Per i codici è questo il sistema prevalente: nel 1895, per citare un ultimo esempio, fu nominata una Commissione ministeriale per la riforma del Codice di commercio. Nel 1876 fu nominata una Commissione reale per preparare la riforma alla legge elettorale politica. La legge sulle opere pie 17 luglio 1890 fu preceduta da una inchiesta e simili.

Commissioni e la discussione speciale articolo per articolo [1]). Ma talora la discussione articolo per articolo è di deliberato proposito omessa, siccome accadde per i codici: tal'altra ogni discussione è omessa di fatto e se in sostanza in questi due casi il contenuto della legge è, se non elaborato, almeno conosciuto ed accettato dai fattori legislativi, vi è un caso in cui si accorda virtù di legge ad un atto il cui contenuto è perauco ignoto. Ciò accade allorchè il Parlamento delega la potestà legislativa al Governo dichiarando espressamente, che un dato regolamento da emanarsi avrà valore di legge e non potrà essere modificato che per legge [2]).

21. Partendo da questa distinzione, il Laband dice che in ogni monarchia costituzionale spetta alle Camere determinare il contenuto delle leggi, ma la potestà di attribuire a questo contenuto obbligatorietà giuridica come legge appartiene al solo monarca, che è l'unico investito della indivisa ed indivisibile sovranità. La sanzione è il solo atto di legislazione nel senso giuridico della parola. Lo Jellinek concorda nel concetto fondamentale del Laband; ma se ammette anche egli che la sola sanzione dà valore alla legge, se nega all'approvazione delle Camere ogni qualità di atto di sovranità e vede in esse soltanto un limite alla sovranità del Re, riconosce però che questa approvazione importa autorizzazione al monarca d'impartire la sanzione. Questa teoria non deriva necessariamente dalla distinzione fra contenuto della legge e dichiarazione del suo valore giuridico quale legge. Poichè, ammessa la distinzione, può sempre darsi, e si dà in realtà nelle monarchie costituzionali, che la potestà di dichiarare che il contenuto è elevato a dignità di legge, spetta collettivamente ed in egual misura ai tre organi dello Stato, designati come organi legislativi.

La teoria non ha troppa importanza pratica, poichè, qualunque sia il valore giuridico della sanzione, nè il Laband, nè lo Jellinek, nè i loro seguaci negano che l'approvazione delle Camere non sia necessaria ad ogni legge. Essa non ha gran base neppure in diritto tedesco: poichè è dalla Germania appunto che è venuta la teoria, che la sovranità appartiene allo Stato e non a questo od a quell'organo: ed ammesso questo principio, vien meno il fondamento su cui poggia

---

[1]) Statuto del Regno, art. 63.

[2]) Vedasi per esempio l'art. 139 della legge di P. S. 30 giugno 1889: « [Il ministro dell'Interno] è autorizzato a pubblicare colle stesse sanzioni il regolamento relativo al meretricio.... Questo regolamento non potrà essere modificato se non per legge dopo trascorso un anno dalla sua pubblicazione ».

Non sono infrequenti gli esempi di ordinamenti costituzionali in cui la potestà di determinare il contenuto della legge è affidata ad un organo diverso da quello, che può darvi valore di legge. Così nella Costituzione francese dell'anno VIII il Consiglio di Stato preparava leggi, il Tribunato le discuteva ed il Corpo legislativo poteva soltanto approvarle o respingerle nella sua integrità.

l'opinione del Laband, essere cioè il Re investito di tutta la sovranità. L'opinione del Laband potrebbe trovare appoggio nel diritto positivo della Baviera, della Sassonia, del Würtemberg le cui Costituzioni affermano che « il Re compendia tutti i diritti della sovranità » [1]). Sembra smentita dal diritto positivo della Prussia la cui Costituzione dice che il potere legislativo è esercitato collettivamente dal Re e da due Camere e che il consenso del Re e delle due Camere è necessario ad ogni legge [2]), e dalla Costituzione dell'Impero, che si ispira ai medesimi principii [3]). La teoria suddetta non può nemmeno esercitare alcuna influenza sul diritto italiano. Il Laband [4]) è il primo a riconoscere che in diritto costituzionale inglese il nome stesso di *Royal Assent*, che qualifica la sanzione, come in diritto costituzionale francese, secondo la Costituzione del 1791 e secondo la Costituzione seguente, il nome di *Consentement royal*, sono prova che la sanzione non ha valore giuridico diverso, che l'assentimento delle Camere. Lo Jellinek [5]) esprime eguale avviso ed enumera anche il Belgio e l'Italia fra i paesi in cui questo principio è indiscutibile: egli desume la prova dalla formula di sanzione: « Il Senato e la Camera dei deputati hanno approvato; noi abbiamo sanzionato e promulghiamo quanto segue » [6]). Noi aggiungiamo l'art. 3 e l'art. 55 dello Statuto, i quali espressamente contemplano la sanzione regia come avente non diverso valore che l'approvazione delle Camere [7]).

22. Un'altra opinione tende invece a negare alla sanzione regia ogni importanza giuridica ed a considerarla come una pura formalità. Quali che possano essere in proposito le opinioni *de iure constituendo*, o i temperamenti che la prudenza politica apporta alle rigide norme

---

[1]) Cost. Bavarese, tit. II, art. 1. — Cost. Sassone, tit. I, art. 1. — Cost. Würtemburghese, cap. II, art. 1.

[2]) Cost. Prussiana, art. 5.

[3]) Il Laband, pag. 494 della Costituzione prussiana, dice che l'art. 5 si riferisce alla determinazione del contenuto e non alla dichiarazione, che il contenuto è elevato a dignità di legge. Così però l'autore introduce in detto articolo una distinzione che il legislatore non ha fatto, e che, dato lo spirito dei tempi, la prevalenza delle dottrine costituzionali francesi ed inglesi, non poteva voler fare. — Cfr. contro l'opinione del Laband: Bluntschli, *Allg. Staatsrecht*, 1876, pag. 132: « Ciò che è la votazione per le Camere, è per il Re la sanzione ».

[4]) L. c.

[5]) Pag. 313.

[6]) Legge 23 giugno 1854, art. 1. È sostanzialmente uguale alla formula belga: « Les chambres ont adopté et nous sanctionnons ce qui suit »; ed alquanto diversa dalla formula germanica: « Comandiamo in nome dell'impero tedesco, col conseguìto consenso del Bundesrath e del Reichstag quanto segue ».

[7]) Abbiamo voluto ricordare e confutare la teoria del Laband per mostrare quanto esagerate in certi casi siano le conclusioni della dottrina tedesca, informate ad un eccessivo spirito di reazione contro le opinioni democratiche e intese a favorire più o meno palesemente l'assolutismo.

del diritto, è indubitato che *de iure condito* anche questa teoria è esagerata.

Il primo errore che essa generalmente commette è di considerare la sanzione regia sotto il suo aspetto negativo e chiamarla diritto di veto: il secondo di ritenere che questo diritto di veto nelle monarchie costituzionali siasi perduto per desuetudine.

Di un diritto di veto si può parlare in confronto di quelle Costituzioni in cui l'assenso del capo dello Stato non è elemento essenziale alla formazione della legge, ma può sospendere per un certo tempo ed in certe occasioni l'efficacia di una legge votata dalle Camere. Così era nella Costituzione francese del 1791, secondo la quale ove le Camere avessero votato una proposta per due legislature, essa diveniva legge anche senza l'assenso regio. Così è nella Costituzione americana, che dispone che un progetto diviene legge anche senza il consenso del presidente, ove in una seconda votazione raccolga i due terzi dei suffragi nelle due Camere, e nella Costituzione norvegese [1]), che dichiara legge, indipendentemente dall'assenso regio, ogni proposta approvata da tre legislature consecutive dello *Storthing*.

L'assenso regio nella Costituzione inglese, belga, italiana e in tutte le altre Costituzioni monarchiche europee non ha codesto carattere negativo, ma ha un valore assoluto. Esso deve essere prestato, perchè un atto votato dalle Camere diventi legge, e se non è prestato l'atto non diventa mai legge [2]).

Veramente in Inghilterra del rifiuto di sanzione non si è fatto uso dal 1707: in Belgio si ricorda un uguale rifiuto nel 1842 [3]): in Italia soltanto nel 1869 una legge che accordava la cittadinanza a tutti gli Italiani non regnicoli non fu sanzionata dal Re. Ciò non autorizza però a dire, che questo diritto sia stato dalla Corona perduto per desuetudine e ad affermare che la Corona non possa negare la sanzione neppure, per dirla col Bagehot, allo statuto che portasse la sua condanna di morte. Perchè una norma giuridica si abroghi per desuetudine, bisogna che l'uso contrario sia esercitato colla coscienza di esercitare un diritto. Ora nulla di simile si verifica nel caso in esame. Perchè la circostanza, che del rifiuto di sanzione non si è fatto uso, non ha mai

[1]) In Francia il capo dello Stato non conosce affermazione della volontà legislativa. Secondo gli articoli 3 della legge 25 febbraio 1875 e 7 della legge 16 luglio 1875 al presidente della Repubblica spetta soltanto di promulgare le leggi entro un mese ed in caso d'urgenza entro tre giorni. In pendenza di questo termine egli ha facoltà di chiedere alle Camere una nuova votazione, che non può essere rifiutata. — Secondo il Laband, I, pag. 516 e 526, nell'impero germanico la sanzione delle leggi appartiene al Bundesrath: ed all'imperatore spetta di promulgarle, salva la facoltà di rifiutare la promulgazione, ove esse risultino evidentemente incostituzionali.

[2]) Hearn, *The government of England*, Londra, 1887, pag. 51. — Todd, *Il Governo parlamentare in Inghilterra*, Torino, 1886, pag. 896.

[3]) Giron, *Droit administratif de la Belgique*, Bruxelles, 1885, I, pag. 46.

dipeso da una convinzione della Corona, suffragata dalla convinzione popolare, che l'esercizio di tale potere fosse contrario al diritto, ma dalla possibilità della Corona di ricorrere ad altri mezzi per ottenere il medesimo scopo. La Corona ha parte preponderante alla legislazione mediante l'iniziativa, il che evita di regola che si votino leggi dalla Corona ritenute inopportune od ingiuste. Nel caso di leggi di iniziativa parlamentare la Corona può opporsi alla presa in considerazione mediante i suoi ministri. Ove il conflitto, quanto alle misure legislative, si verifichi appunto fra il Re ed i ministri, il Re può licenziarli, ed ove si verifichi anche in confronto del Parlamento, il Re può scioglierlo [1]). Con questi quattro mezzi il Re può evitare che si votino leggi che egli non creda approvare, senza ricorrere al mezzo violento del rifiuto di sanzione. Ciò non toglie che questo diritto esista, che la sua esistenza sia vantaggiosa, e che esso possa in casi estremi invocarsi. La esistenza di un capo dello Stato, munito di poteri relativamente estesi e specialmente dotato di dignità ereditaria, in tanto è utile in quanto costituisce una istituzione che rappresenta la continuità e l'unità dello Stato al di sopra dei partiti e delle momentanee passioni. In un momento di conflitto fra questi partiti e fra queste passioni può dalle Camere, che più direttamente siano inspirate, votarsi una legge contraria all'interesse pubblico, favorevole ad un solo partito, ad una sola classe. Il rifiuto della sanzione può essere un correttivo di tali pericoli: il veto presidenziale nella Confederazione americana ed il veto dei governatori nei singoli Stati confederati si è talora esplicato utilmente in questo senso.

Del resto è regola politica, se non giuridica, negli Stati parlamentari nei quali la Camera elettiva a suffragio più largo ha in pratica un'importanza preponderante, che gli altri organi della legislazione cedano dinanzi alla volontà popolare manifestatasi dopo le elezioni generali indette per consultare il paese sopra una data questione. Questa regola, che, se non ha azione giuridica, si impone al Re per il timore di un troppo aperto dissidio con la nazione, è un opportuno correttivo alla possibile persistenza del Re nel rifiutare la sanzione ad un progetto di legge voluto dal paese [2]).

24. La sanzione rende perfetta la manifestazione della volontà dello Stato in via legislativa: ma perchè l'atto possa produrre la sua giuridica efficacia è necessario, che alla sanzione segua un'attestazione solenne dell'esistenza della legge in conformità alle norme costituzionali, e che la legge sia fatta conoscere a tutti coloro che ad essa debbono obbedire. Per l'esecutorietà e obbligatorietà di una legge è necessaria quindi la promulgazione e la pubblicazione.

[1]) Palma, *Diritto costit.*, Firenze, 1884, II, pag. 389. — Orlando, *Diritto costit.*, Firenze, 1890, pag. 172-3.

[2]) Todd, pag. 897.

I tre momenti, sanzione, promulgazione e pubblicazione, non sempre furono distinti in fatto e riconosciuti dalla coscienza giuridica.

In Inghilterra p. es. questi tre requisiti formali di ogni legge si soddisfano in un sol tempo e col medesimo atto: col *Royal assent*. Il consenso reale è accordato o dal Re in persona in seduta solenne della Camera dei Lords, essendo presenti alla sbarra i comuni, o da una Commissione regia, che, sempre alla presenza dei pari e dei comuni, legge un atto di assentimento regio ai *bills* nell'atto stesso enumerati. Il cancelliere del Parlamento in ogni caso annota sul *bill* la prestazione dell'assenso [1]). Le annotazioni dell'assenso regio, nonchè le altre annotazioni concernenti l'approvazione impartita dalle Camere al testo ed agli emendamenti [2]), servono ad attestare, che la legge ha riportato il consenso costituzionale dei tre rami del Parlamento, ossia costituiscono la promulgazione [3]). La prestazione del consenso nella forma solenne sopra indicata importa anche la pubblicazione, perchè tutto il popolo si presume presente in Parlamento; onde *de iure* la legge entra in vigore il giorno in cui la sanzione reale è prestata, dovendosi la data relativa annotare dal cancelliere del Parlamento; il tutto salvo disposizione contraria [4]). *De facto* la pubblicazione avviene poi mediante la stampa e la distribuzione degli stampati a varie autorità, ma non ha valore giuridico [5]).

Sul concetto di promulgazione, che nel diritto inglese è soltanto implicito, ha avuto essenziale influenza la pratica e la dottrina costituzionale francese. Tacendo del valore che potesse avere come promulgazione la registrazione dei Parlamenti sotto la Monarchia assoluta, è certo che nel 1789 all'inizio della monarchia costituzionale la formula della sanzione importava anche quella della promulgazione, nel senso di attestazione, che la legge avesse riportato l'assenso degli organi costituzionali [6]). La esatta distinzione fra i tre momenti si ebbe nella Costituzione dell'anno VIII, che affidò l'esecuzione di questri tre requisiti d'ogni legge formale a tre organi distinti. Le

---

[1]) Franqueville, *Le Gouvernement et le Parlement Brittanique*, Paris, 1887, III, pag. 407.

[2]) Queste annotazioni (*endorsements*) suonano in antico francese: « *Soit bailli aux seigneurs* »; oppure: « *aux communes* »; secondochè il *bill* viene dalla Camera dei Comuni o da quella dei Lords: « *à cette bille avesque des amendements les seigneurs* (oppure: *les communes*) *ont assentus* », ove ci siano emendamenti. — Franqueville, III, pag. 396 e seg.

[3]) May, op. cit., pag. 465. — Laband, I, pag. 501.

[4]) Franqueville, III, pag. 409. Sino al 1793 le leggi erano con effetto retroattivo considerate come entrate in vigore al principio della sessione.

[5]) Clifford, *History of private legislation*, Londra, 1887, I, pag. 338 e seg.

[6]) Secondo la legge 9 novembre 1789 tale formula suonava: « Louis par la grace de Dieu, etc.... L'Assemblée nationale a décrèté, nous voulons et ordonnons ce que suit ».

leggi preparate dal Consiglio di Stato, discusse nel tribunato, erano sanzionate dal Corpo legislativo, salvo ricorso per incostituzionalità al Senato entro 10 giorni, promulgate dal primo Console e pubblicate a cura del ministro della giustizia [1]).

Fu precisamente in questo periodo che per opera dei cultori del diritto intenti alla riorganizzazione legislativa della Francia la promulgazione fu definita come « l'attestazione che la legge, presentata ai cittadini, ha ricevuto tutti i caratteri che costituiscono la legge » e dà alla legge insieme a questa attestazione solenne la sua esecutorietà [2]). Questi concetti furono di poi accolti da tutta la susseguente dottrina francese [3]), italiana [4]), belga [5]) e tedesca [6]) con poche divergenze dipendenti dal fatto che alcuno mette più in evidenza il carattere dell'attestazione di costituzionalità, ed altri quello dell'esecutorietà, che ne è la conseguenza.

E questi concetti sono confermati nel diritto vigente dall'art. 1 della legge 23 giugno 1854, il quale dispone: « La promulgazione delle leggi è espressa nella seguente formula: *In nome del Re ecc. il Senato e la Camera dei deputati hanno approvato, noi abbiamo sanzionato e promulghiamo quanto segue*. Testo della legge: *Ordiniamo che la presente, munita del sigillo dello Stato, sia inserita nella Raccolta ufficiale degli atti dello Stato* [7]), *mandando a chiunque spetta di osservarla e di farla osservare* ». L'art. 3 successivo dichiara che le leggi sono esecutorie in virtù della promulgazione. Tenuto conto dello Statuto che definisce implicitamente la sanzione come l'assenso

---

[1]) Valette et Benat St. Marsy, *Traité de la confection des lois*, Paris, 1839, pagina 205, 206.

[2]) Locré, *La législation de la France*, I, pag. 434, 516, 534, 569 e seg., dove si riporta la definizione del Portalis che la promulgazione è la *solemnis editio legis, la verification de la loi*, nonchè le definizioni del Favard, dell'Andrieux e del Bolay riassunte nel testo.

[3]) Dalloz, *Rép.*, v. *Lois*: « La promulgation est l'acte par le quel le chef de l'État atteste l'existence de la loi, et la publication est le mode employé pour faire parvenir la loi à la connaissance des citoyens ». — Ducrocq, *Droit adm.*, Paris, 1881, I, n. 21. — Hauriou, *Précis de droit adm.* — « La promulgation est l'ordre d'exécution de la loi. — Laurent, *Princ. de droit civil*, n. 7 e 13. — Demolombe, *Cours de droit civil*, n. 23.

[4]) Saredo, *Trattato delle leggi*, pag. 170. « La promulgazione è l'atto che imprime alla legge il suo carattere di autenticità. Prima della promulgazione l'esecuzione della legge è impossibile perchè non ha carattere esterno ufficiale che la renda capace di esecuzione.... In questo senso (con la promulgazione) la legge diviene esecutoria ». — Pacifici-Mazzoni, *Ist. di dir. civ.*, § 13, 14.

[5]) Thonissen, *La Constitution de la Belgique*, pag. 224.

[6]) Laband, I, pag. 507. — Meyer, *Staatsrecht*, § 158, nota 8. — Jellinek, pag. 323 e seg.

[7]) In virtù di un R. D. 21 aprile 1861 emanato in esecuzione alla legge di stessa data, sull'intitolazione degli atti del Governo, tale raccolta si chiama invece « raccolta ufficiale delle leggi e decreti del regno d'Italia ».

regio ai progetti di legge votati dalle Camere e dall'art. 2 delle decisioni del Codice civile che fa consistere la pubblicazione nella inserzione nella *Raccolta ufficiale* e nell'annunzio di tale inserzione nella *Gazzetta ufficiale del Regno*, è chiaro che la promulgazione è distinta da questi altri due atti. La semplice lettura della formula e dell'art. 3 fa comprendere che in diritto positivo la promulgazione importa: *a*) l'attestazione che la legge ha riportato le approvazioni costituzionali, *b*) l'esecutorietà della legge, *c*) l'ordine di pubblicazione.

25. Posto che tale sia il carattere della promulgazione sorge naturalmente la domanda, se l'attestazione regia, che la legge ha regolarmente passati tutti gli stadi costituzionali, costituisca una prova assoluta o una semplice presunzione impugnabile. Se, in altri termini, l'autorità giudiziaria, chiamata ad applicare una legge, sia competente a conoscere, se essa abbia riportato nella sua integrità ed ogni sua parte il consenso dei tre rami del Parlamento nelle forme legali. È stato giustamente osservato, che tale questione non deve confondersi con l'altra se l'autorità giudiziaria possa conoscere della costituzionalità della legge. In quest'ultimo caso si tratterebbe di vedere, se una legge è nel suo contenuto contraria allo Statuto e se, in quanto lo modifica, possa aver valore. Nel caso di cui ci occupiamo si tratta invece di stabilire, se rimanendo immutato lo Statuto, si siano violati i precetti quanto alla forma da esso prescritta per la confezione delle leggi; ed, in quanto questi precetti siano violati, se debba pur sempre applicarsi la legge, in omaggio all'attestazione contenuta sulla promulgazione, oppure possa rifiutarsi alla legge ogni valore. Si tratta in un caso di incostituzionalità sostanziale, nell'altro di incostituzionalità formale, o meglio di inesistenza per difetto delle forme volute.

In Inghilterra, secondo il May [1]) e lo Gneist [2]), si distingue in proposito l'osservanza delle regole di procedimento interno, proprie alla Camera dei Lords ed a quella dei Comuni, dall'esistenza dell'approvazione finale di ciascuno fra i tre rami del Parlamento. Le regole di procedimento sono pure *interna corporis*, disposizioni consuetudinarie e regolamentari, che ogni Camera può sospendere o modificare, ove voglia e suole sospendere nei casi di urgenza. Quindi la loro violazione non può essere censurata dall'autorità giudiziaria. Ove essa prima dell'approvazione sia rilevata dalla stessa Camera in cui si è verificata, può la Camera stessa dichiarare la nullità del procedimento e ordinarne la rinnovazione. Dopo che ciascuna Camera ha approvato la legge, la formula di approvazione sana ogni nullità. Invece quando manchi il consenso di uno dei rami del Parlamento, sopra

[1]) Op. cit., pag. 464 e seg.
[2]) *Verhandl. des vierten deutschen Juristentages*, I, p. 232.

tutta una legge o, come più facilmente si è verificato per errore, sopra un qualche articolo od emendamento, la legge è nulla ed i tribunali ne rifiutano l'applicazione. Tale avviso fu espresso dalla Corte dello scacchiere nel caso Pylkinton durante il 33 anno di regno di Enrico IV: la legge era nulla perchè il testo votato dai Lords differiva da quello approvato dai Comuni. I tribunali non hanno avuto altra occasione di pronunciarsi. Ma essendosi altre volte verificato, che un emendamento apportato ad una legge da una delle Camere non fosse per errore approvato dall'altra Camera, fu ritenuta sempre necessaria una nuova legge per correggere l'errore, e dar vigore all'atto nonostante l'intervenuta sanzione e promulgazione reale [1]. Il che dimostra, che essa non bastava da sola, nell'opinione del Parlamento stesso, a dar forza di legge all'atto errato.

Sul continente le opinioni sono divise.

Vi è chi nega ogni competenza giudiziaria in proposito. La promulgazione si dice è una vera sentenza pronunciata dal capo dello Stato sulla costituzionalità formale della legge: non è quindi lecito ai tribunali impugnarla [2]). In particolare per il diritto italiano si afferma che la promulgazione è atto del potere legislativo e come tale sottratto al sindacato giudiziario. Si ricorda, che l'autorità giudiziaria non può conoscere della costituzionalità delle leggi. Si nega l'inconveniente che, rifiutata ai tribunali la potestà di indagare se una legge esiste ed ha riportato l'assenso dei tre organi, potrebbesi da un Governo tirannico promulgare come legge un atto dalle Camere non approvato, senza che i tribunali potessero dichiararne la nullità. Un tale evento, dicesi, è impossibile a verificarsi: un Governo tirannico ricorrerebbe piuttosto alla forza, che ad una bugia così sfacciata. Ove l'evento si verificasse non spetta all'autorità giudiziaria ristabilire l'equilibrio fra i poteri dello Stato: ciò è compito di ciascuno di loro nella difesa delle loro prerogative. Piuttosto, si aggiunge, sono gravi gli inconvenienti dell'opinione, che riconosce la competenza dei tribunali poichè con essa si accrescerebbero le controversie, dovendo i giudici ogni volta ricercare d'ufficio, se le forme costituzionali furono rispettate, si porrebbe in conflitto le disposizioni del regolamento della Camera, che modificano lo Statuto sia in ordine al computo delle maggioranze, sia in ordine alla procedura della discussione ed approvazione; si danneggerebbero un'infinità di diritti quesiti colla dichiarazione di nullità della legge [3]).

[1]) Ciò accadde nel 1829 per un *bill* circa l'ammissione dei fanciulli nelle fabbriche e nel 1843 per il *Schoolmasters Widows Fund (Scotland) Bill*.
[2]) Jellinek, pag. 404 e seg. — Laband, I, pag. 526 e seg.
[3]) Armanni, *Foro it.*, 1890, I, 1106. — Lai, *Sistema di diritto civile*, Cagliari, 1885, I, pag. 566. — Cass. Roma, 11 settembre 1890, *Foro it.*, l. c. — App. Lucca, 22 febbraio 1889, *Foro it.*, I, pag. 1181. — Nel caso deciso da queste sentenze e concernente

Queste considerazioni non ci sembrano convincenti. Vi è chi per confutarle si è valso come argomento principe in diritto vigente italiano della considerazione, che la promulgazione è atto amministrativo e pertanto soggetto al controllo giudiziario, secondo l'art. 4 della legge 20 marzo 1865, all. E [1]). Se fosse indubitabile, che la promulgazione è atto amministrativo, l'argomento sarebbe perentorio. Se si considera che la legge è perfetta con la sanzione, se si tiene conto delle sole funzioni di esecutorietà e di ordine di pubblicazione, tra quelle che la promulgazione ha, si può giungere alla conclusione che si tratti di un atto di esecuzione, di atto amministrativo. Se si pensa all'inscindibilità di fatto che vi è fra sanzione e promulgazione, all'importanza che questa ha nel dare vita attiva alla legge, al comando che essa importa di rispettare l'atto come legge, all'attestazione del consenso delle Camere, si vede, che il concetto di atto amministrativo è inadeguato e vi è luogo a pensare, che si tratta di un atto di prerogativa, il quale non rientra nelle ordinarie categorie [2]).

Ma la questione si risolve indipendentemente da una simile ricerca sull'indole della promulgazione. Invero, ammesso anche che il suo còmpito essenziale sia l'attestazione della costituzionalità formale della legge, non ne consegue che quest'attestazione non sia impugnabile. Ogni attestazione ha valore logico di sentenza: ma non è detto che debba averne il valore giuridico. La legge per attribuire alla promulgazione un tal valore avrebbe dovuto espressamente disporre. Ciò premesso, è certo, che l'autorità giudiziaria deve giudicare *secundum legem*: la promulgazione non è in sè legge: dunque in quanto è contraria alla legge non può aver valore per il giudice, sia essa o meno un atto amministrativo.

L'autorità giudiziaria deve pronunciare *secundum legem*: dunque deve poter constatare se la legge c'è: e la legge c'è soltanto quando concorra il consenso dei tre fattori, e siano osservate le altre forme statutarie, in quanto siano ancora in vigore. L'autorità giudiziaria deve giudicare *secundum legem*: quindi deve applicare lo Statuto,

---

la legge-tariffa 30 maggio 1878, la Camera dei deputati aveva stabilito per i cotoni imbianchiti un aumento di dazio del 15 % a quello per i cotoni greggi: il Senato aveva votato invece un aumento del 20 %. La legge era stata sanzionata e promulgata e inserita nella raccolta secondo il testo approvato dal Senato: era stata inserita nella *Gazzetta ufficiale* secondo il testo approvato dalla Camera. L'errore fu dipoi sanato con un articolo della legge 6 luglio 1883.

[1]) Gabba, *Foro it.*, 1886, I, pag. 705.

[2]) Considerano la promulgazione come atto amministrativo: Consiglio di Stato francese 26 gennaio 1800. — Locré, op. cit., pag. 438, 623. — Ducrocq, op. cit., I, n. 21. — Dalloz, v. *Loi*, n. 175. — Bluntschli, *Diritto pubblico universale*, I, pag. 481. — Saredo, op. cit., pag. 255. — Pacifici-Mazzoni, *Istit. di diritto civile*, I, pag. 32. — Gabba, l. c. — Contro Armanni, l. c. — Hauriou, op. cit., pag. 275.

finchè questo non sia abrogato in generale o sospeso in un caso particolare.

Se l'autorità giudiziaria non potesse controllare la costituzionalità formale delle leggi, rimontando al di là della promulgazione invece di decidere *secundum legem*, deciderebbe *secundum promulgationem*, applicherebbe una legge che non esiste e rifiuterebbe applicazione ad una legge, che per lo meno merita tanto rispetto, quanto le altre, cioè allo Statuto.

L'argomento, che in Italia i tribunali non possono essere giudici della costituzionalità delle leggi, non ha valore. Prima di tutto abbiamo già dimostrata la differenza fra costituzionalità sostanziale e formale. In secondo luogo, come meglio vedremo, non è vero che i tribunali non possano conoscere della costituzionalità sostanziale delle leggi: è invece vero, che le leggi italiane non possono essere sostanzialmente incostituzionali, perchè il potere costituente è immanente nel potere legislativo. Invece esse possono essere, finchè lo Statuto non sia abrogato, formalmente incostituzionali: e perciò la competenza c'è.

Del resto gli inconvenienti della nostra teoria sono fittizii. Turbamento di diritti quesiti, diversi da quelli dedotti in giudizio, non è da temersi, poichè la legge non è annullata, ma non applicata nel caso concreto. In America esiste perfino il controllo giudiziario sulla costituzionalità sostanziale delle leggi: e questi turbamenti gravi non si sono verificati. Non è vero che il giudice dovrebbe ogni volta indagare se la legge fu regolarmente votata: poichè la promulgazione se non fa fede assoluta costituisce una presunzione.

Certo, ammesso un simile controllo (il quale non cadrebbe però mai sull'applicazione delle legittime norme contenute nel regolamento della Camera, secondo l'opinione inglese), potrebbe formare oggetto di giudizio il dissenso che vi è fra alcuni articoli dello Statuto e alcune disposizioni di questo regolamento. Ma, o si giungerà alla conclusione che lo Statuto è abrogato per dissuetudine, come sembra, e il controllo non recherà alcun danno: o si riterranno illegittime quelle disposizioni e ci sarà da rallegrarsi, che si ristabilisca l'ordine giuridico da esse violato.

Per ogni, sia pur lontano, timore, di usurpazioni regie il controllo giudiziario sarà una sanzione legittima che potrà evitare altre e più pericolose illegali sanzioni [1]).

21. Coll'ordine di pubblicazione che è parte integrante della promulgazione la legge è perfetta: cioè da quel momento i tre consensi costituzionali le sono definitivamente acquisiti e non possono esserle da un solo organo ritolti.

---

[1]) Gabba, l. c. — Cfr. Cass. Roma (sezioni riunite), 28 giugno 1886, *Foro it.*, I, pag. 705.

La pubblicazione, che è però ancora necessaria affinchè la legge sia obbligatoria, è un atto che deve necessariamente seguire e la cui esecuzione appartiene ormai al ministro guardasigilli [1]), il quale pertanto ne è responsabile.

La pubblicazione si compie coll'inserzione della legge nella Raccolta ufficiale, e coll'annunzio di tale inserzione nella *Gazzetta Ufficiale del Regno* [2]).

Generalmente l'annunzio è seguìto dal testo intero della legge: ma questa usuale formalità complementare non ha valore giuridico, onde ove siavi dissenso fra il testo inserito nella Raccolta e quello pubblicato nella *Gazzetta* al primo soltanto è attribuita efficacia obbligatoria [3]).

La legge, di regola, entra in vigore, cioè ha forza obbligatoria per i funzionari e per i sudditi 15 giorni dopo la sua pubblicazione, ossia dopo la inserzione dell'annunzio nella *Gazzetta Ufficiale*. Tuttavia un altro termine può essere assegnato in diversi modi. Per ragioni di urgenza il termine può essere più breve: così la legge 19 luglio 1894 sui provvedimenti eccezionali di pubblica sicurezza, entrò in vigore il giorno stesso della sua promulgazione. Per le leggi più importanti il termine è invece più lungo: così le leggi sull'unificazione legislativa del Regno, 20 marzo 1865, all. A–F, entrarono in vigore il 1.° luglio 1865: il codice civile, promulgato l'11 aprile 1865, entrò in vigore il 1.° gennaio 1866. Talora si suole affidare al Governo il còmpito di stabilire la data di entrata in vigore con decreto reale, o entro un certo termine [4]), o illimitatamente [5]). L'entrata in vigore di una legge, invece di essere alligata ad un termine, può essere condizionata al verificarsi di un determinato avvenimento, come la conclusione di un trattato, la dichiarazione di una guerra, lo scoppio o la cessazione di una insurrezione.

Ogni legge pertanto ha in diritto italiano tre date:

a) la data di promulgazione che coincide con quella di sanzione e con la quale si suole indicare la legge;

b) la data di pubblicazione, che è quella dell'annunzio pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale;*

c) la data di entrata in vigore.

---

[1]) Legge 23 aprile 1854, art. 4-5. — Regol. 21 aprile 1861.

[2]) Disp. prel. del Cod. civ. art. 1.

[3]) App. Lucca, 22 febbraio 1889, citata.

[4]) L'art. 8 della legge 8 agosto 1895 sulla tassa sul gas dice: « Con decreto reale sarà fissato il giorno in cui, non più tardi di tre mesi dalla sua pubblicazione, andrà in vigore la presente legge ».

[5]) Il giorno dell'entrata in vigore della legge 2 giugno 1889 sul Consiglio di Stato (art. 45) e della legge 1.° maggio 1890 sulla giustizia amministrativa (art. 23) fu lasciato all'arbitrio illimitato del Governo.

26. La virtù della legge dal punto di vista formale consiste in ciò, che una manifestazione di volontà statuale espressa in forma di legge può essere abrogata o mutata soltanto con un'altra legge, e dal canto suo deroga tutte le manifestazioni di volontà statuali anteriori. La forza formale di legge corrisponde all'effetto che la forma di un negozio giuridico ha nel diritto privato: giacchè anche un contratto non può essere abrogato e mutato che con altro analogo contratto. Ed in genere fra i desiderati del diritto pubblico, che lo stato giuridico deve realizzare, vi è quello, largamente invocato ed applicato nel diritto amministrativo italiano, che ogni atto obbligatorio dello Stato debba essere abrogato, modificato, o sospeso, nella forma e colle garanzie stesse colle quali fu emanato.

L'efficacia formale della legge è assolutamente indipendente dal suo contenuto e dalla conseguente efficacia materiale.

Dal punto di vista materiale una legge, se ha contenuto giuridico, imporrà in generale obblighi e creerà diritti, limitando la sfera libera dei sudditi: una legge che concerne un negozio giuridico singolo come una vendita di beni demaniali, un prestito, una concessione, ha il valore di un atto amministrativo finchè rimane nei limiti del diritto vigente; ove la legge decida, conformemente al diritto vigente, una controversia ha valore materiale di sentenza [1]). Ove finalmente la legge non abbia carattere obbligatorio, ma contenga considerazioni o dichiarazioni poliche, etiche, scientifiche, constatazioni di fatto e simili, essa non ha nessuna efficacia materiale. In ogni caso la forza formale rimane la stessa; l'atto, in quanto ha questi effetti, non può essere nè abrogato, nè modificato che nella stessa forma. E ciò vale non solo per quegli atti nei quali per loro natura, secondo la costituzione, è obbligatoria la forma legislativa, e cioè essenzialmente per le manifestazioni di volontà sovrana aventi contenuto giuridico, e per quegli atti amministrativi con clausola espressa affidati al Parlamento, come da noi la concessione della lista civile e gli appannaggi, la mutazione delle circoscrizioni amministrative, la concessione della grande naturalità, la classificazione di strade nazionali e di acque navigabili, ecc., ma ben anche per ogni altra qualunque manifestazione di volontà, che, pur potendo avvenire in via amministrativa, sia stata fatta invece in via legislativa. Poichè bene spesso accade che il Governo, o per ragioni di solennità, o per diminuire la propria responsabilità, o per evitare conflitto con le Camere o con la pubblica opinione, richieda il concorso del Parlamento per emanare un atto, che potrebbe compiere da solo [2]).

---

[1]) In questi due casi le leggi se eccedono i limiti del diritto vigente in virtù della loro forza materiale lo modificano regolarmente: e divengono allora materialmente leggi con contenuto giuridico.

[2]) Per esempio il Governo può con regolamento provvedere alla organizzazione dei pubblici servizi ed allo stato degli impiegati: ed in questa forma sono emanate

Anche in tali casi, emanato l'atto in forma di legge, esso non può essere abrogato o sospeso altrimenti che in questa forma. Quando si parla di « campo della legislazione » si intende pertanto il campo della legislazione formale.

27. La forza formale della legge data dalla sua promulgazione. Infatti con essa la legge è perfetta, avendo ottenuto i tre consensi costituzionali e la solenne attestazione della sua regolarità. La pubblicazione deve avvenire necessariamente essendo essa, dopo la promulgazione, un obbligo giuridico del ministro di grazia e giustizia, che ne è responsabile come del primo atto di esecuzione, e l'entrata in vigore accade *ipso iure* per il semplice decorso del termine di quindici giorni, di quell'altro termine fissato volta a volta, oppure per il verificarsi delle condizioni determinate. Chè quand'anche la determinazione dell'entrata in vigore sia affidata al Governo, essa deve avvenire, essendo un obbligo giuridico di questo. Essa non è quindi giuridicamente rilevante per la forza formale, come l'esistenza in un contratto di un termine *a quo*, o di una condizione non è rilevante quanto all'efficacia formale di questo.

Dal giorno della promulgazione dunque una legge non può essere mutata con altra legge, quand'anco non sia per anco pubblicata ed entrata in vigore. *Quid iuris* se tra due leggi contraddicentisi, una sia promulgata prima ed entrata in vigore dopo dell'altra? Nel complesso a quale delle due leggi devesi dare la preferenza? Il caso si presenta in Italia per due leggi recenti. La legge sulla giustizia amministrativa all'articolo 1, num. 2 stabilisce la competenza della Giunta provinciale amministrativa in tema di spese di spedalità: la legge sulle Opere Pie, art. 80, si occupa dello stesso argomento ripartendo tale competenza fra la G. P. A. ed il ministro dell'interno. Ora la legge sulla giustizia amministrativa fu promulgata il 1.° maggio 1890, ma in base all'art. 22 entrò in vigore con decreto reale il 1.° luglio 1891: la legge sulle Opere Pie fu promulgata il 17 luglio 1890 ed entrò in vigore il 17 gennaio 1891 secondo alcuni o al più tardi il 26 marzo dello stesso anno [1]). In ordine alla competenza per le spese di spedalità quale delle due leggi dovrà applicarsi? La questione è stata decisa dalla IV Sezione [1]), dando la prevalenza alla legge sulle Opere Pie in base al semplice fatto, che la sua data di promulgazione, con la quale sogliosi indicare le leggi, è posteriore a quella della legge sulla giustizia amministrativa.

la maggior parte delle norme relative. Talora però il Governo richiede a tal uopo una legge come per i maestri elementari, il servizio del genio civile e simili. Così pure il Governo può vendere i beni mobili dello Stato senza autorizzazione legislativa: ma per una vendita particolarmente importante di armi e cartucce di antico modello chiese l'assenso del Parlamento, che gli fu accordato con legge 3 luglio 1893.

[1]) L'art. 104 di detta legge dispone che la legge entrerà in vigore al più tardi entro sei mesi dalla promulgazione e che entro lo stesso termine saranno emanati i regolamenti d'esecuzione. Ora i regolamenti furono emanati circa un mese dopo il termine prefisso, cioè il 5 febbraio 1892, furono pubblicati l'11 marzo 1892 ed entrarono quindi in vigore il 26 marzo detto. Supponendo che l'entrata in vigore della legge dipendesse dall'entrata in vigore dei regolamenti, la data più remota è dunque il 26 marzo 1891. Cfr. Luchini, *Commento*, n. 1457.

Veramente la legge sulle Opere Pie è una manifestazione di volontà legislativa posteriore, ed in linea di buon senso si può ritenere *a priori* che essa deve prevalere. Ma può con qualche apparenza di verità obbiettare qualcuno: se le leggi non sono operative in atto, che dal giorno dell'entrata in vigore, l'anteriorità o posteriorità loro deve argomentarsi da questa data; quindi la legge sulla giustizia amministrativa, entrata in vigore dopo, ha forza prevalente ed abrogativa. Tuttavia è facile osservare che, ammesso senza discussione il principio della forza operativa delle leggi dalla data di entrata in vigore, è certo che la legge sulle Opere Pie il 17 gennaio od il 26 marzo 1891 ha abrogato tutte le leggi già esistenti ad essa contrarie: la legge 1.° maggio 1890 sulla giustizia amministrativa esisteva già legalmente, quindi fu modificata. Nè può influire il fatto, che essa non fosse peranco entrata in vigore, giacchè l'entrata in vigore non concerne l'efficacia formale di una legge: non impedisce cioè che essa con altra legge soltanto possa e debba modificarsi. Quindi la priorità delle leggi è giustamente determinata dalla data di promulgazione. Il caso si è pure presentato in Germania a proposito del giudizio peritale diversamente regolato dal codice di procedura e dalla legge sulle patenti. La dottrina e la giurisprudenza hanno accolto i principii da noi ripetuti in questo paragrafo [2]).

28. Ciò che si dice per l'abrogazione e per la deroga, che si compiono emanando una nuova norma permanente più o meno lata e comprensiva, si ripete per la dispensa e per la sospensione.

La dispensa toglie forza ad una legge in riguardo ad un solo caso, convalidando azioni giuridicamente nulle o dichiarando leciti fatti ordinariamente illeciti. La sospensione toglie forza ad una legge per un tempo determinato, o per una parte dei sudditi. La dispensa o la sospensione possono avvenire in due modi. Talora la legge in via generale determina i casi eccezionali in cui esse possono compiersi, e designa un'autorità, ed in particolare il Governo che le possa compiere: in tal caso la deroga avviene in virtù di legge ed i singoli casi di dispensa o sospensione non sono che atti amministrativi, poichè si riferiscono a casi individuali e non oltrepassano i limiti del diritto vigente. Così il Codice civile, dopo aver proibito i matrimoni fra persone inferiori ad una certa età o tra zii e nipoti, autorizza il Re a dispensare da questi impedimenti: ed il Codice

[1]) Consiglio di Stato (Sez. IV), 11 giugno 1897, *Giur. it.*, III, 324.

[2]) Laband, op. cit., I, pag. 549. Tribunale dell'Impero, 20 dicembre 1881, vol. VI, pag. 339 della Raccolta.

penale militare permette la sospensione delle libertà politiche nei territori dove si svolgano fatti di guerra.

Quando invece nulla sia disposto in generale per la dispensa o la sospensione, questa deve sempre farsi per legge, giacchè questa sola forma può avere la forza giuridica necessaria ad abrogare anche in un sol caso e per poco tempo una legge anteriore. Il che è espressamente disposto dall'art. 5 dello Statuto, ove è detto: « Il Re fa i decreti ed i regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza o dispensarne ». Questo articolo ha una lunga storia molto interessante per tutto l'argomento che forma oggetto della presente monografia, e ce ne occuperemo *ex professo* altrove. Ci basti per ora ricordare, che nelle monarchie assolute il sovrano, che aveva il potere legislativo in generale, si arrogò naturalmente anche quello di sospensione e di dispensa. Ed anche in quei paesi dove i provvedimenti individuali o locali dovevano assumere una forma diversa dalle leggi generali, si attribuì ai primi forza derogatoria, nonostante la diversità di forma. Questa facoltà di sospensione e di dispensa in alcuni paesi sopravvisse nel monarca anche quando la potestà di dettare norme generali fu attribuita a lui col concorso necessario del Parlamento. Così in Inghilterra fino a tutto il XVII secolo, sebbene la funzione legislativa in senso materiale fosse da più secoli, sebbene attraverso lotte ed incertezze, esercitata col concorso del Parlamento, la Corona rivendicò il potere di sospensione e più particolarmente quello di dispensa, come una regia prerogativa, analoga alla odierna prerogativa della grazia e dell'amnistia, giustificata, come queste, dalla pretesa di temperare in casi singoli il rigore della legge, ed usata invece bene spesso per fini tirannici. La sospensione e la dispensa esercitavansi con Decreti *non obstante*. L'abuso di tale potere costò a Giacomo II la corona. E con il *bill* dei diritti il Parlamento inglese stabilì che « il preteso potere di sospendere il vigore o l'esecuzione delle leggi per regia autorità, senza assenso del Parlamento, è illegale » e che « il vantato potere di dispensare dall'applicazione delle leggi per regia autorità, come fu sancito ed esercitato per l'addietro, è illegale » [1]). Questi principii passarono di poi, con varie vicende, nelle Costituzioni più liberali del Continente, e l'art. 5 dello Statuto non ne è che la ripetizione. Quindi il potere di sospensione dovrebbe essere esercitato dal Parlamento, ma di ciò ci occuperemo in particolare trattando delle ordinanze d'urgenza. Il potere di dispensa è regolarmente esercitato da quest'organo: talora in virtù di una regola generale già prestabilita, come la dispensa dal divieto di tumulazione nelle chiese [2]) ed in tal caso il Parlamento amministra; più

[1]) Todd, op. cit., pag. 259-60.

[2]) Legge 22 dicembre 1888, art. 58.

spesso fuori dei casi previsti in generale ed allora legifera. Così accade per la dispensa dalle imposte, che si suole accordare a paesi danneggiati da gravi disastri, la dispensa dalla tassa sulle lotterie pubbliche per scopi di generale utilità [1]), per il prolungamento dei poteri del commissario regio in un Comune [2]), per la nuova compilazione di documenti pubblici in qualche modo distrutti [3]).

Le grazie, gli indulti e le amnistie sono dispense che attengono però soltanto al diritto penale. La grazia impedisce l'esecuzione di una condanna in riguardo ad una sola persona: l'indulto ha gli stessi effetti in riguardo di più persone. L'amnistia estingue l'azione penale, ed abolisce qualunque effetto del reato. Entrambe dispensano dall'applicazione della legge penale: se non che la grazia dispensa da alcune prescrizioni della legge penale, l'amnistia da tutte le prescrizioni di essa, dichiarando che alcuni atti in determinate condizioni di tempo e di luogo non hanno avuto, contro il disposto delle leggi generali, carattere di reati. La portata legislativa di questi istituti è pertanto particolarmente evidente per le amnistie.

Ed infatti se in diritto italiano la grazia e l'amnistia in via generale appartengono al Re [4]), in altri paesi, come in Francia, il capo dello Stato ha il solo diritto di grazia, e la potestà di amnistia è riservata al Parlamento: ed in Italia stessa la potestà di condonare le sopratasse per contravvenzioni alle leggi sul registro è stata esercitata dal Parlamento, perchè ben comprendevasi che essa importava dispensa da una legge, e v'era ragionevole motivo per dubitare che esse costituissero non una vera pena, ma un semplice supplemento d'imposta [5]).

29. La forza formale della legge importa, come abbiamo detto, che essa non possa essere abrogata o modificata se non per legge. Il caso, che il Parlamento con legge autorizzi il Governo a modificare una legge con un regolamento non costituisce eccezione a questa regola: giacchè la legge di autorizzazione toglie la forza formale alla legge da modificarsi. Ma di ciò ci occuperemo parlando della così detta delegazione di potestà legislativa. Più importanti e caratteri-

[1]) Decreto-legge 21 novembre 1880, art. 1. Legge 2 aprile 1886, all. *C*, art. 1. Vedansi le leggi speciali 19 aprile 1891 e le tre leggi 28 giugno 1892, n. 311, 312, 313 per le lotterie d'Anagni, di Vittorio, di Genova. Forse qui la regola dell'esenzione potrebbe ormai considerarsi come consuetudinaria.

[2]) Leggi 18 luglio 1878, 17 febbraio 1879, 16 maggio 1879 per il prolungamento dei poteri del Commissario regio in Firenze.

[3]) Legge 28 giugno 1885 per la ricostruzione dell'ufficio delle ipoteche di Potenza. Legge 14 maggio 1882 per la rinnovazione delle domande per trascrizioni ed annotazioni fatte il 13 dicembre 1880 in Messina.

[4]) Statuto, art. 8. Codice proc. pen., art. 826 e seg.

[5]) Vedasi la Relazione ministeriale alla legge 29 giugno 1893 per il condono delle penali per contravvenzione alla legge sul registro.

stiche sono invece altre ipotesi. Una legge può cessare di avere ogni valore per il decorso di un termine quando sia in essa stabilito, che essa ha efficacia temporanea: così la legge sui provvedimenti eccezionali di pubblica sicurezza 19 luglio 1894 cessò di aver vigore il 31 dicembre 1895, in virtù dell'art. 6 della legge stessa. Se la legge è alligata ad una condizione sospensiva (scoppio di un'insurrezione, di una guerra), cessa quando la condizione non possa verificarsi; se è alligata ad una condizione risolutiva (cessazione di un'insurrezione, di una guerra), cessa col verificarsi della condizione [1]).

La legge può cessare dall'avere efficacia anche per due altre cause. Può cessare perchè è cessato l'oggetto a cui essa si riferisce; così tutte le disposizioni legislative che riguardano l'uso ufficiale della lingua francese non sono più in vigore, dacchè nel 1860 le provincie francesi furono annesse alla Francia: una legge di naturalizzazione perde efficacia ove il naturalizzato acquisti la cittadinanza straniera. Può cessare anche per desuetudine. Ma queste due forme di cessazione se hanno influenza sulla forza formale della legge, in quanto fanno a questa perdere ogni efficacia, attengono però al contenuto materiale della legge stessa e si comportano diversamente a seconda di questo contenuto. Infatti quando la legge formale abbia carattere generale e contenuto di diritto obbiettivo la cessazione dell'oggetto della legge è molto difficile, e si confonde in generale colla desuetudine: invece quando si tratta di leggi formali con contenuto amministrativo, cioè di negozi giuridici (vendite, concessioni, classificazione di strade e simili) che creano immediatamente diritti soggettivi, la cessazione dell'efficacia della legge può cessare per la rinuncia dell'investito ai diritti soggettivi conferitigli, come si vede chiaramente nel caso dianzi citato della naturalizzazione.

Parimente la desuetudine che abroga una legge contenente norme giuridiche è una consuetudine, che crea diritto obbiettivo: la desuetudine, che distrugge l'efficacia di una legge avente contenuto di atto amministrativo, non importa che prescrizione estintiva di diritti subbiettivi, siccome nel caso in cui una strada nazionale classificata per legge cessi di esser tale per uso contrario *ab immemorabili*.

Di queste differenze ci occuperemo a suo luogo. Per ora ci basti osservare, che la consuetudine sotto questi due aspetti è capace di derogare le leggi e quindi di toglier loro la loro forza formale.

Si è dubitato di questo principio per quanto attiene alle leggi formali, che abbiano anche contenuto giuridico. Certamente negli Stati dove ha prevalso il sistema della codificazione il campo della consuetudine, nella sua forma positiva e negativa è stato straordinariamente ristretto: ma ciò attiene piuttosto al diritto privato, che a quello pubblico, il quale peranco non è codificato. L'art. 2 del codice civile disponendo che « i Comuni, le Provincie, gli istituti pubblici civili ed ecclesiastici ed in generale i corpi morali legalmente riconosciuti sono considerati come persone e godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico » apertamente indica come in questo campo la consuetudine non abbia minor valore che la legge scritta. Nel diritto costituzionale essa indubbiamente completa le norme scritte: e poichè le mutazioni politiche sono più frequenti e rapide di quelle economiche, che influiscono sul diritto privato, frequentemente lo surroga: tacendo dell'esempio inglese, secondo il quale quasi tutto il diritto costituzionale è consuetudinario, — per il diritto nazionale italiano basta ricordare che tutti i delicati rapporti fra Corona, Governo e Parlamento, in ordine alla scelta dei ministri, alla risoluzione dei conflitti fra questi vari organi non è regolata altro che dalla consuetudine. Nel diritto amministrativo la forza della consuetudine è ancora maggiore, — giacchè essa soltanto può riempire le lacune che nel diritto amministrativo più che in qualunque altro campo sono lasciate dalle leggi e dai regolamenti. Ciò valga per la funzione positiva della consuetudine.

Quanto alla sua funzione negativa, come fonte di diritto derogativa ed abrogativa, l'art. 2 delle disposizioni preliminari al codice civile sembra escluderla coll'affermare, che le leggi non possono essere abrogate che con leggi posteriori.

In fatto ed in particolare per ciò che concerne il diritto pubblico la consuetudine ha in più casi derogato alla legge scritta. Per il diritto costituzionale basta ricordare i ben noti esempi degli articoli 1 e 28 dello Statuto sui rapporti fra lo Stato e la religione cattolica, gli art. 53 e 54 sulla procedura delle votazioni parlamentari, l'art. 77 sulla bandiera nazionale, e nel diritto amministrativo l'art. 106 della legge Casati sugli insegnamenti contrari all'ordine religioso e civile dello Stato. Sarebbe difficile conciliare questi fatti col principio del citato articolo 2, se non si considerasse, che esso è forse scritto con speciale riguardo al diritto privato, i cui rapporti sono assai più costanti che nel diritto pubblico ed in cui il legislatore ha espressamente conservato forza alla consuetudine in quei casi, nei quali i rapporti privati debbono adattarsi alle mutevoli vicende di tempo e di luogo [1]). Sopratutto è d'uopo ricordare che la consuetudine opera come una forza naturale e l'escluderla come fonte di diritto è volere l'impossibile [2]).

---

[1]) Veggansi per esempio le leggi del 1859 e del 1866 che accordano i pieni poteri al Re durante la guerra.

[1]) Codice civ., art. 1124, 1505, 1600, 1609, ecc. Codice comm., art. 1.

[2]) Jellinek, pag. 336. Non è possibile nella continenza della presente monografia dilungarci ulteriormente su questo argomento. Ci basti ricordare, che se la massima parte dei civilisti nega la forza derogatoria della consuetudine, l'ammette il Saredo,

30. Una legge può essere abrogata o modificata anche da un trattato internazionale [1]). I trattati internazionali, secondo la lettera dello Statuto, sono conclusi validamente dal capo dello Stato. Lo Statuto (art. 5) richiede soltanto il consenso delle Camere per la loro validità allorchè importano onere alle finanze o variazioni al territorio dello Stato. Ma in realtà il consenso delle Camere è necessario ogni qual volta si tratti di materie che formano oggetto di legislazione.

Si disputa se in quest'ultimo caso l'approvazione delle Camere sia necessaria alla perfezione del trattato dal punto di vista internazionale, oppure se essa costituisca la semplice esecuzione del trattato agli effetti del diritto pubblico interno, rimanendo esso valido dal punto di vista del diritto internazionale per il solo consenso regio [2]). Lo Jellinek [3]) dimostra che in ultima analisi le due ipotesi non conducono a conseguenze diverse sotto ogni aspetto: perchè, in entrambi i casi il rifiuto di approvazione delle Camere conduce alla inefficacia del trattato nel diritto pubblico interno e scioglie agli effetti del diritto internazionale l'altro contraente, il quale può egualmente riscontrare in questo scioglimento l'elemento di un *casus belli*. Comunque sia in proposito è certo per il diritto pubblico interno, che nessun trattato che tocchi materia legislativa ha effetto senza il consenso del Parlamento. Soltanto quei trattati che concernono materie regolamentari o comunque attribuite al Governo hanno esecuzione in Italia e nei paesi dove vigono uguali pene mediante la semplice ratifica regia e la pubblicazione loro in forma di decreto.

Se altrimenti fosse la regola, che il potere legislativo appartiene collettivamente al Re ed alle due Camere, potrebbe perdere ogni efficacia: poichè tutta la legislazione potrebbe essere esercitata e modificata dal Re sotto forma di trattato con altra nazione [4]).

Trattato delle leggi, pag. 512, e che essa è stata accolta, per il diritto pubblico, dalla Cass. Milano, 13 maggio 1864 e Cass. Firenze, 7 luglio 1870.

[1]) Vari esempi di trattati che modificano leggi vigenti o segnano limiti alla legislazione in generale sono enumerati in fine di questo numero. Un esempio caratteristico ci è offerto dall'art. 21 del trattato di commercio col Nicaragua 6 marzo 1878 approvato con legge 25 giugno 1872, il quale dispone che « il figlio nato in Nicaragua da padre italiano sarà riputato cittadino italiano e viceversa il figlio nato in Italia da padre nicaraguese sarà riputato cittadino nicaraguese ». Ora quest'articolo modifica l'art. 8 del codice civile, che per riputare cittadino italiano il figlio nato nel Regno da straniero, esige che il padre vi abbia domicilio da dieci anni ed esclude che basti la residenza per ragioni di commercio.

[2]) Schanzer, *Il diritto di guerra e dei trattati*, Torino, 1891, pag. 96 e seg., pag. 173 e segg.

[3]) Op. cit., pag. 356.

[4]) Schanzer, pag. 173. — Palma, *Diritto costituzionale*, Firenze, 1884, II, pag. 390. — Contuzzi, *Diritto costituzionale*, Torino, 1895, pag. 425. — Jellinek, pag. 341 e segg. — Cfr. Hello, *Du régime constitutionnel*, Bruxelles, 1849, pag. 325 e segg.

In Italia è regola consuetudinaria che i trattati i quali derogano alle leggi siano approvati con legge. Onde, sebbene la Costituzione italiana, diversamente da altre Costituzioni, ed in particolare da quella belga, non comprenda i trattati di commercio fra quelli che debbono riportare l'approvazione del Parlamento, l'obbligo di sottoporli a questa approvazione fu dichiarato con ordine del giorno delle due Camere ed implicitamente con legge 1.° agos accordando un *bill* d'indennità a tutte le proroghe di trattati commerciali, anteriormente concluse dal solo Governo [1]). Uguale principio fu concesso per i trattati di cabotaggio. E ciò in emtrambi i casi per la considerazione che essi importavano onere alle finanze e modificazioni al diritto civile e commerciale vigente. Così pure si provvide con legge all'approvazione delle convenzioni internazionali postali [2]), alle convenzioni monetarie [3]), alla convenzione del sistema metrico [4]), sui trasporti ferroviarii [5]), sulla filossera [6]), sulla repressione della schiavitù [7]), sull'abolizione dei tribunali consolari in Egitto ed in Tunisia [8]), perche questi trattati modificavano il diritto civile, amministrativo e penale vigente nel Regno.

Se vi sono convenzioni che furono poste in esecuzione con semplice decreto reale, egli è perchè non contrastavano con le leggi vigenti e soltanto modificavano norme giuridiche contenute in regolamenti, o materie lasciate all'arbitrio del Governo, sia per delega della legge, sia per prerogativa, sia per consuetudine. Così p. es. le convenzioni telegrafiche si approvano con decreto, perchè in materia non vi è una legge agli effetti del diritto pubblico interno [9]). Così pure le convenzioni consolari, perchè per consuetudine il diritto consolare è regolato dagli usi e dai trattati, e la legge consolare vigente vi fa espresso riferimento in ogni cosa: le convenzioni sugli atti dello stato civile, sulle sentenze ed atti notarili stranieri, perchè il cod. di proc. civ., regolando la materia, subordina le sue disposizioni a quelle dei trattati [10]): le convenzioni sull'assistenza gratuita dei malati, perchè le leggi del Regno non fanno differenza fra citta-

---

[1]) Schanzer, *Il diritto di guerra e dei trattati*, Torino, 1891, pag. 173. — Mancini e Galeotti, *Norme ed usi del Parlamento italiano*, pag. 550-51.

[2]) Convenzioni approvate con le leggi 25 maggio 1875, 27 marzo 1879, 14 luglio 1881, 25 marzo 1886.

[3]) Convenzione dell'Unione Latina approvata con legge 30 dicembre 1885.

[4]) Legge 26 dicembre 1875.

[5]) Legge 15 dicembre 1892.

[6]) Legge di autorizzazione preventiva 12 marzo 1888.

[7]) Legge 13 luglio 1892.

[8]) Leggi approvate nel 1875 per l'Egitto, nel 1884 e nel 1897 con la Francia per la Tunisia.

[9]) Convenzione telegrafica internazionale approvata con R. D. 11 aprile 1872.

[10]) Codice proc. civ. art. 950.

dini e stranieri; le convenzioni sulla proprietà letteraria ed artistica, perchè la legge 19 settembre 1882, art. 44, dà facoltà al Governo di trattare in proposito cogli Stati esteri sulla base della reciprocità; le convenzioni sulla proprietà industriale e sui marchi di fabbrica in quanto non contrastano colla legge 30 ottobre 1859 e 30 agosto 1868 e applicano i principii di diritto internazionale privato contenuti nelle disposizioni preliminari del codice civile e nel codice di commercio [1]; le convenzioni d'estradizione, perchè il codice penale (art. 9) lascia al Governo la facoltà di estradare i delinquenti sotto l'osservanza delle sole norme in detto articolo stabilite.

Da queste sommarie considerazioni si rileva, che dal punto di vista del diritto pubblico interno i trattati modificano od abrogano le leggi vigenti, non in quanto trattati, ma in quanto leggi formali e materiali ad un tempo, debitamente deliberate, sanzionate, promulgate e pubblicate [2]).

§ 2. — *I limiti giuridici imposti all'attività degli organi legislativi.*

Sommario. — 31. Trattati internazionali. — 32. Costituzioni e patti federali. — 33. Legislazione ordinaria.

31. Per comprendere come il Parlamento possa esercitare funzioni amministrative, le quali presuppongono l'obbligo, più o meno severamente sanzionato, di rispettare in un caso individuale le norme giuridiche generali, è necessario dimostrare, che l'attività degli organi legislativi possa nel suo contenuto incontrare dei limiti giuridici.

In due casi è generalmente ammesso che essa l'incontri: per dato e fatto dei trattati internazionali, in quanto al diritto pubblico si riconosca il carattere di vero diritto, e, per effetto delle leggi costituzionali; resta da ricercare soltanto se possa incontrarsi per virtù delle leggi ordinarie.

I trattati internazionali, in quanto obbligano, essendo legalmente conclusi, uno Stato a fare od omettere qualche cosa, obbligano anche gli organi parlamentari [3]). In particolare tutti quei trattati che hanno

[1]) Ove importino abrogazione del diritto nazionale sono approvate con legge. Così accadde per la convenzione sui brevetti d'invenzione e sui marchi di fabbrica con la Germania che fu sanzionata dalla legge 16 gennaio 1892, perchè abroga il diritto vigente in alcuni punti e specialmente all'art. 6 disponendo che un marchio di fabbrica registrato in un paese non può essere dichiarato nullo nell'altro, perchè non è conforme alla legge di questo.

[2]) I trattati si approvano dal Parlamento colle parole: « Piena ed intera esecuzione è data al trattato, ecc. »..... (segue il nome delle potenze contraenti, l'oggetto e la data del trattato e talora la data dello scambio delle ratifiche). La legge d'approvazione viene promulgata colle solite formule e pubblicata come ogni altra legge. Il testo del trattato vi è unito in guisa di allegato.

[3]) Cfr. Jellinek, pag. 261 e segg.

un contenuto giuridico, che assicurano, per esempio, agli stranieri uguaglianza di diritti coi cittadini, assistenza in caso di malattia, riconoscimento degli atti pubblici e di sentenze legalmente emanate, limitano la potestà degli organi legislativi di dettare su questi argomenti norme contrarie alle loro clausole. Ma non è soltanto nel vero e proprio campo del diritto internazionale privato, che per effetto dei trattati la libertà di legiferare è limitata, bensì anche nel campo del diritto privato interno, del diritto amministrativo e del diritto penale, in tutti quei casi nei quali per assicurare conformità di legislazione, per evitare comuni pericoli, per reprimere delitti particolarmente odiosi più Stati convengono in alcune massime comuni di diritto. Valgano per tutti i seguenti esempi, tratti dalle convenzioni internazionali, alle quali ha aderito l'Italia in questi ultimi anni.

Per il trattato dell'unione postale 1.° giugno 1878, sanzionato con legge 27 marzo 1879, che stabilisce la tariffa per il porto delle lettere, ogni Stato aderente ed in esso i relativi organi legislativi si sono interdetti di elevare le tariffe medesime. Per il trattato dell'unione telegrafica 11 aprile 1872 [1]), una simile limitazione è stabilita non solo per le tariffe, ma anche per l'esenzione da ogni responsabilità delle amministrazioni telegrafiche (art. 6), per il segreto dei dispacci (art. 5), per l'ordine di precedenza dei dispacci medesimi secondochè sono di Stato, di servizio o privati (art. 12). La convenzione monetaria 10 dicembre 1885 fissa il saggio della moneta, la sua composizione, la sua misura ed interdice ogni mutazione in proposito: quella sul sistema metrico 26 dicembre 1875 impedirebbe all'Italia di ritornare alle antiche misure. La convenzione anti-schiavistica di Bruxelles fa obbligo a tutti gli Stati firmatari di considerare reato la tratta degli schiavi e costituirebbe un ostacolo all'abrogazione degli articoli 335 e segg. del Codice della marina mercantile, che ad essa si riferiscono. La convenzione sulle tariffe ferroviarie 15 dicembre 1892 dà norme sulla conclusione del contratto di trasporto (art. 8), proclama la responsabilità diretta ed indiretta delle ferrovie (articoli 9, 27, 29), il privilegio delle ferrovie sugli oggetti trasportati (articoli 21-22), dichiara nullo il patto di trasporto senza responsabilità fuori del caso che ad esso corrisponda una tariffa di favore, ecc. Onde se da un lato questa convenzione ha reso necessario autorizzare il Governo a modificare le tariffe approvate con legge per metterle in armonia coi principii ivi stabiliti [2]), dall'altro costituisce un impedimento a che

[1]) Citiamo i trattati non secondo la data della loro conclusione, ma secondo la data della loro promulgazione come leggi, perchè soltanto con questa essi sono reperibili nelle raccolte.

[2]) Legge d'approvazione 15 dicembre 1892, art. 2.

il Parlamento abroghi quegli articoli del Codice di commercio e delle convenzioni ferroviarie, che al trattato 15 dicembre 1892 sono conformi. Finalmente la convenzione sulla fillossera 12 febbraio 1888 fa obbligo a tutti gli Stati contraenti di emanare norme legislative per la repressione di questa malattia e fissa in pari tempo i criteri principali di questa legislazione.

Non possiamo però nascondere, che questi limiti e questi obblighi positivi sono soltanto di diritto internazionale. Di fronte al diritto pubblico interno il trattato in tanto ha efficacia in quanto è promulgato e pubblicato come legge. Ond'è che se una legge posteriore lo modificasse e commettesse così dal punto di vista internazionale una violazione di contratto, i tribunali italiani non potrebbero negare efficacia alla legge applicando invece il trattato: perchè la legge posteriore abroga l'anteriore e i tribunali giudicano *secundum legem* e non *de legibus*. Laonde in tal caso spetterebbe soltanto agli altri poteri dello Stato, alle potenze estere, ed ai tribunali internazionali d'arbitrato l'apprezzare, il conoscere ed il riparare la violazione del trattato.

Ciò non toglie, che nell'interpretazione della seconda legge, ove l'abrogazione del trattato non fosse espressa, anche il tribunale italiano potrebbe presumere, finchè fosse possibile, la volontà del legislatore di non violare la convenzione.

32. Il limite dei trattati internazionali esiste dunque nel modo e con le restrizioni che abbiamo detto anche per il Parlamento italiano. Contrariamente a ciò che accade in diversi altri paesi, non esiste per l'attività del Parlamento italiano il limite derivante dalla Costituzione.

In tutti i paesi costituiti come Confederazione nessuna legge degli Stati confederati può contrastare con il patto federale. Questo patto va rispettato, poichè è qualcosa di mezzo fra il trattato internazionale ed una Costituzione fondamentale. Così accade negli Stati Uniti d'America, nella Svizzera, in Germania, nelle Colonie britanniche [1]). In molti paesi poi, siano essi costituiti a federazione od unitarii, le leggi costituzionali sono votate da organi diversi o con metodi e garanzie diverse, che le leggi ordinarie: talora si richiede il voto popolare (Stati Uniti d'America, Svizzera), altra volta si esige invece la riunione delle due Camere e un *quorum* od una maggioranza particolari (Francia), il rinnovamento delle Camere ed un *quorum* ed una maggioranza speciali (Belgio, Olanda, Portogallo, Sassonia, Norvegia, Grecia), un *quorum* ed una maggioranza speciali (Germania, Prussia, Baviera, Baden).

---

[1]) Bryce, *The American Commonwealth*, Londra, 1888, II, 44. — Laband, pag. 586 e segg. — Ugo, *Le leggi incostituzionali*, pag. 98, 126. — Palma, *Il Governo parlamentare nelle colonie inglesi. Nuova Antologia*, 1874. — Jellinek, pag. 263-64.

Ove ciò accade è evidente che di regola, alle leggi costituzionali, come ben dice il Laband [1]), è attribuita una maggior forza formale; onde le leggi ordinarie votate dagli organi consueti della legislazione e nelle forme generalmente prescritte non possono modificare la Costituzione. Perciò in molti Stati in cui si fa luogo ad una tale distinzione di forme e di efficacia, i tribunali sono competenti a conoscere della violazione della Costituzione ed a richiamare gli organi parlamentari al rispetto dei limiti loro segnati nell'esercizio della legislazione ordinaria. Questo sindacato costituzionale è espressamente stabilito ed ammesso per gli Stati Uniti, la Germania, la Svizzera e le Colonie britanniche, in quanto concerne il rispetto della Costituzione federale da parte dei singoli Stati: per gli Stati Uniti d'America, per la Germania e per la Prussia [2]), in ciò che riguarda la rispondenza fra legislazione e Costituzione federale: è dubbio se esso debba ammettersi negli altri Stati, ma prevale l'opinione affermativa. Soltanto nel Belgio un tale controllo è da escludersi, giacchè ivi si reputa che l'autorità giudiziaria abbia soltanto le attribuzioni espressamente delegate, e questa attribuzione non è fra esse compresa [3]).

Vi sono invece paesi nei quali nessuna forma è prevista per i mutamenti di Costituzione: essi sono l'Inghilterra, l'Ungheria, la Spagna e l'Italia; così pure accadeva in Francia sotto la restaurazione e la monarchia di luglio. Supporre che in questi paesi la Costituzione è immutabile non si può, giacchè nessuna istituzione umana può essere eterna, e tutte per vivere debbono adattarsi alle variabili condizioni politiche e sociali: è d'uopo quindi supporre che esista un mezzo legale per operare tali mutazioni.

Si è per alcun tempo ritenuto in Inghilterra che i principii costituzionali contenuti nella *common law* fossero immutabili: che alle leggi ad essi contrarie si dovesse rifiutare sanzione da parte dell'autorità giudiziaria. Questa opinione fu ripetuta colà e sul continente sulla fede di alcune sentenze dei giudici Hobbart ed Holt [4]). Ma in realtà basta osservare la legislazione inglese per constatare che tali mutamenti costituzionali si compirono così per consuetudine come per Statuto: e il principio dell'onnipotenza parlamentare proclamato dal Blackstone e dal Coke fino all'esagerazione, fa fede che la legislazione ordinaria inglese non ammette limiti costituzionali, e che la Costituzione si modifica quindi con leggi ordinarie [5]). Uguale prin-

---

[1]) Op. cit., pag. 550-51, pag. 520-22. — Cfr. Jellinek.

[2]) Bryce, Laband, Ugo, l. c.

[3]) Thonissen, *La Constitution Belge annotée*, 2.ª ed., n. 499. — Ugo, op. cit., pag. 66. — Cass. Bruxelles, 7 agosto 1886 (*Pasicrisie*, 368).

[4]) Cfr. Cox, *Institutions of English Government*, pag. 9.

[5]) May, *Leggi, usi*, ecc. (trad. it.), pag. 37. — Ugo, op. cit., pag. 54 e segg.

cipio vige per l'Ungheria [1]) e per la Spagna [2]), come vigeva in Francia sotto le Carte del 1814 e 1830.

Per l'Italia, all'inizio della monarchia costituzionale, si parlò più volte della necessità di convocare una Costituente per rivedere lo Statuto: di poi vi fu chi credette, che le istituzioni vigenti essendo state accettate mediante plebisciti, non potessero essere modificate se non collo stesso mezzo. In pratica la Costituzione fu in molti suoi punti modificata dalla legislazione ordinaria. La legge sulle guarentigie modificò gli articoli 1 e 28, la legge sulla promulgazione delle leggi 23 giugno 1854 completò l'art. 7 sulla sanzione regia, l'art. 830 del codice di proc. pen. aggiunse al decreto di grazia del Re (art. 8) il diritto di amnistia; l'art. 9 di detto codice modificò ed interpretò l'art. 36 sulla competenza del Senato sui reati di alto tradimento; la legge 30 dicembre 1882 completò l'art. 49 sul giuramento dei deputati; la legge sul reclutamento 14 giugno 1874 abrogò l'art. 76 che istituiva la guardia nazionale. Nessuno ha mai posto in serio dubbio la costituzionalità di queste leggi.

Certo per chi creda che lo Stato ed i suoi organi non hanno altri poteri, se non quelli espressamente delegati e che la pienezza della sovranità spetta al popolo, può sembrare che anche nella monarchia italiana al popolo soltanto, o direttamente con plebiscito o indirettamente con una Costituente, competa di modificare lo Statuto: ma chi riconosca che la sovranità appartiene allo Stato, pur ammettendo che la volontà popolare debba essere l'elemento essenziale e preponderante della volontà statuale, deve concludere che negli organi dello Stato, così come sono costituiti, debba sempre trovarsi il mezzo per modificare qualunque norma di diritto anche suprema. Onde è giuocoforza riconoscere che tale potestà spetta al Parlamento nell'esercizio dell'ordinaria potestà legislativa. Nè vi è nel testo dello Statuto nulla che osti a questo concetto. Infatti dalla dichiarazione del preambolo che lo Statuto è « legge fondamentale, perpetua ed irrevocabile della monarchia » non si può argomentare che le leggi ordinarie non possano mutarla. Poichè o quell'inciso è preso nel senso letterale ed esso prova troppo, giacchè condurrebbe alla conclusione, che lo Statuto non può modificarsi in alcun modo: o esso va interpretato razionalmente ed esso significa che i principii fondamentali dello Statuto per ragioni politiche sono la base essenziale dello Stato italiano: il che è compatibile con molte modificazioni su punti secondari, ed anche con modificazioni sostanziali ove muti la condizione sociale e politica. Il giuramento del Re e dei deputati non

[1]) Jellinek, pag. 263.

[2]) Borgeaud, *Institution et révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, Parigi, 1878, pag. 107-9.

impedisce loro di mutare la Costituzione, perchè il rispetto alla Costituzione va inteso coi limiti e colle riserve anzidette. L'art. 81, che dichiara abrogata ogni legge contraria allo Statuto, si riferisce evidentemente alle leggi anteriori. Del resto la mutabilità della Costituzione con leggi ordinarie è ormai un *ius receptum* nella dottrina e nella giurisprudenza [1]).

Si possono soltanto ammettere due principii in linea di correttivo. In primo luogo si può riconoscere che una legge la quale non abroghi espressamente lo Statuto, ma appaia soltanto come in contraddizione tacita con esso, va, finchè è possibile, conciliata con lo Statuto stesso presumendosi, fino a prova contraria, la volontà del legislatore di non mutare la legge fondamentale del Regno [2]). In secondo luogo è certo che lo Statuto importa un limite giuridico all'attività del Parlamento non diverso da quello che vi possono apportare le altre leggi ordinarie secondo quello che diremo in appresso.

32. È logicamente ammissibile, che una legge ordinaria detti norme sul contenuto dell'attività degli organi parlamentari? Certamente se il diritto è un comando con sanzione, esso presuppone, come ogni comando, un subbietto che comanda ed un subbietto che obbedisce: il comando a sè medesimo è una *contradictio in adiectum* [3]). Sotto questo punto lo Stato sovrano non può imporre nella sua unità comandi a sè stesso e non può incontrare limiti giuridici, di diritto pubblico interno, alla sua attività. Se si confonde lo Stato coi suoi organi, specialmente con quelli legislativi, se ad essi si attribuisce intera la sovranità si può negare che le leggi possano costituire limite giuridico dell'attività parlamentare. Ma se si pensa che la sovranità appartiene a tutto lo Stato; che gli organi legislativi non ne hanno che una parte, la parte massima; che dove la divisione dei poteri è rispettata essi possono comandare a sè medesimi e sanzionare il comando con l'ordine all'autorità giudiziaria di farlo rispettare, è evidente che questo limite in una certa misura ci può

[1]) Orlando, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, Torino, 1888, lib. I, cap. II, e bibliografia, ivi. — Ugo, op. cit., n. 78-88. — Cass. Torino, 20 marzo 1857 (*Giur. it.*, I, 9, 26-28), 1.° marzo 1858 (*Giur. it.*, I, 1, 361). — App. Firenze, 25 febbraio 1861 (*Ann.*, II, 281). — Cass. Firenze, 30 maggio 1862 (ivi, 1862, I, 441). — Cass. Torino, 22 novembre, 28 dicembre 1867 (*Giur. it.*, I, 1, 704, 834), 26 gennaio 1871 (*Legge*, I, 90), 29 aprile 1875 (*Giur. it.*, I, 1, 598). — Cass. Firenze, 24 aprile 1873 (*Ann.*, I, 1, 16). — Cass. Roma, 27 giugno 1880 (*Corte Suprema*, 1880, 475). — 29 marzo 1882 (*Giur. it.*, I, 3, 22), 5 febbraio 1886 (*Ann.*, I, 3, 36). — Contra Malgarini, *Della libertà civile nelle Costit. mod.* (*Arch. giur.*, XXXII, pag. 113 e segg. — App. Genova, 14 luglio 1856 (*Giur. it.*, II, 12). — App. Casale (ivi). — App. Napoli, 16 maggio 1870 (*Monit. dei Trib.*, 1870, 502).

[2]) Ugo, op. cit., n. 91. — Bianchi, *Trattato delle leggi*, Torino, 1888, pag. 82. — Cass. Firenze, 30 dicembre 1872 (*Annali*, 1873, I, 56).

[3]) Jhering, *Zweck im Recht*, I, 332.

essere. Quindi può il Parlamento prescrivere a sè medesimo di non abrogare una legge con certe forme, o in determinate circostanze, di non emanare un'altra legge se non previe determinate inchieste e simili. Naturalmente, queste norme possono sempre essere espressamente abrogate: ma, finchè non lo siano, esse obbligano il Parlamento, ove specialmente sia riconosciuto che il controllo dell'autorità giudiziaria si estende sulla loro osservanza. In questo caso si verifica rispetto al Parlamento ciò che succede per le autorità amministrative: esse possono, nei limiti della loro competenza, emanare i regolamenti, e, sebbene siano anche autorizzate ad abrogarli o modificarli, tuttavia debbono obbedirvi e sono da essi vincolate nell'emanazione di provvedimenti individuali. Ed ove esse invece di procedere ad una regolare modificazione della norma generale regolamentare, la violino tacitamente in un caso concreto, l'autorità giudiziaria è competente a non applicare il provvedimento singolo, ed i tribunali amministrativi possono annullarlo [1]). Perciò dicemmo nel numero precedente e dimostrammo al n. 25 che sebbene lo Statuto possa essere mutato con legge, tuttavia una legge che formalmente non risponda alle esigenze della costituzione, quanto all'approvazione delle Camere ed alla sanzione regia, deve considerarsi inesistente e può essere dichiarata tale dall'autorità giudiziaria. Noi crediamo infatti, che, stante l'importanza di quelle norme costituzionali, il legislatore abbia voluto con esse vincolare il Parlamento e autorizzare i tribunali a far rispettare questo vincolo.

Un vincolo giuridico identico può sussistere per effetto di leggi generali in ordine alle funzioni amministrative del Parlamento, sia per la forma degli atti relativi (inchieste, termini, contradditorio) come l'esempio dei *bills* privati inglesi ci dimostra, sia per il contenuto. Ma, siccome le leggi generali italiane in materia sono tutt'altro che esplicite, anzi frequentemente suppongono, che il Parlamento possa, anche amministrando, ad esse derogare, così non ci sentiamo autorizzati a ritenere, che il vincolo abbia un valore giuridico assoluto, e siamo inclinati a pensare soltanto, che la legge generale debba presumersi rispettata dal provvedimento singolo, fino a prova contraria. Della qualcosa discorreremo più compiutamente nei due capitoli seguenti.

---

[1]) Jellinek, pag. 262, nota 1. — Laband, in *Archiv f. öff. Recht*, I, pag. 187.

§ 3. — *Le funzioni amministrative degli organi legislativi nella storia e nel diritto comparato.*

SOMMARIO. — 34. La legge formale nella storia. — 35. Grecia e Roma repubblicana. — 36. L'Impero romano, le monarchie assolute ed il diritto canonico. — 37. Gli Stati italiani anteriori alla unificazione. — 38. Segue. Il regno di Sardegna e quello delle Due Sicilie. — 39. Teoria di Rousseau. Le costituzioni rivoluzionarie francesi. I regimi successivi. — 40. Lo Stato attuale della legislazione e della dottrina in Francia. — 41. Id. nel Belgio. — 42. I *bills* privati in Inghilterra. — 43. La dottrina germanica.

34. Abbiamo rilevato nei precedenti capitoli i due elementi del concetto di legge, l'elemento formale ossia quello di comando emanante dall'organo supremo dello Stato, nei Governi costituzionali dal Parlamento, e l'elemento materiale, cioè quello di norma giuridica. Per dimostrare il quasi universale consenso della dottrina nel concetto che diritto è una regola generale, abbiamo richiamato molte opinioni di scrittori dell'epoca greca, romana, medioevale e moderna, che hanno adottato la teoria della generalità: da questo fatto si intende come la distinzione fra legge materiale e formale sia stata implicitamente intuita fino dall'antichità. Ci resta ora soltanto da ricordare sommariamente come essa sia stata fin d'allora, con maggiore o minore coscienza ed evidenza, posta in luce: e come siasi definita nelle legislazioni anteriori o diverse dal vigente diritto italiano.

Naturalmente la distinzione ha una particolare evidenza ed importanza negli Stati costituzionali moderni, dove, coi limiti e le riserve già espresse, si opera la ripartizione delle tre funzioni prevalentemente fra tre organi. Essa è pur sempre relativamente facile nelle democrazie antiche, che siano state organate, sebbene anche più imperfettamente degli Stati liberi moderni, con una qualche separazione di poteri. È invece difficile, ma non impossibile negli Stati a regime assoluto dove tutte le funzioni si raccolgano in diritto, ed in potenza se non sempre in fatto, in un solo organo. Ma anche in questo caso si possono sempre distinguere gli atti che creano diritto da quelli che concernono in un caso particolare e si conformano al diritto vigente: nella stessa guisa, che tale distinzione è possibile in confronto ai Parlamenti odierni, ove, sopra alcune materie, essi riuniscano la funzione amministrativa a quella legislativa. Certo per le monarchie assolute, come per i Parlamenti moderni si incontra una grave difficoltà. Giacchè, in quanto legislazione ed amministrazione siano riunite nelle stesse mani, il limite del diritto vigente può sempre, nell'emanazione di un provvedimento, non essere rispettato. In questo caso il provvedimento non può, per ciò solo, considerarsi nullo, come

si fa ove siavi differenza di organi: esso cessa soltanto dall'aver carattere amministrativo: e, importando modificazione del diritto vigente, assume carattere legislativo. Ma un simile eccesso non si verifica sempre in fatto nè nelle monarchie assolute, nè nei Parlamenti degli Stati liberi. E, come dai giuristi moderni si invoca per l'attività amministrativa dei Parlamenti una diversità di forma, e la sanzione giudiziaria, che li contenga nei limiti del diritto vigente, così le monarchie assolute, meglio ordinate, escogitarono una diversità di forma per gli atti aventi portata generale e giuridica, e per gli atti individuali ed amministrativi; si imposero un limite analogo, e ne comandarono il rispetto, con garanzie più o meno ampie, all'autorità giudiziaria.

35. Nella Costituzione ateniese Aristotele, considerando le manifestazioni di volontà degli organi supremi, Consiglio, Assemblea popolare e Nomoteti, distinse la legge (νόμος) avente carattere di generalità e costituente perciò fonte di diritto obbiettivo, dallo ψήφισμα, ossia dalla decisione del popolo, adattata al singolo caso, la quale, quantunque emani dalla suprema autorità, non stabilisce una norma giuridica, ma procura nel singolo caso il trionfo dell'*aequitas* sull'*ius scriptum* [1]). Ed una simile distinzione egli ripetè altrove per altre Costituzioni democratiche della Grecia [2]).

In Roma durante la Monarchia i comizi curiati e centuriati, ossia l'autorità suprema dello Stato non avevano, secondo il Willems [3]), funzione legislativa: il diritto era puramente consuetudinario. L'attività dei comizi si esauriva nel disbrigo degli affari amministrativi più importanti, cioè: conferimento dell'*imperium* al Re, decisione della guerra e della pace, conferimento del diritto di cittadinanza, *arrogatio*, *testamenta comitiis calatis* [4]).

Ai tempi repubblicani nell'attività dei comizi centuriati, dapprima, e di poi dei comizi tributi e dei *concilia plebis* (tacendo dei comizi curiati, ai quali non spettavano ormai che le arrogazioni, i testamenti *comitiis calatis*, ed alcune altre attribuzioni puramente formali), si distinguevano, secondo i concetti moderni, atti amministrativi, giudiziarii e legislativi. Ma di ciò non ebbero coscienza per lungo tempo i Romani, a quanto ci consta: e soltanto verso la fine della Repubblica intuirono la distinzione senza approfondirla. Cicerone infatti distinse la competenza dei comizi in *creatio magistratum*, *judicia* e *populi iussa* [1]): è evidente, che la prima funzione è amministrativa [2]), la seconda giudiziaria, la terza prevalentemente legislativa. Pur tuttavia gli *iussa populi*, i quali si distinguevano dalle deliberazioni elettorali e dalle decisioni giudiziarie per la forma, giacchè essi soltanto esigevano la *rogatio* dei magistrati, la votazione solenne dei comizi, e sì solevano sottoporre all'approvazione del Senato [3]), e avevano norme di leggi, o di plebisciti, si possono ancora distinguere in atti materialmente legislativi, ed in atti materialmente amministrativi, che non eccedono la sfera del diritto vigente. Tali erano p. es. gli atti importanti concessione di cittadinanza, conferimento dell'*ius suffragi* o di onori speciali, consacrazione di terre, assegnazione di *ager publicus* a privati, dichiarazione di guerra, ecc. [4]).

Ma questa distinzione che ora accennammo, secondo i criteri moderni non fu fatta dai Romani: essi si attennero invece al concetto formale quale fu di poi formulato: *Lex est quod populus iubet atque constituit* [5]), oppure, *quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante veluti consule constituebat* [6]).

Cicerone[7]) fu il primo a definire il concetto sostanziale del diritto, Capitone, il primo a contrapporre la *lex*, come generale *iussus populi* al *privilegium iussum de singulis conceptum* [8]). I susseguenti giuristi romani si attennero prevalentemente all'elemento sostanziale della generalità, come fu detto nel precedente numero 11 [9]).

---

[1]) Aristotele, *Ethica Nich.*, V, 10.

[2]) Aristotele, *Politica*, III, 15. — Su questo argomento si consulti Perrot, *Essai sur le droit public d'Athénes*, Paris, 1889, pag. 174-75. — Leist, *Greco-italische Rechtsgeschichte*, pag. 555 e seg. — Jellinek, pag. 38. — Codacci-Pisanelli, pag. 8.

[3]) *Droit public Romain*, Louvain, 1888, pag. 51 e seg.

[4]) Il Pernice nella sua monografia, *Formelle Gesetze im römischen Rechte*, Berlino, 1888, nega che le concessioni di cittadinanza, l'*arrogatio* ed il *testamentum calatis comitiis*, fossero atti amministrativi. Egli li considera legislativi, in quanto importavano una dispensa dal diritto generale vigente. Il che è vero nelle origini: ma dopo che, col ripetersi di tali atti, si è formata per ciascuno di essi una norma consuetudinaria, ogni singolo atto ha cessato di esser *contra legem*, ed è divenuto atto amministrativo *intra legem*.

[1]) Cicero, *De leg.*, III, 3, § 10; 15, § 33. *De div.*, 2, 74: «.... *ut comitiorum vel in iudiciis, vel in iure legum, vel in creandis magistratibus principes civitatio essent interpretes* ». — Polybius, III, 14. — La distinzione è accettata dal Mommsen, *Droit public Romain*, VI, parte I, Parigi, 1889, pag. 372, 396, 401; dal Willems, pag. 172 e seg., e dal Pernice, pag. 4.

[2]) Il Pernice, pag. 45, nota 8, cita vari casi eccezionali in cui con un atto, importante semplicemente elezione, si mutò l'ordinamento giuridico vigente.

[3]) Pernice, pag. 5.

[4]) Mommsen, VI, parte I, pag. 373 e segg. — Jellinek, pag. 40. — Pernice, *passim*.

[5]) Gaius, *Inst.* I, 2, 7.

[6]) § 4, *Inst.* I, 2.

[7]) *De leg.*, I, 6.

[8]) Gellius, *Noct. Att.*, X, 20.

[9]) Marciano e Papiniano accennarono nelle L. 1, 2, D, *de leg.* I, 3, ad entrambi gli elementi delle leggi: all'elemento materiale colle parole « *commune praeceptum* », all'elemento formale colle parole « *communis reipublicae sponsio* ». Essi però non fecero che tradurre Demostene, come resulta dalla L. 2 h. t., e non contrapposero i due elementi: nè dalla loro distinzione rilevarono alcuna conseguenza giuridica.

Mettendosi da questo punto di vista scientifico, essi identificarono la *lex* col concetto di norma generale di diritto [1]: e negarono sotto questo aspetto il carattere di norma giuridica, anche all'atto, che, legalmente derogando dal diritto generale, concedesse un privilegio in un singolo caso [2].

36. Ma i medesimi giuristi, considerando poi la questione dal punto di vista politico, e inaugurando la teoria dell'assolutismo, si richiamarono invece all'elemento formale affermato dalla celebre massima: *Quod principi placuit legis habet vigorem.... Quodcunque igitur Imperator per epistolam et subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit, vel edicto mandavit legem esse constat: haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus* [3]. Questo principio dispotico che qualunque manifestazione di volontà del principe avesse forza formale di legge e potesse acquistarne anche la forza sostanziale, modificando il diritto vigente, non sembra inconcusso nel diritto romano imperiale. Gli atti dell'imperatore romano si possono distinguere secondo il loro contenuto in due categorie: *a*) atti generali, e cioè, *orationes*, se dirette al Senato, *edicta*, se emanati in virtù dei poteri degli antichi magistrati raccolti ora negli imperatori, *leges generales* o *constitutiones*, e *mandata*, se contengono istruzioni ai funzionari in generale; *b*) atti particolari, e cioè, *decreta* ove si decidano in forma di sentenze casi controversi e *rescripta*. I *rescripta* dividevansi alla lor volta in *pragmaticae sanctiones*, se emanati ad istanza di una comunità, in *adnotationes* o *subnotationes*, se emanati a richiesta di un privato, in *epistolae* se rivolti ad un magistrato [4].

A questo diverso contenuto ed a queste varie denominazioni corrispondevano anche differenze di forma, di redazione, di sottoscrizione. Non è possibile nè utile nella continenza di questo lavoro ricostruire tutta la teoria delle Costituzioni imperiali. Ma lasciati da parte i *mandata* e i *decreta* del cui valore si disputa, è certo che le *orationes*, gli *edicta*, le *leges* o *constitutiones generales* avevano insieme e il valore materiale di legge in virtù della loro generalità, e il valore formale in quanto emanavano dall'autorità suprema dello Stato. Quanto ai *rescripta* poi e particolarmente alle *adnotationes* ed alle *epistolae*, prendendo alla lettera le parole di Ulpiano nella l. 1, § 2 D. *de cost.*, I, 4, si dovrebbe dedurne, che avessero sempre valore formale di legge, in quanto potessero modificare in un caso particolare il diritto generale vigente, contenuto nelle *constitutiones* e negli *edicta*. Ora sembra certo, che non di rado questo valore sia

[1] Cfr. l'intero Tit. *de leg.* D. I, 3.

[2] L. 8 h. t., L. 1, § 2, D. *Demost. prom.* I, 4; « *Plane ex his (constitutionibus quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur* ».

[3] L. 1, § 2, D. *de const. princ.*, I, 4.

[4] Landucci, *Storia del diritto Romano*, vol. I, pag. 241 e segg.

stato loro in fatto ed in diritto attribuito: l'Impero Romano ha durato troppi secoli, ed il diritto imperiale è stato applicato da troppi principi con tendenze assolutiste e interpretato da giuristi troppo cortigiani, perchè ciò talora non accadesse e non venisse giustificato.

Ma non si può affermare in via assoluta, che i rescritti avessero sempre forza formale di legge, e potessero mutare le leggi generali. Infatti essi non avevano, secondo ciò che sta scritto nei tit. XXII e XXIII del libro I del codice Giustinianeo, per i magistrati valore assoluto: non l'avevano, se contenevano errori in fatto, perchè si fossero taciute circostanze vere e menzionate circostanze false nell'istanza relativa [1], cioè se essi erano affetti dal vizio di orrezione o surrezione, secondo la terminologia dei commentatori: non l'avevano, secondo la L. 6, Cod., *si contra ius*, I, 22, se erano contrari agli editti e le costituzioni generali [2]. Il che sta a dimostrare il loro carattere di atti amministrativi.

Le monarchie assolute adottarono in seguito i principii romani, oscillando tra la regola dispotica di Ulpiano e quella più liberale formulata dal codice. Tra le esagerazioni dell'assolutismo vi fu quella di considerare, come aventi valore di legge e capacità derogatoria, anche gli atti emanati dai funzionari dipendenti dal monarca per la presunzione che ad essi fosse delegata la pienezza della sovranità e che i loro atti riportassero l'approvazione del sommo imperatore [3]. La quale teoria, che in tempi recenti vediamo accolta per il Granducato di Toscana, almeno limitatamente ai funzionari più importanti [4], non è nemmeno conforme al diritto imperiale romano, che riconosce la legittimità degli atti del prefetto del pretorio solo in quanto non fossero contrari alle costituzioni e leggi generali [5].

D'altro lato per quanto illimitata si considerasse in passato la facoltà del monarca assoluto di derogare mediante rescritto alle leggi generali, pure il diritto comune suole attribuire valore agli atti individuali, purchè non siano nè orrettizi, nè surrettizi e non ledano i diritti dei terzi: il che importa un parziale limite giuridico.

Questi sono i principii che valgono pure per il diritto canonico, il

[1] L. 2, Cod., *Si contra ius vel utilitatem publicam*, I, 22.

[2] L. 6, Cod. h. t. « Omnes cuiuscumque maioris vel minoris administrationis, universae nostrae reipublicae indices monemus ut nullum rescriptum, nullam pragmaticam sanctionem, nullam sacram adnotationem, quae *generali iuri* vel utilitati publicae adversa esse videatur, in disceptatione cuiuslibet litigii audeat proferri, sed generales sacras constitutiones modis omnibus non dubitent observandas ».

[3] Così la Cass. di Torino, 23 maggio 1877 (*Giur. Tor.*, 624), applicando il diritto vigente nel Ducato di Parma dichiarava che le istruzioni ministeriali sotto i Governi assoluti hanno valore di interpretazione autentica.

[4] Forti, *Ist. di dir. civ.*, Firenze, 1863, pag. 8.

[5] Landucci, op. cit., I, pag. 239, nota 4, l. 26. *De off. pr.* I, 26.

quale distingue appunto gli atti emanati dal Pontefice con portata generale, *constitutiones*, da quelli aventi portata individuale, *rescripta*.

I *rescripta* se contengono dispense accordate secondo norme consuetudinarie o scritte sono semplici atti amministrativi: in ogni modo non possono mai valere, ove siano orrettizi o surrettizi e ove siano contrarii al diritto dei terzi [1]).

37. Queste regole prevalsero nei diversi Stati italiani anteriormente alla formazione del Regno: e i nostri tribunali ebbero più volte occasione di applicarle. Alcune sentenze, interpretando il diritto vigente in quelle monarchie, ritennero, che qualunque atto del principe in qualunque forma e sotto qualunque nome emanato avesse valore di legge. Onde per il diritto nazionale italiano trassero la conseguenza, che neppure un rescritto potesse revocarsi con atto amministrativo odierno e che fosse sempre necessaria una legge [2]). Altre sentenze invece, approfondendo maggiormente la sostanza delle cose, distinsero gli atti del sovrano assoluto, compiuti per un caso singolo in conformità delle leggi vigenti, da quelli che derogavano alle leggi, attribuendo ai primi, a tutti gli effetti, valore di semplici atti amministrativi [3]).

In generale poi la giurisprudenza distinse gli atti interessanti un solo individuo dagli atti generali all'effetto, quanto ai primi, di ammettere la impugnabilità per orrezione e surrezione, e negare la possibilità del ricorso in Cassazione, ove si ritenessero falsamente interpretati: pur ammettendo che nel caso concreto avessero forza di derogare al diritto generale vigente [4]). Ciò fu detto per i ducati di Modena [5]) e Parma, la Toscana [6]), lo Stato Pontificio e il Lombardo-Veneto [7]), nei quali Stati non facevasi differenza fra i vari atti sovrani quanto alla loro forma ed alla loro efficacia. Tuttavia, siccome il concetto materiale non andò mai completamente perduto, così alle manifestazioni di volontà sovrana aventi contenuto giuridico, si usò anche in questi paesi, secondo un principio di ragione naturale, far seguire la formalità della pubblicazione [1]). Ed è questo l'unico criterio, se non un criterio assoluto per distinguere le norme giuridiche dai provvedimenti.

38. Per il Regno di Sardegna e per il Reame delle Due Sicilie, invece l'ordinamento amministrativo è più completo e saldo e gli atti del monarca assoluto hanno una forma diversa, secondo il loro contenuto generale o particolare; e quando essi abbiano contenuto individuale ed assumano la forma legittima non possono derogare al diritto vigente.

Nel Regno di Sardegna gli atti si distinguono in editti e lettere patenti ed in decreti e regi viglietti. Gli editti e le lettere patenti sono emanati previo il parere del Consiglio di Stato: debbono essere muniti del gran sigillo, della firma del Re e del capo-dicastero proponente, di due altri capi di dicastero e del controllore generale. Sono interinate o registrate dal Senato o dalla Camera dei conti, secondo la natura delle provvigioni in esse contenute e pubblicate debitamente.

I decreti e regi viglietti non sottostanno a queste formalità e portano la firma del Re e quella del capo di dicastero.

Soltanto gli editti e le lettere patenti possono contenere norme di diritto obbiettivo: i decreti e regi viglietti non possono nemmeno in un caso particolare ad esse derogare [2]).

Anche più rigorosa è la distinzione nel Reame di Napoli. La suprema potestà legislativa appartiene al Re [3]): ma si riconosce, che esso esercita anche il potere esecutivo [4]): e secondo il nome e la forma degli atti sembra che si possa facilmente argomentare se siano legislativi od amministrativi: onde essi non sono in egual misura obbligatorii per i cittadini, per i funzionari e per i tribunali.

---

[1]) Friedberg e Ruffini, *Dir. eccl.*, pag. 401 e seg. Scaduto, *Dir. ecclesiastico*, Torino, 1892, pag. 74-75.

[2]) Cass. Torino, 29 aprile 1875 (*Giur. amm.*, I, 1, 598). App. Genova, 21 dicembre 1875 (ivi, 1876, II, 249). Cass. Firenze, 3 febbraio 1870 (*Ann.* I, 11). Cass. Palermo, 14 gennaio 1871 (*Giur. ital.*, I, 1, 18). App. Messina, 13 luglio 1896 (ivi, I, 2, 701). App. Bologna, 13 gennaio 1891 (*Ann.*, II, 127).

[3]) Cass. Torino, 13 maggio 1879 (*Giur. ital.*, I, 1, 923), per un rescritto del duca di Modena.

[4]) Cass. Firenze, 15 marzo 1889 (*Legge*, II, 259). Cass. Roma, 1 maggio 1889 (ivi, I, 793). Cass. Roma, 5 febbraio 1878 (ivi, I, 258). Cass. Firenze, 11 aprile 1878 (*Giur. ital.*, I, 1, 891). App. Roma, 23 luglio 1881 (*Foro ital.*, I, 1236). Cass. Firenze, 26 luglio 1875 (*Annali*, I, 1, 337). Cass. Torino, 7 gennaio 1870 (*Giur. ital.*, I, 1, 10).

[5]) Un tentativo di distinzione per il ducato di Modena, vedi in Saredo, *Trattato delle leggi*, n. 100.

[6]) Forti, op. cit., pag. 9. « Vale in Toscana la regola di Ulpiano: *quod principi placuit legis habet vigorem* ».

[7]) Il Winiwarter, *Il diritto civile universale austriaco*, Venezia, 1845, art. 2, tentò una classificazione delle leggi austriache sotto la monarchia assoluta. Le distinse in patenti, che erano sempre fonti di diritti, e decreti aulici. I decreti aulici, diramati sotto il nome di circolari, ordinanze, notificazioni, dispacci, decreti, erano vere leggi se contenevano una risoluzione imperiale. Se invece emanavano da altre autorità centrali o locali in tanto valevano, in quanto non erano contrari alle leggi. Pfaff e Hoffman, *Commentar zum Oest. All. bürgl. Gesetzbuch*, Vienna, 1877, I, pag. 129, criticano la distinzione del Winiwarter e con ampie citazioni dimostrano la impossibilità di qualunque classificazione degli atti legislativi sotto la monarchia assoluta austriaca.

[1]) Cod. civ. austr., art. 2-3. Cod. parmense, art. 1-3. Cod. estense, art. 1.

[2]) Cod. civ. albertino, art. 4-9. Cost. del 1770, lib. 2, tit. 2, cap. 2, § 10. « Toutes nos provisions, qui devront avoir force de loi tant en matiéres judiciaires qu'économiques, de même que celles que nous adresserons aux Magistrats, Juges-Maitres et Juges, concernant l'administration de la justice, devront être rapportées par lettres patentes dûment expédiées et non pas par des simples billets ou décrets ». Precerutti, *Ist. civ.*, n. 81. Cass. Torino, 22 aprile 1879 (*Giur tor.*, 377). App. Genova, 8 marzo 1880 (*Legge*, II, 398).

[3]) Diaz, *Corso completo di dir. amm.*, Napoli, 1854, II, pag. 489.

[4]) Op. cit., I, pag. 124.

Gli atti si distinguono essenzialmente in tre categorie:

a) leggi. La loro forma, stabilita dall'art. 1 della legge 20 dicembre 1816, contiene la dichiarazione che trattasi di legge e la sanzione regia [1]: esse si emanano sopra parere del Consiglio di Stato e sono firmate dal Re, contrassegnate dal cancelliere, riconosciute dal ministro di grazia e giustizia, munite del sigillo dello Stato e pubblicate [2]. Questa forma si usa per « tutti i casi, nei quali le disposizioni, che Noi emaneremo, riguarderanno un oggetto qualunque generale » [3];

b) decreti. La loro forma porta l'indicazione del ministro proponente e la dichiarazione: « Abbiamo risoluto di decretare e decretiamo »; essi sono sottoscritti dal Re, contrassegnati dal proponente, dal cancelliere e muniti del gran sigillo [4]. Essi contengono le determinazioni sull'esecuzione, l'applicazione, lo sviluppo dei principii legislativi: servono per l'elezione dei funzionari, le dispense dalla legge, le concessioni di grazie, le autorizzazioni di spese non comprese nei bilanci preparati dai Ministeri [5]. Essi possono quindi avere talora contenuto legislativo: ed in tal caso vanno pubblicati [6];

c) i reali rescritti. Formalmente essi sono atti presentati alla decisione sovrana, ma sottoscritti soltanto dai ministri e segretari di Stato [7]. Hanno per contenuto tutto ciò che non appartiene nè alle leggi nè ai decreti: le istruzioni per l'esecuzione delle leggi e decreti, e per il servizio interno l'annullamento di atti amministrativi, l'interpretazione delle leggi, dei decreti e delle altre risoluzioni sovrane per quei casi dubbi « i quali, quantunque non preveduti letteralmente dalle leggi, pure rientrano nei principii e nelle teorie dalle medesime fissate » [8].

Lasciate da parte le leggi, il cui valore assoluto è indubitato, è chiaro che i decreti nel regno delle Due Sicilie talora concernono un caso particolare, rimanendo nella sfera di diritto segnata dalle leggi, e sono atti amministrativi; tal'altra invece o sono generali, o modificano il diritto vigente ed sono atti legislativi. In ogni modo possono aver sempre questa forza. Altrettanto invece non può dirsi per i rescritti: l'inciso dell'art. 4 della legge 24 marzo 1817

[1]) « Udito il nostro Consiglio di Stato, abbiamo risoluto di sanzionare e sanzioniamo la seguente legge: . . . ».
[2]) Legge 20 dicembre 1816, art. 2-7.
[3]) Legge 24 marzo 1817, art. 1.
[4]) Legge 20 dicembre 1816, art. 8-9.
[5]) Legge 24 marzo 1817, art. 2.
[6]) Legge 20 dicembre 1816, art. 11.
[7]) Reg. 24 marzo 1817, art. 3-4.
[8]) Legge 24 marzo 1817, art. 3-4.

sopra riferito è la prima prova, che essi non possono e non debbono, data la loro forma, modificare il diritto vigente, e sono sotto questo aspetto semplici atti amministrativi. Gli articoli successivi della legge citata confermano questo concetto, disponendo che per assicurare « la esatta esecuzione delle leggi e la felicità dei nostri dilettissimi sudditi », i corpi amministrativi e giudiziari sono autorizzati a fare rimostranza sopra i reali rescritti loro presentati: il Re in Consiglio di Stato provvederà su di esse o accogliendole o rigettandole, ma in questo caso dovrà emanare un decreto. Questa facoltà è estesa alle istruzioni e lettere ministeriali [1]. Da ciò chiaro risulta che i rescritti non hanno forza di legge, e l'hanno soltanto le leggi e decreti, e che la formula illimitatamente assolutista di Ulpiano non vale in tutti i casi per il Regno delle Due Sicilie [2].

39. Gli scrittori di diritto naturale, che riconobbero essere la generalità l'elemento sostanziale del diritto [3], non trascurarono di porre in luce anche l'elemento formale, asserendo che essa era e doveva essere l'emanazione della suprema autorità dello Stato. E poichè per questi scrittori, in generale, tale suprema autorità spettava al popolo o ai suoi rappresentanti, così la legge formalmente fu concepita come l'espressione della volontà popolare [4].

Di queste opinioni il rappresentante più esplicito fu Rousseau, il quale, pure esagerando la teoria della separazione dei poteri e quella della sovranità popolare, pose nettamente in luce che la legge sostanzialmente deve essere generale e formalmente deve emanare dai rappresentanti del popolo che costituiscono la suprema autorità nello Stato. Egli rilevò che quest'organo supremo può anche amministrare, cioè provvedere pei casi particolari, colle stesse forme colle quali legifera: ma che le due funzioni rimangono tuttavia sostanzialmente distinte: che gli atti amministrativi parlamentari debbono considerarsi *décrets* e non *lois,* e debbono rispettare i limiti del diritto vigente. Così in Rousseau si trova nella maniera più netta definito il concetto di legge materiale, riconosciuta la possibilità di leggi puramente formali, determinata la loro natura di atti amministrativi [5].

Le Costituzioni andate in vigore in Francia durante il periodo rivoluzionario risentono anche su questo punto una maggiore o mi-

[1]) Legge 24 marzo 1817, art. 8-9.
[2]) Cass. Napoli, 31 gennaio 1871 (*Gazz. proc.*, 271). Cass. Roma, 4 giugno 1877 (*Legge*, I, 471). Contra: App. Napoli, 31 luglio 1871 (*Legge*, I, 7); Cass. Palermo, 14 gennaio 1870 (*Giur. ital.*, I, 1, 18).
[3]) Vedi retro n. 11 e nota relativa.
[4]) Cfr. Jellinek, pag. 44 e seg. e le citazioni di Altusio, Grozio, Wolf, Brynne, Sidney, Locke.
[5]) Rousseau, *Contrat social*, L. II, cap. IV, L. III, cap. XVIII.

nore esattezza delle idee di Rousseau. Già dal 17 agosto 1789 la legge fu definita sotto il suo aspetto sostanziale come l'espressione della volontà generale uguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca. Per qualche tempo furono adottate le antiche forme e denominazioni: con legge 7 novembre 1789 fu stabilito che si chiamassero leggi tutti « i decreti dell'Assemblea nazionale sanzionati dal Re ». Questi due concetti furono accolti così nella Costizione del 1791, come in quella del 1793.

La Costituzione del 1791 definì formalmente le leggi con le seguenti parole: « Les décrets sanctionnés par le Roi, et ceux qui lui auront été présentés par trois legislatures consécutives ont force de loi et portent le nom et l'intitulé de loi ». Essa attribuì la forza di legge anche ad atti non sanzionati dal Re, come la costituzione del Corpo legislativo in Assemblea deliberante, la imposizione dei tributi e simili: definì sostanzialmente la legge secondo il solito criterio della generalità: ma nella dichiarazione dei diritti che la precede enumerò per lo meno dodici attribuzioni da esercitarsi formalmente mediante legge, che, sostanzialmente sono atti amministrativi. La Costituzione del 1793, non mai entrata in vigore, raggruppò sotto la denominazione di legge gli atti importanti determinazione di diritto obbiettivo: e sotto quella di *decreti* la massima parte delle funzioni amministrative del Parlamento [1]).

Così pure la Costituzione direttoriale dell'anno III parla di leggi e di atti legislativi: indicando col primo nome le leggi in senso materiale e formale, col secondo essenzialmente gli atti d'amministrazione esercitati dal Corpo legislativo [2]).

La Costituzione dell'anno VIII è la prima che accenni al solo concetto formale di legge, e che ometta la definizione materiale secondo il criterio della generalità. È legge ogni atto preparato dal Consiglio di Stato, discusso nel Tribunato, votato dal Corpo legislativo e promulgato dal primo Console.

Il concetto puramente formale fu quello solo accolto dalle Costituzioni monarchiche del 1815 e del 1830 [3]). Ancora oggi sotto la Costituzione repubblicana 25 febbraio e 16 luglio 1875 in Francia la legge non ha ricevuto che una definizione formale [4]).

40. Ciò non toglie, che la dottrina francese [5]) non abbia saputo distinguere tra le leggi formali quelle che hanno anche contenuto materiale di diritto, da quelle che hanno contenuto di semplice atto

---

[1]) Art. 53.
[2]) Art. 43, 164, 311, 326.
[3]) Art. 15, 24.
[4]) Legge 22 febbraio 1895, art. 1, 3. — Leggi 16 luglio, 18 luglio 1895, art. 7.
[5]) Cfr. retro n. 5.

d'amministrazione o di gestione patrimoniale. Già il Merlin [1]) dice: « È evidente, che non si possono considerare come leggi propriamente dette quegli atti (del potere legislativo) che concernono interessi puramente locali od individuali. Così l'autorizzare una persona giuridica pubblica ad alienare un immobile, permettere ad un Comune l'imposizione di certe tasse per sovvenire ai propri bisogni, non è fare una legge, ma un atto di alta amministrazione ». L'Aucoc [2]) parla degli atti di gestione compiuti dal Parlamento in confronto degli atti legislativi: l'Hauriou [3]) enumera il Parlamento fra gli organi amministrativi in riguardo a quelle leggi che chiama *lois d'affaires*. Il Fuzier-Hermann [4]) ed il Laferrière [5]) distinguono le funzioni amministrative del Parlamento francese, esercitate mediante leggi forma in:

a) atti di alta amministrazione (*de puissance publique*), e cioè: espropriazioni per pubblica utilità nell'interesse dello Stato concernenti i grandi lavori pubblici [6]), classificazione delle fortezze e imposizioni di servizi militari [7]), modificazione delle circoscrizioni dipartimentali, circondariali e mandamentali e creazione di nuovi Comuni [8]), fondazione di nuovi ordini religiosi [9]);

b) atti di tutela su gli enti locali e le persone giuridiche, e cioè: autorizzazione ai dipartimenti a eccedere il massimo dei centesimi addizionali sulle contribuzioni dirette [10]), ai Comuni a eccedere il massimo delle imposizioni sul dazio consumo [11]), ai dipartimenti, ai Comuni, e agli altri stabilimenti pubblici di contrarre prestiti oltre un milione o rispettivamente cinque cento mila lire [12]);

c) atti di gestione, cioè: deliberazioni di alienare e permutare i beni patrimoniali oltre una certa cifra [13]), o convenzioni stipulate per l'adempimento di pubblici servizi.

Queste leggi puramente formali, dinanzi al Parlamento francese, si distinguono anzitutto, perchè seguono una procedura più spiccia.

---

[1]) *Répertoire universel*, 1827, vol. XVIII, v. *Loi*, § 2.
[2]) *Conf. de droit adm.*, I, pag. 57.
[3]) *Précis de droit adm.*, pag. 187 e 319.
[4]) *La séparation des pouvoirs*, pag. 353 e segg.
[5]) *Traité de la jur. adm.*, pag. 16.
[6]) Legge 27 luglio 1870. Hauriou, pag. 586.
[7]) Legge 18 luglio 1851. Ducrocq, I, pag. 332.
[8]) Legge 5 aprile 1884, art. 5, 6.
[9]) Legge 27 maggio 1825. Non esiste più dopo la legge sul reclutamento militare 27 maggio 1872 e 15 luglio 1889, dovendo tutti i Francesi prestar servizio militare, la legge annuale per il contingente militare. Ducrocq, II, pag. 548. Hauriou, pagina 471.
[10]) Legge 10 agosto 1891, art. 40.
[11]) Legge 5 aprile 1886 art. 137.
[12]) Legge 10 agosto 1891, art. 41. Legge 5 aprile 1884, art. 143, 119.
[13]) Legge 23, 28 ottobre, 5 novembre 1790, art. 18. Legge 1.° luglio 1864.

I progetti relativi sono esaminati da una Commissione permanente, rinnovata ogni mese dopo l'estrazione a sorte degli uffizi: essi non danno luogo che ad una sola lettura, invece che a due, e lo scrutinio pubblico, che è obbligatorio per i progetti d'interesse generale, non è adottato di regola per essi, se non quando sia espressamente domandato [1]).

La dottrina trae dalla premessa, che si tratti di atti amministrativi, la conseguenza, che il Parlamento deve rispettare nell'emanarli, il diritto vigente, sia quanto alla forma, sia quanto al merito. Specialmente ove la legge generale richieda un'inchiesta preliminare, come nel caso di espropriazione [2]), o esiga il parere di corpi deliberanti o di autorità, come la modificazione delle circoscrizioni locali, queste formalità debbono essere rispettate. Tuttavia la loro omissione, come la violazione delle regole giuridiche di merito, è priva di sanzione giudiziaria. Sotto questo punto di vista la forma legislativa dell'atto assorbe la sostanza ed esclude la proponibilità di azioni dinanzi ai tribunali ordinarii o di ricorsi dinanzi ai tribunali amministrativi. L'unico rimedio consiste od in una petizione o nella presentazione di una nuova legge.

Tuttavia, ove si tratti di un contratto approvato per legge, le controversie cui esso può dar luogo seguono, secondo le regole ordinarie, la competenza stabilita: e cioè, quella dei tribunali ordinari, ove trattisi di un contratto di diritto civile, la competenza dei tribunali di prefettura ove si tratti di concessione dei lavori pubblici, quella dei ministri, salvo appello al Consiglio di Stato, ove si tratti di una fornitura [3]). Fin qui per i contratti.

Quando si tratti di leggi contenenti un atto amministrativo d'impero, sebbene i tribunali del contenzioso siano incompetenti a conoscerne su ricorso, sono però competenti a conoscerne in linea di interpretazione [4]). Così, mentre vigono in Francia le due regole che le leggi fonti di diritto possono interpretarsi dall'autorità giudiziaria e che gli atti amministrativi possono interpretarsi dai soli tribunali del contenzioso, per le leggi contenenti atti amministrativi si applica la seconda regola.

41. La Costituzione belga non definisce la legge dal punto di vista materiale: essa, come le Costituzioni francesi, qui ricordate, e come

---

[1]) Fuzier-Hermann, l. c.

[2]) L'inchiesta si fa in Francia nelle stesse forme, così quando la dichiarazione di pubblica utilità si fa per decreto, come si fa per legge. Hauriou, pag. 586.

[3]) Cons. di Stato francese 18 aprile 1876, Chemin de fer de Lyon. Aucoc, *Conf.*, III, pag. 364 e 379.

[4]) Cons. di Stato (conflitto) 24 dicembre 1845, Bazeille: 7 août 1883, commune de Meudon. Sulla questione degli effetti giuridici della legge contenenti atti di gestione e di amministrazione vedansi Hauriou, pag. 319 e Laferrière, pag. 16-22.

quelle italiane, accenna al solo elemento formale [1]). Ciò non toglie che in diritto belga si possano distinguere le leggi aventi contenuto giuridico, da quelle che sono atti amministrativi. « Si intende con la parola legge — dice il Giron [2]) — un atto di volontà generale che comanda o proibisce cose d'interesse generale o comune. I comandi, le proibizioni, le concessioni che concernono individui determinati e non la nazione presa in massa sono di loro natura atti di amministrazione e non leggi ». Il Giron cita in proposito gli atti di concessione di lavori pubblici [3]) e gli atti con cui il Parlamento annulla le deliberazioni dei Consigli comunali e provinciali [4]). Ma se ne possono enumerare nel diritto belga diversi altri, e precisamente le leggi formali: per autorizzare il Re ad assumere una corona straniera [5]), per fissare il contingente annuale dell'armata [6]), per mobilizzare la guardia civica [7]), per fissare la lista civile [8]), per concedere la grande naturalizzazione, per dichiarare la pubblica utilità di un'opera pubblica [9]), per classificare un fiume navigabile [10]), per alienare un immobile demaniale [11]).

L'unica conseguenza giuridica, che il Giron e la giurisprudenza belga traggono da questa distinzione è che, per violazione degli statuti-provvedimenti, non è dato ricorso in Cassazione [12]).

Due Costituzioni ora vigenti espressamente distinguono le leggi materiali da quelle puramente formali: la Costituzione portoghese 29 agosto 1826, e quella norvegese 4 novembre 1814.

La Costituzione portoghese nell'art. 15 distingue al n. 6 la potestà delle Cortes di far leggi, interpretarle, sospenderle ed abrogarle, dalle altre attribuzioni consistenti nell'elezione del reggente, nella nomina del tutore del Re, nello stabilire il bilancio, permettere a truppe straniere l'ingresso nel Regno, accordare l'autorizzazione a contrarre prestiti, decretare l'alienazione dei demani dello Stato e simili.

La Costituzione norvegese fa una uguale distinzione, parlando della potestà legislativa, in senso proprio, alla lettera *a*), e di altre attri-

---

[1]) Art. 26: « Il potere legislativo si esercita collettivamente dal Re e dalle Camere ».

[2]) *Droit adm. de la Belgique*, I, pag. 42.

[3]) Legge belga, 10 marzo 1862, art. 2.

[4]) Cost. belga, art. 108. Legge provinciale, art. 89, 125. Legge comunale, art. 87.

[5]) Cost., art. 62.

[6]) Ivi, art. 119.

[7]) Art. 123.

[8]) Art. 77.

[9]) Legge belga 27 marzo 1870, art. 1.

[10]) Giron, I, 431.

[11]) Ivi, I, 350.

[12]) Giron, pag. 42. Cass. belga, 23 febbraio 1875 (*Pasicrisie Belge*, I, 232) e 28 giugno 1883 (ivi, I, 288).

buzioni analoghe a quelle sopra accennate nelle lettere successive [1]).

42. In Inghilterra la distinzione scientifica fra legge in senso formale e materiale riceve applicazione pratica e giuridica, nelle sue linee generali, nella distinzione fra *bills* pubblici e privati.

Sono *bills* privati « tutti quelli che riguardano l'interesse particolare o il vantaggio di una o più persone ». È indifferente se si tratti di una persona fisica o di una persona giuridica pubblica (parrocchia, città, contea), o privata (corporazione, società, ecc.) [2]). Essi si suddistinguono in *local acts*, concernenti interessi di persone giuridiche, e *private personal acts*, concernenti interessi economici e famigliari di persone fisiche [3]). Tutti gli altri *bills* sono *public general bills*, e comprendono tutte le leggi di interesse generale, nonchè quelle leggi di interesse locale o personale, che per eccezione siano, per la loro importanza, dichiarate pubbliche e discusse come tali [4]).

Questi atti privati e pubblici hanno comune il carattere di essere emanati col triplice consenso del Parlamento, e pertanto di essere l'espressione della più alta autorità sullo Stato [5]). Ma anche dal punto di vista formale vi sono in proposito alcune lievi differenze tra *bills* privati e pubblici. La procedura di un *bill* pubblico si divide, per dirla sommariamente, nei seguenti stadi: iniziativa in una delle due Camere per parte di un membro di essa, sia ministro o no; approvazione in prima lettura, ossia presa in considerazione; approvazione in seconda lettura, ossia discussione generale del principio della legge; rinvio ad un Comitato speciale od al Comitato generale della Camera, ossia discussione degli articoli; presa in considerazione del *bill* come è formulato dalla Commissione e votazione definitiva in terza lettura. La procedura si rinnova presso l'altra Camera: e l'assenso regio si presta colla formola: *La Reyne le veult*, e se si tratti di *bills* finanziari: *La Reyne remercie ses bons sujets, accepte leur bénévolence et ainsi le veult* [6]).

---

[1]) Jellinek, pag. 83-84.

[2]) May, *Leggi, privilegi*, ecc., pag. 582. Clifford, *History of Private Legislation*, Londra 1885-87, I, 267.

[3]) Clifford, I, 268.

[4]) May, l. c. Clifford, pag. 569-70. Tali sono i *bills* concernenti la Metropoli, ora Contea, di Londra: alcuni *bills* votati nell'interesse delle città di Londra (City), di Dublino, Glascow, ed in generale gli *hybrid bills*, pubblici perchè regolano insieme interessi generali e privati in quanto toccano e limitano proprietà e diritti di singoli cittadini.

[5]) Coke, *Institutes of the law of England*, parte IV, pag. 25: « Ciò che è approvato con questo triplice consenso ha la forza di un atto del Parlamento ». Blakstone, *Commentaries of the law of England*, I, pag. 185. « Un atto del Parlamento così fatto è l'esercizio della più alta autorità, che questo Regno riconosca sulla terra ».

[6]) Franqueville, *Le Gouvernement et le Parlement brittanique*, III, pag. 378.

Per i *bills* privati valgono invece le seguenti regole. L'iniziativa spetta agli interessati, i quali propongono il *bill* mediante petizione. Prima che esso giunga ad una delle due Camere [1]) gli interessati debbono fare diversi depositi del progetto ed annessi, sia presso gli uffici delle Camere, sia presso i Dipartimenti ministeriali, e darne avviso mediante comunicazione nei giornali o intimazioni dirette agli altri interessati che potrebbero opporsi. Il *bill* è quindi esaminato da commissari speciali, che constatano l'osservanza delle forme preliminari: e dopo presentato per una seconda revisione ai vice-presidenti delle Camere (*Chairman of committees*).

Esauriti questi esami il *bill* privato è introdotto dinanzi ad una delle due assemblee, dove subisce, come ogni *bill* pubblico, gli stadi delle tre letture. Tuttavia vi è questa differenza essenziale: che esse costituiscono in ultima analisi una pura formalità; giacchè la vera discussione ed approvazione del *bill* si compie tra la seconda e la terza lettura nello stadio della discussione in Comitato. Se il *bill* non incontra opposizioni, esso è in questo stadio intermedio discusso ed approvato dal *Chairman of committees* assistito da due membri. Se vi sono opposizioni il *bill* è prima esaminato dalla Commissione permanente del regolamento della Camera per le questioni di forma: e quindi per le questioni di merito da una Commissione speciale scelta caso per caso con criteri severi di indipendenza e competenza tecnica da un'altra Commissione permanente per queste elezioni costituita. Dinanzi alla Commissione speciale la convenienza del *bill* è discussa in contradditorio fra i proponenti e contradditori. Approvato dalla Commissione il *bill* è presentato alla Camera per la terza lettura. Dopo aver seguìto una procedura identica nell'altra Camera, riceve l'assenso regio colla formula: *Soit fait comme il est desiré* [2]).

La distinzione fra *bills* privati e pubblici e il concetto embrionale della loro sostanziale differenza di contenuto data dal secolo XIV [3]). La coscienza che i privati *bills* non siano atti legislativi in senso materiale si rivela in tutti i commentatori del diritto inglese. Essi

---

[1]) I *bills* privati contenenti misure finanziarie (come le concessioni di lavori pubblici) debbono, secondo la regola generale, originare dalla Camera dei Comuni. Franqueville, I, 138.

[2]) Gneist, *Das englische Ver.-Recht*, I, pag. 183 e segg. Franqueville, III, pag. 132 e seg. Clifford, II, pag. 752-900.

[3]) Il *Modus tenendi parliamentum*, del XIV secolo, nel capitolo *De negotiis parliamenti*, dice: « *In Kalendario parliamenti rememorari debent omnia negotia parliamenti sub isto ordine: primo, de guerra et si guerra sit et de aliis negotiis personas regis, reginae et suorum liberorum tangentibus* (sc. *de auxiliis*): *secundo, de negotiis communibus regni, ut de legibus statuendis contra defectus legum originalium, judicialium et executoriarum, post iudicia reddita, quae sunt maxime communia negotia: tertio, debent rememorari negotia singularia et hoc secundum ordinem filatarum petitionum* ». Stubbs, *Select. ed charters*, pag. 507.

chiamano questi *judicial acts:* espressione che lo Gneist rettamente traduce non già atti giudiziali, ma atti amministrativi [1]): imperocchè in diritto inglese la funzione giudiziaria e quella amministrativa sono nella pratica e nella scienza difficilmente distinte.

Veramente non tutti gli atti amministrativi del Parlamento appaiono sotto la forma di atti privati, e non tutti i *bills* privati contengono un provvedimento amministrativo. Le concessioni di appannaggi, le modificazioni della lista civile, la legge annuale sulla leva sono votate come *bills* pubblici. I *bills* privati nella loro origine erano atti legislativi, in quanto si emanavano per modificare e sospendere le leggi in un singolo caso, per autorizzare una restrizione della libertà di alcuni cittadini. I primi *bills* privati, che datano dal XIII al XIV secolo furono deliberati, o per pronunciare condanne non previste dalle leggi del Regno, come l'esilio o la decadenza dai privilegi nobiliari (*bills of attainder*), o per dar soddisfazione a giusti reclami ed a giuste esigenze *contra tenorem legis,* dispensando i proprietari di terre dai vincoli feudali (*estate bills*), sciogliendo matrimoni (*divorce bills*), accordando la naturalizzazione (*naturalisation bills*). I primi *bills* privati sono quindi *contra legem* e di carattere strettamente personale [2]). Quando colla rivoluzione del 1688 e col conseguente insediamento della Casa di Hannover la legge fondamentale della monarchia fu il *bill* dei diritti, il quale contiene la ben nota serie di severissimi precetti, severamente interpretati e vietanti di sospendere o modificare le leggi, di imporre qualunque gravezza, di comunicare qualunque pena senza il consenso del Parlamento, fu necessaria una legge in qualunque caso singolo, in cui a istanza di un privato, di un Comune, di una contea si dovesse in qualunque modo sospendere o mutare una legge, restringere i diritti dei cittadini garantiti dalla *common law,* e specialmente quelli di proprietà e di libertà, o comunque si rendesse necessario contravvenire alle norme generali. Perciò rientrò nella competenza parlamentare qualunque atto, che in caso singolo facesse una concessione ai lavori pubblici (strade, *docks,* mercati, ponti, canali, bonifiche, ferrovie, imprese di illuminazione, di distribuzione d'acque), importasse espropriazione di beni, esigesse una imposta, contributo o tassa (carte comunali, concessioni come sopra, tasse di contea) o comminasse una pena (regolamenti locali).

Così, anche negli ultimi due secoli, la legislazione privata, che prese enorme sviluppo, fu originariamente *contra legem.* Ma a poco a poco nella concessione di queste dispense dalla legge generalissima, si formarono per consuetudine regole di eccezione, ma anch'esse generali. Queste regole dapprima non furono scritte; in appresso furono raccolte nei regolamenti delle Camere e più tardi in vere e proprie leggi generali votate come *public acts.* Allora ogni atto singolo, movendosi entro la sfera del diritto costituito e vigente, o formulato embrionalmente nella consuetudine o codificato, assunse un vero e proprio carattere di atto amministrativo. Non di rado, quando queste regole di diritto eccezionali sì, ma pur tuttavia generali, furono codificate, la loro applicazione in casi singoli fu attribuita alle Corti od alla autorità amministrativa. Così accadde per i *bills* strettamente personali, cui fu provveduto, quanto alla proprietà fondiaria con il *Settled Land Act. 1882,* quanto ai divorzi col *Divorce (England) Act. 1857,* quanto alla naturalizzazione col *Naturalisation Act. 1870,* delegando i relativi poteri nei casi singoli alle Corti del Regno o al segretario di Stato per l'interno [1]).

In molti casi invece, nonostante la codificazione delle regole generali, la risoluzione dei casi singoli fu lasciata al Parlamento: il quale pertanto amministra, applicando non solo la consuetudine, da esso medesimo formata, ed i regolamenti interni in ordine specialmente alla procedura, ma anche le leggi generali sulle ferrovie, e società ferroviarie, sui gasometri e sulle imprese per la distribuzione dell'acqua, sull'espropriazione, sulla igiene locale, sulla polizia municipale [2]), ecc.

E questa subordinazione di ogni singolo atto alla legge generale, quanto alla forma e quanto al merito pone in evidenza il carattere amministrativo della massima parte dei *bills* privati.

Ciò nonostante la differenza giuridica delle due specie di *bills* non è molto grande. Essa fondamentalmente consiste in ciò, che i tribunali debbono conoscere ed applicare i pubblici *bills,* che vengono sempre pubblicati e si presumono noti: mentre la parte che si prevale di un *bill* privato deve provarne l'esistenza e la regolarità producendolo: « Si fa quistione — dice il May [3]) — se una legge pubblica possa essere abrogata o emendata da un *bill* privato. Certamente provvedimenti di questo genere debbono essere trattati con estremo riguardo, perchè altrimenti le leggi pubbliche potrebbero con tutta facilità esser messe in disparte per interessi locali o privati. Però non vi è una regola precisa che vieti ai promotori di un *bill* privato di mutare una legge pubblica: e vi sono precedenti

---

[1]) Gneist, pag. 183. Blakstone, I, pag. 44. May, pag. 550.

[2]) Clifford, I, pag. 270, 342 e segg.

[1]) I *personal acts* che ancora può emanare il Parlamento sono: *a*) atti per restituire la dignità nobiliare a chi l'abbia perduta per legge (*to reverse an attainder*); l'ultimo di questi *bills* è del 1884; *b*) atti di divorzio per gli Irlandesi; *c*) atti di naturalizzazione per concedere l'eleggibilità nel Parlamento. Clifford, pag. 366, 451.

[2]) May, pag. 590. Clifford, I, 103, 221, 222; II, 521-527, 534, 803.

[3]) Op. cit., pag. 589.

che sanzionano tale principio ». La qual cosa facilmente si intende data l'origine dei *bills* privati.

43. La storia giuridica tedesca non ha, per la distinzione fra legge formale e materiale, una grande importanza. Nel periodo più remoto dei regni delle genti teutoniche, in cui la potestà di creare il diritto apparteneva essenzialmente alle assemblee popolari, sembra, che il concetto formale e quello materiale fossero confusi: *lex consensu populi et constitutione regia fit,* dice l'*Edictum pistense*, a. 864, § 6. E *lex* equivale a diritto. L'epoca delle monarchie assolute e quella delle monarchie costituzionali presentano, quanto al concetto di legge, fenomeni uguali a quelli già indicati nei precedenti paragrafi per gli altri paesi.

La dottrina germanica più recente ha invece il merito di aver posto nettamente in luce i due elementi di cui ci occupiamo. La distinzione fra forma e contenuto già adombrata dal Rotteck [1]) e dal Weiss [2]), fu definita dal Pfizer [3]), accolta dal Mohl [4]), formulata con la odierna terminologia dallo Stochmar [5]), anche prima di essere ampiamente discussa dai successivi autori tedeschi già citati ai nn. 11-19.

§ 4. — *Le funzioni amministrative del Parlamento italiano.*

Sommario. — 44. Leggi puramente formali ossia improprie. — 45. Leggi senza contenuto obbligatorio. — 46. Leggi finanziarie. Norme di pura istruzione. Criteri. — 47. Atti amministrativi. — 48. Lista civile. Circoscrizione. Leva. Naturalizzazione. — 49. Classificazione di opere pubbliche. Concessione. Espropriazione. — 50. Inchieste. Atti amministrativi importanti spesa. — 51. Contratti. — 52. Natura amministrativa di questi atti. Procedura. Riforme. — 52 *bis*. Bilancio. — 53. Funzioni giudiziarie.

44. Poichè è legge materiale ogni comando generale accompagnato da sanzione, od ogni modificazione di un tal comando, ogni atto del Parlamento che non abbia questo contenuto è legge puramente formale.

Ciò può accadere in due ipotesi principali:

a) che l'atto del Parlamento non contenga un comando;

b) che contenga un comando individuale non contrario al diritto vigente.

---

[1]) *Lehrbuch des Vernunftrecht und der Staatswissenschaften,* II, pag. 202.

[2]) *System des deutschen Staatsrechts,* pag. 673.

[3]) *Das Recht der Steuerverwilligung,* 1836, pag. 20 e segg.

[4]) *Staatsrecht des Königreiches Würtemberg,* 1840, I, pag. 67 e seg.

[5]) *Studien über das preussischen Staatsrecht* in *Zeitschrift für deutsches Staatsrecht,* 1867, pag 201, 208 e seg.

Questa seconda ipotesi comporta una suddistinzione, secondochè il comando individuale provveda entro i limiti del diritto vigente all'interesse dello Stato, costituisca cioè un atto amministrativo, o applichi per necessaria deduzione logica il diritto vigente alla risoluzione di una controversia e costituisca quindi una sentenza.

Consideriamo ora questi diversi casi nel diritto nazionale italiano.

45. Il primo caso, cioè quello di un atto del Parlamento, che non abbia contenuto obbligatorio (secondo gli scrittori tedeschi, *Gesetz mit unverbindlichen Inhalt*), è il caso tipico ed indubitabile di legge puramente formale.

Esso è però il caso più raro fra noi e meno importante.

Può accadere infatti, che una legge formale contenga soltanto dei consigli, delle massime morali, delle constatazioni di fatto, delle esposizioni di teorie scientifiche, dei programmi politici e simili [1]). Di ciò ci danno esempi alquanto frequenti le legislazioni antiche e quelle straniere: i codici promulgati dai principi riformatori alla fine del secolo passato, le Costituzioni francesi rivoluzionarie nelle loro dichiarazioni di diritti contengono frequentemente puri precetti, pure dichiarazioni di principii, o semplici constatazioni di fatto: il codice austriaco tuttora vigente non manca di esposizioni di massime scientifiche: e le legislazioni di Stati teocratici riuniscono spesso, ai precetti giuridici, quelli religiosi od etici (codice ottomano) [2]). Ma tutto ciò accade ben di rado nel diritto italiano. Non conosciamo infatti altra massima morale emanata in forma legislativa, che quella contenuta nel principio dell'art. 220 del codice: « Il figlio, qualunque sia la sua età, deve onorare e rispettare i genitori ».

Forse ad una massima di alta morale politica potrebbe assomigliarsi l'art. 41 pr. dello Statuto: « I deputati rappresentano la nazione in generale e non le sole provincie in cui sono eletti ».

Abbiamo già veduto in un precedente capitolo, che vi sono alcune norme di diritto costituzionale che possono forse considerarsi come leggi formali, giacchè apparendo prive di sanzione (*lex imperfectae*), equivalgono a semplici desideri; ma abbiamo anche cercato di dimostrare, come queste norme siano pochissimo numerose, giacchè per molte di esse la sanzione si trova dopo un'accurata analisi.

La legge sulla pubblica istruzione 23 novembre 1859 offre alcuni esempi di semplici dichiarazioni di principii ed esposizioni di motivi. Così all'art. 47 dice: « L'istruzione superiore ha per fine di indirizzare la gioventù già fornita delle necessarie cognizioni generali nelle carriere sì pubbliche che private, in cui si richiede la prepa-

---

[1]) Jellinek, pag. 232. Seligman, pag. 38 e segg. Eisele, *Unverbindlicher Gesetzinhalt* in *Archiv für civ. Praxis,* 1886, pag. 275 e seg.

[2]) Vedi per le citazioni Jellinek e Seligman, l. c.

razione di accurati studi speciali, ed accrescere nelle diverse parti dello Stato la cultura scientifica e letteraria ». Parimenti questa legge agli art. 188 e 272 definisce l'istruzione classica e tecnica.

Esempi di programmi politici emessi in via legislativa non sono invece infrequenti. Spesso un articolo di una legge promette una legge da emanarsi sopra qualche argomento. Così, p. es., l'art. 91 dell'Editto sulla stampa dice: « Ci riserbiamo di far approvare nella prossima sessione delle Camere una legge concernente l'introduzione dall'estero di libri e stampe, la quale, soddisfacendo alle esigenze dei tempi, risponda al particolare importantissimo bisogno di favorire l'unione italiana ». Tutte le leggi sul lotto dichiarano nel primo articolo, che questo monopolio è temporaneamente conservato fino ad emanazione di una legge, che lo abolisca: la legge sulle guarentigie, art. 18, promette una legge sulla proprietà ecclesiastica, la legge sull'istituzione della Cassazione di Roma, art. 1, una legge sull'ordinamento di questo supremo magistrato: la legge comunale e provinciale, una legge sulle spese di culto ed una sul mantenimento degli esposti: la legge sulla sanità pubblica, art. 68, una legge sull'abolizione dei privilegi farmaceutici: la legge sulla Corte dei Conti. una legge generale sulle pensioni, art. 53.

Bisogna però avvertire che la dichiarazione di volere emanare una legge, se non ha, come in questi casi, valore giuridico, può invece averlo, ove essa implichi la dichiarazione, che una data materia che potrebbe formare oggetto di regolamento non potrà essere regolata che per legge [1]).

Vi ha chi considera le definizioni, le partizioni sistematiche, le rubriche come non aventi carattere di comando e quindi valore di legge materiale. Abbiamo già osservato altrove, e lo ripetiamo in particolare per il diritto italiano, che tutte queste disposizioni vanno considerate non di per sè sole, ma in relazione alle altre norme giuridiche: ed acquistano allora carattere di comando con sanzione, in quanto chiariscono, completano, riassumono i comandi nelle altre norme contenuti.

Alcuni scrittori parlano di leggi puramente formali, in quanto abbiano contenuto di semplice istruzioni dirette ai funzionari [2]). Essi citano, come esempio, nel diritto vigente in Germania le disposizioni del codice di procedura civile o penale, che siano accompagnate dalla verbo *soll,* il quale importa un consiglio: invece del verbo *muss,* il quale impone un obbligo: la giurisprudenza tedesca nega l'ammissibilità del ricorso in Cassazione per la violazione di tali articoli [1]). Si ricordano anche gli articoli concernenti le formalità secondarie amministrative della legge sul catasto e sulle ipoteche e simili.

[1]) Si vedano gli art. 24, 31, 70, 74 dello Statuto.

[2]) Laband, I, 541, 651. Seligman, pag. 40 e seg. Jellinek, pag. 240 e seg., pag. 385.

Di fronte al diritto italiano vigente non si può negare in astratto, che una legge possa contenere una massima, la quale costituisca semplice norma direttiva, semplice consiglio ad un funzionario senza creare diritti od obblighi nè per i cittadini, nè per lo Stato, nè per i funzionari stessi, e senza comminare in caso di violazione alcuna sanzione. Ma perchè ciò accadesse bisognerebbe che la legge espressamente lo dichiarasse o che ciò risultasse chiaramente dal suo contesto: nè ricordiamo esempi di un tale fatto. Ove una regola sia contenuta in un atto del Parlamento, per questo solo fatto, vi è luogo a presumere l'intenzione del legislatore, che qualunque cittadino vi abbia interesse possa promuoverne l'osservanza mediante azione ordinaria, o quanto meno mediante l'azione amministrativa di cui all'art. 24 della legge 2 giugno 1889. In questo caso la forma ha una vera influenza sulla sostanza, in quanto è una prova dell'intenzione del legislatore [2]). In secondo luogo, ove pure per dannata ipotesi, le disposizioni non interessassero i cittadini e fossero regole puramente interne dell'amministrazione, darebbero norma al rapporto fra Stato e funzionari ed avrebbero sempre, per ciò solo, carattere giuridico. Gli esempi più frequentemente addotti dagli scrittori tedeschi, se pur fossero esatti per la Germania non troverebbero riscontro fra noi. Anche nel nostro codice di procedura civile non tutte le prescrizioni hanno ugual valore; alcune importano nullità ed altre no: e le prime soltanto dànno adito al ricorso in Cassazione [3]): ma anche le altre hanno valore giuridico, in quanto contengono un comando e ricevono una sanzione, o nel rinnovamento degli atti, o nell'integrazione loro, o in una multa in chi li ometta, od in un'azione di danni. Così pure dicasi, per es., delle disposizioni del codice civile in tema di registri, di tutele, di atti dello stato civile, di registri, di trascrizione ed ipotecarii e di altre simili norme, le quali potrebbero a prima vista aver contenuto di semplici istruzioni dirette ai funzionari.

Si potrebbero considerare tuttavia come legge puramente formale le regole di interpretazione contenute negli art. 3 delle Disp. prel. e 1131 e seg. del codice civile: le Cassazioni sono prevalentemente d'avviso che esse siano semplici criteri direttivi e che esse non costituiscano mezzo di annullamento [4]).

[1]) Seligman, pag. 40. Wilmowski e Levy, *Commentar zur Civilprozessordnung,* IV ed., § 511, n. 4. Tribunale dell'Impero, 10 febbraio 1882.

[2]) Laband, pag. 651. Seligman, pag. 108 e seg.

[3]) Mattirolo, *Diritto giudiziario,* 1887, IV, n. 797.

[4]) Mattirolo, IV, n. 800. Cass. Firenze, 12 marzo 1892 (*Mon. dei trib.,* 673); Cass. Torino, 6 settembre 1892 (*Giur. Tor.,* 674); idem, 30 dicembre 1892 (ivi 1893, 200).

46. L'Orlando [1]) considera come leggi puramente formali tutte le leggi finanziarie, concernano esse l'entrata o la spesa. Su quelle che concernono la spesa riserbiamo ogni giudizio allorchè ci occuperemo del bilancio.

Quanto alle leggi d'entrata, quest'opinione, sebbene accolta da così autorevole scrittore, solleva in noi molti dubbi. Il prof. Orlando considera come puramente formali queste leggi: *a*) perchè manca il rapporto giuridico da esse regolato; *b*) perchè esse non hanno carattere di necessità come le altre leggi; *c*) perchè le entrate servono direttamente all'amministrazione, in quanto forniscono i mezzi per esercitarla; *d*) perchè manca nel cittadino un diritto corrispondente al dovere di pagare. Egli ritiene che la sua tesi sia confortata dalle diversità di forma, che distinguono queste leggi dalle altre: cioè il diverso modo di discussione e la prerogativa della Camera dei deputati.

Ora a noi sembra invece che esse regolino il rapporto giuridico-economico, fra cittadini e Stato, ed importino una limitazione del diritto di proprietà, una espropriazione: che esse siano necessariamente determinate, sia nella scelta dei redditi tassabili, sia nella misura della tassazione dalle condizioni economiche e sociali del paese, dalla distribuzione delle varie classi, dalla loro prevalenza economica, dalla ripartizione della ricchezza e simili [2]). Nè vale obiettare, che le entrate servono direttamente all'amministrazione fornendole i mezzi economici: anche le leggi su reclutamento servono all'amministrazione fornendole i mezzi di coercizione fisica, e le leggi penali autorizzando l'uso della forza, eppure sono considerate giuridiche. D'altro canto la diversità di forma e specialmente la prerogativa della Camera dei deputati non riguarda il contenuto giuridico o meno della legge: ma ha una ragione storica, ed è stabilita in riguardo al diretto interesse che i rappresentanti del paese hanno nella determinazione delle imposte, pagate dai loro rappresentanti, ed è rafforzata dal desiderio di dare alla volontà popolare una parte preponderante nel formare la volontà dello Stato.

47. Ciò premesso in ordine alle leggi formali senza contenuto obbligatorio, consideriamo quelle, che avendo contenuto obbligatorio concernono un solo caso particolare, per il raggiungimento diretto dei fini dello Stato e per la tutela dei suoi interessi: cioè consideriamo gli atti amministrativi attribuiti al Parlamento.

Naturalmente per parlare di atti amministrativi è necessario che si tratti di atti i quali non eccedano i limiti del diritto vigente: è necessario quindi, che siavi una norma generale giuridica, la quale attribuisca questi atti al Parlamento e segni, più o meno larga-

[1]) *Studi giuridici sul governo parlamentare.* « Arch. giuridico », XXVI, pag. 554.
[2]) Loria, *Théorie économique de la constitution sociale.* Torino 1895.

mente, i limiti dell'attività di quest'organo e gli effetti dell'atto [1]). Questa norma giuridica può essere consuetudinaria o scritta. Restano esclusi gli atti, che importano deroga ad una legge generale per un caso particolare, senza che questa deroga abbia fondamento in altra regola giuridica generale. Così non annovereremo fra gli atti amministrativi le leggi, che prorogano o dispensano dal pagamento delle tasse territori colpiti da gravi disastri [2]); che prolungano il termine per l'ufficio di commissario regio [3]), che dispensano i promotori di una lotteria dal pagamento della tassa del 10 % stabilita dalla legge 2 aprile 1886 [4]), e simili.

48. Sono atti amministrativi, invece:

1.° Le leggi che fissano la lista civile, la dotazione della corona, l'appannaggio dei principi, la dote delle principesse e il dovario delle regine. Il diritto a tale assegnamento sorge per il Re dall'art. 19, e per i principi dall'art. 21 dello Statuto [5]): il Parlamento non fa che applicare nel caso concreto queste norme generali chiarendole ed interpretandole, ove sia del caso;

2.° Le leggi sulla leva annuale militare e marittima. L'obbligo della leva ed i suoi effetti sono determinati con legge permanente 6 luglio 1888: al Parlamento spetta la fissazione del contingente annuale di prima categoria in virtù dell'art. 75 dello Statuto e 8 di detta legge [6]);

3.° Le leggi che importano variazioni di circoscrizioni amministrative [7]):

[1]) Può anche accadere, che nessuna norma attribuisca al Parlamento la competenza ad emanare un particolare atto amministrativo, e che esso spetti al Governo; e che il Governo o *solemnitatis causa* o per sgravio di responsabilità richieda il concorso del Parlamento. La natura amministrativa dell'atto è in tal caso anche più evidente.

[2]) P. es., la legge 31 luglio 1878 accordava dilazione al pagamento del dazio consumo del Comune di Firenze, id. 2 luglio 1882 per Casamicciola, ecc.

[3]) P. es., le leggi 18 luglio 1878, 17 febbraio e 16 maggio 1879 per Firenze.

[4]) Leggi 19 aprile 1891, 28 giugno 1892, n. 311 e 28 giugno 1892, n. 312.

[5]) Statuto del Regno art. 19 « In avvenire la dotazione predetta sarà fissata per la durata di ogni regno dalla prima legislatura dopo l'avvenimento al trono ». Art. 21 « Sarà provveduto con legge all'assegnamento pel principe ereditario.... all'appannaggio dei principi della famiglia e del sangue reale.... alla dote delle principesse e al dovario delle regine ». Furono emanati 19 provvedimenti di tal genere: il più importante è la legge 27 gennaio 1880 per la dotazione di Re Umberto, che definisce la natura dell'usufrutto regio sulla dotazione.

[6]) Statuto, art. 75: « La leva è regolata dalla legge ». Legge 6 luglio 1888, art. 8: « Il contingente di prima categoria che ciascuna leva deve somministrare al R. Esercito ed alla R. Marina è determinato con legge ». Vedasi per es. la legge 12 luglio 1896, art. 1: « Il contingente di prima categoria deve essere somministrato dalla leva militare da eseguirsi sui nati; nel 1896 è fissato in 98,000 uomini ». Seguono talora disposizioni aventi carattere di legge materiale, perchè modificano la legge generale. Si vedano gli art. 2-5 della legge 12 luglio 1896.

[7]) Non parliamo qui delle leggi sulla circoscrizione giudiziaria. Siccome lo Statuto conferisce a ciascun cittadino il diritto di esser giudicato dai suoi giudici na-

a) comunale, circondariale e provinciale in ordine all'art. 74 dello Statuto: « Le istituzioni comunali e provinciali e la circoscrizione delle Provincie e dei Comuni sono regolate dalla legge ». Secondo gli art. 13-17 della legge comunale e provinciale 20 marzo 1865, all. *A*, fu concessa al Governo la potestà temporanea di riordinare la circoscrizione amministrativa con decreto regio in ordine alla unione dei Comuni ed alla erezione in Comune delle frazioni, ed alla aggregazione di frazioni. Queste facoltà prorogate più volte sono divenute permanenti con la legge 10 febbraio 1889, art. 14-18. Quindi è necessaria una legge speciale solo quando debbasi mutare la circoscrizione delle Provincie, quella dei Circondari, o creare Comuni fuori dei casi contemplati dalla legge generale [1]);

b) militare, essendo essa stata fissata con la legge 6 giugno 1888.

4.° Le leggi di naturalizzazione.

Il codice civile, art. 10, dispone: « La cittadinanza si acquista dallo straniero colla naturalità concessa per legge o per decreto reale ». La legge elettorale politica 28 marzo 1895, art. 1, così definisce gli effetti della cittadinanza ottenuta per legge: « I non Italiani possono entrare fra gli elettori ottenendo la naturalità per legge ». Il carattere amministrativo della legge di naturalizzazione risulta chiaro dal solo confronto con il decreto. La differenza fra i due atti consiste, oltre che per il particolare effetto di accordare l'elettorato politico, nel fatto che la cittadinanza concessa per legge si acquista *ipso iure*, e quella per decreto reale è operativa solo in seguito alle formalità di cui all'art. 10 del cod. civ. [2]).

5.° Le leggi che ordinano la tumulazione in una chiesa di un uomo benemerito della patria. L'art. 58 della legge 22 dicembre 1888 dispone: « È vietato seppellire un cadavere in un luogo qualunque diverso dal cimitero, sotto pena.... È fatta eccezione per gli illustri personaggi ai quali siano decretate nazionali onoranze dal Parlamento.... » [3]);

turali (art. 71) e i codici di procedura civile e penale riconoscono questo diritto colle disposizioni sulla competenza territoriale e lo muniscono di opportune sanzioni, ogni atto che modifichi la circoscrizione giudiziaria influisce sui diritti subbiettivi dei cittadini modificandoli, ed ha quindi contenuto di legge materiale.

[1]) Vedansi per es. le leggi-provvedimento 4 luglio 1886 per riordinare la circoscrizione delle provincie di Bologna e Ravenna; 19 luglio 1894 per l'erezione del Comune di Campo dell'Elba colla riunione di frazioni di Comuni diversi. Consiglio di Stato (Sezione IV), 16 agosto 1895 (*Giur. it.*, III, 343), 15 giugno 1894 (*ivi*, III, 274).

[2]) Furono emanate, dal 1861, dieci leggi di naturalizzazione. Vedasi per es. l'ultima, 18 luglio 1889: « È concessa la cittadinanza italiana ai signori conti Alberto ed Ernesto fratelli Amman, nati a Erba, residenti a Milano ».

[3]) Prima della legge 22 dicembre 1888 il divieto di tumulare nelle chiese era stabilito dall'art. 52 del Regolamento sanitario 6 settembre 1872: ma esisteva un decreto-legge del 1861 autorizzante la tumulazione in S. Croce dei benemeriti della patria.

49. 6.° Leggi che classificano opere pubbliche, e precisamente:

a) leggi che classificano strade nazionali. I caratteri delle strade nazionali sono definiti dall'art. 10 della legge sui lavori pubblici, e concernono l'allacciamento delle città più importanti, il valico delle catene alpine, la difesa militare e simili. Gli effetti della dichiarazione sono indicati negli art. 30 e segg. Al Parlamento spetta riconoscere quei caratteri, dichiarare la nazionalità della strada, e classificarla in base all'art. 12.

b) leggi che classificano acque navigabili ed opere idrauliche di prima e seconda categoria. Sono acque navigabili quelle definite dall'art. 142 della legge sulle opere pubbliche: sono opere di prima e seconda categoria a norma degli art. 93 e 94 i maggiori fiumi e canali, i fiumi arginati, le nuove inalveazioni e simili. Gli effetti della dichiarazione di navigabilità e della classificazione anzidetta sono regolati dagli art. 143 e segg., 93 e 95 della legge sulle opere pubbliche, nonchè dalle leggi speciali 3 luglio 1875 e 29 gennaio 1888. L'art. 142 e 174 della legge 20 marzo 1865, all. *F*, attribuisce al Parlamento la classificazione di questi beni ed opere demaniali ai sensi ed agli effetti di cui sopra [1]).

c) leggi che classificano le opere di bonifica di prima categoria. Sono di prima categoria tali opere ove abbiano grande importanza igienica e agricola ai termini dell'art. 4 della legge 25 giugno 1882. Gli effetti della dichiarazione di prima categoria sono regolati dagli art. 8-11 di detta legge, e dalle leggi 4 luglio 1886 e 6 agosto 1893. La prima classificazione di tali opere fu fatta con decreto reale: ma per l'avvenire « nessuna opera di bonificazione potrà essere dichiarata di prima categoria se non per legge » [2]);

d) leggi che classificano monumenti nazionali. I caratteri dei monumenti nazionali, gli effetti di una tale classificazione sono alquanto indeterminati nel nostro diritto e sono piuttosto regolati dalla consuetudine che dalla legge scritta. La dichiarazione, che un

Furono emanate sette leggi in proposito. L'ultima, del 4 febbraio 1892, dispone: Art. un.: « È autorizzata la tumulazione della salma di Ubaldino Peruzzi nel tempio di S. Croce in Firenze ».

[1]) Il primo elenco fu fatto per decreto reale: « Stabilito l'elenco delle strade nazionali — dice l'art. 12 cit. — non potrà esservi introdotta, fuorchè per legge, alcuna modificazione, la quale non derivi dall'applicazione dell'articolo precedente ». L'art. 11 precedente contempla il caso di sclassificazione per costruzione di una ferrovia parallela. La facoltà di riformare l'elenco fu più volte di nuovo delegata al Governo; da ultimo con legge 18 agosto 1870. Tuttavia non mancano leggi di classificazione, come per es. quella 10 febbraio 1881, art. un.: « Alle strade nazionali classificate con R. D. 17 novembre 1865, e con legge 22 aprile 1868, 27 giugno 1869, è aggiunta la strada da Pieve di Porto per Monte Mauria al confine austro-ungarico a Monte Mesurino ».

[2]) Legge sulle opere pubbliche 20 marzo 1865, art. 142: « .... Quando convenga estendere il detto esercizio (della navigazione) ad altri fiumi o tronchi di fiume, la

monumento è nazionale, suole farsi per regio decreto: e ciò legittimamente [1]). Tuttavia fu invece invocata una legge *solemnitatis causa* per la tomba di Garibaldi e per il sepolcreto Cairoli: e per dispensare dagli effetti di un piano regolatore approvato con legge per la chiesa di S. Giorgio in Genova [2]).

7.° Le leggi di concessione di opere pubbliche, e precisamente:

a) le leggi di concessione di ferrovie: Gli effetti e le norme giuridiche delle concessioni ferroviarie sono stabiliti dagli art. 210-300 della legge 20 marzo 1865, all. *F*. Secondo l'art. 246, di regola: « L'atto di concessione sarà basato sopra un capitolato o preventivamente autorizzato per legge o stipulato dal Ministero per promuovere la sanzione legislativa della concessione ». Tuttavia per alcune ferrovie espressamente determinate fu delegata al Governo la potestà di far concessioni in particolare colla legge sulle ferrovie complementari, 29 luglio 1879, art. 12 [3]);

b) le concessioni d'acqua per durata superiore a trent'anni e specialmente per quelli a perpetuità [4]). « Ma per queste ultime, in quanto importano un contratto di alienazione di cose demaniali, vedasi appresso il n. 51 ».

8.° Le leggi portanti dichiarazione di pubblica utilità:

a) per lavori pubblici, che debbano essere stabiliti o classificati per legge, secondo quanto è detto nei numeri precedenti [5]);

b) per qualunque espropriazione in ordine alla quale debbasi imporre un contributo sui fondi contigui a confinanti [6]).

I motivi per cui un'opera può dichiararsi di pubblica utilità ed i suoi effetti sono regolati dagli art. 1, 2, 16 e segg. della legge: nè vi è quanto ad essi alcuna differenza ove la dichiarazione avvenga per legge o per decreto. Solo ove la dichiarazione si faccia per legge non si fa luogo all'inchiesta preliminare, di che all'art. 3 e seg.

---

dichiarazione della loro attitudine alla navigazione, e quindi la classificazione loro fra i fiumi e tronchi di fiume navigabili per l'oggetto preaccennato, sarà fatta per legge ». Art. 174: « .... Scorsi tre anni (dalla pubblicazione della legge) nessuna spesa potrà essere dichiarata di seconda categoria, se non per legge ». Vedansi le leggi di classificazione, 9 luglio 1876, 5 luglio 1882, 18 gennaio 1885, 10 luglio 1887.

[1]) Vedasi l'art. 33 della legge 7 luglio 1866 sulle corporazioni religiose.

[2]) Legge 17 luglio 1890, 20 marzo 1890.

[3]) Gli effetti delle concessioni fatte dal Governo furono meglio determinati colle leggi 24 luglio 1887 e 30 giugno 1889.

[4]) Legge 10 agosto 1884, art. 2. Queste (concessioni) a perpetuità delle derivazioni di acqua non potranno farsi che per legge.

[5]) Vedansi per es. le leggi che dichiarano di pubblica utilità alcune bonifiche: 3 maggio 1866 per il lago di Agnano, 5 maggio 1882 per le valli di Comacchio, 4 maggio 1886 per le paludi pontine, 25 febbraio per il prosciugamento della riva destra del Ticino.

[6]) Legge sull'espropriazione per pubblica utilità 25 giugno 1865 art. 9. Sabbatini, *Comm.*, 1882, I, pag. 174.

della legge: il che è un inconveniente deplorato anche dal Consiglio di Stato nel suo parere 20 febbraio 1869 [1]). Le regole per l'imposizione del contributo sono stabilite dagli art. 77 e segg. della legge: ed esse vengono ripetute nelle leggi individuali, sebbene sia riservata dall'art. 77 la facoltà di mutarle [2]).

50. 9.° Le leggi che ordinano un'inchiesta. La facoltà di ordinare inchieste è connaturale alla funzione di controllo amministrativo esercitata dal Parlamento: ed ormai tale potestà è entrata nelle consuetudini del Parlamento. Le leggi di inchiesta sono cinque: 5 luglio 1875, inchiesta sulla Sicilia; 15 marzo 1877, inchiesta agraria; 17 maggio 1878, sulle condizioni del Comune di Firenze; 8 luglio 1878, sulle ferrovie, e 24 marzo 1881, sulla marina mercantile. La prima legge soltanto ha contenuto di diritto obbiettivo, in quanto accorda alla Commissione i poteri del magistrato inquirente [3]).

10.° Le leggi che approvano atti amministrativi di qualunque natura, i quali importino spesa nuova straordinaria, eccedente le lire 30,000, spesa non contemplata nel bilancio di assestamento, o aumento di spesa. E ciò in forza della legge di contabilità generale 17 febbraio 1884, che dispone (art. 34): « Le spese straordinarie derivanti da causa nuova, le quali eccedano la somma di L. 30,000, debbono essere approvate con legge speciale, perchè possano in tutto o in parte essere comprese nel bilancio ». « Dopo approvata la legge per l'assestamento del bilancio, qualunque nuova spesa non potrà essere autorizzata che per legge speciale » (art. 39). È naturalmente impossibile enumerare ed anche classificare tutti gli atti amministrativi, che, in base a questo articolo vengono ad essere deliberati dal Parlamento. E di questa categoria di provvedimenti riparleremo in seguito, trattando prima dei contratti e quindi dei bilanci. È facile intendere, che qualunque specie di atto di gestione o d'impero può sotto questo aspetto richiedere la sanzione legislativa. Scorrendo gli atti parlamentari degli ultimi anni si vede che l'intervento fu richiesto per assunzione di prestiti, per acquisto di mobili e di immobili, per conservazione di beni demaniali, per concessione od aumento di sussidi, per creazione di nuovi organi amministrativi, per spedizioni guerresche, ed in genere per ogni ramo dell'attività giuridica e sociale dell'amministrazione.

---

[1]) Sabbatini, II, pag. 325.

[2]) Sabbatini, op. cit., II, 307. Vedansi p. es. le ultime leggi 14 luglio 1889 per il circondario esterno di Milano, 14 luglio 1887 per la passeggiata archeologica di Roma, 15 aprile 1886 per il piano regolatore di Torino, 11 aprile 1889 per il piano regolatore di Bologna.

[3]) Il regolamento della Camera art. 112-114 contiene alcune norme sulla procedura da tenersi per la votazione delle leggi di inchiesta: sul metodo di nomina della Commissione, e sulla facoltà della Commissione di trasferirsi fuori della sede del Parlamento.

51. 11.° Le leggi che approvano contratti. Consideriamo tali atti come atti amministrativi e non come atti di gestione, perchè la volontà amministrativa si esplica o nell'approvare un contratto già concluso o nell'autorizzare la conclusione di un contratto [1]). Il che implica una forma di tutela esercitata dal Parlamento sul Governo, non dissimile dalla tutela esercitata dalla Giunta provinciale amministrativa sui Comuni: e come questa importa esplicazione di autorità amministrativa, così l'approvazione legislativa deve per analogia classificarsi nella stessa maniera.

I contratti, che si approvano per legge, sono di tre specie: contratti, la cui approvazione è richiesta da un testo espresso di legge generale: contratti che debbono essere approvati solo perchè importano onere alle finanze dello Stato non compreso nel bilancio di assestamento, contratti per cui l'approvazione non è obbligatoria, ma per cui il Governo la richiede a discarico di responsabilità.

Alla prima categoria appartengono:

a) i contratti di alienazione gratuita di immobili demaniali ai Comuni o ai privati per ricompensa nazionale;

b) i contratti di vendita di immobili demaniali, che non appartengano all'asse ecclesiastico, al così detto demanio antico, non provengano da espropriazioni per debito di imposta, o da sclassificazione di strade nazionali, ove superino il valore di 50,000 lire, se si vendano ad enti pubblici, e di 1000 lire, se si vendano a privati;

c) i contratti di permuta per un valore superiore a L. 50,000 se l'altro contraente sia un ente pubblico, e a L. 25,000 se si tratti di un privato, salve le eccezioni di cui sopra [2]).

d) i contratti di vendita di navi [3]). È sufficiente in quest'ultimo caso anche la semplice autorizzazione contenuta in un bilancio. Perchè sia necessaria l'autorizzazione governativa la nave deve essere entrata nel novero delle cose effettivamente destinate alla difesa nazionale e pertanto demaniali. La demanialità quindi incomincia dopo la costruzione completa della nave nei cantieri privati ed il relativo collaudo.

Debbono essere approvati in base all'art. 27 della legge 17 febbraio 1884 i contratti di acquisto di immobili o di mobili, le convenzioni per i servizi postali o di navigazione, per il servizio telegrafico sottomarino e simili [1]). Il Governo suole richiedere, senza esservi obbligato, l'approvazione per la vendita del materiale militare importante fuori d'uso, per l'affitto a lunga scadenza delle miniere o delle sorgenti termali, ecc. [2]).

L'approvazione legislativa di un contratto non dispensa quanto alla sua stipulazione dall'osservanza delle forme prescritte dalla legge sulla contabilità dello Stato, e quanto ai suoi effetti dalle conseguenze giuridiche derivanti dal diritto privato.

52. Il carattere amministrativo di questi atti, oltre che dall'analisi del loro contenuto, si rivela anche in base a due circostanze estrinseche.

La prima è che accanto a ciascuno di questi atti ve ne sono altri di carattere identico, ma di minore importanza, attribuiti ad autorità governative e di natura indiscutibilmente amministrativa: così abbiamo nel nostro diritto provvedimenti intorno a circoscrizioni comunali e provinciali emanati con decreto reale, decreti di naturalizzazione, deliberazioni provinciali e comunali di classificazioni di strade, concessioni di ferrovie e di acque fatte dal Governo, dichiarazione di pubbliche utilità pronunciate dal ministro dei lavori pubblici o dal prefetto, inchieste preordinate dai ministri, contratti approvati da Giunte provinciali amministrative, da prefetti, da capi di decastero.

La seconda è la tendenza spiccata della nostra legislazione a delegare le stesse funzioni riservate al Parlamento a queste medesime autorità, sia in via provvisoria, sia in via definitiva. Basta ricordare le delegazioni per la classificazione delle strade nazionali, delle acque navigabili, delle opere idrauliche e di bonifica già menzionate: gli articoli 14-18 della legge comunale e provinciale per le circoscrizioni amministrative. L'esempio più importante di una tale attribuzione definitiva di funzioni amministrative per qualche tempo confidata al Parlamento, si ha a proposito dell'autorizzazione a Comuni e Provincie per eccedere i centesimi addizionali dell'imposta fondiaria. La legge sulla perequazione 1.° marzo 1886, art. 52, stabiliva la competenza parlamentare: ed il Parlamento esercitò questa funzione emanando un grandissimo numero di leggi, votando parecchi ordini

---

[1]) Vedasi come esempio della formola di tali leggi la legge 8 agosto 1895, articolo unico « Sono approvati i seguenti contratti: *a*) 5 giugno 1894 stipulato in forma pubblica amministrativa, ecc.... Cfr. in proposito Cass. Firenze 19 febbraio 1871 (*Legge*, II, 72).

[2]) Ciò risulta dall'art. 13 della legge 17 febbraio 1884: « Le alienazioni dei beni immobili dello Stato debbono essere autorizzate per legge speciale ». Questo articolo fu modificato con legge 2 luglio 1891 nel modo detto nel testo. Per i beni del demanio antico vi è la legge generale 21 agosto 1862, per l'asse ecclesiastico la legge generale 15 agosto 1867. Cfr. nel *Digesto italiano*, Cammeo, voce *Demanio*, n. 337 e segg.

[3]) Legge 17 febbraio 1884, art. 13: « L'alienazione delle navi dello Stato dovrà essere autorizzata dalla legge del bilancio o da legge speciale ».

[1]) Vedansi p. es. le due leggi 26 luglio 1888 per l'acquisto di un immobile e di alcuni mobili per l'ambasciata di Madrid; la legge 31 maggio 1890 per la convenzione con l'« Eastern Telegraph Company » in ordine ai cavi sottomarini fra l'Italia, Malta, Zante e Corfù, la legge 1 agosto 1875 per la convenzione di navigazione sul lago di Garda, e 22 aprile 1893 per i servizi marittimi e postali.

[2]) P. es. la legge 3 giugno 1874 per l'affitto delle miniere dell'Elba; 3 giugno 1874, 7 luglio 1874, 11 aprile 1893 per l'affitto di varie sorgenti termali.

del giorno, ed anche una legge interpretativa [1]). Tuttavia con legge 23 luglio 1894 fu deferita alla Giunta provinciale amministrativa ed al Ministero dell'interno la potestà di accordare questa autorizzazione, riservati i ricorsi amministrativi di legge contro le relative deliberazioni.

Questa tendenza non può non essere approvata. Poichè se è certo, che non si deve escludere la possibilità di funzioni amministrative del Parlamento per un esagerato omaggio alla teoria delle divisioni dei poteri, è certo anche, che le assemblee politiche non sono le più adatte ad amministrare. Gli atti amministrativi o passano fra la generale indifferenza, poichè le Camere si accontentano di votare i progetti dal Ministero: ed in questo caso è il Ministero che amministra, senza che siavi la garanzia della sua responsabilità e la possibilità di controlli amministrativi. O il Partamento si occupa degli atti a lui sottoposti e li delibera con criteri politici invece che con criteri di opportunità amministrativa o di rispetto alla legge generale.

A questi inconvenienti si può rimediare col dare una forma diversa agli atti amministrativi votati con legge: col circondare la loro deliberazione di particolari garanzie di imparzialità mediante Commissioni speciali, procedura in contradditorio degli interessati come in Inghilterra: col permettere l'esercizio dei controlli giudiziari sulla loro legittimità.

Di tutto ciò non vi è esempio in Italia: gli statuti-provvedimenti si iniziano [2]), si discutono, si promulgano come le altre leggi: nessuna inchiesta preliminare, nessun mezzo per gli interessati di far valere le loro ragioni od opposizioni, è reso obbligatorio o quanto meno autorizzato dalle leggi generali, o dai regolamenti delle Camere. Perfino in quei casi in cui le fonti di diritto prescrivono formalità particolare per identici atti emanati dall'amministrazione, come accade per l'espropriazione, il Parlamento, amministrando, è dispensato da quelle forme. Non vi è traccia di alcuna consuetudine, che il Parlamento osservi sia nel merito che nella forma, nel deliberare quei provvedimenti, nè di quella accurata indagine dei precedenti che è caratteristica nelle Camere inglesi per i *bills* privati [3]).

---

[1]) Ordine del giorno 6 luglio 1889. Legge 25 marzo 1888.

[2]) In linea di fatto si può soltanto osservare, che alcuni statuti-provvedimento hanno più facilmente origine dall'iniziativa parlamentare, come quelli per il riordinamento delle circoscrizioni amministrative.

[3]) Soltanto in ordine ai contratti si è stabilita specialmente la massima che spetta esclusivamente al Governo di proporli, ed è esclusa affatto l'iniziativa parlamentare. Sed. della Camera dei deputati 25 aprile 1862 (Minghetti), 11 luglio 1870. Si tentò di introdurre il principio che la Camera possa solo approvare o rigettare, ma non mai modificare i progetti di contratto: ma questo principio non trovò accoglimento. Parimente fu respinta la massima, che il Governo non possa ritirare i progetti di contratto, dovendo mantenerli sino ad approvazione definitiva, in omaggio all'impegno assunto con l'altro contraente. Cass. Firenze 19 sett. 1872 (*Legge* 1872, II, 72). Cfr. Mancini e Galeotti, *Norme ed usi del Parlamento italiano*, Roma, 1887, pag. 277 e segg.

Della deficienza di controlli amministrativi e giudiziarii diremo a suo luogo.

52 *bis*. La distinzione di legge materiale e legge puramente formale è stata specialmente invocata per definire la natura giuridica del bilancio.

Il bilancio è certamente atto del Parlamento in tutti gli Stati costituzionali, ed anche in Italia in nome dell'art. 10 dello Statuto che dice: « Ogni legge d'imposizione di tributi o di approvazione dei bilanci e dei conti dello Stato sarà presentata prima alla Camera dei deputati ».

Quale è però il contenuto materiale del bilancio? Secondo la dottrina costituzionale francese il bilancio importa la proroga annua di tutte le leggi di finanza, così di quelle attive, concernenti l'imposizione, come di quelle passive concernenti le imposte. Esso è pertanto una legge materiale, contiene norme giuridiche [1]). Secondo la dottrina, che prevale in Germania, esso è invece un puro piano finanziario, che si svolge nei limiti delle leggi vigenti, e che ne assicura soltanto l'esecuzione. Esso è un atto amministrativo [2]).

A seconda delle due teorie, e salvi i temperamenti adottati dai diversi scrittori, si giustifica o meno il rifiuto totale o parziale del bilancio dell'entrata o della spesa per parte del Parlamento, e di un sol ramo di esso: e i suoi effetti giuridici di fronte al Governo e di fronte ai cittadini, che vantano diritti patrimoniali contro lo Stato. La dottrina francese inclina a ritenere perfettamente legittimo il rifiuto totale o parziale del bilancio: crede che, ove esso avvenga, al Governo sia interdetto riscuotere ogni imposta e ordinare ogni spesa: che i diritti dei terzi siano dalla legge del bilancio abrogati o quanto meno sospesi. La dottrina tedesca considera illegittimo il rifiuto: crede il Governo autorizzato a non dar corso ad una tale deliberazione ed a mantenere nella sua integrità il diritto vigente. Il Governo può pertanto riscuotere le im-

---

[1]) Constant, *Corso di politica costituzionale*, trad. it., Firenze, 1849, II, pag. 194. Leroy-Beaulieu, *Sciences des finances*, pag. 88-89. Ugo, *Le leggi incostituzionali*, Macerata, 1887, n. 92 e segg. Bluntschli, *Dir. pubbl. un.*, trad. it., pag. 467. Seidler, *Budget und Budgettheorie*, Vienna, 1885, pag. 233, 236 e segg. Zorn, *Staatsrecht*, Berlino, 1883, § 33. Löning, pag. 227, nota 2, Cfr. Orlando, *Dir. cost.*, pag. 137 e segg. Franconi, *Il bilancio*, Napoli, 1884.

[2]) Gneist, *Gesetz und Budget*, Berlino, 1867. *Budget und Gesetz*, Berlino, 1879. Laband, II, pag. 938 e segg. Martitz nel *Tübingen Zeitschr. f. g. Staatswiss.*, XXXVI. Seligman, pag. 33 e e segg. Hänel, *Studien*, pag. 291 e segg. Meyer, *Staatsrecht*, § 204. Arcoleo, *Il bilancio dello Stato ed il sindacato parlamentare*, Napoli, 1880, pag. 89 e segg.

poste ed ordinare le spese derivanti da leggi permanenti e di impegni irrevocabilmente contratti: i terzi possono reclamare dinanzi ai tribunali i loro diritti che da un atto amministrativo non possono essere abrogati. Una terza teoria intermedia distingue, almeno per gli Stati liberi, e specialmente per lo Stato italiano, dato il suo diritto positivo e le formule delle leggi del bilancio, la natura giuridica del bilancio dell'entrata, che è essenzialmente legislativa, di quello della spesa, che è prevalentemente amministrativa e di quello consuntivo, che è eminentemente giudiziaria. Ritiene che il rifiuto del bilancio sia assoluto per il Governo, il quale non è mai autorizzato a riscuotere le entrate ed ordinare le spese senza di esso ed al di là dei limiti di esso. Ritiene invece, in linea di interpretazione, che, salva disposizione espressa, la cancellazione dal bilancio di una somma, specialmente per il fatto negativo di un solo ramo del Parlamento, non abroghi i diritti degli interessati, i quali possono farli proclamare dall'autorità giudiziaria [1]).

Proposta così la questione ed accennati i punti di contatto col nostro tema, non la risolviamo, rimandando il lettore alla monografia speciale sul bilancio. Ricordiamo soltanto, che la giurisprudenza prevalente considera il bilancio, agli effetti dei diritti dei terzi, come atto amministrativo [2]): avvisa che essi non siano dal bilancio abrogati se acquisiti a titolo oneroso: e crede che soltanto le mere liberalità a titolo di spontanea largizione possano dal bilancio revocarsi, come quelle che non creano diritti [3]).

53. Funzioni giudiziarie in forma di legge non sono esercitate dal Parlamento. Le funzioni giudiziarie ad esso affidate, come la verifica dei poteri, il giudizio dei ministri, quello dei senatori, i giudizi di alto tradimento, sono esercitate da un solo ramo del Parlamento. Soltanto ove si tratti dei ministri il giudizio è riservato al Senato, e l'accusa alla Camera: ma non mai in forma di legge.

---

[1]) Gli elementi di questa teoria si riscontrano in Jellinek, pag. 384. Arndt in *Archiv für öff. Recht*, vol. III, pag. 533-38. Filomusi-Guelfi nel *Foro it.*, 1890, pagina 1226 e segg.

[2]) App. Messina, 13 luglio 1896 (*Giur. it.*, 1, 2, 701). Cass. Roma 23 settembre 1896 (ivi, I, 1, 891). Id. (sez. un.) 5 febbraio 1886 (ivi, I, 3, 70). Cass. Firenze (sez. un.) 11 aprile 1878 (ivi, I, 1, 891).

[3]) App. Bologna, 30 dicembre 1891 (*Giur. it.*, 1892, I, 2, 568). Cass. Roma, 11 gennaio 1890 (*Foro it.*, I, 1226), 11 aprile 1886 (ivi Rep. voce *Stato*, n. 4), 16 giugno 1882 (*Corte suprema*, 137), 8 novembre 1881 (*Foro it.*, 1882, 1, 1039).

§ 5. — *Efficacia giuridica degli atti amministrativi emanati dal Parlamento.*

SOMMARIO. — 54. Considerazioni generali. — 55. Interpretazione delle leggi improprie. — 56. Denuncia in Cassazione. — 57. Delegazione al Governo. — 58. Cessazione. Diritti subiettivi. — 59. Desuetudine.

54. Il carattere amministrativo di alcuni atti emanati dal Parlamento non è stato soltanto riconosciuto dalla dottrina in omaggio ad una distinzione teoretica fra le varie funzioni dello Stato e la ripartizione loro fra i diversi organi, ma ha avuto anche la sanzione della giurisprudenza, la quale ha dedotto da questa classificazione alcune conseguenze giuridiche.

Per comprendere quali essi siano basta per un momento immaginare quale conseguenze invece dovrebbero trarsi dal principio opposto, che tutti gli atti enumerati più sopra fossero leggi nel senso materiale della parola, ossia avessero contenuto di diritto obbiettivo invece di costituire semplici negozi giuridici.

Ove ciò fosse, è evidente che per violazione di una concessione o di contratto, posto in essere con legge formale, si darebbe ricorso in Cassazione; che un contratto di vendita, per esempio, approvato dal Parlamento, ove importasse alienazione di un fondo altrui precluderebbe la via ad ogni azione di rivendicazione del terzo proprietario, giacchè come legge posteriore modificherebbe il codice civile in proposito [1]); ove la potestà di emanare questi stessi atti fosse delegata al Governo, esso non sarebbe tenuto a rispettare le leggi generali vigenti, perchè gli è delegata una vera potestà legislativa: nessun diritto acquistato in base a queste leggi potrebbe mai perdersi o per disuetudine, poichè le norme giuridiche scritte non possono abrogarsi con questo mezzo [2]).

Ora non è chi non veda, come queste conclusioni ripugnino *a priori* al senso giuridico ed al senso di equità: e la giurisprudenza si è affrettata a scartarle, anche senza rendersi stretto conto della distinzione fra legge materiale e formale.

Se da un lato dunque gli Statuti-provvedimenti non possono equipararsi alle leggi aventi contenuto di diritto obbiettivo, non è lecito nemmeno dal riconoscimento loro come atti amministrativi trarre tutte quelle conseguenze che a rigore di logica ne deriverebbero. — Infatti, se essi potessero trattarsi come atti amministrativi,

---

[1]) Ciò fu detto dal Sarwey, *Allg. Verwaltungsrecht*, pag. 27.

[2]) Ciò fu sostenuto dall'Armanni, *L'immemorabile*, pag. 147, per escludere la sclassificazione per desuetudine delle strade nazionali classificate con legge.

bisognerebbe dire che essi sono nulli, ove contrastino col diritto vigente, e che l'autorità giudiziaria ed anche i tribunali amministrativi hanno la potestà di non applicarli o di dichiararli invalidi, ove riscontrino una tale violazione. Ora ciò potrebbe forse farsi, ove gli atti amministrativi, anche emanati col consenso dei tre rami del Parlamento, fossero discussi, approvati e promulgati in una forma diversa che le leggi aventi contenuto di diritto obbiettivo. Allora si avrebbe un criterio assoluto per riconoscerli, una chiara manifestazione della intenzione del Parlamento di voler amministrare e non legiferare: e la differenza di forma permetterebbe di negare ad essi la forza formale di modificare le altre leggi diversamente approvate e promulgate.

Ma poichè invece gli atti amministrativi parlamentari si emanano nella forma usuale delle altre leggi, non è lecito disconoscere loro forza formale di derogare, abrogare, sospendere le leggi generali: ed ove una tale intenzione sia chiaramente espressa in un tale atto non è possibile dichiararlo nullo, ma è necessario invece applicarlo come norma abrogativa [1]).

55. Pur tuttavia anche in questo campo il carattere di atto amministrativo può non essere privo di conseguenze giuridiche. Anzitutto, ove nulla sia espressamente disposto, emanato un tale atto dal Parlamento, l'amministrazione, i cittadini, i tribunali sono autorizzati senz'altro a trattarlo, a regolarne gli effetti giuridici secondo la sua intrinseca natura. Perciò una legge di naturalizzazione accorda all'interessato senz'altro diritti concessi al cittadino dalle norme giuridiche generali, una legge di espropriazione con contributo autorizza ad imporlo nella misura e secondo le norme fissate dall'articolo 77 della legge 25 giugno 1865: una legge che permette una vendita non impedisce, che questa sia regolata dalle norme del codice civile, quanto ai diritti dell'acquirente, del venditore e dei terzi, ecc. [2]).

In secondo luogo noi crediamo, che la legge-provvedimento debba

[1]) La stessa giurisprudenza, che riconosce non essere i contratti approvati con legge fonti di diritto obbiettivo, ma negozi giuridici, ammette però che si può con un tale contratto derogare alle leggi vigenti. Così la Corte d'appello di Firenze 4 gennaio 1872 (*Ann.* II, 15) a proposito della convenzione colla Regia dei tabacchi che derogava alla legge sull'imposta di circolazione dei titoli pubblici e la Cass. di Torino 24 ottobre 1879 (*Giur. Tor.*, 1880, 89), a proposito di un contratto fra il Comune di Torino e lo Stato che derogava alla legge sul dazio consumo.

[2]) Cass. di Torino, 28 giugno 1875 (*Giur. Tor.*, 622). Trattavasi della convenzione per il riscatto del canale Cavour: la questione dibattevasi fra gli antichi concessionari e lo Stato. La Corte osservò che: « La semplice approvazione data per legge speciale non può in mancanza d'una espressa disposizione in contrario togliere al contratto il carattere di atto convenzionale da regolarsi nei suoi effetti giuridici, giusta le norme delle leggi generali ».

sempre presumersi, ove il Parlamento chiaramente non disponga altrimenti, conforme al diritto vigente. Noi non facciamo in proposito questione di vero e proprio limite giuridico, ma soltanto questione di interpretazione: finchè è possibile conciliare il testo della legge speciale, con quello della legge generale, ciò deve farsi. Pertanto deve applicarsi qui la teoria, che fu più volte invocata per i rescritti sovrani, allorchè amministrazione e legislazione si riunivano per regole nella persona del monarca, come ora, per eccezione, si riuniscono nelle mani del Parlamento: la teoria cioè che il rescritto, ove espressamente non disponga, si presume rispettare i diritti dei terzi e le norme giuridiche generali su cui essi si fondano. E così gli Statuti-provvedimento incontrano negli Statuti-norme, quello stesso limite puramente presuntivo, che queste incontrano, nel diritto italiano vigente, nelle leggi costituzionali.

Questa presunzione, in mancanza di sanzioni più efficaci e solenni, è utile come garanzia di giustizia e non contrasta con le tendenze più spiccatamente liberali e democratiche. Infatti sotto il primo aspetto è d'uopo ricordare, che il carattere del diritto è la uniformità e l'eguaglianza: questo carattere vien meno e il diritto si distrugge, ove in ogni caso singolo sia lecito applicare una norma diversa. — Sotto il secondo aspetto, se il regime costituzionale-parlamentare vigente è essenzialmente il regime dell'opinione pubblica, della volontà popolare, è chiaro che questa opinione, questa volontà non possono affermarsi con eguale energia quando si tratti di un provvedimento d'indole individuale, invece che di una norma d'indole generale: pertanto è politicamente opportuno, che le modificazioni a queste norme generali non si compiano tacitamente, in occasione di un provvedimento, ma pubblicamente, richiamando su di esse l'attenzione delle Camere e della Nazione.

La regola di interpretazione da noi formulata è stata più volte applicata nella nostra giurisprudenza ed ha ricevuto il suffragio della nostra dottrina [1]).

56. Il carattere amministrativo di questi atti fu più volte riconosciuto dalle nostre Corti allo scopo di negare il ricorso in Cassazione per la loro violazione: « L'atto contrattuale — disse la Cassazione di Firenze 24 maggio 1886 [2]), a proposito di concessioni

[1]) Cass. Milano, 22 aprile 1863 (*Giur. it.*, 423). Ugo, *Leggi costituzionali*, n. 91, pag. 165 e segg. Questa teoria fu più volte accolta da quei giudicati, che considerarono il bilancio come atto amministrativo. Cass. Roma, 5 dicembre 1885 (*Corte suprema*, 1886, 162), id. 5 febbraio 1886 (*Annali*, I, 1, 36), id. 23 settembre 1896 (*Giur. it.*, I, 1, 891). Pur dissentendo in parte dalla definizione data al bilancio (cfr. n. 52 *bis*) si può sempre accettare il principio che ha portata più generale. Cfr. Filomusi-Guelfi nel *Foro it.*, 1890, I, pag. 1226.

[2]) *Legge*, 1886, II, 438.

ferroviarie — non cangia la sua indole per l'approvazione datagli dai poteri legislativi; l'approvazione lo rende valido, non ne altera l'essenza... Mal si invoca la massima che quando un contratto è basato sopra disposizioni legislative, l'interpretarle è di competenza della Cassazione. L'argomento procederebbe quando si dicesse male interpretata o violata qualche disposizione di legge imposta come condizione del contratto; ma non procede quando si dice male interpretata una parte qualunque del contratto stesso »[1]. Così la giurisprudenza interpreta l'articolo 517, numero 3 del codice di procedura civile, ritenendo che esso, coll'accordare il ricorso in Cassazione per violazione o falsa applicazione della legge, esso si riferisca alle leggi in senso materiale, cioè alle norme giuridiche generali.

E valgono quindi in proposito le considerazioni che la Cassazione di Firenze, 11 aprile 1878 [2]), faceva, negando il ricorso in Cassazione per violazione di un atto di un sovrano assoluto concernente un caso particolare ed avente perciò carattere di atto amministrativo: « Quando l'art. 517, n. 3, del codice di procedura civile stabilisce potersi impugnare in Cassazione una sentenza pronunciata in grado di appello — se contenga una violazione o falsa applicazione della legge, egli è chiaro che parla di leggi generali, la cui interpretazione è necessario che sia retta e conforme in ogni caso, in ogni tempo e per tutti, non già di quelle disposizioni particolari del principe *quae personam non trasgrediuntur, nec ad exemplum trahuntur*: la cui interpretazione, non potendo spiegare alcuna influenza al di là dei rapporti personali tra il principe ed il concessionario, non vi era ragione per sottoporla alla censura della Corte »[3]).

---

[1]) Cfr. Cass. Torino 8 aprile 1893 (*Giur. Tor.*, 273), 2 dicembre 1886 (ivi 1889, 48) a proposito di un contratto di trasporti militari nei rapporti fra contraenti e Stato. Cass. Napoli 11 settembre 1872 (*Gazz. proc.* 459). Cass. Torino 20 febbraio 1885 (*Giur. it.*, 271) a proposito di uno statuto di consorzio approvato con legge. Cass. Firenze 29 gennaio 1872 (*Annali*, I, 1, 19) a proposito di una concessione ferroviaria nei rapporti fra concessionario e Stato. La legge sulle convenzioni ferroviarie 27 aprile 1885 sui rapporti fra concessionario e Stato dovrebbe considerarsi secondo la precedente giurisprudenza come un contratto non deducibile in Cassazione. Secondo la giurisprudenza più recente è dato ricorso sui rapporti fra cittadini e concessionario per violazione delle tariffe e condizioni di trasporto, le quali si considerano come norme di diritto obbiettivo: Cass. Torino, 26 agosto 1890 (*Giur. it.*, 1891, I, 1, 10), ed è invece negato: nei rapporti fra concessionario ed impiegati, per la violazione delle condizioni fatte a questi ultimi, le quali si considerano contrattuali: Cass. Torino 7 agosto 1895, 15 giugno 1894 (*Giur. it.*, 1896, I, 1, 129, e 1894, I, 1, 612).

[2]) *Giur. it.*, I, 1, 891.

[3]) È stato ammesso, però, che gli atti amministrativi possono essere invocati dinanzi all'autorità giudiziaria e da questa applicati senza bisogno di esplicita produzione. Essi si considerano noti per il fatto della pubblicazione, alla quale, come leggi formali, vanno soggetti. Cass. Torino 11 settembre 1868 (*Giur. Tor.*, 1869, 33).

57. Secondariamente la natura intrinseca di un atto di sovranità non muta per il mutare dell'organo, cui esso è attribuito. — Ora se questi atti avessero contenuto di diritto obbiettivo, ove fossero una volta tanto delegati dal Parlamento al Governo, l'operato di questo non incontrerebbe altri limiti, se non quelli derivanti dal mandato, e non sarebbe sindacabile dalla giurisdizione ordinaria ed amministrativa. Invece quando il Parlamento fa una simile delega, è stato esplicitamente riconosciuto che il Governo compie un atto amministrativo: che egli quindi deve rispettare il diritto vigente ed in particolare quelle norme, che a tale atto si riferiscono: che le giurisdizioni amministrative stesse sono competenti a conoscere dei ricorsi contro l'atto delegato al Governo.

Così fu deciso a proposito di una classificazione di strade nazionali compiuta con decreto regio per delega fatta con legge 18 agosto 1870 dalla IV Sezione del Consiglio di Stato, 3 luglio 1896 (*Giust. amm.*, I, 231).

58. Finalmente le leggi formali aventi contenuto di atto amministrativo si distinguono dalle leggi materiali per il modo con cui possono perdere la loro efficacia. Le leggi-provvedimento creano diritti subbiettivi e non sono fonti di diritto obbiettivo.

Per conseguenza esse perdono efficacia in tutti quei casi ed in quei casi soltanto nei quali può estinguersi un diritto subbiettivo. L'emanazione di una nuova legge non è quindi, come per le leggi materiali, il modo ordinario e prevalente di abrogazione: infatti, ove la nuova legge formale non fosse retroattiva, non avrebbe alcuna pratica efficacia, giacchè i diritti subbiettivi anteriormente quesiti rimarrebbero tuttavia in vigore; ove invece la nuova legge fosse retroattiva e distruggesse i diritti quesiti, essa sarebbe di regola contraria ai principii di giustizia e di equità. Ove l'abrogazione si voglia compiere con questo mezzo, si fa luogo d'ordinario ad una vera legge di espropriazione con indennità, come fu fatto per riscattare le ferrove o il Canale Cavour [1]).

D'altro lato, se la cessazione di una legge, contenente norme giuridiche, per il decorso di un termine, il verificarsi di una condizione, la distruzione del suo oggetto è l'eccezione, tali cause sono invece la regola per le leggi-provvedimento. Esse perdono il loro vigore per tutti quei motivi per cui si estinguono i diritti subbiettivi, e cioè:

a) per morte dell'interessato, come le leggi di naturalizzazione, le leggi importanti concessioni personali non trasmissibili, ecc.;

b) per rinuncia dell'interessato, come per le leggi di naturaliz-

---

[1]) Legge per il riscatto delle ferrovie romane 29 gennaio 1880; id. per il canale Cavour 16 giugno 1874.

zazione ove il naturalizzato ricerchi ed ottenga una cittadinanza straniera; per le leggi di appannaggio o di dotazione della Corona; per le leggi di concessione, se ed in quanto permettano la rinuncia, ecc.;

c) per il verificarsi di condizioni risolutive, come l'inadempimento degli obblighi nei contratti e nelle concessioni;

d) per il decorso di termini, come per le concessioni di ferrovie (30 anni), per le leggi che dichiarano l'espropriazione con contributo, ecc.;

e) per la distruzione dell'oggetto come per le concessioni di ferrovie o le classificazioni di strade, ove ferrovie o strade siano distrutte da forze naturali, ecc.;

f) per prescrizione dei diritti subbiettivi in seguito al non uso ultra-trentennale od immemorabile.

59. Quest'ultimo caso, che ha bisogno di qualche schiarimento, ha dato luogo ad una elegante controversia in materia di strade. Come si sa i beni demaniali possono perdere la loro qualità in seguito a non uso da parte degli enti pubblici: questi in tal modo perdono per prescrizione estintiva i diritti subbiettivi di persona pubblica, che su detti beni vantano in forza della loro demanialità. Naturalmente essi non perdono tali diritti per il solo fatto della prescrizione trentennale: infatti se ciò fosse i beni demaniali sarebbero prescrittibili, poichè, accompagnandosi di solito il non uso da parte degli enti pubblici coll'uso contrario da parte di un privato (usurpazione), questi verrebbe dopo trent'anni ad acquistare la cosa pubblica. La prescrizione della demanialità si compie quindi soltanto in forza dell'immemorabile, secondo una tradizione giuridica, che data dai tempi di mezzo, e che è confermata tuttora dalla dottrina e dalla giurisprudenza [1]).

Tutti o quasi tutti sono d'accordo nell'ammettere questo principio per i beni demaniali classificati con atto amministrativo formale e materiale. Alcuni però lo negano per quei beni che, come le strade nazionali, sono classificati con legge formale: ed invocano l'art. 5 delle disposizioni preliminari del codice civile: *Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori,* ecc.

Ora, prescindendo dal considerare che questo articolo non ha grande valore nemmeno per le leggi materiali, come fu rilevato al n. 29, è certo che esso si riferisce soltanto a queste. Esso altro non significa, nella sua interpretazione più rigorosa, che l'esclusione della consuetudine nella sua forma negativa, come fonte di diritto obbiettivo nelle materie regolate da norme scritte. Ma la desuetudine, che faccia cessare l'efficacia di una legge-provvedimento, non è fonte

[1]) Cammeo nel *Digesto italiano,* voce *Demanio,* n. 156.

di diritto obbiettivo: è semplicemente prescrizione estintiva di diritti subbiettivi. Perciò nè nei principii giuridici generali, nè nell'articolo 5 citato, nulla osta a che il diritto subbiettivo dello Stato sulle strade nazionali, fondato da una legge di classificazione, si estingua per non uso immemorobile, come si estingue di fronte alle Provincie ed ai Comuni quando la classificazione si compie per decreto.

PARTE III.

Il regolamento

—

CAPO I.

Storia e diritto comparato della facoltà regolamentare.

Sommario. — 60. Attività legislativa dell'amministrazione. — 61. La facoltà edittale in diritto romano. — 62. La potestà di bando nell'originario diritto germanico ed anglo-sassone. — 63. Successiva evoluzione della facoltà regolamentare in Germania ed in Inghilterra. — 64. L'assolutismo. — 65. La rivoluzione francese e i diversi regimi della Francia. — 66. La facoltà regolamentare nell'odierno diritto inglese. — 67. Id. negli Stati Uniti d'America. — 68. Id. in Francia. — 69. Id. nel Belgio. — 70. Id. in Germania.

60. Nei precedenti capitoli ci siamo occupati delle funzioni amministrative dei Parlamenti: ci resta ora da studiare le funzioni legislative degli organi amministrativi. Abbiamo già accennato nella prefazione al fatto, che molte norme giuridiche emanano dagli organi amministrativi: ed abbiamo ai nn. 7-19 dimostrato, come la natura giuridica di una norma sia completamente indipendente dall'organo che la emana e della forma che essa riceve. È d'uopo ora constatare la costanza e la generalità del fenomeno che tutte le norme giuridiche non provengano dagli organi legislativi, spiegare la ragione e l'utilità di questa ripartizione della funzione legislativa, determinarne i limiti e distinguerne i diversi casi.

L'attività legislativa dell'amministrazione è detta facoltà regolamentare. Il regolamento è perciò quel comando generale ed astratto emanato da un organo amministrativo, e per il quale quindi non concorre il consenso degli organi legislativi. Il regolamento pertanto è legge materiale e atto amministrativo formale [1]).

---

[1]) La definizione che del regolamento è frequentemente data dagli scrittori tedeschi è troppo ristretta. Spesso si dice che regolamento è il comando generale od astratto o quel comando che impone limiti nuovi alla sfera di libertà dei cittadini emanato dal Re senza il consenso delle Camere. Ora vi sono infiniti regolamenti, che non emanano dal Re, ma da altre autorità burocratiche od autarchiche inferiori al capo dello Stato.

61. Fino dal diritto romano più antico si riscontra il fatto che una parte del diritto obbiettivo non emana dagli organi legislativi ordinari, ma da magistrati, che essenzialmente esercitano funzioni giudiziarie ed amministrative. La facoltà regolamentare moderna ha quindi un riscontro parziale nella potestà di emanare editti, che nel diritto romano spettava ai pretori peregrini ed urbani, agli edili curuli, ai presidi e proconsoli delle provincie, ed anche ai censori, ai questori provinciali, ai consoli ed ai tribuni della plebe [1]). Degli editti di questi ultimi magistrati scarsa è l'importanza e nulle sono le notizie giunte fino a noi.

L'editto pretorio è invece ben noto; esso creò l'*ius honorarium*, ossia svolse e completò il diritto romano: è a questo che ci riferiremo particolarmente, richiamando, ove sia possibile ed utile, le notizie circa l'editto edilizio e quello provinciale.

La fonte principale del diritto obbiettivo erano in Roma, come già si è visto [2]), la consuetudine e la legge scritta deliberata nei comizi. L'editto conteneva l'esposizione delle regole, secondo le quali ciascun magistrato intendeva esplicare l'attività sua nell'esercizio della carica [3]); perciò l'editto in origine è al massimo annuo [4]); è esposto dapprima oralmente, fu in seguito pubblicato con iscrizione in un albo, perchè più facile ne fosse la conoscenza [5]).

I magistrati in origine e in teoria non ebbero la potestà di allontanarsi dalle norme del diritto obbiettivo; nel diritto pubblico si limitarono ad applicarle; quindi la loro autorità era esecutiva: nel diritto penale prima la *provocatio ad populum*, poi la legislazione sillana e la seguente impedirono che gli editti assumessero dignità di fonte giuridica [6]). Anche per il diritto civile, prima della legge Ebuzia [7]), finchè cioè durò la procedura per *legis actiones*, la funzione essenziale dei pretori consistette nell'applicare il diritto consuetudinario e scritto o, al massimo, ad estenderlo per interpretazione. Ma già da questo tempo per i rapporti non garantiti e muniti di azione, secondo l'*ius civile*, come per es. il possesso e l'uso delle cose pubbliche, il pretore suppliva coll'emanare in virtù del suo

---

[1]) Landucci, *Storia del dir. rom.*, pag. 134, pag. 140, nota 1.

[2]) Vedi n. 35.

[3]) *Cic. De fin.*, II, 22. *Est enim tibi cum magistratum inieris et in concionem ascenderis edicendum quae tibi observaturus in iure dicendo.* L. 2, § 10, *D. de orig. iuris*, I, 2. *Eodem tempore et magistratus iura reddebant, et ut scirent cives, quod ius de quaque re quisquis dicturus esset, seque premunirent, edicta proponebant.*

[4]) Gli editti annui, in confronto di quelli di minor durata, dicevansi *perpetui*: l'*edictum perpetuum* non va quindi confuso con l'*edictum traslaticum* di cui in appresso.

[5]) Cogliolo, *Storia del dir. priv. rom.*, Firenze, 1889, I, pag. 175. Landucci, p. 138.

[6]) Landucci, op. cit., I, pag. 136.

[7]) La legge Ebuzia è della prima metà del VI secolo di Roma: l'istituzione dei pretori con ufficio giudiziario del III secolo.

imperium un comando caso per caso, cui l'interessato doveva obbedire sotto pena dei danni (*sponsio poenalis*): furono questi gli interdetti. Dal provvedere caso per caso il pretore passò a comporre formule generali, serventi al futuro, per cause scritte nell'editto [1]). Colla legge Ebuzia, abolita la procedura per *legis actiones*, fu creata quella per *formulas*: e fu concesso al pretore e in limiti più ristretti agli edili la facoltà di negare o di concedere l'azione, fosse essa o meno contemplata dall'*ius civile* [2]). Secondo l'opinione più diffusa il pretore dapprima concesse le formule e quindi le riassunse nell'editto in veri principii di diritto, rinnovando qui ciò che accadde per gli interdetti [3]). Così l'*ius praetorium* od *honorarium* servì a mitigare il rigore dello stretto diritto coll'equità, e fu usato *adiuvandi vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam* [4]). Tale essendo lo scopo dell'*ius* contenuto nell'editto, è evidente che, in fatto, il pretore ebbe una vera e propria potestà legislativa con facoltà di modificare il diritto scritto e consuetudinario: tuttavia ciò non accadeva mediante una modificazione diretta dell'*ius civile*, ma coll'accordare la formula oltre o contro le norme dell'*ius civile*. Onde in astratto questo rimaneva immutato; e, come dice il Landucci [5]), si potè concedere azione a persone non chiamate all'eredità e negarla a persone chiamate, ma non fu mai permesso di dire *heredes* le prime, nè contestare questo carattere, per quanto vuoto, alle seconde; si potè negare azione per un atto estorto con violenza, ma non dichiararlo nullo, ecc.

L'editto pertanto era il mezzo col quale ogni pretore entrando in carica annunciava i principii complementari e correttivi nel diritto civile che avrebbe applicato durante il suo ufficio: l'editto in origine non legò i pretori, che potevano allontanarsene; fu invece dichiarato obbligatorio con la legge Cornelia, del 167-687. Questa legge non si applicò all'editto provinciale: pare che fosse abrogata nei primi tempi dell'impero. Ciascun pretore od edile di anno in anno soleva riprendere nel proprio editto le norme emanate dai predecessori: onde venne formandosi un *edictum translaticium*. Coll'anno 131-884 Salvio Giuliano raccolse in un solo editto tutte le norme dell'*ius honorarium* urbano, peregrino, edilizio, provinciale: e questo editto perpetuo di Salvio Giuliano divenne legge anche formale in virtù di un *senatus-consultus* e dell'autorità imperiale [6]).

---

[1]) Serafini, *Ist. di dir. rom.*, Firenze 1888, I, pag. 169; Cogliolo, op. cit., I, pagina 255. Landucci, op. cit., I, pag. 136, 140-1, note 1-5. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, I, pag. 130, 139.

[2]) Landucci, I, pag. 137.

[3]) Cogliolo, pag. 181-82.

[4]) L. 7. D. *De iust. et iure*, I, 1.

[5]) Op. cit. I, 138.

[6]) Landucci, I, pag. 146.

Forse la facoltà di giudicare *contra legem* concessa ai pretori fu in realtà meno estesa di quello che si è in appresso creduto: noi vediamo infatti l'opera dei pretori, quale si è svolta in cinque secoli di storia: e guardando ai risultati finali non possiamo negare che le modificazioni dell'*ius civile* prodotte dall'*ius honorarium* furono molte e profonde. In realtà può darsi che l'opera dei pretori, per dato e fatto della giurisprudenza puramente interpretativa, fosse lenta e portasse ogni volta modificazioni lievi, che essa ricevesse sanzione legislativa in grazia a nuove leggi in senso formale, od alla consuetudine.

Checchè sia di ciò, è certo che se vi è un'analogia fra la potestà edittale romana e quella regolamentare moderna [1]); vi è la sostanziale differenza, che l'una poteva essere *contra legem* e l'altra deve rimanere al massimo *intra legem*. Ciò che si può dalla storia della potestà edittale concludere per il diritto pubblico moderno si è che anche in Roma gli organi essenzialmente legislativi furono da soli insufficienti a provvedere alle esigenze della vita giuridica, che si rilevò necessaria l'esistenza di altri organi muniti di un potere discrezionale per provvedervi, e che l'attività legislativa in via generale nacque per essi e si svolse dalla potestà di provvedimenti in casi particolari.

62. Se la storia del diritto romano non si collega direttamente col diritto moderno in tema di facoltà regolamentare, è invece di capitale importanza la storia del diritto pubblico germanico. Poichè, come molte volte fu detto, l'albero della libertà nacque nelle selve teutoniche, e le monarchie germaniche succedute all'impero romano presentano i primi germi dell'ordinamento costituzionale odierno. Questi germi si svolsero e crebbero nella monarchia inglese con alcune interruzioni: perdurarono fino al decimosesto secolo in generale e in qualche caso, anche più oltre nelle monarchie germaniche propriamente dette, si distrussero per opera dell'assolutismo in Francia, in Italia ed altrove, per risorgere soltanto dopo le rivoluzioni del secolo decorso e di questo secolo, sull'esempio inglese più o meno esattamente inteso.

Nella monarchia longobarda [2]) dapprima e quindi in quella carolingia il diritto è costituito dalla consuetudine nazionale che dopo lo stanziamento vien detto *lex terrae*. La sua custodia è affidata a giudici popolari, i quali uniformano le loro sentenze alle norme così sancite dalla tradizione nella coscienza popolare, di cui essi sono interpreti e rappresentanti [3]). Ma le norme di questa *lex terrae* hanno

---

[1]) Per questa analogia vedasi Codacci-Pisanelli, pag. 44. Loening, § 50. Persico, *Dir. amm.*, I, pag. 59.

[2]) Boretius, *Die Capitularien im Longobardenreichen*, p. 2, 3.

[3]) Codacci-Pisanelli, pag. 46.

ben poca estensione. Essa consiste nel diritto di proporre determinate azioni giudiziarie (*legis actiones*) formatesi dalla « consuetudine e dalle quali si sviluppano le massime del diritto materiale privato, cioè del diritto di possesso esteso gradatamente ai beni mobili, ai servi, alle donne, ai figli, alla casa, al podere, più tardi soltanto alla terra lavorabile, come pure le pene per la violazione della comune tranquillità del popolo, secondo il diritto penale medioevale. Essa comprende finalmente la composizione tradizionale dei tribunali con persone del popolo » [1]).

A tutte le altre infinite contingenze sociali, e in particolar modo a tutte le materie amministrative dall'organizzazione delle autorità pubbliche alla polizia, la *lex terrae* non provvede. Provvede invece la potestà di bando (*Banngewalt*) del Re, analoga alla potestà interdittale romana, in quanto essa importa la facoltà di vietare determinati atti sotto minaccia di pene specialmente pecuniarie (*Mulcta, Busse*), ed ha in origine durata temporanea, perchè l'efficacia dell'ordine non eccede la vita di chi lo ha emanato.

Questi ordini divengono perpetui, allorchè la monarchia diviene ereditaria e da particolari, che erano in origine, vengono di poi generalizzandosi e costituendosi in vere norme di diritto.

Ma la potestà di bando era limitata perchè il Re non poteva mutare la *lex terrae;* ed i giudici non erano obbligati ad applicare che questa, giacchè i bandi regi solo, in tanto erano per loro obbligatori, in quanto non oltrepassavano questo limite.

Nessun mezzo vi era in origine, per mutare la *lex terrae,* fuori della consuetudine, la quale nelle materie di diritto pubblico fu facilmente aiutata dalla pratica delle autorità amministrative. In seguito la *lex terrae* potè mutarsi col consenso delle assemblee popolari, al posto delle quali subentrò di poi il consiglio degli ottimati, e quindi la rappresentanza dei ceti, onde derivarono le Camere.

Così nella monarchia carolingia si distinsero le norme giuridiche emanate dal solo Re in virtù della potestà di bando col nome di *capitula per se scribenda,* e quelle emanate col consenso degli ottimati col nome di *capitula pro lege tenenda* [2]).

La *nova lex,* promulgata in quest'ultima forma entrava a far parte della *lex terrae,* e come questa non poteva modificarsi senza il concorso dell'assemblea. Di qui il principio della monarchia carolingia, *lex consensu populi et constitutione regia fit* [3]).

Distinguendo col prof. Codacci-Pisanelli [4]) la funzione legislativa

[1]) Gneist, *Das Englische Verwaltungsrecht,* pag. 119.

[2]) Si conservano pure tracce frammentarie della facoltà di bando nella monarchia anglo-sassone. Cfr. Codacci-Pisanelli, pag. 46. Gneist, op. cit., pag. 118.

[3]) *Edictum Pistense,* anno 864, § 6. Pertz, *Monumenta germ. legg.,* I, pag. 490.

[4]) Op. cit., pag. 50-51.

in una parte positiva, che comprende la formazione di norme non contrarie a quelle esistenti e in una parte negativa, che comprende ogni alterazione diretta od indiretta del diritto vigente, chiaro emerge, che la potestà di bando nelle monarchie germaniche compiva la funzione positiva: e che in origine la funzione negativa fu ristretta alla sola consuetudine e di poi attribuita al Re col consenso della rappresentanza popolare [1]). Data la poca estensione originaria della *lex terrae* è evidente, che la potestà di bando invece aveva in origine estensione amplissima, poco diversa da quella che la potestà legislativa ordinaria potrebbe avere in uno Stato moderno, ove si considerasse come limitata dalla costituzione. Essa venne soltanto restringendosi, quando le deliberazioni degli ottimati, o per l'aspirazione del popolo di non accettare restrizioni di libertà, che non fossero da loro consentite e per tutti uguali, o per il desiderio del Re di attuare più facilmente le riforme, ottenendo questo consenso, si estesero dal campo negativo a quello positivo, e dettarono norme nuove, ma non alteratrici del diritto vigente.

Pertanto in questo periodo la facoltà di bando appare analoga alla potestà regolamentare moderna, in quanto essa contiene norme, e norme che non provengono da quella stessa fonte onde derivano le altre, riconosciute d'ordine superiore, ma bensì dall'autorità governativa.

L'estensione di questa potestà era però infinitamente maggiore, che oggi, perchè la *lex terrae* regolava pochi rapporti. Onde il Re appare investito di una potestà, che non incontra altro limite che questo latissimo limite negativo. L'autorità giudiziaria, secondo il Codacci-Pisanelli, ed anche secondo lo Gneist, rettamente interpretato [2]), è vincolata dai bandi regi condizionatamente in quanto non siano contrari alla *lex terrae* ed agli statuti aggiuntivi: le autorità amministrative vi sono obbligate incondizionatamente.

63. Questa è l'origine comune della facoltà regolamentare regia in Germania ed in Inghilterra. Ma dal decimoprimo secolo il rispettivo svolgimento segue due vie alquanto diverse.

Nell'impero vige il principio carolingio: *lex consensu populi et constitutione regia fit,* e dal dodicesimo secolo nessun atto importante è emanato senza il consenso dei ceti: i quali col decorso dei secoli accrescono sempre più la loro importanza, finchè ai tempi della pace

[1]) Il Sohm, *Fränkische Reichs- und Rechtsgeschichte,* I, pag. 102, dice che la potestà legislativa non esiste nello Stato germanico originario e che la potestà di bando ne è il surrogato. Come si vede dal testo, le due proposizioni sono soltanto parzialmente vere. Codacci-Pisanelli, pag. 49.

[2]) Codacci-Pisanelli, pag. 55-56. Gneist, op. cit., pag. 120. Id. nel *Rechtslexikon* dell'Holtzendorff, voce *Verordnungsrecht,* vol. II, pag. 1059 e segg. Si consulta per alcune idee divergenti Arndt, *Das Verordnungsrecht,* Berlino e Lipsia 1884 pag. 58-60.

di Vestfalia pretendono un vero *co-imperium*. La facoltà regolamentare dell'Imperatore si limita ai soli oggetti a lui riservati per privilegio ed all'esecuzione delle leggi imperiali [1]).

Nei singoli Stati dapprima vige lo stesso principio, nuovamente proclamato dalla Dieta di Worms (1231) [2]). Ma ben presto la cooperazione del monarca e dei ceti vien considerata come un rapporto contrattuale e le facoltà spettanti al monarca nel campo in cui quella cooperazione è esclusa, cioè nel campo delle regalie, si riguardano come suoi diritti patrimoniali. Ciò fa sì che su quelle materie egli abbia una potestà legislativa illimitata e che si trovi in esse di poi un addentellato per radicarvi un'eguale potestà, quando si inaugurerà il regno dell'assolutismo, il quale si afferma in Germania dopo la guerra di trent'anni [3]): e s'era da lungo tempo già affermato in Francia.

In Inghilterra invece cessa il regime costituzionale anglo-sassone con la conquista normanna: ogni potestà legislativa si accentra nel Re, e scompare la garanzia dei giudici popolari sostituiti da commissarii regi. Onde la stessa Magna Charta non è che un'ordinanza regia, un rescritto di grazia confermato con giuramento e non diviene statuto parlamentare, che alla fine del Medio-evo, dopo la sua trentottesima ratifica. Ma, composto il dissidio di nazionalità fra conquistatori e conquistati, il popolo rivendicò le libertà anglo-sassoni: e sotto il regno di Edoardo III legge e ordinanza cominciarono di nuovo a distinguersi da un lato per la forma, l'assenso richiesto dai Parlamenti del Regno, dall'altro per l'efficacia, l'irrevocabilità delle leggi in confronto dei decreti regi, proclamata con legge del 58.° anno del regno di Enrico III [4]). La storia successiva del diritto inglese fino alla seconda metà di questo secolo, senza consacrare un diverso concetto della potestà regolamentare regia, che appare pur sempre come limitata negativamente dal diritto comune e statutario, segna una straordinaria estensione dell'attività legislativa propria con la conseguente riduzione al minimo della facoltà regolamentare regia. Tacendo del diritto privato, di quello penale e procedurale, e di quello finanziario, che sono i primi ad esser regolati dagli statuti, o dalla consuetudine, come già è dimostrato dagli originari principii della *lex terrae*, si può affermare che anche nel campo del diritto amministrativo assunse carattere preponderante ed invadente l'attività parlamentare: e dal secolo XIV in poi si fa strada un'ampia

[1]) Jellinek, pag. 101, 102.

[2]) « *Ut neque principes neque alii quilibet constitutiones vel nova iura facere possint nisi melioribus et maioribus terre consensus primitus habeatur* ». Pertz, *Mon. Germ. Legg.*, II, pag. 283.

[3]) Codacci-Pisanelli, pag. 61. Gneist, op. cit., pag. 124.

[4]) Gneist, op. cit., pag. 122.

e minuta legislazione di polizia, in ordine alla pace pubblica, al lavoro, alla mendicità ed al vagabondaggio, alla regolamentazione del lusso e dei costumi. La stessa facoltà regolamentare degli enti locali (parrocchie, città, contee) è ordinata dagli statuti, o quanto meno da essi delegata: perchè gli enti locali nel diritto inglese non sono considerati come organizzazioni naturali, ma divisioni territoriali dello Stato, i cui poteri sono specificatamente enumerati dalla legge. Onde la loro potestà regolamentare è stabilita o dalle leggi generali o dai *bills* privati caso per caso (carte di incorporazione) [1]). Una maggiore estensione della potestà regolamentare regia si ha temporaneamente sotto gli ultimi Tudor e sotto gli Stuards, i quali reclamano il privilegio di esercitare una potestà legislativa nel campo delle loro prerogative, come per la dispensa dalle leggi per ragioni di equità, nelle concessioni di amnistie, nell'imposizione di alcuni tributi tradizionali considerati come patrimonio regio nell'ordinamento del commercio, ed in tutte le altre prerogative delle quali alcune soltanto tuttora sussistono (rapporto coll'estero, ordini cavallereschi, ecc.).

Col *bill* sull'*habeas corpus* del 1679 e col *bill* dei diritti del 1688, tutte quelle prerogative esorbitanti furono abolite: il divieto di sospendere, abrogare, dispensare dalle leggi con ordinanze regie rinnovato e rafforzato.

Ond'è che d'allora in poi ogni potere regio di emanare norme giuridiche solo in tanto fu possibile, in quanto fosse riconosciuto od accordato dal diritto vigente. Non già che si disconosca la origine storica della monarchia, la sua formazione indipendente da una spontanea decisione popolare: nè che possa ritenersi col Blakstone (*Comm.*, I, 270) che al Re è lecito solo emanare regolamenti per assicurare l'esecuzione delle leggi già esistenti. Certo in Inghilterra esiste un potere regolamentare che non è meramente esecutivo, che non si riannoda ad alcuna legge formale o statuto parlamentare, che dir si voglia. Ma questo potere si fonda, se non sulla legge scritta, certo sul diritto consuetudinario, sulla *common law*. Questo potere regolamentare può in confronto dell'altro potere d'esecuzione dirsi indipendente: ma non può concepirsi più come un resto dell'antica sovranità assoluta, come una specie di diritto naturale o divino del Re: esso si fonda come ogni altro potere sul diritto vigente [2]). E, se non la lettera dei due *bills* d'*habeas corpus* e dei *diritti* almeno il loro spirito, quale fu chiarito dalla loro successiva consuetudinaria interpretazione, importò la proclamazione di ogni libertà politica e civile dei sudditi, come parte integrante della *common law* inglese.

[1]) Goodnow, *Comparative administrative law*, I, pag. 173, 222.

[2]) Jellinek, pag. 24-25.

64. Mentre tale era lo svolgimento del diritto pubblico inglese in materia, sul Continente e più particolarmente sugli Stati germanici, in Francia e nelle monarchie italiane prevaleva l'assolutismo.

L'assolutismo importa che ogni potestà legislativa si accentri nel Re: e per conseguenza cancella l'essenziale carattere distintivo fra legge e regolamento: l'esistenza cioè di organi distinti, che abbiano potestà di emanare norme giuridiche, di valore incondizionato per l'organo supremo, e di valore condizionato per l'organo inferiore: esso distrugge pure la garanzia che sorge dal controllo dei giudici, i quali da popolari divengono regi.

Tuttavia neppure nelle monarchie assolute si perde ogni distinzione fra queste due diverse fonti giuridiche. In primo luogo se tale separazione è difficile a farsi per quanto riguarda l'attività del monarca, è d'uopo ricordare che esso per l'esecuzione dei suoi comandi deve contare sulle autorità inferiori, burocratiche o locali (Comuni), e deve lasciare loro ben spesso qualche potere discrezionale: nei limiti di questo potere le autorità inferiori possono esercitare una facoltà regolamentare. Non sempre si riconosce, nel diritto delle monarchie assolute questo fatto: poichè spesso si afferma che anche questi atti hanno valore incondizionato di legge, perchè sono espressamente o si presumono tacitamente approvati dal sommo imperante. Ma talora non si ricorre a questo principio o lo si applica alle sole autorità supreme più vicine a lui. Non è possibile, in difetto di norme certe, designare il contenuto ed i limiti di questa facoltà regolamentare, neppure per molti dei principati assoluti italiani più vicini a noi ed anteriori appena alla costituzione del Regno. Ma basterà in proposito citare due esempi: l'uno antico, tratto dal diritto imperiale romano, e che pertanto ha certo servito come regola giuridica nelle monarchie successive: moderno l'altro e tale da far presumere la continuità del principio.

Nell'impero romano i prefetti del pretorio avevano una facoltà regolamentare limitata dalle leggi e dalle costituzioni imperiali: le norme generali da essi emanate col nome di *formae, edicta, programmata, praecepta, commonitoria,* avevano valore obbligatorio, ove, rispettato quel limite, non fossero innovate dall'Imperatore [1]).

Nel granducato di Toscana, per accennare al secondo esempio, asserisce il Forti [2]), che il legislatore oltre il principe emana le norme

[1]) L. 2 Cod. *De off. praef. praet.*, I, 26. « *Formam a praefecto praetorio datam, si* generalis *sit, numme legibus vel constitutionibus contraria, si nihil postea ex auctoritate mea innovatum est servari aequum est* ». Alcuni di questi regolamenti servivano di accompagnamento a costituzioni imperiali (regolamenti d'esecuzione): ne esistono diversi testi, il cui contenuto si riferisce, di regola, all'amministrazione, alla procedura, al diritto privato. Landucci, *Storia del diritto romano*, I, pag. 239, nota 4.

[2]) *Ist. di diritto civile patrio*, Firenze, 1863 pag. 7-9.

generali, e vige in proposito la regola di Ulpiano: *quod principi placuit leges habet vigorem.* Ma essendo impossibile tutto provvedere è necessario lasciare un qualche arbitrio ai ministri dell'esecuzione. « Questa autorità rimessa alla discrezione dei magistrati, o si esercita caso per caso, secondo le particolari occorrenze, o si mette in opera mandando fuori dei regolamenti, che provvedano innanzi tratto ai particolari che furono trascurati dalla legge ». Tale potestà è però dalla legge limitata, e se non si può ritenere in Toscana che un controllo su questo limite si esplichi sui regolamenti della Consulta, del Presidente, del buon Governo, della Segreteria, degli I. R. Diritti, attesa la tacita approvazione del sovrano, essa si applica agli editti dei magistrati inferiori, governatori, gonfalonieri, vicari, ecc.

Anche nella stessa attività regia vi è possibilità talora nelle monarchie assolute di distinguere la legge dal regolamento. È difficile la distinzione e non può farsi che caso per caso senza sicurezza di criteri uniformi quando non siavi fra i vari atti regi netta differenza di forma: tuttavia dall'importanza del contenuto, dalla solennità della pubblicazione, dal nome si può talora trarre qualche presunzione non errata [1]). Sopra tutto ove sullo stesso argomento vi siano due atti sovrani generali, dei quali l'uno posi i principii supremi di diritto, l'altro stabilisca le disposizioni secondarie, ove si possa accertare che il secondo non importa interpretazione autentica, è lecito concludere che l'uno è legge, l'altro regolamento [2]).

Ove poi vi sia distinzione di forma fra i vari atti regi, la distinzione del problema è più facile: così negli Stati sardi le norme emanate con decreti e regi viglietti e nel reame di Napoli quelle emanate con decreti hanno valore soltanto regolamentare [3]).

La distinzione ha importanza nel diritto vigente quando si voglia sapere se un atto di un Governo cessato debba essere modificato con legge o con regolamento [4]), ed è per ciò che abbiamo specialmente ricordato esempi italiani. Ma, come è stato più volte detto, fuori del regno di Sardegna e di quello delle Due Sicilie mancano criteri sicuri. Fortunatamente le fonti di diritto, emananti dagli antichi Governi e tuttora in vigore, non sono molto numerose e poco in-

[1]) Gneist nel *Lexikon* di Holtzendorff, voce *Verordnungsrecht*, IV, pag. 1062.

[2]) Anche nello Stato costituzionale quando il Governo è autorizzato ad emanare leggi per delegazione espressa del Parlamento esso, pur concentrando in quel caso i due poteri dello Stato, può emanare come decreto legislativo le norme fondamentali e riservare ad un decreto regolamentare le norme secondarie, preparandosi così la facoltà di mutare queste in avvenire a suo arbitrio. Qualcosa di simile fu fatto recentemente a proposito dell'ordinamento dell'esercito.

[3]) Vedi n. 37.

[4]) Gneist, *Das Engl. Ver. Recht.*, pag. 124. Codacci-Pisanelli, pag. 63, 64.

gombro può venire all'attività del Parlamento italiano, se anche, per difetto di criteri distintivi, esse dovessero, secondo la regola di Ulpiano, considerarsi tutte come legislative e ritenersi modificabili solo per legge.

65. La distinzione chiara fra legge e regolamento riappare sul continente colla cessazione dell'assolutismo, dopo la rivoluzione francese. Ma questa rivoluzione e la ricostruzione successiva dello Stato fu fatta in base alla teoria della divisione dei poteri, la quale richiedeva, che ogni emanazione di norme spettasse al Parlamento, e che il Governo fosse ridotto alla mera esecuzione, rappresentando l'uno la volontà, la testa, l'altro la forza esecutrice, il braccio. Di qui la tendenza a rendere nulla o per lo meno a ridurre al minimo la potestà in discorso. Il decreto 1.° ottobre-3 novembre 1789 stabilisce, che il potere esecutivo non possa far leggi nemmeno provvisorie, ma soltanto proclami conformi alle leggi per ricordarne o rafforzarne l'osservanza: e parimenti la costituzione del 3 settembre 1791 restringe al massimo le facoltà discrezionali del Governo. La rivoluzione però è costretta a ricostruire un'ampia sfera regolamentare a favore degli enti locali: ma, quanto al Governo centrale, la sua tendenza ad annullarlo giunge fino al punto del massimo assorbimento sotto la Convenzione. Il Direttorio riacquista una più ampia potestà regolamentare. La costituzione consolare dell'anno VIII riduce invece al minimo la facoltà legislativa, e, mentre le Camere hanno un semplice diritto di veto, il Governo acquista od usurpa una così larga potestà di dettar norme, che la intera riorganizzazione della Francia è opera di regolamenti di amministrazione pubblica. Napoleone giunge a ricostituire a suo profitto la monarchia assoluta.

La Carta del 1815 attribuisce al Re la facoltà di emanare regolamenti ed ordinanze per l'esecuzione delle leggi e per la sicurezza dello Stato. Come giustamente osserva il Codacci-Pisanelli [1]), la facoltà regolamentare da un lato viene così concepita come semplicemente esecutiva e dall'altro è enunciata in una formula ambigua, che, interpretata come implicante un diritto di sospensione delle leggi, porta alle ordinanze di luglio ed alla caduta dei Borboni. La Carta del 1830 riduce la facoltà regolamentare all'emanazione dei regolamenti necessari all'esecuzione delle leggi ed aggiunge il divieto di dispensa e di sospensione, secondo una formula che è destinata ad essere raccolta da molte costituzioni straniere, e, quanto alla prima sua parte, a non essere mai rispettata per necessità di cose e a contraddire altre norme espresse dalle costituzioni medesime. Appena è d'uopo ricordare che la seconda repubblica non ammette, almeno in

[1]) Op. cit., pag. 67.

teoria, facoltà regolamentare e che il secondo impero vi dà invece un ampio svolgimento [1]).

66. Date queste poche nozioni intorno alla storia della facoltà regolamentare, non ci resta, che vedere sommariamente quale sia la sua natura e la sua estensione nel diritto pubblico odierno dei principali Stati.

In Inghilterra fino al principio della seconda metà di questo secolo la facoltà regolamentare di qualunque organo e di qualunque specie fu molto limitata, perchè gli atti del Parlamento erano numerosissimi, coprivano, come fu già detto, ogni campo dell'attività dispiegata dallo Stato ed anche dagli enti locali coi *bills* privati, ed erano molto prolissi, minuti, particolareggiati, non lasciando così che una minima sfera discrezionale. Dopo la seconda metà del secolo si riscontrò opportuno di riaprire una più ampia sfera regolamentare al Governo, e ciò si fece mediante clausola di autorizzazione, che gli permetteva di mutare con ordinanza ciò che era stabilito per legge [2]).

In Inghilterra esistono quindi dei regolamenti indipendenti la cui emanazione non è autorizzata da alcuno statuto o giustificata dalla necessità di fare eseguire norme statutarie, ma si fonda direttamente sulla *common law*, dei regolamenti di esecuzione, per l'applicazione speciale delle norme generali enunciate in uno statuto e dei regolamenti delegati che in base a speciale autorizzazione dettano norme *praeter* ed eventualmente *contra legem*.

Poche sono le materie dalla *common law* lasciate alla discrezione della Corona: poichè la *common law* proclama tutte le libertà dei cittadini, le quali pertanto non possono esser toccate che con atto del Parlamento. Le ordinanze indipendenti riguardano quindi il campo dell'esecuzione dei trattati internazionali, della limitazione alla libertà commerciale in tempo di guerra o di epidemia, sull'ordinamento delle colonie, se ed in quanto non siano autonome, sull'organizzazione delle pubbliche autorità amministrative burocratiche, sugli ordini cavallereschi. Esse si emanano sotto forma di *Orders in Council* [3]). Tutti gli altri regolamenti emanati dal Governo centrale, ora dalla Corona (*Royal Warrants*), ora dai ministri o consigli esecutivi (*Regulations*), hanno nel complesso minore importanza ed estensione che da noi, perchè le leggi sono sempre molto particolareggiate. Per quanto rilevasi dallo Gneist, la sfera regolamentare è più ampia che non in Italia, per ciò che riguarda lo stato degli impiegati, specialmente degli affari esteri, della guerra, della marina e la po-

[1]) Sulla storia delle facoltà regolamentari in Francia vedi, oltre il Codacci-Pisanelli citato, Jellinek, pag. 84 e segg. Hello, *Du régime const.*, pag. 317 e segg.

[2]) Gneist, op. cit., pag. 129.

[3]) Gneist, pag. 126. Todd, *Il Governo parlamentare in Inghilterra*, pag. 260.

lizia dei poveri, e la procedura civile e penale [1]: è eguale circa alla nostra per ciò che concerne la disciplina dell'esercito, i servizi postali e telegrafici, la polizia sanitaria e le scuole: molto più ristretta e in certi casi quasi nulla nelle materie finanziarie, la polizia della stampa, delle associazioni, delle cose pubbliche, delle carceri, ecc.

La facoltà regolamentare dei magistrati locali (giudici locali) e degli enti locali (parrocchie, città, città-contee, contee) è sempre delegata, o con *bill* generale o con *bill* privato.

I tribunali nell'esercizio della legislazione ordinaria e di quella amministrativa conoscono della legittimità di questi regolamenti, in quanto siano dinanzi ad essi invocabili.

67. Gli Stati Uniti d'America presentano l'esempio di un paese in cui si è attuata più rigorosamente la divisione dei poteri: per conseguenza le norme giuridiche sono ivi emanate quasi per intero dalle legislature. L'assenza poi di gerarchia nei pubblici uffici, per il fatto che essi sono in massima parte elettivi, e quindi dipendenti dal popolo e non dai superiori, fa sì che i funzionari non possano avere altra guida nell'esercizio dell'amministrazione, che la legge; e che essa debba pertanto dettare il maggior numero possibile di norme. Tuttavia, mentre si lamenta in teoria, che gli organi parlamentari siano inadatti a dettare norme minute e secondarie, efficacemente utili e previdenti tutti i casi, si ricostruisce in pratica negli Stati Uniti una facoltà regolamentare. Ai funzionari viene ora riconosciuta in molti casi una sfera discrezionale e la conseguente potestà di emanare norme, anche senza espressa delegazione, nei limiti di questa sfera di arbitrio [2]. D'altro canto si estende l'uso di delegare la facoltà regolamentare espressamente, sia alle autorità centrali, sia a quelle locali, sia alle contee ed ai Comuni [3]. Onde la riforma del servizio civile, ossia le norme sullo stato degli impiegati dell'Unione diretta a sottrarli alla fluttuazione dei partiti, fu fatta mediante regolamenti presidenziali [4]. Vi è perfino chi sostiene che il Presidente dell'Unione abbia facoltà di emanare ordinanze di necessità in caso di guerra [5].

68. In Francia la legge costituzionale, 25 febbraio 1875, non parla nemmeno di un potere regolamentare del Governo centrale. Essa dice soltanto che il Presidente « promulga le leggi che sono state votate dalle due Camere: ne sorveglia ed assicura l'esecuzione ». Da

---

[1]) Questa potestà regolamentare è attribuita ai tribunali. Vedi n. 19 in nota.

[2]) Goodnow, *Administrative comparative law*, I, pag. 227, 228 e le decisioni delle Corti a nota 1, pag. 28, pag. 80-81.

[3]) Ivi, I, pag. 72, II, pag. 110.

[4]) Goodnow, II, 34.

[5]) Ivi, I, pag. 32. Dumring nel *Poitical Science Quarterly*, III, 454. Contra Schlief, *Die Verfassung der N. A. Union*, Lipsia, 1880, pag. 371 e segg.

quest'ultimo inciso è stata giustificata la facoltà regolamentare del Presidente, la quale in realtà sussiste in larga misura. « È stato ammesso con formola generale — dice il Fuzier-Hermann [1]) partendo pur tuttavia dal principio della separazione dei poteri — che i regolamenti sono fatti soltanto in esecuzione alle leggi...: ma la pratica sfugge a questa finzione, e, con le riserve che vedremo più oltre, sembra giusto di affermare che il diritto di regolamentazione esercitato dall'autorità esecutiva si estende fin dove è possibile senza contrastare con alcuna legge esistente ».

Si distinguono due specie di regolamenti emananti dal Presidente della Repubblica: regolamenti di esecuzione, che sono inerenti al potere esecutivo e possono emanarsi senza alcuna delegazione [2]): regolamenti delegati, che sono emanati in virtù di una autorizzazione espressa di una legge. Forse si potrebbero riscontrare in Francia anche regolamenti indipendenti: poichè questi furono pubblicati in larga misura dai precedenti Governi, specialmente da quelli imperiali: onde la loro modificazione è lasciata al Governo [3]).

Il largo uso della potestà regolamentare fatto da quei Governi, e la consuetudine che le leggi posino soltanto i principii generali, fanno sì che la facoltà regolamentare sia molto estesa, forse più che da noi.

I regolamenti generali si distinguono anche in regolamenti di amministrazione pubblica e decreti regolamentari: i primi debbono essere deliberati in Consiglio di Stato: essi corrispondono, secondo la opinione prevalente, ai regolamenti delegati [4]).

I ministri non hanno potestà regolamentare propria: l'hanno anche di rado delegata. I prefetti hanno una facoltà regolamentare propria in tutte le materie interessanti la sicurezza del dipartimento: essi incontrano però tre limiti: nelle leggi, nei regolamenti generali e nella facoltà regolamentare dei sindaci. Essi hanno anche una potestà delegata volta a volta da varie leggi [5]). I sindaci hanno una potestà regolamentare assai ampia e loro delegata in via generale secondo la formula — sicurezza, tranquillità, salubrità. I limiti sono quelli precedentemente indicati, aggiuntovi quello di rispettare i regolamenti dipartimentali.

Il limite assoluto e generale è quello, che nessun regolamento può violare la legge, può imporre pene non prescritte dal codice penale (art. 471, n. 15) o da leggi speciali, violare diritti acquisiti. I tribunali ordinari, sebbene di regola non possano conoscere degli

---

[1]) *La séparation des pouvoirs*, pag. 313.

[2]) Fuzier-Hermann, pag. 382, 383. Ducrocq, *Droit administratif*, I, pag. 57.

[3]) Haurion, *Précis de droit adm.*, pag. 65.

[4]) Fuzier-Hermann, pag. 387.

[5]) Ducrocq, op. cit., pag. 107.

atti amministrativi, sono competenti a dichiarare la loro legittimità sia in ordine alla competenza, sia in ordine al contenuto intrinseco. Contro i regolamenti è aperta la via al ricorso contenzioso per eccesso di potere al Consiglio di Stato [1]).

69. Nel Belgio l'art. 67 della Costituzione dispone: « Il Re fa i regolamenti ed i decreti necessarii alla esecuzione delle leggi, senza potere mai sospendere le leggi stesse, nè dispensarne dalla esecuzione ».

Il potere regolamentare del Re del Belgio è quindi completamente diverso da quello del Re dei Paesi Bassi secondo la Carta del 1815: poichè questi poteva emanare regolamenti in qualunque campo non preoccupato dalla legge.

Tuttavia non è nemmeno detto che ogni regolamento debba riannodarsi immediatamente ad una legge; la facoltà regolamentare può invece fondarsi direttamente sulla Costituzione. Quindi, sebbene possa a prima vista apparire il contrario, vi sono anche in diritto belga regolamenti indipendenti, e ciò è particolarmente vero in materia di polizia. I relativi provvedimenti, per essere essenzialmente variabili secondo le persone, i luoghi, le circostanze, sono stati attribuiti piuttosto al Re che al Parlamento. Ciò in forza della Costituzione del 3 settembre 1791 che dichiara essere il Re il capo dell'amministrazione generale del regno, e gli attribuisce la cura di vegliare al mantenimento dell'ordine e della tranquillità pubblica.

Uguale principio deriva dalla Costituzione vigente (art. 26 e 67), che riconosce al Re la pienezza del potere esecutivo. La facoltà regolamentare di polizia del Re è estesissima, entro i limiti del diritto vigente [2]): per citare un solo esempio l'intera materia degli stabilimenti insalubri e pericolosi è regolata con decreti regi [3]).

Inoltre il potere regolamentare regio può derivare da una delegazione espressa. La facoltà regolamentare dei ministri è delegata dal Re o dalla legge.

La facoltà regolamentare dei Comuni o delle Provincie è amplissima. Dall'art. 85 della legge provinciale risulta che le Provincie possono emanare regolamenti in tutte le materie non regolate dalla legge. o da regolamenti generali; anche ove non si tratti di vere materie di polizia: a lor volta i Comuni hanno lo stesso potere, rispettati oltre i limiti sopra indicati anche i regolamenti provinciali (legge comunale, art. 77) [4]). Tuttavia vi sono argomenti di interesse o strettamente provinciale o strettamente comunale delegati dalla legge

[1]) Fuzier-Hermann, op. cit., pag. 383. Chauveau et Faustin, *Théorie du Code pénal*, VI, cap. 84, n. 2528.

[2]) Vedi, su quanto è detto nel testo, Giron, *Droit adm. de la Belgique*, I, pag. 92.

[3]) Giron, III, pag. 251.

[4]) Op. cit., I, pag. 93.

in modo espresso all'uno o all'altro ente, con esclusione di ogni diversa autorità, quella regia compresa.

I tribunali possono conoscere della legittimità dei regolamenti [1]).

70. In Germania il concetto del potere regolamentare regio è, secondo i diversi Stati, molto diverso. In taluni Stati, come nella Baviera, nel Baden, nell'Oldemburgo, i poteri delle Camere sono enumerati: quelli del Re invece indefiniti, proclamandosi che il Re riassume in sè tutta la sovranità [2]). Nell'Impero ed in Prussia la potestà legislativa è attribuita senza limiti al Parlamento e la facoltà regolamentare regia è contemplata con formule, che, pur tacendo del divieto di dispensare e sospendere le leggi, il quale si considera implicito, non sono diverse da quelle della Costituzione belga ed italiana [3]).

Per gli Stati della prima categoria sembra che non possa dubitarsi, che il Re può emanare regolamenti in tutti i campi non preoccupati e non preoccupabili dalla legislazione.

Per gli Stati della seconda categoria le opinioni sono molto divise. La maggior parte degli scrittori tedeschi distingue in proposito i regolamenti giuridici (*Rechtsverordnungen*) che contengono regole di diritto obbiettivo, comandi e divieti rivolti direttamente ai sudditi, e i regolamenti amministrativi (*Verwaltugsverordnungen*) che dettano soltanto norme direttive per l'attività dei funzionarii, l'organizzazione degli uffici e dei pubblici Istituti.

I primi non possono essere emanati secondo il diritto dell'impero e quello del regno di Prussia, che in virtù di una delegazione espressa e speciale: perchè sono veri atti legislativi e cadono quindi di regola nella competenza del Parlamento; i secondi fanno parte dei poteri ordinarii dell'amministrazione e non richiedono una delegazione espressa [4]). Vedremo più oltre perchè questa distinzione non ci sembra esatta.

Altri scrittori, sia che l'accolgano, sia che la neghino, dicono che nell'impero i regolamenti, e fra questi anche i regolamenti giuridici, possono emanarsi in virtù di un potere generale attribuito direttamente dalla Costituzione ai vari organi amministrativi e specialmente al *Bundesrath* ed all'Imperatore. Nel regno di Prussia poi, nel quale la monarchia non è creata *ex-novo* dalla Costituzione, ma preesistendo ad essa, è soltanto da essa limitata, può il Re emanare regolamenti, anche giuridici in tutti i campi non preoccupati dalla

[1]) Op. cit., II, pag. 118 e 234 e segg. e 247 n. 753.

[2]) Sarwey, *Allg. Ver. Recht.*, pag. 35. Cost. Bavarese, 1818, tit. 2, § 1, tit. 7, § 2; id. Badese, 1818, § 65; id. Oldemburghese, 1848, art. 153.

[3]) Cost. dell'Impero, art. 5 e 7. Cost. Prussiana, art. 45, 62.

[4]) Laband, I, pag. 562 e segg. e particolarmente pag. 566 e segg. Seligman, pagina 113 e segg. Anschütz, pag. 72. Jellinek, pag. 373. Hänel, *Staatsrecht*, I, pag. 279 e segg. Löning, pag. 230.

legislazione, o alla legislazione non riservati espressamente secondo la Costituzione [1]).

La facoltà regolamentare regia può essere delegata ai ministri, i quali, al pari delle autorità locali, hanno una larga facoltà regolamentare di polizia delegata dalla legge, sia in via generale, sia sopra oggetti determinati e speciali [2]).

L'autorità giudiziaria in generale può, in Germania, controllare la legittimità dei regolamenti; in Prussia, per l'art. 91 della Costituzione, sono però sottratti a questo controllo i regolamenti regi debitamente pubblicati. Per i regolamenti di polizia esiste un sistema di ricorsi contenziosi amministrativi.

CAPO II.

GIUSTIFICAZIONE LOGICA DELLA FACOLTÀ REGOLAMENTARE E SUA ESSENZA.

SOMMARIO. — 71. Insufficienza ed incapacità degli organi parlamentari ad emanare tutte le norme giuridiche. — 72. Facoltà discrezionali del Governo. — 73. Vantaggi della facoltà regolamentare. Possibili abusi. — 74. Regolamenti giuridici e regolamenti amministrativi. Inesattezza della distinzione. — 75. Natura giuridica dei regolamenti d'esecuzione. — 76. Id. dei regolamenti d'organizzazione. — 77. Id. dei regolamenti concernenti l'attività sociale. — 78. Istruzioni e circolari.

71. La breve esposizione della storia e del diritto comparato intorno alla facoltà regolamentare dimostra che in nessun paese ed in nessun tempo essa manca assolutamente: e che vi può essere questione soltanto sopra i suoi limiti. Sorge quindi naturale la domanda: perchè mai non si può operare in tema di norme giuridiche una netta divisione di funzioni, per modo, che, secondo la teoria della separazione dei poteri, la facoltà di creare il diritto spetti ad un solo organo e, in particolare negli Stati costituzionali, al Parlamento?

La ragione di questo fatto costante va ricercata nella stessa natura umana. È nella natura dell'uomo che nessuna personalità, e quindi nessun organo dello Stato, che necessariamente è costituito

[1]) Arndt, *Das Verordnungsrecht*, pag. 68 e segg. Stein, *Verwaltungslehre*, I, pag. 70 e segg., 135 e segg., 209. *Handbuch der Verwaltungslehre*, pag. 30 e segg. Gneist, *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, pag. 72-75 e nel *Rechtslexikon* di Holtzendorff, v. *Verordnung*, III, pag. 1063. Sarwey, op. cit., pag. 35-37.

[2]) Löning, op. cit., pag. 234. Rosen, *Polizei Verordnungsrecht*, Breslavia, 1882. Parey, *Polizei-Straf-Verordnungsrecht*, Berlino, 1882. Gerland, *Das Recht der Polizei Verordnungen*, Hannover, 1885.

da una o più persone, si possa pensare senza una iniziativa non già sconfinata, ma libera entro certi confini, ed una corrispondente attività discrezionale. Non è possibile supporre una qualunque personalità soggetta ad una volontà estranea per tal modo, che essa non sia altro che una semplice esecutrice. La più superficiale osservazione della vita giornaliera ci insegna questa lezione. Lo stesso còmpito affidato a due diverse persone non può mai essere eseguito, quando pure giungasi allo stesso resultato, in modo identico: una qualche differenza, sia pure in cose di secondario momento, si rivela sempre. È tanto difficile trovare in questo mondo due azioni, come due cose assolutamente uguali.

Come è contro la realtà che una persona fisica sia completamente determinata nelle sue azioni da una volontà estranea, così è anche più difficile che la vita reale dello Stato sia *a priori* senza eccezione governata dalla legge. La legge è una regola astratta che non può possedere la flessibilità necessaria per adattarsi a tutte le varie esigenze della vita sociale. La vita sociale, infatti, è regolata da forze, la cui azione è mutevole, da accidenti, che sono assolutamente imprevedibili: gli organi legislativi sono incapaci a provvedere con sufficiente prontezza a questi vari casi. Anche nel campo delle norme più costanti vi sono pur sempre regole di carattere tecnico e secondario, che sfuggono alla competenza delle assemblee parlamentari. Data la loro composizione, la necessità che in esse prevalga l'elemento popolare e politico all'elemento tecnico e scientifico, è impossibile che esse risolvano certe questioni con conoscenza di causa. In molte materie, se le assemblee legislative fossero chiamate a decidere, esse potrebbero soltanto approvare i progetti presentati dai ministri competenti. In questi casi è invece minor consiglio lasciarne ai ministri medesimi l'iniziativa intera ed insieme la responsabilità.

Non si può quindi, nè concepire, nè consigliare che gli organi amministrativi dello Stato si limitino ad una semplice esecuzione delle norme contenute nelle leggi formali. Uno Stato non è concepibile senza governo, e governo è per la sua essenza potestà di agire, non certo arbitrariamente, ma liberamente [1]).

Queste considerazioni che ai primi scrittori costituzionali, specialmente francesi, nel loro giusto sentimento di reazione contro l'assolutismo, sono sfuggite, spiegano e giustificano l'esistenza di molte e larghe facoltà discrezionali degli organi amministrativi. Ma all'esercizio di questo giusto arbitrio può parere sufficiente l'emanazione di provvedimenti singoli. Resta a determinarsi come e perchè la po-

[1]) Codacci-Pisanelli, op. cit., pag. 25-12. Jellinek, pag. 369-70. Stein, *Verwaltungslehre*, Stuttgard, 1869, I, pag. 73-79.

testà discrezionale dal provvedimento singolo si allarghi ed estenda fino a divenire potestà regolamentare.

72. Lo Gneist spiega questo fenomeno con la regola: « Ciò che l'autorità può comandare e vietare in ogni singolo caso, può comandarlo o vietarlo in generale per tutti i casi simili dell'avvenire ». Questa regola, che contiene una grande ed importante verità, va però intesa con qualche maggiore determinazione. Infatti essa non è esatta quando la potestà di comandare e di vietare sia puramente esecutiva. Per citare un esempio la legge elettorale non lascia alcun campo alle autorità amministrative che hanno il còmpito di eseguirla: esse hanno l'ufficio di provvedere in ogni singolo caso all'iscrizione dei cittadini sulle liste elettorali, ove concorrono i requisiti voluti: ma da questa facoltà di provvedimento singolo non nasce una facoltà regolamentare: poichè non essendovi discrezionalità non vi è luogo a dettare norme. Ed invero la legge elettorale non ha regolamento. Dunque è più esatto il dire che ovunque siavi una facoltà di provvedimento singolo *discrezionale,* può nascere una facoltà regolamentare. Ed è ciò appunto che la storia e il diritto comparato riassunti nel precedente capitolo indiscutibilmente ci insegnano. Ma anche quando vi è una potestà discrezionale può darsi che sia interdetto l'uso della facoltà regolamentare. L'emanazione di norme, come abbiamo già veduto in genere, e come per i regolamenti vedremo in specie fra breve, in tanto è utile, in quanto vincola l'arbitrio dell'autorità: è questo il carattere delle norme giuridiche. Ora può accadere, che al Governo sia attribuita una facoltà discrezionale, coll'intenzione che nell'interesse dello Stato non vi ponga mai alcun vincolo e non l'usi che caso per caso. Questa ipotesi è rara: non è però impossibile. Si pensi infatti alla facoltà discrezionale dell'amnistia. Il Re può con suo decreto abolire le azioni penali ed estinguere le pene; e ciò fa caso per caso [1]). Egli tuttavia non potrebbe mai con un regolamento dettare delle norme su questa sua prerogativa, vincolandosi per l'avvenire. E ciò non solo ove di questa facoltà facesse uso per modificare, con intenzioni anti-costituzionali, il diritto penale. L'esempio di Giacomo II d'Inghilterra che nel 1688 perdette il trono per aver fatto qualcosa di simile in odio alle leggi penali contro i cattolici, dimostra l'illegittimità di un tale procedere in questo caso. Ma il Re potrebbe usare di questa estensione regolamentare del potere d'amnistia anche per scopi non riprovevoli ed eventualmente vantaggiosi. Nulla infatti vieterebbe in Italia al Re, caso per caso, di far amnistia condizionale a tutti i colpevoli di un reato portante pena minima, non recidivi. Ma egli non potrebbe mai emanare un regolamento col quale si obbligasse a fare amnistia in

[1]) Cod. proc. pen., art. 830.

tutti i casi analoghi dell'avvenire, introducendo così nel nostro diritto la massima sancita in Francia con la legge Béranger od in Inghilterra col *First Offender act,* massima che non si è voluta accogliere nel nostro diritto.

73. Fatta questa eccezione non vi può essere dubbio, che ogni qualvolta l'amministrazione ha una facoltà discrezionale, e soltanto quando ha una tale facoltà, può emanare in via generale ed astratta le regole che intende seguire nell'esercizio della medesima. Anzi ciò non solo è possibile, ma ben anco desiderabile.

Ed invero, rispettati certi limiti, salvo il verificarsi di abusi, a rimediare i quali devono esistere opportuni controlli, l'esercizio della facoltà regolamentare è una garanzia di libertà, di eguaglianza, di giustizia, e non mai di un pericolo per i cittadini. Certamente, come lo Stein medesimo riconosce [1]), l'ideale sarebbe che tutto il diritto vigente fosse costituito dalla legge: ma, poichè ciò non può essere, è d'uopo scegliere fra una potestà discrezionale dell'amministrazione esercitata senza regole, o esercitata con regole, da essa medesima anticipatamente proposte. Fra le due ipotesi non può esser dubbia la scelta.

La facoltà regolamentare non può e non deve oltrepassare quei confini, che avrebbe la potestà di provvedimento discrezionale singolo. Quindi essa non può stabilire alla libertà dei cittadini limiti maggiori di quelli fissati dalla legge. Essa invece nel campo dei rapporti lasciati all'arbitrio dell'amministrazione compie di nuovo ed in particolare la stessa funzione politico-sociale, che nel campo di tutti i rapporti sociali si compì in passato ed in generale coll'emanazione delle supreme norme giuridiche in via legislativa e col formarsi della coscienza, che esse vincolano in pari tempo Stato e cittadini. L'emanazione di regolamenti in particolare, come in generale l'emanazione delle leggi, crea un diritto obbiettivo coi conseguenti vantaggi dell'ordine, dell'eguaglianza, della capacità a generare diritti subbiettivi [2]).

L'ordine importa l'unità di direzione e di azione dell'organismo amministrativo; l'eguaglianza esclude, che per influenze parlamentari, per spirito di partito, per corruzione od altro biasimevole motivo si trattino cittadini, che vengono in contatto coll'amministrazione in modo diverso, come facilmente potrebbe accadere, ove esistesse l'arbitrio caso per caso: l'esistenza di diritti subbiettivi fondati sulle norme permette che si creino controlli sull'operato dell'amministrazione, e si garantiscano e conservino gli altri vantaggi.

[1]) *Verwaltungslehre,* I, pag. 73.
[2]) Jhering, *Zweck im Recht,* I, pag. 352-53.

In pari tempo la maggior facilità con la quale si manifesta la volontà dell'amministrazione in confronto della volontà degli organi legislativi facilita la modificabilità delle norme, secondo i bisogni, la ricerca sperimentale delle regole più adatte colla vita sociale.

Ciascuno di questi vantaggi può con un uso non corretto della facoltà regolamentare convertirsi in un danno: si può per abuso della facoltà regolamentare assorbire l'iniziativa individuale con un eccessivo accentramento, resistere alla sana influenza parlamentare, alterare con mutazioni non appariscenti ma profonde la volontà legislativa: determinare un'instabilità morbosa delle norme, e sanzionare l'arbitrio burocratico colla parvenza del rispetto alla regola. A questi pericoli è sufficiente rimedio una severa delimitazione dei limiti della facoltà in discorso: un'azione energica e costante degli organi incaricati di far rispettare quei limiti, cioè dei tribunali ordinari ed amministrativi. Nè alcun istituto umano è scevro di pericoli e può escludere le possibilità di abusi.

Tutto sommato i vantaggi superano i danni e l'esercizio della facoltà regolamentare accompagnato dall'obbligo giuridico di rispettare la regola in ogni caso singolo, salvo, ove sia d'uopo, modificarla in via generale con la stessa garanzia e solennità di forme con cui fu emanata, segna una limitazione alla libertà del Governo, non mai a quella dei cittadini [1]).

74. Da molti scrittori, specialmente tedeschi, i regolamenti si distinguono in regolamenti giuridici ed in regolamenti amministrativi [2]); i primi contengono norme di diritto obbiettivo: gli altri semplici istruzioni all'autorità od ai cittadini, nei limiti del diritto vigente, per l'esercizio dell'amministrazione [3]).

Questa distinzione e sopratutto la straordinaria estensione, che si dà ai regolamenti amministrativi (*Verwaltungsverordnungen*) dipende dal concetto che quegli scrittori si formano intorno alla norma giuridica. È d'uopo qui richiamare nozioni già accennate in generale ai nn. 7-19 per svolgerle e completarle in questa sede opportuna. Vedemmo già che questi scrittori considerano di diritto obbiettivo quei soli comandi che importano una immediata ed assolutamente

---

[1]) Codacci-Pisanelli, pag. 42.

[2]) Ripetendo una distinzione già fatta per le leggi il Laband, I, pag. 652 e segg., e lo Jellinek, pag. 384 e segg., distinguono i regolamenti in formali e materiali: formalmente è regolamento ogni atto emanato dal Governo con contenuto generale: ma potendo questo essere giuridico o contenere soltanto precetti amministrativi, sono materialmente regolamenti quei soli che non contengono norme giuridiche: ove le contengano essi sono materialmente leggi.

[3]) Gneist nel *Rechtslexikon* dell'Holtzendorff, III, pag. 1059. Meyer G., op. cit., pag. 7. Rosin, pag. 19. Seligman, pag. 103. Löning, pag. 229 e segg.

nuova limitazione od ampliazione alla sfera di libertà dei sudditi [1]). Per conseguenza essi non considerano giuridici quei regolamenti:

a) che contengono regole dettate per l'esecuzione di una legge nei limiti da questa segnati (regolamenti di esecuzione), perchè esse, sebbene emanate naturalmente in virtù di una confinata potestà discrezionale, non sono nuove;

b) le regole dettate per l'organizzazione delle autorità pubbliche, per la creazione di uffici, l'assunzione di impiegati, la distribuzione delle funzioni (regolamenti di organizzazione), perchè esse non limitano immediatamente la sfera di libertà dei cittadini, ma giungono indirettamente a tale effetto, avendo per scopo immediato la tutela dell'interesse dell'amministrazione;

c) le regole dettate per il funzionamento di pubbliche istituzioni non giuridiche, ma sociali (biblioteche, musei, scuole, ferrovie, posta, telegrafo). Perchè qualunque privato nei limiti del diritto obbiettivo e valendosi delle norme di questo può fare altrettanto. Lo Stato quindi dettandole si muove esso pure nella sfera libera del diritto vigente: stabilisce, entro questa sfera, condizioni per porre in essere determinati negozi giuridici: ma non crea norme nuove di diritto obbiettivo.

75. Queste opinioni, che ci sembrano errate, si confutano con l'applicazione dei principii formulati ai nn. sopra citati.

E cominciamo dai regolamenti di esecuzione. Essi presuppongono, al pari di qualunque altro regolamento indiscutibilmente giuridico, come, p. es., un regolamento di polizia, emanato in base ad una delegazione generalissima di provvedere alla sicurezza, tranquillità ed igiene pubblica, l'esistenza di una facoltà discrezionale. Infatti, se, in esecuzione ad una legge, non vi è facoltà discrezionale quanto ai mezzi secondari per attuarla, se cioè tutto è definito dalla legge, non è possibile dettare ulteriori norme generali regolamentari che non siano ripetizione di quelle preesistenti legislative: è solo possibile applicare le norme legislative ai casi singoli e fare dei provvedimenti in senso proprio. Il Governo, che detta regole per la tutela dell'ordine e dell'igiene pubblica, p. es., in tema di meretricio in virtù di una potestà amplissima a lui conferita, o che stabilisce le condizioni, il modo per ottenere una concessione d'acqua od una licenza di porto d'armi, in esecuzione di una facoltà speciale stabilita dalla legge che permette tali concessioni e tali licenze, non fa cosa sostanzialmente diversa: colle norme regolamentari limita ugualmente la libertà dei cittadini, se impone condizioni gravose nei con-

---

[1]) Laband, I, pag. 649. « Il diritto consiste nella limitazione della facoltà e dei doveri dei singoli soggetti l'uno verso l'altro ». Anschütz, pag. 33. « Norma giuridica è ogni comando dello Stato, il cui scopo *immediato* sia la limitazione della sfera di volontà dei soggetti che si trovano nello Stato ».

fini del suo arbitrio; accorda i loro diritti subbiettivi, se stabilisce condizioni favorevoli: i limiti della potestà regolamentare sono più ampi in un caso, infinitamente più ristretti nell'altro; concernono interessi essenziali od interessi secondari: la sostanza delle cose rimane la stessa. Come più volte abbiamo avuto luogo di osservare, ovunque siavi una facoltà discrezionale del Governo, esso, nei limiti di questa sfera discrezionale, ha la pienezza della sovranità. Come lo Stato in generale, esso per quel dato oggetto può provvedere volta a volta senza regola: può dettar regole, riservando a sè o ad altri subordinati di eseguirle nei casi singoli: può perfino organizzare un controllo perchè le regole da lui dettate e quelle legislative, se vi sono, siano rispettate nei singoli provvedimenti. Egli ha quindi la funzione esecutiva, la legislativa, la giudiziaria. Negare che, quando esercita la funzione legislativa, coll'emanare norme generali, non crei diritto obbiettivo, solo perchè deve rispettare certi confini, limitarsi a certi argomenti più o meno importanti, è altrettanto ingiustificato, quanto negare carattere giuridico alle leggi di uno Stato, che, come nelle singole repubbliche dell'Unione Americana, siano limitate dalla costituzione, e si riferiscano a rapporti relativamente meno importanti, poichè i rapporti essenziali della vita sociale vengono regolati in ampia misura dalla costituzione territoriale, dalla costituzione e dalla legislazione federale. Un regolamento di esecuzione non è dunque per l'essenza del suo contenuto privo di carattere giuridico: può esserlo soltanto, ove, data la sua forma, esso non vincoli nè cittadini, nè autorità, come avviene per certe istruzioni e circolari; ma di ciò ci occuperemo in seguito.

76. Più grave è la disputa intorno alle regole di organizzazione. Comprendiamo sotto questo nome le regole che concernono l'assunzione e lo stato degli impiegati e quelle che stabiliscono le attribuzioni dei vari organi e dei funzionari.

Le regole sullo stato degli impiegati potrebbero reputarsi a prima vista come puramente interne dell'amministrazione. Ma per chi ben le osservi esse interessano e si rivolgono a tutti i cittadini, in quanto siano disposti ad accettare e capaci ad ottenere l'ufficio pubblico. Esse perciò rientrano nella categoria delle norme che governano i rapporti volontari fra cittadini e Stato. Se si considerano come obbligatorie per la sola forza giuridica della volontà statuale e si ritiene che l'accettazione del cittadino è un mero supposto di fatto, come sembra più corretto, esse, siano contenute in leggi formali od in regolamenti, hanno carattere di diritto obbiettivo. Se invece il rapporto si ritiene contrattuale, le norme principali contenute nelle leggi fondamentali [1]) sono di diritto obbiettivo allo stesso ti-

[1]) Tali sono le leggi 11 ottobre 1863 sul collocamento in disponibilità ed in aspettativa, 18 marzo 1866 sulle cessioni e sulla sequestrabilità degli stipendi, 19 luglio 1862 sul cumulo degli impieghi, 7 luglio 1876 sul miglioramento degli stipendi, 21 febbaio 1895 sulle pensioni.

tolo che gli articoli del codice civile regolanti la locazione di opere; i regolamenti speciali sono invece offerte di patti contrattuali, che acquistano l'istituto valore soltanto colla conclusione del contratto e quindi appartengono ad una categoria giuridica di diritto civile, quella dell'offerta. Ma questa medesima distinzione fra cose sostanzialmente identiche è, a nostro avviso, la migliore confutazione della seconda teoria. Comunque sia, in entrambi i casi non vi è alcuna regola cui si possa attribuire il carattere di semplice regolamento amministrativo senza contenuto giuridico.

Le regole sulla distribuzione delle funzioni, debitamente pubblicate, hanno esse pure carattere giuridico.

Certamente lo hanno quando concernano le funzioni degli organi supremi dello Stato (norme di diritto costituzionale) o di organi autonomi, autarchie. Nell'un caso o nell'altro quelle norme concedono diritti subbiettivi agli organi interessati, sia l'uno di fronte all'altro, sia di fronte ai cittadini [1]). Parimenti le norme di competenza giudiziaria sono giuridiche perchè attribuiscono diritti ai cittadini e sono accompagnate da sanzione (nullità per incompetenza). In tutti questi casi il loro carattere è facilmente discernibile, perchè questi argomenti non solo costituiscono negli Stati moderni legge materiale, ma sono anche governati da leggi formali: tanta è sembrata la loro importanza.

Per le altre regole di minore importanza, che più strettamente concernono la distribuzione delle funzioni fra le autorità amministrative, la cosa procede meno chiara.

Può ogni organo dello Stato considerarsi come soggetto di diritti e reputarsi quindi fornito del diritto alla sua funzione di fronte agli altri organi ed allo Stato stesso? Questa ardita concezione fu esposta dallo Haenel: essa autorizza senz'altro a considerare giuridiche le norme di organizzazione in quanto regolano in generale dei rapporti fra più persone giuridiche e lo Stato [2]).

Ma quest'idea, per quanto possa soddisfare a prima vista, contrasta col concetto generalmente ricevuto della unità della personalità statuale: e costruire su di essa una teoria sarebbe scegliere una base poco solida [3]).

Del resto in diritto italiano esiste per risolvere la questione un principio molto più semplice ed assolutamente incontrovertibile. Le

[1]) Anschütz, pag. 79. Seligman, pag. 106. Haenel, pag. 232 e segg.

[2]) Haenel, pag. 214, 224, 234. Cfr. Loening, pag. 230 e Gierke in *Schmoller Jahrbücher*, VII, pag. 47 e segg.

[3]) Anschütz, pag. 73. Seligman, pag. 103. Bernatkiz, in *Archiv für öff. Recht*, vol. V, pag. 215 e segg.

norme organizzatrici anche regolamentari governano il rapporto fra Stato e cittadini: lo governano indirettamente, perchè il loro scopo immediato è di tutelare il buon funzionamento dell'amministrazione. Ma al n. 10 abbiamo già dimostrato che nel nostro diritto si può distinguere la norma che protegge direttamente un interesse di un cittadino, da quella che lo protegge incidentalmente o casualmente allo scopo di stabilire la competenza giudiziaria od amministrativa contenziosa: non mai allo scopo di negare alla norma carattere giuridico e sanzione giurisdizionale. Quindi le regole di organizzazione, che comunque interessino o possano interessare i cittadini, sono sotto questo aspetto di dirito obbiettivo. Ciò è espressamente dichiarato dall'art. 24 della legge 2 giugno 1889 sul Consiglio di Stato: « Spetta alla IV Sezione del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere, per violazione di legge contro atti o provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante e che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici ». Per la interpretazione costante di questo articolo la competenza è appunto quella delle autorità amministrative ed è completamente indifferente se essa sia stabilita con legge o con regolamento [1]).

77. Finalmente sono da considerare i regolamenti di queste istituzioni dello Stato, che non concernono la sua attività giuridica, ma la sua attività sociale, diretta non al fine della tutela del diritto, ma allo scopo di promuovere la civiltà ed il benessere. È indubitato, come osserva lo Jellinek, che anche i privati possono con le loro istituzioni proporsi e raggiungere i medesimi fini.

Ma è d'uopo distinguere il valore giuridico che in un caso o nell'altro hanno queste manifestazioni di volontà. Il privato che istituisce una scuola, una biblioteca, un museo, esercita una ferrovia, una rete telegrafica o telefonica per il solo fatto che emana a tal uopo un regolamento, non contrae alcun vincolo; esso fa note ai terzi nell'interesse proprio le condizioni sotto cui, a suo arbitrio, tollererà certi atti (accesso ad un museo, ad una biblioteca) oppure pubblica le sue offerte per un eventuale contratto (per la istruzione dei fanciulli, il trasporto delle merci, ecc.). Il vincolo obbligatorio tra i privati ed i terzi sorge soltanto con la conclusione del contratto.

---

[1]) Affermando che i regolamenti di organizzazione sono giuridici, non intendiamo stabilire, che l'organizzazione delle autorità debba essere fatta con atto del Parlamento. Ormai abbiamo visto, che molti argomenti giuridici sono oggetto di regolamento: quindi nessuna influenza può avere la natura intrinseca di questi atti sulla competenza ad emanarli. La seconda questione va risolta trattando dei limiti fra legge e regolamento, secondo il diritto positivo.

Quando l'istituto è tenuto dallo Stato, a guisa di imprenditore *jure civili*, non vi è luogo ad accettare una diversa teoria.

Ma allora il così detto regolamento non contiene più alcun comando, alcuna concessione di diritti ed è di per sè sprovvisto di sanzione: esso rientra nella categoria giuridico-privata dell'offerta o degli atti di tolleranza: è inutile parlarne nel diritto pubblico. Del resto anche in questo caso vi sono delle norme, almeno quelle contenute in leggi formali, che non possono considerarsi come contrattuali perchè obbligano indipendentemente dalla prestazione del consenso. E valga il vero. Se anche il rapporto fra il cittadino e lo Stato, che esercita il servizio postale, si considera contrattuale, le norme contenute nella legge fondamentale 20 giugno 1889 sono di diritto obbiettivo allo stesso titolo delle norme del codice civile sulla locazione d'opera dei vetturini, di cui costituiscono una modificazione ed un completamento.

Ma questa concezione limitata è inaccettabile nella massima parte dei casi. Sappiamo già pei troppi esempi, che la forma con la quale una norma emanata non influisce di regola sulla sua natura giuridica: perchè dunque la legge postale, la legge fondamentale sull'istruzione pubblica, ecc. saranno di diritto obbiettivo ed i regolamenti telegrafici, quelli scolastici che hanno lo stesso contenuto si considerano di natura diversa? Ciò non può essere e non è. E invero quando le istituzioni dirette a promuovere la civiltà ed il benessere sono dalla naturale evoluzione in tutto od in parte elevate alla dignità di pubblico servizio, le regole che le concernono obbligano i cittadini e lo Stato indipendentemente dalla loro accettazione contrattuale. Obbligano i cittadini per effetto della sovranità dello Stato, del suo potere coercitivo, obbligano lo Stato per il concetto che ogni norma nello Stato giuridico deve essere doppiamente vincolante [1]).

E valga il vero: il cittadino che si serve del telegrafo può non conoscere il regolamento telegrafico nelle parti in cui esonera l'amministrazione di ogni responsabilità, che stabilisce i circuiti, le precedenze fra le varie specie di telegrammi, le tariffe; egli in questa sua ignoranza non si obbliga contrattualmente al rispetto di questi patti, eppure nessuno dubita, che una tale ignoranza non può essere addotta come scusa, che egli non sia vincolato. Nei rapporti fra due privati si dovrebbe giungere in questo caso ad una conclusione opposta. Nè questi rapporti in confronto dello Stato divengono contrattuali per il solo fatto che presuppongono la volontà, l'accettazione del cittadino. È questa invero una semplice condizione di fatto perchè si svolga l'attività, si manifesti la volontà

---

[1]) Jhering, *Zweck im Recht*, pag. 352-53.

dello Stato, la quale è, in proposito, la sola giuridicamente obbligante [1]).

Viceversa se lo Stato apre un museo, una biblioteca, una scuola, dichiarando o facendo intendere che in essa saranno ammessi tutti i cittadini, non potrà respingerli finchè vige il regolamento, col pretesto del sesso, della condizione sociale, della religione, ecc. Lo Stato è giuridicamente obbligato per il solo fatto di avere emanato il regolamento: e, chi, in vista ad esso, si senta leso, può ricorrere ai tribunali ordinari od amministrativi [2]). Invece un privato può, salvo un divieto espresso di legge, fare caso per caso eccezioni a quelle regole, che si è da sè stesso imposte, e che, fino a conclusione del contratto, non lo obbligano. Quindi potrà il proprietario di un museo, di una biblioteca, di una scuola non ammettere ad arbitrio chi non voglia ricevere, senza essere tenuto a far nota la sua decisione in via generale od a modificare il regolamento.

78. Abbiamo già veduto tuttavia che vi possono essere atti generali senza contenuto di diritto obbiettivo.

Quando un'autorità amministrativa ha una facoltà discrezionale, ove non gliene sia fatto obbligo espresso, può omettere di pubblicare qualunque regolamento e limitare a decidersi caso per caso. In tale ipotesi essa non creerà mai entro i limiti di quella sfera libera del diritto obbiettivo, ove col ripetersi di atti uguali non si formi una consuetudine. Essa può invece formare per suo proprio uso alcuni criteri direttivi generali, o anche comunicarli a voce o per iscritto ai suoi dipendenti, affinchè li conoscano e li seguano in vista dell'obbedienza a lei dovuta. È evidente che queste regole o rimangono realmente segrete o non vengono mai ufficialmente conosciute fuori della cerchia dell'amministrazione.

Chi le emana non può quindi nè aver l'intenzione di vincolare i terzi, nè quella di vincolare sè stesso; i soli subordinati possono esserne vincolati per il loro obbligo di obbedienza. Queste regole non hanno mai valore giuridico perchè di fronte ai cittadini non producono diritti subbiettivi, sone prive di sanzione, giacchè chi le emana può sempre discostarsene *ad libitum*.

È questa la forma embrionale del regolamento: e il ricorso gerarchico in via graziosa può essere l'embrione di una sanzione. Ma non è un regolamento: è una istruzione. Per ciò, secondo la giurisprudenza costante, mentre è dato ricorso in Cassazione per la violazione

[1]) Meyer G., op. cit., pag. 4. Mayer O., *Zum Lehre von öff. Verträge*, in *Archiv für öff. Recht*, III, pag. 1 e segg.

[2]) Si ricordino i numerosi esempi di ricorsi per esclusione indebita da concorsi per premi e per impieghi, ecc. Con decisione 20 agosto 1897, la IV Sezione ammetteva un ricorso per violazione dell'art. 13 del reg. sull'istr. elem. 9 ottobre 1895, che concede l'ammissione alle scuole tecniche ai licenziati dalle scuole elementari contro un provvedimento ministeriale che escludeva una donna. *Giur. it.* 1897, III, 341.

dei regolamenti [1]), è negato di regola per la violazione di circolari [2]).

Questi precetti direttivi e non giuridici sono emanati sotto forma di circolari, di istruzioni dalle autorità competenti e sopratutto dai ministri.

Se, di regola, la circolare contiene massime non obbligatorie per i cittadini e vincolanti l'autorità che le emana, può invece accadere che essa sia la forma con la quale si esplica l'attività regolamentare delle autorità burocratiche superiori e specialmente dei ministri in caso di delegazione regia: perciò vi possono essere circolari che abbiano un vero contenuto giuridico. In questo caso esse vengono debitamente pubblicate. Il loro valore, come fonte di diritto obiettivo, non può essere determinato *a priori;* si può argomentare soltanto caso per caso dall'intenzione dell'autorità, dalla esistenza di pubblicazione, dalla presenza di una delegazione, ecc. Nelle materie fiscali specialmente questo caso è abbastanza frequente. Così alcune circolari sul dazio consumo [3]) poterono, più o meno legittimamente, imporre contravvenzioni non create dalla legge [4]); parimente la Cassazione di Roma 26 febbraio 1896 [5]) ha considerato come costituzionale un'istruzione ministeriale 20 ottobre 1870, che stabiliva alcune contravvenzioni nella stessa materia per delegazione contenuta nell'art. 82 del Reg. daziario 25 agosto 1870. In questi casi naturalmente è dato ricorso in Cassazione.

Non si può quindi negare che possano esistere precetti direttivi emanati dallo Stato e privi di reale efficacia giuridica.

Ma questa deve considerarsi una eccezione e non una regola, siccome credono gli scrittori tedeschi. E ciò per due ragioni, speciale all'Italia l'una, e generalissima l'altra.

In primo luogo, come abbiamo più volte ripetuto, in Italia qualunque interesse del cittadino che trovi protezione anche casuale in una regola generale emanata dallo Stato gli dà azione amministrativa: onde consegue che la regola generale creando così diritti subbiettivi e essendo munita di sanzione è di diritto obbiettivo e non semplice precetto morale o di opportunità. In secondo luogo l'ammettere che le regole emanate non siano nella massima parte dei casi di diritto obbiettivo, vuol dire negare che l'autorità ne sia vincolata e distruggere quindi la precipua utilità della facoltà regola-

[1]) Cass. Torino 8 agosto 1881 (*Giur. Tor.*, 1881, 65). Cass. Firenze, 10 nov. 1890. *Foro it.*, 1891, I, 45. Mattirolo, *Dir. giud.*, IV, pag. 722.

[2]) Cass. Firenze 19 agosto 1869 (*Annali*, I, 1, 183). Cass. Roma 9 settembre 1891 (ivi, I, 1, 413).

[3]) Circ. 24 agosto 1865.

[4]) Cass. Firenze 1.° dicembre 1866 (*Annali*, 1867, I, 2, 18).

[5]) *Giur. it.*, 1896, II, 108.

mentare, lasciare una gran parte dei rapporti fra sudditi e Stato in balìa dell'arbitrio, come tutti questi rapporti erano in balìa dell'arbitrio, quando il *princeps erat legibus solutus*. Quindi il campo delle semplici istruzioni va ridotto al minimo possibile, dovendosi, finchè si può, presumere nelle regole generali il carattere di regole giuridiche.

Gli scrittori tedeschi, che pur sono tanto contrarii alla teoria della separazione dei poteri, negano carattere giuridico a molti regolamenti, in omaggio ad un pregiudizio che da quella deriva. Essi credono che avendo le costituzioni moderne attribuita la potestà legislativa al Parlamento non possa emanarsi un regolamento giuridico se non per virtù di delegazione legislativa speciale ed espressa [1]). Essi dimenticano che, secondo la loro stessa teoria, vi può essere una delegazione o meglio una attribuzione di funzioni legislative, anche in virtù di clausole costituzionali generali e di articoli di legge, essi pure generalissimi, e che la disposizione costituzionale, che per esempio accorda al Re il potere di organizzazione e quello di emanare regolamenti esecutivi, è appunto una di queste clausole.

Le istruzioni non aventi carattere giuridico sono inesistenti per i cittadini; di fronte a loro non sono nè comandi legislativi, nè atti amministrativi; di fronte ai funzionari subordinati esse sono comandi concernenti il servizio. Ed in quanto accedono quindi alle norme fondamentali sul rapporto fra funzionari e Stato, possono, in ragione della loro generalità, costituire diritto obbiettivo. Esse infatti sotto questo aspetto fondano di regola diritti subbiettivi dello Stato ed obblighi dei funzionari e sono accompagnate da sanzioni civili di danno in caso di violazione, da sanzioni penali ed in ogni caso da sanzioni disciplinari.

Dalle considerazioni fatte in questo capitolo evince la identità sostanziale dei regolamenti e delle leggi in quanto sono fonti di diritto. Il regolamento si distingue dalla legge per la sua forma, emanando esso da un'autorità amministrativa. Esso è atto amministrativo formale e legge materiale.

---

[1]) Laband, I, pag. 566. Seligmann, pag. 115 e segg. Jellinek, pag. 373. Anschütz, pag. 75. « Se l'emanazione di norme giuridiche è esclusivo còmpito dei fattori legislativi e dei suoi delegatari, come nell'Impero ed in Prussia — esso dice — ogni norma di organizzazione andrebbe emanata in forma di legge o di regolamento autorizzato per legge. Ma ciò è contraddetto dalla pratica così nell'Impero, come in Prussia.... Deve quindi proclamarsi il principio: Le regole che determinano le autorità investite di pubbliche funzioni e stabiliscono il loro interno funzionamento, sono amministrative e non giuridiche ».

CAPO III.

LIMITI DELLA FACOLTÀ REGOLAMENTARE.

SOMMARIO. — 79. La facoltà regolamentare in generale ed i limiti di ciascun regolamento. Teoria autoritaria. — 80. Teoria liberale. — 81. Origine ed essenza della monarchia costituzionale italiana. — 82. La libertà dei cittadini come limite della facoltà regolamentare. — 83. Le regole giuridiche analogiche. — 84. La razionale applicazione della teoria sulla divisione dei poteri. — 85. Critica dei sistemi autoritario e liberale esagerato. Nostra teoria. — 86. Il regolamento non può essere *contra legem*. — 87. Applicazione del principio alle varie categorie di regolamenti. Eccesso di mandato. — 88. Libertà dei cittadini. Principii costituzionali e fondamentali di diritto. Pena. — 89. Limite finanziario. — 90. Spese ed imposte. Tasse. — 91. Limiti speciali della facoltà regolamentare locale. — 92. Varie specie di regolamenti.

79. Abbiamo dimostrato che necessariamente debbonsi lasciare al Governo facoltà discrezionali e che ove queste facoltà esistano, il Governo può emanare regolamenti. Con questo però non sono state risolte due questioni:

a) Quando è che al Governo si deve riconoscere questa facoltà discrezionale?

b) Data l'esistenza di essa, quali sono i limiti della conseguente potestà regolamentare?

Sono esse due questioni completamente distinte, le quali comportano soluzioni opposte: l'averne voluto fare una questione sola, trattando insieme dei limiti della facoltà regolamentare nel suo complesso e dei limiti che incontra ciascun regolamento, caso per caso, ha portato non poca confusione in materia.

Una larga corrente di dottrina, particolarmente tedesca, crede che il Governo possa emanare regolamenti per diritto proprio sopra tutti quei rapporti, ai quali non provveda una legge. I fautori di questa opinione non parlano delle repubbliche, nè di quelle monarchie, che apertamente si fondano sul concetto della sovranità popolare, e nelle quali quindi i poteri del Governo sono ristretti a quelli soli espressamente enumerati: essi trattano di quegli Stati in cui la costituzione è il frutto di una lenta evoluzione storica, come l'Inghilterra e l'Ungheria, o nei quali essa fu spontaneamente accordata dalla monarchia assoluta presistente, come gli Stati germanici, e, secondo alcuni, l'Italia.

Storicamente si dice che la sovranità in questi paesi appartenne al monarca: essa fu limitata in origine negativamente dalla *lex terrae:* questo limite negativo ha persistito quasi sempre in Inghilterra ed in Ungheria: distrutto durante l'assolutismo, ha rivissuto con l'èra costituzionale. Quindi la costituzione e la legislazione ordinaria

vanno concepite come semplice restrizione della potestà regia originaria.

Ove le Carte costituzionali dichiarano che il potere legislativo appartiene collettivamente al Re ed alle Camere, esse intendono non già che ogni facoltà di emanare norme giuridiche spetti, di regola, al Parlamento: ma bensì, che, ove debbasi o vogliasi ricorrere alla via legislativa, sia necessario il concorso dei tre poteri. Gli articoli delle costituzioni, che richiedono una legge per l'imposizione dei tributi, la comminazione delle pene, la limitazione alla proprietà, alla libertà di domicilio, di riunione, di stampa, contengono una enumerazione tassativa delle materie per cui è obbligatoria la via legislativa. Se ciò non fosse, se ogni norma giuridica, di regola, dovesse emanare dal Parlamento, quest'enumerazione non avrebbe significato. In tutte le materie, quindi, che non sono già regolate dalla legge o per le quali una legge non è espressamente richiesta, il monarca conserva la sua originaria sovranità, e quindi può emanare regolamenti. Onde la regola di Gneist che il Re può emanare regolamenti in tutti i campi non preoccupati dalla legge. Presa alla lettera questa regola, ed applicata al diritto italiano, si giungerebbe, per es., non solo alla conclusione che ogni nuovo rapporto giuridico, come per es. quello dei telefoni, dei tramways, ecc., potrebbe od avrebbe potuto essere per intiero governato con regolamenti: ma che con regolamenti si potrebbe limitare la libertà di circolazione, di commercio, di associazione e simili, poichè di esse non è parola nello Statuto. Non pensiamo certo che lo Gneist abbia voluto affermare questo per l'Inghilterra, a proposito della quale la regola fu formulata: tant'è vero che gli esempi di regolamenti indipendenti da esso addotti non eccedono il campo delle prerogative regie, espressamente riconosciute dalla *common law*. Certo le conseguenze che noi deduciamo da quelle premesse sono logiche, ove si trascuri lo spirito delle istituzioni libere: esse sono accolte dall'Arndt per la costituzione prussiana, e sarebbero egualmente accettabili, per chi seguisse le idee dell'Arndt, di fronte alla costituzione italiana, la quale, almeno nella sua lettera, è su questo argomento molto simile alla prussiana.

80. Vi è invece chi ritiene che le costituzioni degli Stati liberali moderni proclamino tutti implicitamente almeno il principio della sovranità popolare e si ispirino rigorosamente al sistema della separazione dei poteri. Da queste premesse deducono la conseguenza, che la potestà di emanare norme giuridiche, la funzione legislativa, appartenga sempre al Parlamento, che rappresenta la nazione e che è l'organo a tal'uopo deputato. Il Governo non può mai avere *iure proprio* una funzione legislativa. Tutt'al più è necessario riconoscergli una facoltà di emanare norme secondarie in esecuzione delle leggi esistenti. È questo il principio accolto dalla costituzione italiana (art. 6). « Il Re .... *fa i decreti ed i regolamenti necessari alla esecuzione delle leggi* ». Pertanto la facoltà regolamentare, come da molti fu detto, può esercitarsi quando, e soltanto quando: *a*) vi sia una legge alla cui esecuzione è d'uopo provvedere; *b*) nei limiti della stretta necessità di esecuzione [1]). È da dubitarsi perfino se il Parlamento possa delegare al Governo la facoltà di dettar norme giuridiche: in ogni modo questa delegazione deve essere espressa e speciale, cioè determinare il particolare oggetto su cui essa verte: e le norme così emananate sono vere leggi, capaci di mutare le leggi esistenti e insindacabili dall'autorità giudiziaria.

81. In sostanza entrambe le teorie sono esagerate: esse rappresentano le fasi estreme di una lotta fra il principio autoritario ed il principio individualistico liberale [2]). Una serena e scientifica visione delle cose porta ad adottare un partito intermedio. Del resto noi trattiamo qui la questione dal punto di vista giuridico: quindi dobbiamo cercare la soluzione, prescindendo da qualunque tendenza politica, nelle disposizioni di diritto positivo: queste vanno ricercate non solo nella costituzione scritta, ma anche nella consuetudine e nella *communis opinio*, che di questa consuetudine è al tempo stesso causa ed effetto. L'elemento storico è di grande importanza a patto che non si cerchi di fondare la spiegazione dell'ordinamento odierno sui fatti storici più remoti, saltando a piè pari tutti i fatti storici intermedii e più recenti.

Le monarchie costituzionali odierne sono in massima parte originate dalle monarchie assolute con evoluzione lenta, o in seguito ad una rivoluzione aperta o latente. Quest'ultima è l'origine della monarchia costituzionale italiana. Ma ciò ci autorizza forse a ritenere che la sovranità del Re sia soltanto limitata dal testo espresso della costituzione e della legislazione, e permanga libera e suprema in ogni altra parte? Una simile conclusione può esser lecita per molti Stati della Germania, in cui la costituzione scritta proclama espressamente questo principio, e nella quale in ogni modo non si è mai stabilito un Governo parlamentare, ma un semplice Governo costituzionale limitato. La costituzione italiana fu *octroyée* dal Re di Sardegna ai suoi sudditi: ma essa è nel suo testo la fedele riproduzione della Carta francese del 1830; essa fu interpretata nello stesso senso liberalissimo, che la costituzione belga: essa è stata accettata nella massima parte d'Italia coi plebisciti e riposa quindi sulla volontà popolare e non sulla volontà regia: essa ha dato luogo ad un Governo parlamentare, nel quale, tolta di mezzo ogni finzione, la volontà del Parlamento e nel Parlamento la volontà della Camera ha

---

[1]) Saredo, *Trattato delle leggi*, pag. 254. *Dir. cost. ed amm.*, II, pag. 55. Casanova, *Dir. cost.*, II, pag. 85. Meucci, *Diritto amm.*, I, pag. 70.

[2]) Sarwey, op. cit., pag. 36.

un'importanza preponderante, decisiva [1]). Questa è la verità storica: questa la consuetudine: questa la *communis opinio:* nessun fatto storico anteriore, per quanto esatto, nessuna analogia con pretesi esempi stranieri valgono a mutarla. Neppure può avere influenza quella vaga tendenza reazionaria, che in questi ultimi anni si è fatta talora sentire e che per la felice opposizione degli elementi più liberali non si è peranco nè infiltrata nelle leggi, nè consolidata come consuetudine. Se si guarda dunque al testo della costituzione, allo spirito presumibile in chi l'ha emanata od accettata, alla consuetudine che l'ha completata, interpretata e corretta, si dovrebbe giungere piuttosto alla conclusione, che lo Stato italiano è uno di quelli in cui è proclamato il principio della sovranità popolare come il Belgio, piuttosto che un paese in cui la costituzione è un semplice limite negativo alla originaria sovranità del monarca. E tanto basterebbe, in base alle stesse dichiarazioni dei fautori della teoria autoritaria, per escludere che essa sia applicabile al nostro paese.

Non vogliamo dire con questo che in Italia la teoria della sovranità popolare con tutte le sue esagerate premesse e le sue pericolose conseguenze sia da ritenersi un assoluto principio giuridico. Nessun testo di legge la proclama, come in altri paesi: e tutto il nostro diritto positivo è compatibile con ogni altra più corretta teoria, che l'analisi scientifica ci dimostri accettabile. Ma vogliamo bensì affermare, che il duplice substrato di quella teoria, cioè la prevalenza della volontà popolare nella formazione della volontà dello Stato, e il rispetto per ogni libertà dei cittadini, non espressamente infrenata dalla legge, sono canoni fondamentali del nostro diritto. Questi due principii possono essere proclamati anche in base a teorie diverse da quelle della sovranità popolare, come ora vedremo: in ogni modo essi sono contenuti nel nostro diritto ed in base a quella teoria. Vi potrà essere chi contrasti quelle massime, o chi deplori che esse riposino sopra un fondamento poco scientifico: ci sembra difficile che vi possa essere chi neghi questi fatti.

Per quanto poi si avversi la teoria della sovranità popolare, essa non è certo meno falsa e pericolosa dell'altra che la sovranità spetti al Re. Eppure è questa l'opinione propugnata dalla dottrina che noi combattiamo: opinione che contrasta con l'altra generalmente ricevuta e certo assai moderata, che la sovranità spetta allo Stato e si

[1]) Con ciò non neghiamo, che lo Stato italiano non debba, a certi effetti, considerarsi come la continuazione degli Stati preesistenti e particolarmente del Regno Sardo. Quindi crediamo, che le leggi sarde negli antichi domini di Casa Savoia o in tutto il Regno d'Italia ove ad esso sono state estese, siano ancora in vigore se non contrastano coi principii dell'ordinamento odierno e non sono state espressamente abrogate.

esercita dai vari organi secondo la ripartizione delle funzioni fatta dal diritto positivo.

82. In sostanza la questione, se, dato un ordine di rapporti non regolato dalla legge, possa validamente il Governo emanare un regolamento, si riduce a determinare se nel silenzio della legge debba presumersi la potestà sovrana dell'amministrazione o la libertà dei cittadini. Negli Stati liberi in Italia in particolare non è possibile esitare fra le due opinioni: la seconda si impone. La costituzione italiana non proclama soltanto quei cinque o sei diritti di libertà, che gli art. 24 e segg. dello Statuto vogliono sempre limitati per legge. Il diritto di libertà, come fu già acutamente osservato, in questo Manuale [1]), è uno solo: i così detti varii diritti di libertà non sono che casi in cui il diritto fondamentale si esplica. Il contenuto di questo diritto di libertà è la facoltà di respingere ogni illegale limitazione eventualmente frapposta da un organo dello Stato all'attività naturale dei cittadini: il diritto nazionale vigente proclama, sull'esempio degli altri Stati liberi, questo unico ed amplissimo diritto: esso non può quindi essere ristretto che per legge o in virtù di legge. Ammesso questo, partiamo anche dalla premessa storica dei fautori della teoria autoritaria che il Governo, il monarca è limitato nei suoi poteri dalla *lex terrae,* dal diritto nazionale. Finchè la *lex terrae* conteneva pochi principii, la potestà d'ordinanza del Re era amplissima; ma coll'estendersi della legislazione il limite da essa segnato è andato mano mano restringendosi. Oggi il diritto nazionale scritto o consuetudinario, per effetto di nuove aspirazioni, di nuovi fatti storici copre quasi per intero il campo dell'attività umana e di quella dello Stato: all'attività privata assicura una sfera inviolabile mediante i diritti amplissimi di libertà e proprietà: all'attività dello Stato, d'altro canto, ha determinato ormai positivamente il suo còmpito, dato il proprio grande sviluppo. Ed è quindi impossibile, che, dato anche il sorgere di un nuovo rapporto, esso possa essere regolato senza toccare o l'una o l'altra di queste sfere libere di attività giuridica e senza modificare quindi le norme di diritto obbiettivo, che costituiscono l'odierna *lex terrae.* Perciò in base agli stessi principii della teoria, che noi oppugniamo, non può nessun nuovo rapporto regolarsi con ordinanza regia, non esiste una facoltà regolamentare *praeter legem.*

E ciò non solo quando debbasi limitare la libertà dei cittadini: il che è il caso più importante e frequente: ma ben anco quando si voglia ampliarla, il che è assai più raro ed in ogni modo meno pericoloso. Infatti, ove al Governo non sia tacitamente od espressamente riconosciuta una potestà discrezionale, che esso può a suo

[1]) Romano, *Teoria dei diritti pubblici subbiettivi* in questo Trattato, vol. I, p. 168.

arbitrio restringere, ossia quando tacitamente od espressamente (ed è questione d'interpretazione) non gli sia dalla legge riconosciuta una facoltà regolamentare, esso non può nemmeno restringere, come abbiamo detto, i diritti dello Stato, senza alterare la *lex terrae*. Per citare un esempio recente, la legge comunale e provinciale del 1889 attribuiva al Governo il diritto di nomina dei sindaci nei Comuni minori; dalla lettera e dallo spirito della legge, dai suoi precedenti storici e parlamentari questa norma non dava una pura facoltà discrezionale al Governo limitabile a suo arbitrio e capace quindi di dar luogo ad una facoltà regolamentare: essa proclamava in ordine a considerazioni d'ordine pubblico un diritto dello Stato da esercitarsi per opera del Governo: pertanto il Governo, se poteva per atto di tolleranza riconoscere ai Comuni minori l'eleggibilità del sindaco, non gliene avrebbe mai potuto, con regolamento, attribuire il diritto: all'uopo era necessaria e fu approvata una legge [1]).

83. Anche sotto un altro punto di vista non è possibile che esista un campo di rapporti, sia pur nuovi, non preoccupato dalla legislazione: e ciò per argomento testuale del nostro diritto positivo. Dice l'art. 3 delle disp. prel. del codice civile: « Ove una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge si avrà riguardo alle disposizioni che regolano materie analoghe: ove il caso rimanga tuttora dubbio si deciderà secondo i principii generali del diritto ». Questo articolo è sopratutto una norma direttiva per i tribunali, intesa ad evitare il diniego di giustizia: ma poichè il diritto esiste ed in tanto vale, in quanto è applicato dall'autorità giudiziaria, essa è anche una norma di diritto obbiettivo. Se dunque vi è un campo di rapporti, specialmente nuovi, non governato da norme giuridiche espresse, esso non può tuttavia considerarsi come non preoccupato dalla legge, poichè valgono per esso le norme giuridiche analogiche, i principii del diritto. Il caso si è verificato in Italia per i tramways: mancò in proposito una legge fino a tutto il 1896 [2]): e si applicarono per analogia le norme generali sulle concessioni stabilite dagli art. 55 e segg. della legge 20 marzo 1865, all. *F*, sui lavori pubblici, quelle generali di polizia sulla circolazione stradale ed alcune speciali di polizia concernenti le strade ferrate. Il Governo non pensò mai e non avrebbe mai potuto pensare a emanare un regolamento che dettasse norme sull'intera materia, imponendo oneri, limitando la proprietà, stabilendo le clausole e la durata delle concessioni, ecc., come fece di poi il Parlamento con la legge sopracitata: poichè in tal modo avrebbe limitata la sfera

[1]) Legge com. e prov. 10 febbraio 1889, art. 124. Regio decreto 15 marzo 1896. Legge 29 luglio 1896.

[2]) Legge sui tramways 27 dicembre 1896.

di libertà dei sudditi ed alterate le norme analogiche applicabili. Il Governo in simili casi può tutt'al più riunire in un regolamento queste regole di analogia, che la giurisprudenza venga man mano accogliendo, salvo sempre il controllo dei tribunali: ed appunto ciò fu fatto in ordine ai tramways mediante circolari.

Ma il Governo con questo non detta norme *praeter legem*, bensì *secundum legem:* fa per così dire regolamenti d'esecuzione, riannodantisi ai principii supremi legislativi valevoli in materia, in base all'art. 6 dello Statuto.

84. Per escludere finalmente la facoltà regolamentare *praeter legem* del Governo vi è un ultimo e grave argomento.

La costituzione italiana, come ogni costituzione di Stato libero e specialmente come ogni costituzione accordata nella prima metà del secolo, è ispirata alla teoria della divisione del poteri.

Questa teoria, come più volte abbiamo avuto luogo d'osservare, è nelle sue linee generali esatta e la sua attuazione è vantaggiosa: però essa non va intesa rigorosamente, e non può mai essere attuata schematicamente. Sappiamo ormai, che non si può attribuire esclusivamente a ciascuna delle tre funzioni un organo, e impedire assolutamente ad ogni altro organo l'esercizio della stessa funzione: ciò non toglie che ciascun organo non abbia prevalentemente una delle tre funzioni. La costituzione italiana si è ispirata a quella teoria: certo non l'ha esagerata ed ha lasciato molti addentellati per la funzione legislativa del Governo, per la facoltà regolamentare. Ma, se, dove ciò sia teoricamente opportuno, e giuridicamente lecito in base ai testi di legge, si può riconoscere questa facoltà, ciò non autorizza punto a supporre che, in caso di dubbio, si debba presumere, non la competenza legislativa del Parlamento, ma quella del Governo. La logica impone la presunzione opposta: e lo Statuto la conferma. Esso dice all'art. 3: « Il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e dalle due Camere ». Il potere legislativo non può in questo articolo significare altro che la funzione legislativa, la potestà di far leggi materiali, poichè, se accennasse soltanto alla potestà di far leggi formali, dato che le leggi formali sono gli atti sanzionati dal Re e dalle Camere, l'articolo sarebbe una tautologia priva di senso. Non diciamo con questo che anche il Governo non possa emanare norme giuridiche: diciamo che questa è un'eccezione, per quanto lata si possa considerare e desiderare: e che come eccezione essa deve avere una base giuridica, che infirmi nel caso quella regola generale.

85. La teoria costituzionale prevalente in materia in Francia, e seguìta da molti in Italia, ha esagerato in proposito. Non è affatto necessario che il regolamento sia un regolamento di esecuzione. Prima di tutto con l'espressione « regolamento di esecuzione » si abbracciano e si giustificano molti regolamenti che, come quelli di or-

ganizzazione, si rannodano alle leggi molto indirettamente: quindi non è d'uopo che la facoltà regolamentare di esecuzione si tenga nei limiti dell'assolutamente necessario, come molti dicono.

In secondo luogo, ammesso che il Governo ha facoltà regolamentare quando ha facoltà discrezionale, e ciò per necessità di cose, non è d'uopo, che l'autorizzazione a dettar norme giuridiche sia espressamente delegata: essa risulta tacitamente dal semplice conferimento di una sfera libera. Basta leggere lo Statuto per vedere, che esso lascia al Re questa sfera libera in più casi, per la nomina di funzionari (art. 6), per i rapporti fra Chiesa e Stato (art. 18), per gli ordini cavallereschi (art. 78), per i titoli nobiliari (art. 79), ecc.: ed altre leggi complementari alla costituzione sotto questo aspetto gli lasciano un uguale potere di discrezione: come le leggi 5 luglio 1882 e 1.° luglio 1890, che, sull'esempio inglese e francese, conferiscono al Re la potestà di regolare nelle colonie ogni rapporto giuridico con decreto reale.

In altri termini il Governo ha un potere regolamentare indipendente e non di pura esecuzione nel campo delle prerogative, cioè nel campo di quelle facoltà che la costituzione scritta o la consuetudine direttamente gli riconoscono [1]). Nemmeno è necessario che l'autorizzazione a dettar norme giuridiche sia speciale, cioè determini minutamente l'oggetto su cui esso deve svolgersi: come si dovrebbe ritenere partendo dal concetto rigoroso della divisione dei poteri. E finalmente quando l'autorizzazione esiste, speciale o generale, espressa o tacita, essa non importa per ciò solo delegazione di potestà legislativa nel senso che l'operato del Governo sia incontrollabile: l'autorizzazione dispensa dall'osservanza di quei soli limiti, dal divieto di rispettare quelle libertà che col suo oggetto sono strettamente e direttamente connesse: non dispensa dal rispetto dei limiti segnati dalla clausola autorizzatrice, nonchè dai limiti generali di cui più oltre ci occuperemo.

Le conclusioni a cui noi giungiamo sono dunque alquanto diverse da quelle della scuola autoritaria e della dottrina della pura sovranità popolare. Non esiste per noi un potere regolamentare regio *praeter legem*: il Re non ha in Italia, come per es. in Belgio, nemmeno in virtù di clausola espressa o consuetudinaria, il potere regolamentare di polizia nelle materie non regolate dalla legge: se a qualche organo questo potere compete è questo il Comune in ordine a una consuetudine costante ed al disposto degli art. 111 e 166 della

[1]) Con questo limitato concetto delle prerogative desunto dallo Jellinek pag. 22 e 374 e da Cox, *Institutions of English Government*, pag. 592, se ammettiamo che le prerogative siano potestà del Re in Consiglio dei ministri esercitate senza il concorso del Parlamento, escludiamo assolutamente che su di esse non possa esercitarsi il controllo parlamentare come fu detto dallo Gneist, dal Casanova, ecc.

legge comunale e provinciale 10 febbraio 1889. Il potere regolamentare, secondo noi, non esiste, che laddove sia positivamente accordato. Ma questa autorizzazione non ha d'uopo di essere espressa e speciale e di derivare da una legge. Può essere tacita e generale: può fondarsi direttamente sulla costituzione o sulla consuetudine.

86. Dimostrata in ogni singolo caso l'esistenza di una facoltà discrezionale e della conseguente facoltà regolamentare, è evidente che entro i limiti di questa sfera libera l'amministrazione può emanare norme a suo arbitrio. Caso per caso, quindi, ogni regolamento non incontra che limiti negativi. La regola fondamentale in proposito è la seguente: « Un regolamento non può mutare la legge ». Questo principio chiaramente si desume dalla storia della facoltà regolamentare esposta in un precedente capitolo: esso è applicato anche negli Stati costituzionali meno liberali, in cui l'attività del Parlamento è concepita come un semplice limite dell'autorità regia, la quale, ove questo limite per disposizione espressa delle Carte fondamentali o della consuetudine non si faccia sentire, conserva la pienezza della sovranità. *A fortiori* dunque esso vale per gli Stati liberi. La massima « il regolamento non può mutare la legge » è soltanto un'applicazione del principio « la legge non può essere abrogata, derogata, sospesa, o dispensata che con legge », principio dimostrato ai nn. 27 e segg. e sul quale non è necessario insistere ulteriormente. Essa dovrebbe ritenersi inclusa nel nostro diritto, quando anche non vi fosse scritta, come, p. es., nel silenzio della costituzione si ritiene inclusa nel diritto prussiano ed in quello dell'impero germanico.

Le ragioni storiche, che hanno indotto il legislatore a scriverla espressamente nella Carta francese del 1830, nella costituzione belga hanno fatto sì che essa fosse riprodotta nella costituzione italiana: onde l'art. 6 dispone: « Il Re fa i decreti ed i regolamenti necessari all'esecuzione delle leggi, sensa sospenderne l'osservanza o dispensarne ». L'art. 5 delle disposizioni preliminari al codice civile conferma la massima stabilendo testualmente che « le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori ».

87. Per determinare come funzioni nei vari casi questo limite è necessaria tuttavia qualche maggiore determinazione. Tutti i regolamenti hanno per base una facoltà discrezionale riconosciuta dal diritto vigente: tutti i regolamenti hanno per contenuto norme giuridiche: quindi tra essi vi è identità di origine ed identità di sostanza. Ma il limite sopra indicato può essere più o meno ampio: esso non è uguale, p. es., nel caso di facoltà regolamentare ristretta alla sola determinazione delle istanze e dei documenti richiesti per le concessioni d'acque: o nel caso della facoltà regolamentare attribuita ai Comuni in tutte le materie di igiene, di edilità e di polizia locale. La distinzione fondamentale in proposito deve quindi farsi fra i regolamenti di pura esecuzione, che direttamente si riannodano

ad una legge per procurarne l'attuazione, ed i regolamenti che in base a clausole costituzionali, a consuetudini, a leggi ordinarie espresse regolano un dato ordine di rapporti, per i quali legge non esiste.

Nel primo caso il regolamento, oltre tutte le limitazioni generali, di cui diremo in seguito, incontra un limite immediato nella legge, di cui procura l'esecuzione. Il regolamento non deve alterare questa legge: non può contrastargli nè nella sua lettera, modificandola, nè nel suo spirito, mutandola, o cercando di completarla. Esso è diretto essenzialmente a interpretare razionalmente la legge ed in tanto è valido in quanto l'interpretazione appare esatta all'autorità giudiziaria.

Molto diverso è il caso, ove manchi la legge da attuare: allora il limite della facoltà regolamentare, sia essa fondata sulla costituzione o sopra una legge ordinaria, abbia essa una autorizzazione espressa o tacita [1]), è molto più ampio e va ricercato non più in una determinata legge, ma nel diritto nazionale preso nel suo complesso.

Ogni regolamento emanato in questi casi può limitare quella sfera di libertà dei *subditi legum*, cioè dei cittadini, degli enti giuridici, dello Stato stesso, che direttamente venga in contrasto con la potestà discrezionale riconosciuta al Governo. Tuttavia il regolamento incontra sempre i seguenti limiti:

1.° Non può restringere la libera attività da *subditi legum* fuori dei casi strettamente connessi con questa sfera discrezionale. Come generalmente si dice, in modo alquanto improprio, il regolamento è illegale se eccede il mandato. Ciò è evidente di per sè nei casi estremi: il Governo che gode potestà discrezionale e regolamentare relativamente agli impiegati, non può con simili regolamenti limitare la libertà dei cittadini: nè può nell'esercizio della prerogativa regia, in materia beneficiaria, alterare il diritto civile vigente sia riguardo agli ecclesiastici, sia riguardo ai laici [2]). Ma anche in casi meno ca-

[1]) Vi è per es. una autorizzazione tacita nell'art. 18 dello Statuto che dice: « I diritti spettanti alla potestà civile in materia ecclesiastica.... saranno esercitati dal Re »; a questo articolo si riannodano i regolamenti sui benefizi vacanti; nell'art. 79: « I titoli di nobiltà sono mantenuti a coloro che ne hanno diritto. Il Re può conferirne dei nuovi »; a quest'articolo si riconnette il regolamento sulla consulta araldica. Invece vi è una autorizzazione espressa nell'art. 111, n. 6, della legge com. e prov. « Nell'una e nell'altra sessione il Consiglio comunale, in conformità delle leggi e dei regolamenti delibera intorno... ai regolamenti sui modi di usare dei beni comunali e sulle istituzioni che appartengono al Comune, come pure con regolamenti di igiene, edilità, e polizia locali attribuiti dalla legge ai Comuni ».

[2]) Quindi si può ordinare il sequestro in via amministrativa dei beni di un beneficio per proteggerli dalle malversazioni dell'investito, non può sequestrare nella stessa forma i beni privati dell'investito sia pure per risarcire il danno da lui arrecato al patrimonio ecclesiastico, colla precedente cattiva amministrazione. Cons. di Stato (Sez. IV) 9 aprile 1897 (*Giur. it.*, III, 207).

ratteristici va invocata e fu applicata in fatto la stessa regola. Così l'art. 56 della legge 14 luglio 1866 sulla ricchezza mobile autorizza espressamente il Governo del Re a stabilire con regolamento « i termini ed i modi di tutti i ricorsi in quanto non siano stabiliti dalla presente legge ». Questo articolo fu inteso nel senso che esso si riferisse ai soli ricorsi amministrativi. Quindi fu ritenuto illegittimo il regolamento 23 dicembre 1866 e 8 novembre 1868 in quanto stabilivano rispettivamente il termine perentorio di sei e tre mesi per proporre l'azione giudiziaria. Tale disposizione eccedeva infatti la sfera discrezionale lasciata al Governo; limitava indebitamente la libertà dei cittadini di adire l'autorità giudiziaria in materia d'imposte sancita dalla legge sul contenzioso amministrativo; alterava i precetti legislativi in teoria di prescrizione delle azioni [1]).

88. 2.° Se nell'esercizio della potestà discrezionale conferita si debbono toccare diritti di libertà sanciti espressamente dalla costituzione e già regolati dalla legge, questi diritti non possono ricevere limitazione diversa e maggiore. Così la legge sul macinato 7 luglio 1868 imponeva ai proprietari dei mulini di sottostare alla vigilanza degli agenti fiscali: il regolamento 26 dicembre 1871 limitava, a tal uopo, la libertà del domicilio di detti proprietari fino al punto di obbligarli a consegnare le chiavi degli opifici ai sorveglianti ed a giustificare le visite notturne. Questa limitazione contraria ai principii legislativi che tendono a restringere le visite domiciliari alle sole ore diurne fu ritenuta illegittima [2]). Parimente la legge 2 giugno 1889 sul Consiglio di Stato autorizza il Governo a emanare il regolamento di procedura dinanzi alla IV Sezione; nonostante l'ampiezza di questo incarico ove il Governo avesse permesso la notificazione di ricorsi fuori delle ore diurne avrebbe fatto cosa illegale violando i principii di diritto contenuti in materia nel codice di procedura civile.

3.° In generale i regolamenti, per quanto ampio possa essere in un dato caso il campo da essi governato, non possono mai violare i principii costituzionali, i principii fondamentali di diritto e d'equità del diritto nazionale. Questi principii sono per la legislazione limiti etici o limiti meramente presuntivi: cioè il Parlamento è soltanto dal punto di vista morale tenuto a rispettarli: ed ogni atto del Parlamento, che apparentemente li violi, deve essere, finchè è possibile, interpretato in conformità ad essi, presumendosi fino a prova contraria l'intenzione del legislatore di rispettarli. E ciò perchè il po-

[1]) Cass. Torino 15 maggio 1873 (*Legge*, I, 611); contra Cass. Napoli 16 settembre 1868 (*Ann.*, I, 1, 384) considerando che l'art. 56 citato si riferisca anche alle azioni giudiziarie. La controversia fu di poi tolta di mezzo collo stabilire mediante legge un termine perentorio di sei mesi.

[2]) Cass. Firenze 18 novembre 1871 (*Ann.*, 1, 2, 289).

tere costituente è immanente nell'attività parlamentare. Quindi, p. es., una legge può trattare in modo diverso i cittadini nonostante l'articolo 24 dello Statuto [1]), o può espressamente dichiararsi retroattiva, nonostante la regola che impone il rispetto dei diritti acquisiti [2]). Un regolamento sarebbe invece illegale ove disconoscesse queste due massime giuridiche fondamentali [3]). Quindi non può, p. es., un Comune esentare dalle imposte generali determinate categorie di persone in ragione del loro titolo o grado: nè può con clausole espresse di regolamento rendere retroattive le disposizioni concernenti pensioni in ordine a coloro che abbiano un diritto acquisito, sebbene la legislazione dello Stato in materia di pensioni non abbia sempre osservato il principio della irretroattività [4]).

4.° Se sullo stesso argomento esiste o sopravviene una legge che lo regoli in parte, il regolamento non può alterare la legge nè nella sua lettera, nè nel suo spirito. Così la legge sulle guarentigie è un limite alla prerogativa regia in materia ecclesiastica: e le leggi sull'organizzazione di diversi pubblici servizi e sopra alcuni diritti degli impiegati, sono un limite alla estesa potestà regolamentare del Governo in materia.

5.° Il regolamento non può mai creare pene, fuori di una delegazione *speciale ed espressa*. Ma di ciò ci occuperemo in seguito, osservando soltanto per ora che il fondamento di questo principio si ritrova in tutta la storia della monarchia costituzionale e in particolare nell'art. 26 dello Statuto.

6.° Il regolamento non può mai contenere disposizioni che abbiano portata finanziaria, sia nel senso di imporre un onere alla finanza dello Stato, sia nel senso di imporre tributi ai cittadini.

L'amministrazione in generale è sempre limitata dal rispetto della legge sul bilancio: essa non può mai, quindi, nè prescrivere una spesa nuova, ossia una spesa non imputabile ad un capitolo determinato, nè una spesa eccedente gli stanziamenti dei diversi capitoli. Perciò l'uso di facoltà regolamentare in quanto importi spesa è illegittimo, se la spesa eccede i confini segnati dal relativo capitolo, se il capitolo manchi affatto, e se la spesa non sia imputabile al capitolo delle impreviste. Questo limite finanziario si fa specialmente sentire in ordine alla facoltà regolamentare d'organizzazione.

---

[1]) Statuto, art. 24: « Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo e grado, sono uguali dinanzi alla legge ».

[2]) Disp. prel. al cod. civ., art. 2: « La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo. »

[3]) Naturalmente non parliamo del caso in cui il Governo abbia ricevuto un vero e proprio mandato legislativo, come per l'emanazione dei codici.

[4]) Cass. Firenze 11 giugno 1891 (*Ann.*, I, 233). Cons. di Stato (Sez. Int.) 26 ottobre 1895 (*Man. amm.*, 1896, 47).

La massima che il Governo non può imporre tributi resulta, oltre che dalla storia costituzionale della potestà di bilancio, dall'art. 20 dello Statuto che dice: « Nessun tributo può essere imposto o riscosso se non è stato consentito dalle Camere ed imposto dal Re ». La interpretazione di questo articolo e la determinazione di questo limite non sono così facili, come possono parere a prima vista.

Le entrate degli enti pubblici sono essenzialmente di due specie: *a*) entrate economico-private che provengono dallo sfruttamento di beni immobili o dall'esercizio per parte dello Stato di date industrie sotto il regime della concorrenza; *b*) entrate economico-pubbliche che sono riscosse dagli enti pubblici in virtù della loro sovranità e come mezzo ad attuare gli scopi loro. Le entrate economico-pubbliche alla loro volta si suddistinguono *a*) in imposte o contribuzioni obbligatorie riscosse dallo Stato sui beni dei cittadini per coprire in generale le spese delle funzioni complessive dello Stato, del Comune, ecc.; *b*) in tasse e contribuzioni pagate dai singoli individui per rimunerazione di un servizio prestato dallo Stato, dal Comune, ecc., e dirette a coprire le spese di questo servizio [1]).

Per quanto concerne le imposte in senso proprio non vi può essere dubbio: esse non sono obbligatorie e non possono essere riscosse se non per atto del Parlamento: i regolamenti non possono disporre in proposito: e soltanto possono dettar norme ove siavi una delegazione speciale ed espressa che determini l'oggetto ed il soggetto dell'imposta, la sua misura e il metodo di riscossione. In materia valgono come esempio le leggi sui tributi, comunali ed i loro regolamenti generali e locali [2]). E ciò in ordine all'insegnamento concorde della storia dello Stato costituzionale, della legislazione comparata, della pratica costante del Regno d'Italia. Del resto l'articolo 30 dello Statuto, che parla di tributi è la traduzione letterale dell'art. 48 della Carta francese che parlava d'*impôt*: e la discussione che precedette l'emanazione dello Statuto, desunta dai processi verbali del Consiglio di Stato convocato dal re Carlo Alberto [3]), chiarisce appunto che il detto articolo concerne essenzialmente le imposte in senso scientifico.

89. La massima, che le entrate dello Stato debbano essere regolate con atti del Parlamento, non si fonda soltanto sul principio, che i carichi debbono essere consentiti da chi deve sopportarli: ma ben anco sull'altra regola, che il Governo non deve avere entrate proprie non controllate, affine d'impedire che si renda indipendente dal controllo parlamentare. Se in ordine alla prima regola si giustifica la

---

[1]) Wagner, *Scienza delle finanze*, Torino 1888, § 130, 136, 143.

[2]) Legge 10 febbraio 1889, art. 147.

[3]) Manno, *La concessione dello Statuto*, Pisa, 1885.

necessità di una legge per lo stabilimento e la riscossione di imposte nel senso scientifico, in ordine alla seconda si può giungere fino a richiedere una legge anche per le entrate economico-private e per le tasse. Il Parlamento inglese, p. es., si è mostrato severissimo in proposito: esso non ha mai ammesso, che gli enti pubblici (Stato, Provincie e Comuni) avessero entrate di qualunque sorta non autorizzate con suo atto. Quindi in Inghilterra è necessaria una legge per qualunque tassa, ossia prezzo rimunerativo di un servizio da riscuotersi sia dallo Stato, sia dagli enti locali: ed anche per l'impianto di industrie rimuneratrici comunali si provvede, se non con *bill* generale, almeno con *bill* privato [1]).

Per quanto tale consuetudine possa apparire lodevole, tuttavia non crediamo che si possano invocare in diritto italiano massime così rigorose. Alla esigenza, che il Governo non possa sottrarsi al controllo parlamentare in grazia ad entrate proprie, basta l'obbligo, imposto all'amministrazione centrale di iscrivere qualunque entrata nel bilancio attivo, e di rendere conto del suo impiego nel bilancio della spesa, senza che sia necessario per qualunque entrata, non costituente imposta, una autorizzazione legislativa espressa e speciale. Sebbene non se ne abbiano molti esempi, a nostro avviso lo Stato potrebbe procurarsi entrate con la fondazione di nuove industrie, o lo sfruttamento di nuove proprietà fondiarie, senza necessità dell'approvazione parlamentare, se non in quanto sia richiesta una spesa d'impianto. Del resto, il patrimonio dello Stato può accrescersi di nuovi beni fruttiferi, a titolo di successione, di espropriazione e simili: e può, come talora accade, ritrarne un reddito, senza esservi espressamente autorizzato. Quanto ai Comuni, la legge generale espressamente contempla il caso che essi abbiano beni e stabilimenti propri: e la giurisprudenza ha interpretato queste disposizioni nel senso, che essi possano impiantare stabilimenti industriali e goderne le rendite [2]). Non vi è quindi dubbio, che gli enti pubblici possono, salvo divieto espresso, costituirsi entrate economico-private, indipendentemente da autorizzazione legislativa. Il che in altri termini significa, che essi possono organizzare ed esercitare le relative istituzioni mediante regolamento.

90. Che dire dei servizi pubblici per i quali si richiede una tassa? Ove il servizio pubblico sia obbligatorio e necessario per i cittadini, poichè prevale nella nostra legislazione il principio che i servizi pubblici necessari siano gratuiti nel senso, che si provveda alle relative

[1]) Todd, op. cit., pag. 420. Gneist, op. cit., I, pag. 230, nota 1.

[2]) Legge com. e prov., art. 141. Giorgi, *La teoria delle persone giuridiche*, Firenze, 1894, pag. 175. Mazzoccolo, *Commento alla legge com. e prov.*, Milano, 1892, pag. 365.

spese colle entrate generali, colle imposte, non v'è dubbio che nessuna tassa può esser percetta con regolamento, giacchè con ciò si violerebbe la norma giuridica della gratuità. Ma quanto ai servizi pubblici facoltativi e per i cittadini puramente volontari, non v'è motivo per escludere che una tassa si possa riscuotere, senza autorizzazione governativa. Non vi osta il testo dell'art. 30 dello Statuto, che, come dianzi dicemmo evidentemente, tratta di imposte e non di tasse. Non vi osta nemmeno il suo spirito: poichè se si parte dal punto di vista, che i carichi debbono essere consentiti da chi li paga, la tassa non cade sotto l'applicazione di questo principio essendo volontaria: se si parte dal concetto, che il Governo non deve avere entrate proprie, la tassa non vi contrasta, giacchè, dovendo per sua natura essere diretta a coprire le sole spese del servizio, non dà alcun avanzo utilizzabile dall'esecutivo: e, ove sono lecite senza legge le entrate economico-private, che pur danno un reddito, possono giustificarsi le tasse, che questo reddito non danno. Se si guarda alla pratica si vede che alcune tasse sono riscosse per legge: tali sono, p. es., le tasse postali, le quali tuttavia sono frutto di un monopolio e forse danno, stante l'elevatezza dei prezzi, un sopra reddito, che è un'imposta [1]), le tasse sulle concessioni governative [2]), le tasse d'occupazione del suolo pubblico [3]), le tasse d'accesso ai musei, la tariffa giudiziaria [4]), la tariffa notarile [5]), la tariffa consolare [6]), la tariffa telegrafica dopo la legge 2 luglio 1882. Ma le tasse telegrafiche furono riscosse con regio decreto fino a quella data [7]); la consulta araldica riscuote diverse tasse per decreto reale [8]). Molti Comuni poi riscuotono varie tasse per scuole non obbligatorie, per accesso a musei comunali e per altre istituzioni di simile natura. È appunto in occasione di questi diritti comunali che la giurisprudenza ha avuto luogo di affermare la loro legittimità, purchè *a*) non concernano servizi obbligatori [9]); *b*) non eccedano la misura necessaria a coprire le

[1]) Legge 20 giugno 1889.

[2]) Legge 13 settembre 1874.

[3]) Legge com. e prov., art. 147

[4]) Decreto-legge 23 dicembre 1865.

[5]) Legge 25 maggio 1879.

[6]) Lgge 28 gennaio 1876.

[7]) Regio decreto 14 aprile 1856, 17 aprile 1859, 28 giugno 1874. Reg. gen. telegrafico 12 aprile 1875.

[8]) Regio decreto 2 e 5 luglio 1896. Il regolamento precedente 10 ottobre 1887 stabiliva le medesime tasse senza tuttavia prescrivere che esse fossero menzionate in bilancio. Verificatisi alcuni inconvenienti in proposito col nuovo ordinamento fu stabilito, che i proventi della consulta fossero portati in bilancio in apposito capitolo: che essi dovessero servire alle spese della consulta araldica: e che i relativi prelevamenti si facessero con decreto ministeriale da registrarsi alla Corte dei conti.

[9]) Quindi è illegale una tassa per il servizio di polizia sanitaria. Cons. di Stato 17 febbraio 1875 (*Man. amm.*, pag. 77).

spese incontrate; *c*) non costituiscano proventi di un monopolio illecito. Quindi fu specialmente proclamata la legittimità delle tasse pei trasporti funebri [1]), e per il servizio dei pubblici macelli [2]).

Tutti questi limiti che siamo venuti specificatamente enumerando si possono facilmente dedurre dal principio, che il regolamento non può mutare il diritto nazionale. Ma per la loro particolare importanza è parso necessario trattare separatamente ed espressamente.

91. Nel corso del presente capitolo abbiamo avuto più volte occasione di ricordare la facoltà regolamentare degli enti locali: siccome essa, almeno per i Comuni, incontra limiti speciali, è d'uopo occuparsene separatamente.

La facoltà regolamentare delle provincie non presenta gran che di caratteristico: essa è una facoltà delegata, con una formula in certo modo ampia dell'art. 201 n. 16: « Spetta al Consiglio provinciale, in conformità delle leggi e dei regolamenti, di provvedere con le sue deliberazioni.... 16.° Ai regolamenti per le istituzioni che appartengano alla provincia, e per gli interessi amministrativi della medesima ». In base a quest'articolo fu ritenuto che la provincia possa fare regolamenti sullo stato degli impiegati, sul funzionamento dei suoi uffici, sull'ordine delle sedute [3]).

Le altre facoltà regolamentari sono più specificatamente delegate: e si distinguono in due categorie:

a) regolamenti provinciali autonomi, ai quali, salvo l'esercizio della tutela della G. P. A., il Consiglio provinciale dà direttamente la sanzione. Tali sono i regolamenti sulla caccia [4]) e quelli sulla polizia forestale, che si deliberano su proposta dell'apposito Comitato [5]);

b) regolamenti provinciali la cui deliberazione spetta al Consiglio, ma la cui sanzione definitiva è data con decreto reale. Tali sono quelli: sui pedaggi [6]); sulla costruzione, manutenzione e sorveglianza delle strade provinciali e comunali [7]); sulla coltivazione del riso [8]). Il carattere speciale di questi regolamenti in ordine ai limiti si è

---

[1]) Cons. di Stato (Sez. int.) 11 novembre 1876 (*Man. amm.*, 1877, 75). Astengo, op. cit., pag. 1191.

[2]) Cass. Roma (Sezioni unite) 30 dicembre 1882 (*Man. amm.*, 1883, 254); id. 7 marzo 1884 (ivi, 281). Cammeo, *I monopoli comunali*, estratto dall'*Archivio giuridico*, vol. LIV-LVI, pag. 127 e segg.

[3]) Mazzoccolo, *Comm. alla legge com. e prov.*, pag. 510.

[4]) Legge com. e prov., art. 201, n. 20. Saredo, *Comm. alla legge com. e prov.*, IV, pag. 187 e segg. e specialmente nn. 7498 e segg.

[5]) Legge forestale 20 giugno 1877, art. 21. Saredo, op. e vol. cit., pag. 204, n. 7540.

[6]) Legge sui LL. PP., art. 38.

[7]) Legge cit., art. 24.

[8]) Legge 12 giugno 1866.

che, mentre i regolamenti governativi non possono modificare le leggi, i regolamenti provinciali non possono modificare nè le leggi, nè i regolamenti generali governativi, siccome è espressamente significato nel principio dell'art. 201 [1]).

Molto più ampia è la facoltà regolamentare dei Comuni. Gli oggetti sui quali essa può svolgersi in parte sono determinati positivamente ed in parte sono stabiliti negativamente per esclusione.

I regolamenti comunali concernono:

a) l'organizzazione degli uffici comunali, nella triplice forma di creazione d'ufficio, distribuzioni di funzioni e stato degli impiegati; questa particolare facoltà non si desume da un esplicito testo di legge, ma deriva implicitamente dall'art. 111 n. 1, 2 e 7 della legge comunale e provinciale e dai principii generali in materia;

b) le imposte comunali (art. 166);

c) l'uso dei beni comunali (art. 111 n. 6 e 175);

d) l'igiene, l'edilità, l'ornato e la polizia locale (art. 111 n. 6 e 175).

Questo ultimo gruppo di regolamenti è quello che comprende la potestà più ampia ed importante: poichè, sebbene per alcune materie ivi indicate il regolamento d'esecuzione alla legge comunale e provinciale (art. 81-83) abbia tentato una determinazione positiva degli argomenti su cui la facoltà regolamentare comunale può svolgersi, tuttavia, per comune consenso, questa indicazione è dimostrativa e non tassativa, siccome è provato dalla clausola finale del citato art. 81 [2]). Di guisa che vale in Italia il principio affermato in Francia ed in Belgio, che, in materia di polizia locale, i Comuni possono emanare norme sopra qualunque argomento, non regolato dalle leggi e dai regolamenti generali e contenuto nella formula: tranquillità, sicurezza ed igiene. Onde è stato più volte deciso che qualunque nuovo rapporto sociale, il quale possa mettere in pericolo uno di questi requisiti della convivenza civile, può essere disciplinato anche con norme restrittive dai regolamenti locali. Così, per citare gli esempi più recenti, furono ritenuti legittimi i regolamenti comunali sulla circolazione delle biciclette: o quelli portanti proibizione di involgere sostanze alimentari in foglie di vite, che possono essere macchiate di solfato di rame, sebbene le leggi non

---

[1]) Saredo, op. e vol. cit., n. 7264.

[2]) « I Comuni possono con regolamento di polizia urbana... 11°. provvedere in generale ad altri oggetti consimili, che non siano già regolati dalle leggi o dai regolamenti generali dello Stato ». Vedasi pure l'art. 60 della legge sanitaria 23 dicembre 1888, il quale dispone che i regolamenti comunali « conterranno altresì le prescrizioni per evitare e rimuovere altre cause di insalubrità non enumerate nella legge ».

accordino ai Comuni speciale autorizzazione in proposito [1]). Divengono illegali questi regolamenti soltanto quando eccedono la sfera segnata da quella formula. In particolare, per es., normalmente i Comuni non possono regolamentare sui rapporti economici (restrizioni alla libertà commerciale, fissazione dei prezzi, ecc.), fuorchè nei casi estremi, in cui la sicurezza e la tranquillità pubbliche siano minacciate, siccome talora in materia di annona [2]).

Anche in questa facoltà amplissima il Comune non può coi suoi regolamenti non solo contrastare alla legge, ma ben anco ai regolamenti generali dello Stato: se le disposizioni di un regolamento comunale, per identità di materia, potessero venire in contraddizione con un regolamento provinciale (il che allo stato presente della legislazione è però difficile immaginare), sarebbero parimenti nulle, in base ai principii generali in materia.

92. Dalle considerazioni di questo capitolo chiara emerge una volta di più la identità sostanziale di tutti i regolamenti: tuttavia in ordine allo speciale funzionamento dei limiti abbiamo distinto i regolamenti di esecuzione da quelli che non hanno questo carattere. In questi ultimi in ordine alla loro origine storica ed al loro fondamento giuridico si possono suddistinguere quelli che riposano direttamente sopra disposizioni costituzionali e si riannodano alle prerogative e che sono i resti della antica potestà legislativa regia, da quelli che si fondano sopra una autorizzazione espressa in una legge ordinaria.

Per comodo della trattazione, seguendo una partizione adottata da altri scrittori, distingueremo quindi i regolamenti:

a) indipendenti, che derivano direttamente dal diritto costituzionale;

b) delegati, che si fondano sopra un'autorizzazione legislativa, senza essere di mera esecuzione;

c) regolamenti di esecuzione, che stabiliscono le norme secondarie per l'attuazione immediata di una legge.

---

[1]) Ved. Cass. Roma (Sez. penale) 23 settembre 1896 (*Giur. it.*, II, 336). Consultisi anche App. Genova, 1.° luglio 1881 (*Manuale degli amm.*, 1882, 330). Cass. Roma, 27 maggio 1881 (ivi, 271). Cass. Firenze 11 giugno 1884 (ivi, 348).

[2]) Si veda sulla legittimità dei calmieri, Cass. Roma (Sezioni unite) 25 gennaio 1896, *Giur. it.*, I, 1, 256 e nota ivi. Si consulti invece l'abbondante giurisprudenza, che dichiara nulli i regolamenti comunali importanti costituzione di monopoli. Sull'indebita estensione della privativa del peso pubblico, Cass. Torino 23 marzo 1881 (*Man. amm.*, 270); Id. 15 maggio 1887 (*Mon. trib.*, 553), e dell'affitto dei banchi pubblici; id. 10 marzo 1881 (*Man. amm.*, 318); — sul divieto del monopolio della neve, Cons. di Stato 10 marzo 1871 (*Legge*, II, 60), 2 marzo 1872 (ivi, II, 99); — del monopolio dell'espurgo dei pozzi neri, Cass. Torino, 28 febbraio 1889 (Astengo, *Guida (amm.*, pag. 840); — del monopolio delle pompe funebri, Cons. di Stato (Sez. IV) 19 gennaio 1897 (*Giur. it.*, III, 76), id. (Sez. int.) 12 agosto 1896 (ivi, III, 347). Trib. Napoli 31 dicembre 1892 (ivi, 1893, I, 2, 588). Cass. Roma (Sez. pen.) 17 giugno 1892 ivi, II, 266). Contra Cons. di Stato (Sez. int.) 28 ottobre 1896 (ivi, 1897, III, 113).

CAPO IV.

LE VARIE SPECIE DI REGOLAMENTI NEI LORO RAPPORTI COLLE LEGGI.

§ 1. — *Regolamenti indipendenti.*

SOMMARIO. — 93. Regolamenti d'organizzazione. Loro natura. — 94. Diritto comparato. — 95. Diritto italiano. Facoltà del Governo. Stato degli impiegati. — 96. Creazione di organi e distribuzione di funzioni. — 97. Creazione di Ministeri. — 98. Limiti speciali della facoltà regolamentare di organizzazione. Bilancio. Leggi organiche. — 99. Altri regolamenti di prerogativa. Esercito. Rapporti internazionali. — 100. Materie ecclesiastiche. Ordini cavallereschi. Titoli nobiliari. — 101. Regolamenti coloniali.

93. In applicazione ed a maggiore schiarimento delle considerazioni esposte nel precedente capitolo trattiamo ora brevemente dei regolamenti indipendenti: ossia di quei regolamenti che non si riannodano direttamente ad alcuna legge e che sono emanati in virtù dei poteri direttamente conferiti al Re dalla costituzione.

La categoria più importante di questi regolamenti è costituita dai regolamenti di organizzazione. L'organizzazione comprende:

a) l'istituzione di pubblici uffici, la determinazione del loro numero, la loro gerarchia, la fissazione della spesa necessaria; cioè gli organici in senso ristretto;

b) la distribuzione delle funzioni amministrative fra questi uffici;

c) la determinazione delle condizioni per l'assunzione degli impiegati a questi uffici, i loro diritti patrimoniali e onorari, i loro doveri, le sanzioni disciplinari, ecc., ossia le regole sullo stato degli impiegati.

Sono questi tre argomenti che fra loro si intrecciano e si combinano assai strettamente: sebbene nei due primi prevalga la considerazione dell'interesse pubblico: e nell'ultimo il riguardo agli interessi privati dell'impiegato.

Noi li distinguiamo, non tanto perchè la distinzione abbia un sicuro fondamento scientifico, ma perchè i poteri regolamentari in materia sono, secondo il diritto positivo, diversamente estesi ed hanno fondamento in norme diverse di diritto costituzionale.

La potestà regolamentare di organizzazione fu talora considerata e giustificata come una potestà di esecuzione e i relativi regolamenti furono detti regolamenti esecutivi. Certo, che se al concetto di esecuzione delle leggi si dà un'estensione tanto grande da comprendervi tutta l'attività dell'amministrazione, organicamente intesa, una tale opinione è fondata, siccome fra breve vedremo. Ma noi, per alcune

ragioni già accennate, consideriamo la categoria dei regolamenti di esecuzione come composta di quei soli regolamenti che assicurano immediatamente l'attuazione di una determinata legge, mediante norme secondarie che limitano le facoltà discrezionali dalle leggi lasciate e deducono, nei vari casi non espressamente contemplati, le proposizioni giuridiche per via di interpretazione. Ora è indubitato che i regolamenti organici hanno una portata molto diversa e più ampia: procurano l'esecuzione delle leggi in via indiretta; si fondano immediatamente sopra norme del diritto costituzionale, consuetudinario e scritto, come sarà detto più oltre. Essi non possono quindi esser compresi in quella categoria più ristretta, sebbene qualche giustificazione della loro esistenza e legalità si possa trovare in quel medesimo art. 6 dello Statuto, che parla essenzialmente dei regolamenti di esecuzione.

Noi non crediamo nemmeno che la facoltà d'organizzazione appartenga *ipso iure* all'amministrazione, in quanto sia intrinsecamente funzione amministrativa. Essa è essenzialmente funzione legislativa poichè importa emanazione di norme generali, come fu detto al n. 76.

Ma all'amministrazione organicamente e non meccanicamente intesa non si può negare una limitata facoltà di emanare norme giuridiche: tra queste norme per necessità di cose vanno comprese quelle di organizzazione. Poichè, come disse lo Spaventa [1]), il potere esecutivo, come qualunque altra potenza morale, viva, reale, deve avere in sè la possibilità di adempiere al suo scopo e quindi la facoltà di crearsi gli organi nelle cui funzioni questo scopo si realizza: altrimenti esso non sarebbe un potere organico, « ma un inerte e morto meccanismo ». [2]).

Ciò non significa, che tutti gli organi debbano essere creati dall'amministrazione: è d'uopo anzi che gli organi fondamentali, ed in genere quelli più importanti, quelli cioè che costituiscono una essenziale garanzia del diritto nazionale, siano definiti nella loro composizione e competenza dalla costituzione o dalla legge. Ma, fermo questo principio, è questione da risolversi con criteri di semplice opportunità politica, a seconda dei tempi, dei luoghi, dei costumi, delle tradizioni, il determinare precisamente quali organi siano a tal uopo essenziali e quali no. Logicamente e giuridicamente non si può negare, che la determinazione di tutti gli altri organi, in quanto non debba farsi e non sia stata fatta per legge, appartiene all'amministrazione stessa.

---

[1]) *Atti parlamentari*, Leg. XIII, sess. II, tornata 4 giugno 1878.

[2]) Cfr. vol. I di questo Trattato, Orlando, *Teorie fondamentali*, capo II, pag. 51 e segg. e le definizioni ivi riportate, che considerano le facoltà d'organizzazione come inerente al concetto di amministrazione. Stein, *Verwaltungslehre*, I, pag. 80.

94. Del resto uno sguardo sommario alla storia del diritto pubblico su questo punto ed alla legislazione comparata, basta a convincere *a posteriori* dell'esattezza di quanto affermiamo *a priori*. La creazione di nuovi uffici apparteneva fin dalle origini e, sembra appartenere tuttora, in Inghilterra alla prerogativa regia; essa è soltanto circondata da stretti limiti negativi; e precisamente non è lecito al Governo creare nuovi tribunali, nè nuovi uffici che possano levare tasse, nè in generale mutare gli uffici creati con legge [1]). Anche lo stato degli impiegati è in gran parte determinato con regolamenti: basta ricordare l'esempio tipico che con *Orders in council* fu stabilito il principio della nomina per concorso nel servizio civile, e la soppressione della vendita delle cariche nell'esercito. In Francia il principio fu dalla rivoluzione portato alle conseguenze estreme, in base alla teoria esagerata della divisione dei poteri: poichè, concepito l'esecutivo come un delegato e ministro del legislativo, esagerata la sua responsabilità dinanzi alla rappresentanza nazionale, e diminuitala in confronto dei controlli giurisdizionali, si pensò che ad esso, in ordine a questa responsabilità, dovesse spettare tutta la facoltà di organizzazione. E mentre il decreto 27 aprile e 25 maggio 1791 riservava al legislativo l'organizzazione di una gran parte delle cariche amministrative, dalla costituzione dell'anno VIII in poi prevalse il concetto opposto: onde è comune in Francia l'affermazione che « c'est au moyen des réglements d'administration publique, que les services publiques ont été organisés depuis l'an 1800 » [2]). E ciò vale non solo per gli organi secondari, ma anche per quelli principali burocratici: poichè, anche il numero e l'attribuzione dei ministri è stato sotto le diverse monarchie francesi, ed è tuttora sotto la repubblica, definito mediante decreti [3]). L'unico limite a questa estesa facoltà organizzatrice, espressamente riconosciuto dalla dottrina, è quello del bilancio. Gli stessi principii valgono nel Belgio [4]).

Se nell'impero germanico sembra prevalere il principio opposto, che nessun ufficio può esser creato se non con atto del Parlamento [5]), nei singoli Stati confederati vale invece la massima francese. In alcuni di essi essa non vige che per gli organi inferiori, essendo il numero e le attribuzioni dei Ministeri stabilito dalla costituzione,

---

[1]) Gneist, op. cit., pag. 230. Chitty, *Prerogative*, pag. 80. Spaventa, discorso citato. — Contra, per escludere che il Re d'Inghilterra possa creare mai nuovi uffici, Coke, *Istitutions of english Governement*, 2, 540.

[2]) *Rapport à l'appui du compte général des travaux du Conseil d'Etat publié en 1862*. Fuzier-Hermann, pag. 382. Ducrocq, I, pag. 80.

[3]) Hauriou, pag. 280.

[4]) Giron, I, pag. 98.

[5]) Arndt, pag. 152.

almeno nelle linee generali [1]). Ma in Prussia anche questi supremi organi amministrativi sono regolati da ordinanze regie: nè vale in contrario citare l'art. 92 della costituzione, che dice: « La competenza dei tribunali e degli uffici amministrativi è determinata dalla legge », poichè esso si riferisce soltanto alla delimitazione dei confini fra amministrazione e giustizia e non ai rapporti interni fra le varie autorità amministrative [2]). I giuristi tedeschi assegnano, come di ragione, a questa estesa facoltà così il limite del bilancio, come l'obbligo di non mutare le leggi esistenti.

95. Veniamo ora a studiare il diritto positivo italiano.

Richiamandoci alla distinzione, fatta in principio di questo capitolo, in ordine logico dovremmo prima determinare le facoltà governative concernenti la creazione e gerarchia degli uffici, la distribuzione delle funzioni: e quindi trattare dell'assunzione dei cittadini alle cariche così stabilite, dello stato degli impiegati in senso ristretto, cioè dei diritti personali dei funzionari, quanto alla nomina, alla revoca, allo stipendio, alla pensione, alle promozioni, alle ricompense e punizioni, ecc.

Ma, poichè questa seconda parte è quella più facile a studiarsi, ne parleremo brevemente prima di ogni altra. L'art. 6 dello Statuto dice infatti: « Il Re nomina a tutte le cariche dello Stato ». Di qui è lecito argomentare che a questa nomina esso possa porre tutte quelle condizioni che sono del caso. A questa conclusione si giunge da molti tanto più facilmente, in quanto il rapporto fra funzionario e Stato si concepisce come contrattuale: poichè è evidente allora, che nello stabilire i patti contrattuali, il Governo, come ogni privato contraente, ha piena libertà. Ma non è necessario partire da questo concetto per giustificare l'ampio potere discrezionale in materia: ritenuto anche che l'istituzione di un impiegato sia atto unilaterale d'impero, è chiaro che lo Statuto lo abbandona alla discrezione del Governo: onde può questo, nell'ambito della sfera discrezionale, dettare quelle norme che crede [3]). In ordine allo stato degli impiegati quindi il Governo non incontra altro limite, che le leggi esistenti: data l'importanza della materia, il numero degli interessi privati in giuoco, l'utilità di una legislazione uniforme, fu in proposito più volte invocata una legge unica; ma per ora essa manca. Esistono soltanto le seguenti leggi generali:

1.° Una legge generale sulle pensioni civili e militari 7, 11 e 21 febbraio 1895;

2.° Per gli impiegati civili le leggi: 23 marzo 1853 che stabilisce

[1]) Cost. sassone, art. 41; id. wurtemberghese, art. 56; id. assiana, art. 82.
[2]) Arndt, pag. 145 e segg.
[3]) Cfr. Cons. di Stato (Sez. IV) 13 giugno 1890 (*Giust. amm.*, I, 58).

soltanto la massima generale dell'uniformità di titolo, gradi e stipendi; 16 luglio 1862 sul cumulo degli impieghi; 11 ottobre 1863 sulla disponibilità ed aspettativa; 18 agosto 1866 sulla sequestrabilità in deroga al diritto civile comune; 7 luglio 1876 sopra le indennità e acquisti di aumenti sessennali.

Le principali carriere nelle quali lo stato degli impiegati è in tutto od in gran parte regolato per legge sono:

1.° la carriera giudiziaria; legge fondamentale 6 dicembre 1865. Una legge è espressamente richiesta dall'art. 70 dello Statuto;

2.° le carriere dei consiglieri di Stato e dei consiglieri della Corte dei conti, leggi 2 giugno 1889 e 11 agosto 1862; per analogia colla carriera giudiziaria, allo scopo di assicurare la inamovibilità;

3.° la carriera militare tanto dell'esercito, quanto dell'armata: prescindendo dalle ragioni di opportunità, la ragione giuridica per la quale in questo caso è necessario un atto del Parlamento si trova nelle particolari limitazioni, che queste carriere impongono alla libertà personale, e nella soggezione a tribunali speciali, che esse importano. Vedansi le leggi sull'ordinamento dell'esercito e sullo stato degli ufficiali 8 luglio 1883, 14 luglio 1887, 24 giugno 1888, 28 giugno 1897, 23 novembre 1853 e 25 maggio 1852: e quelli sull'ordinamento della marina 19 marzo 1874, 3 dicembre 1878 e 29 giugno 1885;

4.° la carriera delle guardie di finanza, legge 10 agosto 1892;

5.° del personale di P. S., legge 21 dicembre 1890. Per queste due carriere valgono le ragioni dette di sopra per la carriera militare;

6.° del personale insegnante, universitario, legge 13 novembre 1859, art. 57 e segg.; secondario, art. 202 e segg., legge 22 giugno 1877, 23 giugno e 26 dicembre 1876; elementare, 11 aprile 1886 e 23 dicembre 1888;

7.° del personale del genio civile, legge 5 luglio 1882.

Prescindendo dal considerare, che anche in esecuzione delle predette leggi esistono regolamenti che governano i particolari, le interpretano e completano, tutte le altre norme sullo stato degli impiegati in ogni altra carriera, salvo poche secondarie e parziali eccezioni, sono contenute in regolamenti. Basta pensare un momento all'estensione della burocrazia in Italia per comprendere quanto sia ampia questa facoltà: tanta è la sua ampiezza, che non potremmo determinarne positivamente il contenuto attuale, nemmeno per via di approssimazione [1]).

[1]) Il limite di questa facoltà regolamentare d'organizzazione è soltanto negativo: non può cioè il Governo alterare la legge. Pertanto sembra illegittima la circolare del giugno 1897 con la quale si avvertono gli impiegati, assunti in servizio dal 1.° luglio 1897, che ad essi non sarà applicabile la legge sulle pensioni. Anche considerando come contrattuale il rapporto fra amministrazione e funzionario è evidente

96. Ma se lo Statuto dice che il potere esecutivo nomina a tutte le cariche dello Stato, non dice espressamente però che il Governo istituisca esso tutte le cariche dello Stato e ne determini le attribuzioni. Se guardiamo però alla realtà dei fatti vediamo che la potestà d'organizzazione, in ordine a questi due argomenti, è quasi tanto estesa, quanto quella che concerne lo stato degli impiegati. Ora non siamo certo inclinati a costruire con metodo induttivo la teoria della facoltà regolamentare dalla consuetudine governativa: troppi abusi si verrebbero così a sanzionare in Italia. Ma in questo caso, mentre la consuetudine è costante, essa è confortata da troppe ragioni per non sembrare giustificata e giuridica. Concorrono infatti i motivi logici, poco fa esposti, per i quali la potestà d'organizzazione in genere è da attribuirsi all'amministrazione: soccorre l'analogia con gli altri Stati liberi: e finalmente questo potere trova indirettamente la sua base nel diritto scritto, nell'art. 6 dello Statuto. Questo articolo riconosce al Governo la facoltà di fare i regolamenti necessari all'esecuzione delle leggi: ora se in base ad una definizione restrittiva questi regolamenti sono quelli che contengono norme giuridiche di dettaglio, con un'interpretazione più lata e logica si arriva a comprendere la creazione delle cariche e la distribuzione delle funzioni, che all'esecuzione della legge sono egualmente necessarie, ove la legge stessa non vi provveda.

Quanto alla creazione di organi, alla determinazione del numero dei posti, dei gradi e titoli il Parlamento si è mostrato alquanto incerto fra la competenza parlamentare e quella governativa. E se con legge 23 marzo 1853 ha stabilito, per es., che nell'amministrazione i gradi, i titoli, gli stipendi debbano essere uniformi, fu però con la legge stessa delegata al Governo la facoltà di fissare questi gradi, titoli e stipendi: e sebbene la delega fosse allora temporanea divenne di poi definitiva con il decreto 13 novembre 1859 emanato in tempo di pieni poteri. In seguito la questione venne più volte in discussione: sebbene i pareri fossero divisi non si arrivò mai a proclamare la competenza del Parlamento: e, al massimo, si richiese l'allegazione degli organici in bilancio e si espressero i desideri della Camera, riguardo ad essi, con ordini del giorno [1]).

Pure ammettendo la competenza governativa per la creazione di organi, coi limiti che fra breve indicheremo, non si può nascondere una tendenza ad un intervento sempre maggiore del Parlamento, determinata in parte dal desiderio di unificare le norme ed estendere

---

che le disposizioni sulle pensioni sono d'ordine pubblico e quindi non sono derogabili contrattualmente. *A fortiori* non si può ammettere la validità di quella circolare quando si pensi, che il diritto a pensione non è contrattuale, bensì nasce *ex lege*.

[1]) Mancini e Galeotti, *Norme ed usi del Parlamento italiano*, pag. 432.

la influenza parlamentare, ed in parte dalla necessità del concorso del Parlamento ogni volta che sia necessaria una nuova spesa.

In generale, in misura maggiore o minore, gli organici di quelle carriere in cui lo stato degli impiegati è fissato con legge, sono deliberati con legge essi pure: così per la magistratura ordinaria, amministrativa, contabile, per una parte del personale insegnante, ecc. Ma talora, pur essendo fissate con legge in tutto e in parte le regole sullo stato degli impiegati, l'organico è composto dal Governo, come per altra parte del personale insegnante, per il corpo del genio civile [1]); mentre in altre carriere gli organici sono approvati con legge, e le norme sullo stato degli impiegati sono regolamentari, come per i consolati.

In generale manca in proposito un qualunque criterio assoluto, quando si prescinda dal considerare, che ci vuole una legge per gli organi fondamentali costituzionali, la giurisdizione ordinaria e gli enti locali.

Così, per es., il Consiglio delle miniere, il Consiglio superiore dei LL. PP., il Consiglio superiore della P. I. [2]), il Consiglio superiore di sanità sono creati con legge; il Consiglio del contenzioso diplomatico [3]), il Consiglio superiore di marina [4]), i venti Consigli di varia natura, di cui alcuni importantissimi, addetti al Ministero di agricoltura furono stabiliti con regolamento [5]). Le scuole di magistero femminile furono istituite con legge [6]), le scuole di merceologia con decreto [7]). Le Commissioni sulle imposte dirette [8]), le Commissioni catastali [9]), con legge; le Commissioni sull'imposta delle polveri piriche [10]), del gas e luce elettrica [11]), le quali hanno in sostanza le stesse funzioni con decreto. Le Camere di commercio sono istituite dalla legge [12]), i comizi agrari da un regolamento [13]). Ma in generale si può dire, che la massima parte degli organi dell'amministrazione centrale e dell'amministrazione locale burocratica sono

---

[1]) Regii decreti 3 febbraio, 3 marzo, 18 luglio 1889.
[2]) Legge 20 novembre 1859, 5 luglio 1882, 13 novembre 1859, 23 dicembre 1888.
[3]) Regio decreto 17 febbraio 1883.
[4]) Regio decreto 23 novembre 1889.
[5]) Cons. di statistica, regio decreto 24 febbraio 1888; id. sugli istituti di previdenza, regio decreto 5 novembre 1869; id. sulla fillossera, regio decreto 13 aprile 1884 Commissione superiore metrica 17 febbraio 1887, ecc.
[6]) Legge 6 giugno 1885.
[7]) Regio decreto 31 agosto 1891.
[8]) Legge 24 agosto 1877, art. 48.
[9]) Legge 1.° marzo 1866, art. 22.
[10]) Regio decreto 17 dicembre 1891.
[11]) Regio decreto 8 agosto 1895.
[12]) Legge 6 luglio 1862.
[13]) Regio decreto 23 dicembre 1866.

stati creati ed ordinati con decreto regio. Gli organici dei Ministeri [1]), quelli di tutte le amministrazioni fiscali delle provincie (dazio consumo, lotto, privative, Intendenze di finanza, agenzie demaniali, ricevitorie del registro, ecc.) sono gli esempi più caratteristici ed importanti.

97. La creazione dei Ministeri è la funzione organizzatrice, che ha dato luogo a maggiori discussioni: ed è in occasione di essa che tutta la questione di cui ci occupiamo ha dato luogo a due memorabili discussioni parlamentari. Questi organi sono così importanti che lo Stein disse: « *Die Organisation der Ministerien die Organisation der Staates selbst bedeutet* ».

In riguardo appunto a questa sua importanza vi fu chi sostenne che questo compito spettasse al Parlamento e non al Governo. Veramente dal 1848 al 1860 si usò creare e riordinare i Ministeri con decreto regio [2]); dipoi nel 1860 il Ministero di agricoltura industria e commercio fu ricostruito mediante legge del 5 luglio. Con decreto 26 dicembre 1877 si volle abolire di nuovo quel dicastero e si creò quello del tesoro. La Camera, che per l'innanzi aveva taciuto e talora aveva anzi espressamente rifiutato di votare una legge con la quale si riservasse al Parlamento la facoltà di creare e sopprimere i Ministeri [3]), si mostrò inclinata ad ammettere ora questa competenza, onde il decreto in questione venne revocato e la ricostituzione del Ministero d'agricoltura fu deliberata con legge 30 giugno 1878. La questione del Ministero del tesoro e ogni decisione espressa sul principio generale rimase sospesa, finchè la legge 12 febbraio 1888 stabilì che « Il numero e le attribuzioni dei ministri sono determinati con decreto reale ». Questa legge, date le considerazioni razionali già esposte in base alle quali il potere d'organizzazione sembra inerente all'essenza del Governo, data la consuetudine prevalente presso di noi, data l'analogia con già citate regole di diritti stranieri, sembra piuttosto una interpretazione autentica del nostro diritto nazionale anzichè una norma innovatrice.

Come risulta anche da questo caso speciale la facoltà di distribuire le funzioni va di pari passo con la creazione degli organi; quindi spetta essa pure al Governo. Con questa osservazione però che le funzioni derivando essenzialmente dalla legge, perchè direttamente interessano la sfera di libertà dei *subditi legum*, sono facil-

[1]) Regio decreto 23 ottobre 1853.

[2]) Regio decreto 26, 29 luglio 1848 che costituisce il Ministero di LL. PP. Regio decreto 22 agosto 1848, che crea il Ministero di agr., ind. e comm. Regio decreto 26 febbraio 1852, che abolisce il detto Ministero.

[3]) Mancini e Galeotti, pag. 709 e segg. Tornata della Camera dei dep., 30 gennaio e 19 febbraio 1868.

mente dalle leggi stesse per incidenza distribuite, almeno in via generale.

98. Per quanto estesa dalle cose dette risulti la facoltà organizzatrice del Governo, è d'uopo ricordare che essa incontra i limiti indicati nel capitolo precedente. In particolare vediamo ora come essi funzionino.

Il limite del bilancio ha in questo caso una particolare importanza. Non potendo il Governo nè eccedere le somme stanziate, nè derogare dalle loro specialità, è evidente che ogni carica nuova, la quale importi nuova spesa, o non sia imputabile ad alcun capitolo, non può essere creata senza l'assenso del Parlamento. Al Governo non resta dunque altro campo libero che entro i limiti di ciascun capitolo: ma poichè di regola ogni capitolo è formato con una certa larghezza e comprende un intero servizio, facilmente si intende, come il Governo possa a suo talento stabilire il numero, le gradazioni e lo stipendio dei vari uffici. Nella soppressione di uffici il Governo non incontra invece il limite finanziario, giacchè il bilancio è un' autorizzazione a spendere e non un ordine di spendere. In questo caso invece il limite si incontra con quelle norme di diritto obbiettivo, che consacrano i diritti subbiettivi degli impiegati.

Nella distribuzione di funzioni naturalmente il Governo deve distribuire e non creare, in quanto le funzioni limitano la sfera libera dei *subditi legum*. La regola è rigorosa per ciò che concerne la limitazione dei diritti dei cittadini. Naturalmente nemmeno una limitazione di un vero diritto dello Stato potrebbe efficacemente compiersi con un regolamento di organizzazione.

Tuttavia, siccome la determinazione dei controlli interni gerarchici e la ripartizione delle funzioni per gradi è compito di organizzazione ed in pari tempo può costituire garanzia di giustizia per i cittadini e freno all'arbitrio per le autorità, così i detti regolamenti possono, specialmente in ordine alle forme, costituire una parziale limitazione dei diritti dello Stato. E valgano per tutti due esempi importanti e di efficacia generale. Gli art. 1 e 2 del regolamento sul Consiglio dei ministri 25 agosto 1876 stabiliscono quali atti amministrativi debbono essere deliberati in Consiglio dei ministri, e assicurano così una speciale garanzia a molti interessi, un freno all'arbitrio governativo. Ove queste norme siano violate, gli atti relativi possono annullarsi dalle giurisdizioni amministrative [1]). Parimenti è un articolo di regolamento [2]), che stabilisce doversi per i progetti di regolamento di amministrazione pubblica udire il parere del Consiglio di Stato in adunanza generale.

[1]) Cons. di Stato (Sez. IV) 23 aprile 1897 (*Giur. it.*, parte III, 169).

[2]) Regio decreto 17 ottobre 1889, art. 19.

In generale si applica la solita massima, che i regolamenti non possono mutare la legge; quindi furono dichiarati illegittimi regolamenti organici che violavano il principio legislativo della separazione delle carriere [1]), che alteravano le norme della legge 11 luglio 1883 sul collocamento degli impiegati in disponibilità o fuori ruolo [2]), che alteravano un organico stabilito dalla legge [3]). Questa regola generale ha a nostro avviso un valore assoluto. Vi è chi crede, quando una legge è venuta incidentalmente in contatto con un regolamento organico, attribuendo ad un ufficio creato dal regolamento alcune funzioni, ciò non importi vero riconoscimento legislativo di quell'organo; e quindi è d'avviso che questo possa essere pur sempre soppresso con altro regolamento e con lo stesso mezzo si possa compiere una diversa distribuzione di funzioni. I sostenitori di questa teoria distinguono quindi la attribuzione di funzioni, dalla indicazione di competenza; e soltanto in questo secondo caso, ove cioè la norma organica costituisca una essenziale garanzia del diritto nazionale, credono che la mutazione possa farsi per Statuto [4]). Prescindendo dalle difficoltà di distinguere i due casi, ed anche ammettendo che difficoltà d'applicazione di una teoria non è motivo per ripudiarla, ci sembra che una tale teoria disconosca il valore formale della legge. Una prescrizione contenuta in un atto del Parlamento non può essere mutata che con atto del Parlamento, in ragione della sua forma indipendentemente dall'importanza e dalla natura del suo contenuto: quindi è indifferente se una norma organica sia essenziale garanzia del diritto nazionale o meno; dettata con legge non può esser mutata altro che con legge. L'esempio inglese ci conforta in proposito: ogni qualvolta in Inghilterra si è creato un nuovo organo, p. es. un nuovo Ministero, la ridistribuzione di funzioni assegnate con regolamento è stata fatta con regolamento; ma si è poi sempre emanata una legge per trasferire dagli organi antichi ai nuovi « ogni facoltà, potere, diritto o privilegio assegnato all'organo preesistente con atto del Parlamento » [5]).

Soltanto in un caso deve farsi eccezione: la circostanza che i regolamenti organici vengano in contatto indirettamente con la legge

---

[1]) Cons. di Stato (Sez. IV) 13 novembre 1896 (*Giur. it.*, 1897, III, 48).

[2]) Cons. di Stato (Sez. IV) 13 luglio 1895 (*Giur. it.*, III, 280).

[3]) Cons. di Stato (Sez. IV) 30 marzo 1894 (*Giur. it.*, III, 120).

[4]) Codacci-Pisanelli op. cit., pag. 84. Esso dà un esempio dell'applicazione di questa teoria distinguendo l'ipotesi dello spostamento della direzione esterna dell'amministrazione giudiziaria dal Ministero di giustizia a quello dell'interno, ed all'altra dello spostamento della direzione dei telegrafi dal Ministero dei lavori pubblici a quello del commercio o ad un Ministero nuovo.

[5]) *Atti parlamentari*, Leg. XIII, sess. II. tornata 4 giugno 1878. Discorso Spaventa.

del bilancio, non eleva le relative disposizioni e dignità di norme legislative. Se altrimenti fosse, siccome ogni atto amministrativo d'organizzazione importa spesa e quindi si riannoda, più o meno direttamente, al bilancio, tutta la facoltà organizzatrice del Governo ne andrebbe distrutta. Non bisogna dimenticare che il bilancio della spesa è nulla più che l'autorizzazione impartita al Governo di usare le rendite dello Stato in determinata misura per determinati scopi: in linea di interpretazione sarebbe grave errore dare al bilancio un significato diverso e maggiore [1]). Quindi neppure il fatto che un determinato organico sia allegato al bilancio come documento esplicativo, o sia raccomandato con ordine del giorno delle Camere in sede di bilancio impedisce al Governo, *entro i limiti della specialità dei capitoli* di apportarvi modificazioni [2]). Soltanto nel caso ove un organico sia espressamente approvato dal Parlamento, sia pure come parte integrante della legge del bilancio, esso non potrà in seguito mutarsi se non con atto del Parlamento.

99. Dopo aver detto dei regolamenti di organizzazione vediamo sommariamente gli altri argomenti su cui può svolgersi per diretta disposizione costituzionale la facoltà regolamentare governativa.

a) Il re può emanare regolamenti sulla disciplina dell'esercito e della marina. Sarebbe lecito in gran parte argomentare questa particolare potestà da quella generale di organizzazione. Tuttavia è d'uopo occuparsene a parte, sia perchè intrinsecamente il potere disciplinare sull'esercito e sull'armata è molto più esteso e può giungere fino alla comminazione di pene corporali, sia perchè esso si fonda immediatamente sopra un particolare articolo dello Statuto [3]) e sopra una consuetudine giustificata dalla necessità anteriore allo Statuto stesso e, per l'esercito, sanzionata dall'art. 2 del Cod. pen. mil.

Il primo regolamento disciplinare per l'esercito data dal 21 giugno 1823; vi sono naturalmente molte modificazione successive; per la marina il testo fondamentale è il regio decreto 11 marzo 1865 [4]).

Il limite più diretto ed immediato a questi poteri disciplinari si trova nei codici penali militari e marittimi.

b) Dalla prerogativa regia in materia di guerra e di rapporti internazioli derivano molte e complesse facoltà regolamentari in ordine alle varie evenienze di diritto internazionale pubblico. Se il diritto marittimo in tempo di guerra è regolato in gran parte dalla

---

[1]) Cfr. n. 67 e segg.

[2]) Cfr. Cons. di Stato (Sez. IV) 13 novembre 1896, citato, con nota.

[3]) Art. 5.... « Al Re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il capo supremo dello Stato; *comanda le forza di terra e di mare* », ecc.

[4]) Per le principali modificazioni successive più importanti, i regi decreti 30 ottobre 1859, 25 febbraio 1864, 31 gennaio e 9 marzo 1870, 15 aprile 1883.

legge [1]), restano pur sempre in proposito alcuni argomenti lasciati al Governo come le proclamazioni e le regolamentazioni del blocco, della neutralità, ecc. Il diritto di guerra in terra ferma è in massima parte governato da un regolamento, o precisamente dal regio decreto pel servizio delle truppe italiane in guerra, 26 novembre 1884, modificato in regii decreti 10 settembre, 24 novembre 1896. Il limite di questa facoltà, oltre che nelle leggi intime in materia, trovasi nelle convenzioni e consuetudini internazionali.

100. *c*) L'art. 18 dello Statuto dispone: « I diritti spettanti alla potestà civile in materia beneficiaria, o concernente l'esecuzione delle provvisioni d'ogni natura provienenti dall'estero saranno esercitati dal Re ». Sul secondo punto esistono alcune norme sommarissime nella legge sulle guarentigie, 13 maggio 1871 art. 16; in base ad esse il regio *placet* o *exequatur* non è più richiesto, se non per l'immissione nei beni dei beneficii; le regole per la concessione di tali autorizzazioni sono contenute in un regolamento 25 giugno 1871, il quale pertanto partecipa della natura di regolamento indipendente e di regolamento d'esecuzione. Per ciò che concerne la materia beneficiaria sono i regolamenti, che governano l'intera materia, sia in ordine alla organizzazione del servizio dei beneficii vacanti, sia in ordine agli effettivi rapporti di diritto fra lo Stato ed i beneficiati, dettando norme sulla conservazione dei beni, sul passaggio loro dalle mani dello Stato a quelle degli investiti, sul riparto delle rendite in caso di vacanza, sui sequestri per misura di conservazione e di repressione, ecc. L'unica norma legislativa in materia è quella dell'art. 25 n. 2 della legge sul Consiglio di Stato 2 giugno 1889, e concerne la competenza sulle controversie che possono insorgere nei rapporti dello Stato coll'autorità ecclesiastica; essa non è quindi norma di diritto materiale, ma procedurale; i regolamenti fondamentali in materia sono quelli del 26 settembre 1860 e 16 gennaio 1861 per le provincie sarde, 8 dicembre 1861 per il Napoletano e 23 dicembre 1865 per la Sicilia [2]). Il limite di questa facoltà regolamentare si trova in parte nelle norme consuetudinarie, vigenti prima dell'annessione, e nel principio del nostro diritto pubblico della separazione della Chiesa dallo Stato, quale è formulato nell'art. 17 della legge sulle guarentigie [3]).

---

[1]) Cod. della marina mercantile art. 207-251.

[2]) Cfr. Cons. di Stato (Sez. IV) 9 aprile 1897 (*Giur. it.*, III, 207) e 11 giugno 1897 (ivi, III, 212) con un'eccellente nota dell'avv. Vitta.

[3]) I principali atti del Re concernenti gli ordini cavallereschi sono: la carta reale 3 giugno 1869 e il regio decreto 7 aprile 1887 per l'ordine della SS. Annunziata; le regie patenti 16 marzo 1851 e 20 febbraio 1868 per l'ordine di S. Maurizio e Lazzaro, nonchè il regio decreto 3 dicembre 1885; le regie patenti 1.° agosto 1815 per l'Ordine militare di Savoia; le regie patenti 28 giugno 1831, i regi decreti 9 maggio 1835, 27 giugno 1869, 27 marzo 1887, 15 marzo 1891 per l'Ordine civile di Savoia; i regi decreti 20 febbraio 1866, 24 gennaio 1869, 1 luglio 1869 per la Corona d'Italia.

d) Il re ha una facoltà di emanare regolamenti concernenti gli ordini cavallereschi; questa facoltà ha la sua base nell'art. 78 dello Statuto. « Gli ordini cavallereschi ora esistenti sono mantenuti con le loro dotazioni. Queste non possono essere impiegate ad altro uso fuori che a quello prefisso dalla propria istituzione. Il re può creare altri ordini e prescriverne gli Statuti ». La facoltà regolamentare in questa materia risente tutt'oggi della sua antica origine; i regolamenti che determinano le condizioni per il conferimento, i privilegi onorifici, i diritti pecuniari degli insigniti si chiamano bene spesso statuti o lettere patenti, e si emanano con un preambolo speciale che suona « *di motu proprio*, in virtù della regia nostra prerogativa e dell'autorità magistrale » [1]).

È da ritenersi che, sempre in esplicazione della regia prerogativa, possa il re creare medaglie a titolo di ricompensa. Ed invero sono numerosi i decreti reali portanti regolamento per la concessione di medaglie al valore civile, militare, di marina, per i benemeriti della salute pubblica, nonchè per medaglie commemorative delle diverse campagne. Altrettanto dicasi delle norme intorno alla precedenza delle varie cariche [2]).

Naturalmente questa regia prerogativa incontra un limite nel complesso del diritto nazionale; quindi le riforme degli Statuti dei diversi ordini compresi dopo l'emanazione della costituzione furono tutte intese ad uniformarli al principio dell'eguaglianza di tutti i cittadini senza distinzione di condizione sociale e di culto [3]). L'intervento del Parlamento è richiesto, ove sia necessaria una spesa per conferimento di speciali rimunerazioni e pensioni [4]). In ogni modo sussiste su questa, come sopra ogni altra prerogativa, il controllo parlamentare e la responsabilità ministeriale [5]).

e) Finalmente il re, potendo concedere nuovi titoli mobiliari (art. 79 dello Statuto), può anche dettare norme intorno a questa concessione ed ai suoi effeti. Queste norme sono contenute nei regi decreti 2, 5 luglio 1896, e concernono le forme e condizioni per la

---

[1]) Regio viglietto 23 marzo 1833 per la medaglia al valor militare, regi decreti 10 aprile 1851 e 29 aprile 1888 per la medaglia al valor civile, 15 aprile 1860 per la medaglia al valor di marina, 4 marzo 1865 per la medaglia commemorativa della guerra dell'indipendenza, 3 novembre 1894 per le campagne d'Africa.

[2]) Regio decreto sulle precedenze 19 aprile 1868.

[3]) Vedansi le lettere patenti 16 marzo 1851 per l'ordine dei SS. Maurizio e Lazzaro e 3 giugno 1868 per l'ordine della SS. Annunziata.

[4]) Legge 15 dicembre 1861 che autorizza l'assegno di pensioni ai militari decorati dell'Ordine militare di Savoia.

[5]) Mancini e Galeotti, op. cit., pag. 668 e segg.

creazione *ex novo*, il riconoscimento, la rinnovazione dei titoli estinti, determinano i titoli conferibili, la natura dei predicati, il metodo di trasmissione, ecc. Sono tutte queste norme giuridiche; perchè, quale che sia il valore intrinseco dei titoli nobiliari, è concorde in dottrina ed in giurisprudenza che essi formano oggetto di diritti subbiettivi. Il limite di questa facoltà regolamentare, per ciò che concerne specialmente i titoli antichi, si trova nell'antico diritto consuetudinario e scritto in materia.

101. Abbiamo già detto altrove che non crediamo che la prerogativa regia della grazia possa dar luogo a facoltà regolamentare; in ogni ogni modo non ci consta che esistano norme regolamentari in questo argomento.

Saremmo inclinati a considerare come regolamenti indipendenti anche quelli emanati per l'amministrazione delle colonie; l'esempio straniero, le generalità dei poteri, che il re può esercitare in proposito, la impossibilità giuridica e di fatto di estendere alle colonie il regime parlamentare, l'art. 82 dello Statuto che riserva al re tutti i poteri finchè lo Statuto non sia entrato in vigore, applicato sempre anche alle annessioni delle varie provincie del Regno, ci inducono a ritenere che il potere di dettare norme giuridiche nelle colonie sia naturalmente inerente al Governo, e che le leggi, che lo riconoscono [1]), interpretano il diritto vigente, anzichè rinnovarlo. Queste leggi lasciano, che tutti i rapporti di diritto pubblico e privato siano regolati con regi decreti con questi due soli limiti: che non si innovi al diritto di famiglia dei cittadini italiani fra loro; e non si impongano aggravi al bilancio dello Stato.

Parimente saremmo d'avviso, che la facoltà regolamentare degli enti locali, e specialmente dei Comuni, spetti loro *ipso iure*, per natura delle cose in virtù di una consuetudine antichissima ed universale; e riterremmo che la legge comunale e provinciale la riconosca, ma non la crei; e quindi che i relativi regolamenti possano piuttosto considerarsi come indipendenti, che come delegati.

Ma siccome sta in fatto che una formula di delegazione nei due casi citati c'è, e d'altro canto, siccome non annettiamo alla distinzione una eccessiva importanza, non ci par necessario maggiormente insistere per ora su questo concetto.

---

[1]) Leggi 5 luglio 1882 e 1.° luglio 1890.

§ 2. — *Regolamenti d'esecuzione.*

SOMMARIO. — 102. Limite speciale nelle leggi da eseguire. — 103. Ragion d'essere dei regolamenti d'esecuzione. Vari sistemi in proposito. Inconvenienti e danni. — 104. Disposizioni complementari necessarie. — 105. Disposizioni transitorie. — 106. Le clausole speciali di delegazione nei regolamenti esecutivi.

102. Consideriamo ora i regolamenti di esecuzione.

Essi sono quei regolamenti, che direttamente si riannodano ad una legge per assicurarne l'attuazione: la potestà di emanarli è quella espressamente concessa in via generale dell'art. 6 dello Statuto. Basta quindi l'esistenza di una legge, perchè senz'altro sia legittimata questa potestà regolamentare. Noi diciamo che questi regolamenti debbono direttamente assicurare l'esecuzione della legge cui si riannodano, per non dare troppo grande estensione a questa categoria di atti. Imperocchè, in un certo senso, molti altri regolamenti tendono all'attuazione delle leggi, almeno direttamente. Eppure, data la distinzione che, in ordine a caratteri piuttosto estrinseci che intrinseci, per comodità di trattazione, abbiamo adottata, quei regolamenti vanno compresi fra gli indipendenti ed i delegati. E di vero, anche i regolamenti di organizzazione assicurano indirettamente l'esecuzione delle leggi; tuttavia abbiamo dimostrato che essi sono indipendenti: e d'altro canto molte norme per completare la legislazione sopra un dato argomento solo in parte governato dalla legge sono espressamente delegate all'amministrazione, con facoltà di limitare la libertà dei cittadini oltre i limiti segnati dalla legge: e perciò vanno considerate come regolamenti delegati. Per esempio, la legge sulla pesca [1]) contiene due o tre norme giuridiche sul divieto della pesca del pesce giovane, sulle concessioni per allevamenti e coltivazione, sui diritti degli scopritori di banchi di corallo, alcune regole di organizzazione, e alcune disposizioni penali. Essa lascia poi ai regolamenti tutte le altre norme da emanarsi in proposito, permettendo che si limitino a tal uopo la libertà e la proprietà dei cittadini [2]). In un certo senso questi regolamenti servono all'esecuzione della legge, la quale senz'essi non avrebbe vita organica: tant'è vero che fu disposto ch'essa entrerebbe in vigore alla pubblicazione dei regolamenti [3]): tuttavia questi regolamenti non sono esecutivi in senso stretto, poichè piuttosto completano la legge anzichè assicu-

---

[1]) Legge 4 marzo 1877.
[2]) Legge citata, art. 2, 3, 9, 10, 18.
[3]) Legge cit., art. 24. Reg. 13 novembre 1882 e 15 maggio 1884.

rarne l'esecuzione: dettano norme *praeter legem* in virtù di delegazione, anzichè *intra legem*.

Imperocchè il carattere dei regolamenti di esecuzione è essenzialmente quello di rimanere *intra legem*. Essi cioè sono costituiti dal complesso delle norme che possono emanarsi nell'esercizio di quella somma di piccole facoltà discrezionali, che ogni legge in maggiore o minor misura lascia all'autorità amministrativa su punti di secondaria importanza, su questioni di indole tecnica: e queste norme secondarie vanno desunte ed in tanto sono legittime, in quanto sono desunte dai principii generali stabiliti dalla legge per via di interpretazioni della sua lettera e del suo spirito.

103. Abbiamo già accennato ai nn. 71 e segg. che la divisione del lavoro nell'emanazione di norme fra Parlamento e Governo è necessaria ed utile.

Questa divisione di lavoro si opera in modo particolare nei rapporti fra leggi e regolamenti di esecuzione. Manca in proposito non solo una regola giuridica nei vari diritti positivi, ma manca puranco una regola politica empirica, che non sia quella vaghissima ed insufficiente: appartenere alla legge la determinazione dei principii generali ed essenziali e al regolamento quella delle norme secondarie e minute. Fermo il concetto, che la legge non può tutto prevedere, che il Governo deve sempre avere qualche potestà discrezionale nel diritto pubblico dei paesi liberi si rivelano in proposito due tendenze. La prima è rappresentata dalla antica pratica inglese che faceva leggi molto particolareggiate e riduceva ai minimi termini il campo dei regolamenti d'esecuzione. Questo sistema fu nella prima metà di questo secolo abbandonato in Inghilterra, senza cadere nell'eccesso opposto: esso sussiste ancora negli Stati Uniti d'America. L'altra tendenza prevale in Francia ed in Italia: la legge, di solito, pone alcuni principii generali; il compito di svolgerli applicandoli ai vari casi della vita sociale appartiene al regolamento.

Nessuno dei due sistemi è scevro di inconvenienti: e soltanto una via di mezzo, consigliata da una saggia politica legislativa, può dare utili resultati. Sebbene da noi prevalga il sistema opposto, anche la legislazione italiana presenta alcuni esempi di leggi minute e particolari [1]: fra questi ve ne è uno caratteristico, perchè ci offre occasione di rilevare i danni del sistema ed è la legge sulla pubblica istruzione 13 novembre 1859. Essa è straordinariamente particolareggiata: tant'è vero che si compone di 380 articoli. Emanata in tempo di

[1] Vedasi per esempio la legge elettorale (T. U.) 28 marzo 1895. Legge sull'espropriazione per pubblica utilità 25 giugno 1865. Legge 30 ottobre 1859 sulle privative industriali. Le due prime leggi non hanno regolamento di esecuzione: l'ultima ha un regolamento 31 gennaio 1864 che ne ripete le disposizioni con poche aggiunte di minima importanza.

pieni poteri, compilata in fretta, scritta per le antiche provincie sarde e per le poche altre annesse dopo la guerra di quell'anno, essa non rispose mai, e tanto meno risponde oggi, alle esigenze scientifiche dei tempi moderni, specialmente per quanto concerne l'istruzione universitaria. Riformarla non è stato possibile fin ora per la difficoltà di porre in moto la macchina parlamentare su questioni, delle quali alcune sono elevate e generali, ma molte minute e tecniche. A rimediare il conflitto fra la legge scritta e i bisogni del paese furono emanati regolamenti, che, coll'onesto scopo di correggerla e di completarla, apertamente la modificano. Onde grandissima parte del vigente diritto scolastico ci offre l'esempio più patente di norme regolamentari incostituzionali. Basta ricordare, che i programmi dei corsi universitari fissati dalla legge (art. 51-55) furono completamente mutati [1]), tutto il sistema degli esami speciali di ammissione, e degli esami speciali e generali fu cambiato (art. 115-141) [2]), la ripartizione dei corsi in semestri abolita (art. 169) [3]), il sistema di nomina e la posizione dei professori straordinari modificato (art. 89) [4]).

L'altro sistema che fra noi prevale è condotto all'esagerazione, piuttosto che per un cosciente criterio di politica legislativa, per l'inerzia e l'incapacità dei legislatori. Ciò è evidentemente dannoso. Quanto più lati sono certi limiti, tanto meno essi, in ragione della loro indeterminatezza, sono sensibili per chi deve rispettarli: quanto più sono numerosi i casi, in cui al Governo è dato di desumere dalle norme generalissime quelle particolari, di altrettanto si accrescono le probabilità che quei principii siano svisati.

Non contraddire, oltre che a nessuna legge in generale, alla lettera della legge di cui il regolamento procura l'esecuzione è còmpito abbastanza facile. Tuttavia non manca qualche esempio di contraddizione patente, di cui però la giurisprudenza ha fatto pronta giustizia. Per esempio, la legge comunale e provinciale art. 236 dice che sono decaduti dalle loro funzioni i consiglieri che non intervengono ad un'intera sessione, il deputato provinciale o l'assessore che non interviene a tre sedute consecutive: e che la decadenza è pronunciata dai rispettivi Consigli. Il Regolamento 10 giugno 1889 art. 111 attribuisce questa potestà per il deputato provinciale e l'assessore alla Deputazione ed alla Giunta. Per comune consenso la disposizione dell'art. 111 è incostituzionale [5]). Così pure la legge di P. S. dice

[1] Reg. 8 ottobre 1876 sulle facoltà di giurisprudenza, lettere e medicina.
[2] Reg. gen. un. 26 ottobre 1890, art. 5-30, 31-46.
[3] Reg. cit., art. 1.
[4] Reg. cit., art. 85, 125.
[5] Cons. di Stato (Sez. int.) 10 luglio 1891, *Legge*, II, 359. Astengo, *Guida amministrativa*, pag. 1522. Mazzoccolo, *Comm.*, pag. 570.

che l'Autorità di P. S. ha diritto ad un palco in ogni teatro [1]). Il regolamento indebitamente gliene attribuisce due: uno per il prefetto, l'altro per il delegato e quindi impone indebitamente alla proprietà un vincolo diverso e maggiore [2]).

104. Le disposizioni regolamentari che, pur non essendo *contra legem*, siano *praeter legem*, sono esse pure illegittime, ove importino una maggiore limitazione della libertà e proprietà dei cittadini, ed in generale restringano i diritti dalla legge principale concessi agli interessati. Imperocchè la legge stessa deve presumersi regolare l'intiera materia, e, salvo delegazione espressa, ogni altra più grave limitazione dei diritti dalla legge concessa, se non è contraria alla lettera della legge è per lo meno contraria al suo spirito. L'esempio tratto dalla legislazione sulla P. S., e poco prima citato, può servire a spiegare quanto ora diciamo. Ricordiamo ancora, per chiarire con un caso pratico la regola enunciata, che l'art. 10 della legge sul Consiglio di Stato stabilisce le notificazioni da farsi, sotto pena di nullità, per quanto concerne i ricorsi alla IV Sezione. Il Regolamento 17 ottobre 1890 all'art. 16 prescrive, in aggiunta, la notificazione dell'avvenuto deposito dei documenti al Ministero, da cui dipende l'autorità il cui provvedimento è stato impugnato. La giurisprudenza costante della IV Sezione ha più volte dichiarato che questa notificazione non è richiesta a pena di nullità, e deve considerarsi come un desiderio e non come una prescrizione tassativa essendo contraria allo spirito [3]).

Ma col metodo di far leggi brevissime e, dati i difetti del sistema parlamentare in Italia, non si può negare, che molte disposizioni dei regolamenti d'esecuzione debbono per necessità di cose essere *praeter legem*: chè altrimenti le leggi sarebbero non solo monche, ma ben anco ineseguibili.

Questa facoltà regolamentare d'esecuzione *praeter legem* incontra essa pure severissimi limiti. Anzitutto essa deve ispirarsi, finchè è possibile, ai principii accolti dalla legge: ove questi manchino affatto deve tener conto delle regole adottate in materie analoghe da altre leggi; finalmente, ove per avventura anche i principii analogici facciano difetto, sebbene debba riconoscersi l'arbitrio del Governo, è d'uopo ammettere che esso non può nè limitare la libertà dei cittadini, oltre i confini segnati dallo spirito della legislazione, nè violare quei limiti generali indicati ai nn. 88-90, specialmente per ciò che concerne le pene e gli oneri finanziari [4]).

---

[1]) Legge 30 giugno 1889, art. 43.

[2]) Reg. di P. S. 8 novembre 1889, art. 44.

[3]) Si noti che il reg. 17 ottobre 1889 è emanato non solo in virtù degli ordinari poteri regolamentari, ma in base anche ad una delegazione espressa, contenuta nell'art. 43 della legge 2 giugno 1889.

[4]) Meucci, *Ist. di dir. amm.*, pag. 51-52. Cass. Firenze 17 novembre 1871 (*Ann.*, I, 2, 279).

Di ciò abbiamo alcuni esempi tipici. La legge sulle condutture elettriche 7 giugno 1894 crea una servitù su tutti i fondi privati per i condotti trasmettitori dell'elettricità: quanto ai beni demaniali essa fa rinvio alla legge ed ai regolamenti speciali senza nulla espressamente disporre: il tutto in pochissimi e laconici articoli. Il Regolamento 25 ottobre 1895, art. 6-8, avoca allo Stato la potestà di far concessioni per il passaggio di dette condutture sui beni demaniali, anche appartenenti ai Comuni ed alle Provincie. Questi articoli aggiungono alla legge restringendo i diritti degli enti locali sul loro demanio. Eppure essi sembrano pienamente legittimi: poichè rispondono allo spirito della legislazione in materia di elettricità. Infatti tutte le leggi sui telegrafi, sui telefoni, ed in particolare l'ultima legge 7 giugno 1896 sono ispirate al concetto di accentrare nelle mani dello Stato l'intera polizia delle trasmissioni elettriche, e di impedire che il progresso delle relative industrie sia ostacolato dalla volontà di privati o di enti pubblici, diversi dallo Stato [1]). Parimente la legge 12 dicembre 1875 attribuisce alla Cassazione di Roma la competenza esclusiva dei ricorsi in materia di imposte, di soppressioni di congregazioni religiose, di elezioni politiche ed amministrative: essa però non determina il modo di risolvere i possibili conflitti fra questa e le altre Corti di cassazione. Aggiungendo alla legge il Regolamento 23 dicembre 1875 stabilisce, che il conflitto sia risoluto in via preventiva dalle sezioni unite della Cassazione di Roma. Questa disposizione è legittima perchè, mentre si rivela necessaria, è intrinsecamente conforme al sistema del patrio legislatore, che in tema di conflitti ha adottato sempre il sistema della risoluzione preventiva per parte della giurisdizione più elevata fra quelle venute in contrasto [2]).

Invece la Cassazione di Firenze ha dichiarato [3]), che mentre la legge sul macinato 7 luglio 1868 disponeva un'accurata vigilanza sui mulini, permettendo agli agenti della pubblica forza di entrarvi a tutte le ore, non poteva il Regolamento 26 giugno 1871, aggiungendo alla legge, obbligare i mugnai a consegnare le chiavi degli opifici ai detti agenti od a tenerne aperte le porte anche di notte: perchè la potestà di far eseguire la legge non importa quella di comandare tutto ciò che magari col massimo sacrificio dei cittadini può essere utile allo Stato; e perchè in materia analoga, cioè nella legislazione sulla privativa dello Stato e sul dazio consumo, nessun precetto così esorbitante era mai stato emanato.

---

[1]) Rel. Giovannelli alla Camera dei deputati. Atti parl., Leg. XVIII, sess. 1.ª, documento n. 339. Cammeo, voce *Illuminazione pubblica*, nn. 62, 63 nell'*Enciclopedia giuridica*.

[2]) Mattirolo, *Trattato di dir. giur.*, I, n. 351 e segg.

[3]) Cass. Firenze 17 novembre 1871 citata.

105. Una categoria abbastanza importante di norme di esecuzioni che, a stretto rigore, sono *praeter legem* è costituita dalle disposizioni transitorie. In Italia talora vi provvede la legge: più spesso esse sono materie di regolamenti espressamente delegati. Crediamo che esse possano emanarsi anche in difetto di delegazione. Tuttavia il Governo non potrà, prescrivendole, violare mai quei principii che in tema di diritto transitorio sono contenuti embrionalmente nell'art. 3 delle disposizioni preliminari del codice civile, e sono state di poi svolte con chiarezza e certezza dalla dottrina e giurisprudenza, per modo che possono dirsi acquisiti al nostro diritto nazionale. Valgano in proposito due esempi. La legge 17 luglio 1890 sulle Opere pie articolo 75 stabilisce che il domicilio di soccorso si acquisti con dimora ultra-quinquennale in un Comune. L'art. 142 del Regolamento 5 febbraio 1891 prescrive che la dimora avuta prima dell'attuazione della legge si computi a tal uopo. Questa disposizione transitoria, intesa letteralmente ed applicata al caso in cui la dimora ultra-quinquennale fosse interamente trascorsa prima della legge 17 luglio 1890, fu considerata illegittima, perchè contraria al principio che i fatti compiuti prima dell'entrata in vigore di una legge possano aver effetto in base ad essa [1]). Parimenti furono giudicati incostituzionali i regolamenti 15 dicembre 1860 e 4 settembre 1862, che in via di disposizione transitoria conservavano nel Lombardo-Veneto la competenza dei tribunali amministrativi in materia di imposte, contraddicendo così alle leggi dello Stato ed al principio di diritto transitorio, che le leggi procedurali sono di applicazione immediata [2]).

106. In molti casi, anzi nella massima parte dei casi, l'emanazione del regolamento di esecuzione di ciascuna legge segue in virtù di un articolo espresso, il quale suona: « *Il governo del re è autorizzato ad emanare* »; oppure: « *Il governo del re emanerà... il regolamento oppure le norme necessarie per l'esecuzione della presente legge* » [3]). Nessuno può dubitare che la facoltà di emanare regolamenti d'esecuzione è indipendente affatto da questa clausola: poichè essa riposa sopra la storia dell'intera facoltà regolamentare, sulle necessità pratiche e logiche che la giustificano, e sopratutto sopra il testo espresso dell'art. 6 dello Statuto.

Sebbene il caso sia raro, tuttavia non mancano esempi di regolamenti d'esecuzione emanati senza la rinnovata delegazione specifica: tale è il Regolamento 10 marzo 1889 per l'esecuzione della legge comunale e provinciale, della cui legalità nel suo complesso nessuno ha mai dubitato.

Piuttosto si può disputare se quella clausola importi conferimento al Governo di maggiori poteri di quelli compresi nella facoltà regolamentare ordinaria: e specialmente che essa importi delegazione di facoltà legislativa. Ma di questa importante questione che tiene divisa la giurisprudenza e la dottrina diremo dopo, dopo aver chiarite alcune idee sulla delegazione della facoltà legislativa e sui regolamenti delegati in senso proprio.

[1]) Cons. di Stato (Sez. IV) 29 dicembre 1893, 11 maggio 1894 (*Giur. it.*, 1894, III, 169, 228). Contra, non accettando il suddetto principio, Cass. Firenze 25 giugno 1895 (ivi, I, 1, 694).

[2]) Cass. Torino 5 settembre 1867 (*Giur. it.*, I, 1, 632.

[3]) P. es. vedansi: la legge sulla sanità pubblica 22 dicembre 1888: « Un regolamento approvato con decreto reale, sentito il Consiglio di Stato, determinerà le norme generali per l'applicazione della legge »; la legge di P. S. 30 giugno 1889, art. 138: « Il Ministero dell'interno è autorizzato a pubblicare per decreto reale il regolamento per l'esecuzione della presente legge, e gli altri regolamenti che fossero richiesti per l'esecuzione speciale di essa, ecc. »; la legge sul Cons. di Stato 2 giugno 1889, art. 43: « Con regi decreti a proposizione del ministro dell'interno, sentito il Consiglio di Stato, saranno determinate le norme del procedimento da seguirsi dinanzi alla IV Sezione e sarà provveduto a quant'altro possa occorrere per l'esecuzione della legge ».

§ 3. — *Regolamenti delegati e delegazione di potestà legislativa.*

SOMMARIO. — 107. I regolamenti delegati. Ammissibilità. — 108. Delegazione della potestà legislativa. Confronto. — 109. Effetti della delegazione di potestà legislativa. Limiti. — 110. Pieni poteri. — 111. Decreti da convertirsi in leggi. — 112. Pubblicazione di codici. — 113. Testi unici. — 114. Efficacia dei regolamenti delegati. — 115. Clausola di delegazione regolamentare. — 116. La facoltà regolamentare penale. Norma e sanzione. — 117. Delegazione generale e particolare. — 118. Determinazione della pena.

107. Regolamenti delegati sono quelli che hanno la loro base in una autorizzazione espressa o tacita in una legge ordinaria. Essi non servono all'attuazione immediata di alcuna legge, ma contengono norme indipendenti. La delegazione è necessaria ogni qual volta con un regolamento si voglia fare ciò che ordinariamente non è concesso al Governo: cioè limitare la sfera di libertà dei *subditi legum:* comminare pene, stabilire imposte o regolare una materia per l'innanzi regolata con atto del Parlamento [1]). Simili norme regolamentari si svolgono spesso in un campo totalmente o quasi totalmente sgombro di prescrizioni legislative, come p. es. i regolamenti sulla polizia delle strade, [2]) quelli sui cimiteri [3]), i regolamenti sulla contabilità dei Comuni e delle Opere pie [4]), i regolamenti di procedura dinanzi alla Corte dei conti, al Consiglio di Stato, alle Giunte

[1]) Gneist, op. cit., pag. 129. Sarwey, op. cit., pag. 34.
[2]) Reg. 10 marzo 1881 e 13 aprile 1890.
[3]) Reg. 25 luglio 1892.
[4]) Reg. 6 luglio 1890 e 5 aprile 1891.

prov. amm. [1]), oppure completano, con norme *praeter legem*, una legge esistente, come nel caso della legislazione sulla pesca già citato al n. 102. La autorizzazione è espressa o tacita: deve necessariamente essere espressa quando si tratti di modificare una legge esistente, o di restringere un diritto di libertà, di quelli espressamente contemplati dallo Statuto: può essere tacita negli altri casi.

A prima vista può sembrare che la possibilità di tali regolamenti contrasti con le regole che abbiamo formulate ai nn. 88 e segg. Ma bisogna ricordare, che per emanare un tale regolamento ci vuole una legge autorizzatrice: quindi non è il regolamento, ma quella legge che toglie forza alle norme di diritto nazionale, che vengono modificate [2]). Del resto la facoltà regolamentare delegata non diviene, per il fatto della delegazione, una potestà illimitata. Tolto soltanto quel limite, che con la delegazione immediatamente si connette, rimangono tuttavia tutti quei limiti generali più volte ricordati, e cioè il limite derivante dalla estensione del mandato a regolamentare, dai principii generali di diritto e di equità vigenti nel regno, dai principii giuridici speciali, ricavati da norme legislative analoghe, dal divieto di comminare pene o di stabilire imposte, ove questo appunto non formi oggetto della delegazione. Per noi quindi la facoltà regolamentare delegata non è sostanzialmente diversa da ogni altra facoltà regolamentare, come meglio dimostreremo nel corso del presente capitolo. Ma poichè da alcuni essa è stata confusa con la delegazione di vera potestà legislativa, è bene che anzitutto ci intratteniamo di quest'ultima.

108. Per delegazione di potestà legislativa si intende la delegazione di questa potestà al Governo, non tanto nel suo senso materiale quanto nel suo senso formale, cioè si intende non tanto la autorizzazione ad emanare norme giuridiche, quanto ad emanare atti che abbian valore formale di legge, ossia che siano giuridicamente capaci di abrogare o modificare un atto del Parlamento e che alla loro volta possano essere abrogati o modificati soltanto con atto di Parlamento. Si comprende che chi creda essere lo Stato libero moderno informato alla assoluta e meccanica divisione dei poteri, appartenere al solo Parlamento la funzione di stabilire norme giuridiche, possa, considerando la funzione regolamentare, parlare di delegazione di potestà legislativa materiale. Ma per noi, che non accettiamo quella premessa, che riconosciamo connaturata *ipso jure* alla idea di governo una funzione legislativa materiale mediante il potere regolamentare, la delegazione in discorso deve contenere qualcosa di diverso, ossia l'autorizzazione a emanar atti legislativi formali.

[1]) Reg. 5 ottobre 1862, 17 ottobre 1889, 4 giugno 1891.
[2]) Codacci-Pisanelli, op. cit., pag. 80.

Ed infatti, per comune consenso, è delegazione legislativa tanto la concessione di pieni poteri in tempo di guerra, che intrinsecamente è emanazione di norme giuridiche, quanto l'autorizzazione a riordinare le circoscrizioni amministrative, a far concessioni di ferrovie, a classificare strade nazionali, che intrinsecamente importa attribuzione al Governo di compiere atti amministrativi, riservati di regola al Parlamento.

La delegazione di potestà legislativa è legittima di fronte al vigente diritto costituzionale? Vi è chi lo ha negato partendo dal concetto della sovranità popolare. Poichè, si è detto, la sovranità appartiene alla nazione, e il Parlamento esercita le sue funzioni, esso medesimo, per una delegazione che la nazione gli fa, esso non può a sua volta subdelegare questa funzione secondo la massima *delegatus non potest delegare* [1]). Prescindendo dal considerare, quanto sia invocabile una tal massima di diritto privato nel campo del diritto pubblico, è certo per noi, che la premessa del ragionamento è inaccettabile. La sovranità appartiene allo Stato ed è ripartita fra i diversi organi a norma del diritto vigente: questi pertanto esercitano le loro funzioni *iure proprio* e non *iure delegato* e quindi, secondo la stessa teoria avversaria, possono delegarle. D'altro canto, se anche secondo lo spirito dello Statuto, la funzione legislativa non fosse delegabile (il che noi non ammettiamo), siccome il Parlamento ha sempre il potere costituente, la delegazione fatta con legge sarebbe sempre costituzionale ed insindacabile [2]).

Del resto dobbiamo ricordare la distinzione fra contenuto della legge e sanzione solenne della legge; la sanzione è, come fu già detto, l'elemento essenziale e spetta al Parlamento, la determinazione del contenuto può essere opera del Parlamento, ma, di regola, essa è fatta da altri organi, commissioni speciali e Governo; il Parlamento vi concorre in via accessoria. Ora poichè la delegazione legislativa e fatta con legge, questa legge di delega contiene l'anticipata sanzione legislativa del contenuto, la cui fissazione è lasciata all'arbitrio del Governo. In sostanza, giuridicamente è sempre il Parlamento che comanda: come chi consegna una cambiale in bianco è quello che si obbliga [3]); senonchè nella determinazione del contenuto, il Parlamento si spoglia completamente dei suoi poteri.

[1]) App. Genova 14 luglio 1856 e App. Casale 28 giugno 1857 (*Giur. it.*, 1857, I col. 9, 35) a proposito della delegazione fatta al potere esecutivo con legge del 1855 di emanare norme sulla soppressione delle corporazioni religiose. La giurisprudenza contraria ha però prevalso. Si veggano fra le molte sentenze Cass. Torino 24 gennaio 1868 (*Annali*, II, 1, 20), Cass. Napoli 22 ottobre 1869 (ivi, III, 1, 411), Cass. Firenze 1.° marzo 1876 (*Giur. Tor.*, 343). Orlando, *Princ. di dir. cost.*, pag. 112-13.
[2]) Cfr. n. 64.
[3]) Orlando, op. cit., pag. 113.

Dal punto di vista politico la delegazione può apparire utile specialmente quando si tratti di compiere e coordinare sostanziali riforme giuridiche ed organiche: in altri casi appare non lodevole, come quando per debolezza o negligenza si lascia al Governo un pericoloso arbitrio di esercitare una coercizione sui cittadini.

109. Formalmente, dunque, la delegazione di facoltà legislativa importa non solo che l'atto così emanato dal Governo abbia forza giuridica per innovare alle leggi, ma ben anco che esso non possa esser mutato se non per legge, cioè, come impropriamente fu detto, il mandato legislativo si esaurisce con l'emanazione del primo decreto [1]). Sostanzialmente il Governo nell'emanare disposizioni legislative delegate non incontra quei limiti che sono segnati alla facoltà regolamentare. Infatti nell'esercizio della potestà legislativa delegata esso può dettare le norme a suo arbitrio, come in suo luogo potrebbe il Parlamento, senza esser vincolato, di regola, dal rispetto di alcuna legge particolare, del diritto nazionale in genere, delle disposizioni analoghe, ecc. Non bisogna però inferirne, che l'esercizio della potestà legislativa delegata sia tuttavia assolutamente illimitato. Limiti ce ne sono sempre: quando non ce ne sono altri, sussistono pur sempre quelli segnati dal mandato, di guisa che la delegazione a pubblicare un codice commerciale, p. es., non può autorizzare a pubblicare un codice penale e viceversa, e in ogni caso per quanto ampia sia la delegazione, siccome accade nel caso di pieni poteri in tempo di guerra, vi è sempre il limite del tempo, imperocchè è inconcepibile che si proclami per sempre il Governo assoluto. Per noi non vi è luogo a dubitare, che la violazione di questi limiti può essere sanzionata dall'autorità giudiziaria col negare valore agli atti che li eccedano. Non diciamo già che questa possa controllare la legittimità delle singole disposizioni per sapere se esse rimangono nei confini del mandato, siccome potrebbe per le norme regolamentari delegate, che contraddicessero a principii generali di diritto, a leggi regolanti la stessa materia o materie analoghe: ma in quanto la delegazione sia arbitrariamente ecceduta, siamo d'avviso che l'autorità giudiziaria possa farla rispettare: giacchè l'atto di delegazione è esso pure una legge, e come tale può e deve essere interpretato e posto in vigore dai tribunali. Vero è che non sempre questo fu fatto, ma ciò ha dipeso da ragioni di inesperienza o da motivi di opportunità, che meglio vedremo più sotto, considerando le varie forme di delegazione legislativa [1]).

[1]) Così fu deciso in materia di regolamenti penali sulle pubbliche lotterie, considerando che la legge 27 settembre 1863 art. 3, col disporre che « con regio decreto si provvederà al riordinamento del lotto nelle varie provincie d'Italia e nei limiti delle leggi alla determinazione delle sanzioni penali per ogni specie di reato », facesse una delegazione legislativa. Secondo la Cass. Torino 17 aprile 1874 (*Giur. it.*, I, 2, 871), 15 luglio 1875 (*Mon. Trib.*, 1116), Cass. Firenze 21 luglio 1875 (*Ann.*, I, 2, 223), App. Venezia 2 aprile e 13 dicembre 1878 (*Temi Veneta*, 1878, 456; 1879, 51) il primo decreto regolamentare 5 novembre 1863 era costituzionale: il secondo 19 settembre 1871 col quale si aggravavano le pene era invece illegittimo. Furono di contrario avviso la Cass. di Roma 10 aprile 1877 (*Foro it.*, II, 193) e l'App. di Venezia 17 aprile 1885 (ivi, II, 233) considerando che si trattava non già di delegazione legislativa, ma di facoltà regolamentare delegata.

110. La forma più solenne e più importante di questa delegazione si è verificata in Italia con la concessione dei pieni poteri in tempo di guerra. Essa ebbe luogo nel 1848, nel 1859 e nel 1866. Tacendo della prima che non dette luogo a fenomeni giuridici, i quali interessino particolarmente il nostro tema, consideriamo brevemente le altre due.

La legge 25 aprile 1859 disponeva: « Art. 1. In caso di guerra con l'Impero d'Austria e durante la medesima il Re sarà investito di tutti i poteri legislativi ed esecutivi, e potrà, sotto la responsabilità ministeriale, fare per semplici decreti reali tutti gli atti necessari alla difesa della patria e delle nostre istituzioni ». Art. 2. « Rimanendo intangibili le istituzioni costituzionali, il Governo del Re avrà la facoltà d'emanare disposizioni per limitare provvisoriamente durante la guerra la libertà della stampa e la libertà individuale ». È evidente che in base a questa legge avrebbe dovuto e dovrebbe considerarsi illegale qualunque atto del Governo che:

a) mutasse le istituzioni costituzionali;

b) non concernesse la difesa della patria e delle istituzioni e la limitazione provvisoria della libertà di stampa e della libertà individuale;

c) fosse emanato dopo la cessazione effettiva e legale della guerra.

Eppure, se non la prima, le altre due condizioni furono aperta-

[1]) Saredo, *Trattato delle leggi*, pag. 235-41. Cons. di Stato (Sez. IV) 19 giugno 1897 (*Giur. it.*, III, 245). Cass. Roma 10 aprile 1877 (*Foro*, 1878, II, 193). Però la sentenza della Cassazione è d'avviso che il silenzio del Parlamento importi una tacita ratifica dell'eccesso di mandato. È questo per noi un grave errore. Sbagliata è anzitutto l'analogia con l'istituto della *ratihabitio* in diritto privato: il trasportare nel diritto pubblico i principii del diritto civile è sempre pericoloso: e poi nel caso concreto la ratifica nel diritto civile esige qualche atto positivo del ratificante, mentre il Parlamento di fronte ai regolamenti irregolari, non essendo incaricato di eseguirli, non ha mai luogo a compiere nessun atto positivo, ma si trova in una semplice posizione negativa. Del resto la volontà dei privati secondo il diritto positivo può esprimersi tacitamente: la volontà del Parlamento, per diritto positivo, ha forme di manifestazione determinate. Neppure un ordine del giorno di una od anche delle due Camere non basta all'uopo, perchè non risponde a quelle forme. Nè si può ritenere che il Parlamento sia il primo e più naturale giudice dell'osservanza e dell'eccesso di delegazione legislativa: poichè nulla viene ad eccitare giuridicamente questo giudizio: e il Parlamento ignora ufficialmente, e spesso ignora effettivamente, come sia esercitato il mandato.

mente violate: poichè, prima della conclusione della pace di Zurigo (17 nov. 1859) furono emanate leggi amministrative ordinarie estranee agli oggetti sopra indicati, e dopo la conclusione di questa pace, cioè il 20 nov. 1859, furono pubblicate non meno di 15 leggi, tra le quali tre codici, una legge elettorale, una sui Comuni e le Provincie; una sui lavori pubblici, una sopra le giurisdizioni ordinarie ed amministrative, ecc. Non ci sembra, che si possa dubitare della incostituzionalità di queste leggi, sebbene Parlamento e tribunali abbiano taciuto in proposito. L'eccezionalità degli avvenimenti, che in allora si svolgevano, e la inesperienza costituzionale del paese spiegano, ma non giustificano, l'aperta violazione del nostro diritto pubblico. Oggi non sarebbe più possibile far questione sulla legittimità di quelle disposizioni che, ancora in vigore, non abbiano posteriormente ricevuta sanzione legislativa regolare; non tanto perchè si debba presumere la approvazione tacita del Parlamento, come da alcuni fu detto, giacchè la volontà degli organi legislativi ha una sola forma ed espressa per manifestarsi, quanto perchè quelle norme sono, a nostro avviso, divenute giuridicamente valide, come norme consuetudinarie, per il lungo decorso di tempo ed il costante ossequio ad esse prestato dalle autorità e dai cittadini.

Nel 1866 furono, per accordare i pieni poteri, emanate tre leggi. La prima in data 1 maggio dava « facoltà al Governo del Re di ordinare le spese necessarie alla difesa dello Stato e di provvedere con mezzi straordinari ai bisogni del tesoro »; in base ad essa fu stabilito il corso forzoso. La seconda del 27 maggio autorizzava il Governo a limitare durante la guerra la libertà di stampa e la libertà individuale con formola analoga a quella adottata nel 1859. La terza del 28 giugno provvedeva all'esercizio provvisorio dei bilanci, all'applicazione e riscossione per un anno di imposte progettate, ma per anco non votate, ad emanare come legge le disposizioni sulle corporazioni religiose ed alcune facoltà minori. Di questi poteri straordinari fu fatto un uso più costituzionale che non nel 1859: il decreto legislativo sul dazio consumo 28 giugno 1866 e quello sulle corporazioni religiose 7 luglio 1866 sono le fonti più importanti di diritto, che, emanate in quel periodo, ancora rimangano in vigore [1]).

---

[1]) Non tutti gli atti emanati con decreto reale in tempo di pieni poteri hanno valore legislativo. Abbiamo già veduto al n. 32 che anche nei Governi assoluti si può, per quanto imperfettamente, distinguere la legge ed il regolamento, tenuto conto del criterio empirico dell'importanza della materia regolata: un uguale metodo si può seguire per distinguere i vari atti in tempo di pieni poteri, seguendo l'analogia con uguali atti emanati in tempi di regolare funzionamento delle istituzioni costituzionali. Per es. i decreti 30 dicembre 1865 e 27 maggio 1866, concernenti la sorveglianza governativa sulle società regolamentari, emanati in esecuzione del codice di commercio in tempo di pieni poteri, furono considerati regolamentari e modificati con regio decreto anche in tempi ordinari (regio decreto 5 settembre 1869). Si veda in proposito la discussione della Camera dei deputati 9 aprile 1870 ed il discorso Minghetti. Cfr. Saredo, op. cit. pag. 238 e segg.

111. Questi sono gli esempi di delegazione legislativa generali: diversi altri se ne hanno e con varia formola per determinati argomenti, tacendo per ora dei codici, dei quali diremo in appresso. I sistemi seguiti per la delegazione legislativa speciale sono due.

Talora il Parlamento autorizza il Governo a emanare con decreto reale norme sopra un determinato argomento, dichiarando, che, una volta emanate, esse non potranno esser mutate, se non per legge. Così l'art. 1 della legge 19 luglio 1880 autorizza il Governo del Re a emanare le regole sulla licenza di lotterie pubbliche ed a stabilire entro i limiti delle leggi e dei decreti esistenti le sanzioni penali per ogni specie di contravvenzione al divieto delle lotterie pubbliche ed alle privative dello Stato, aggiungendo che « i detti provvedimenti saranno emanati con decreto reale, che *farà parte della presente legge* e dovrà essere pubblicato entro l'anno corrente ». Infatti il R. D. 21 ottobre 1880 fu sempre considerato come avente forza di legge: e fu modificato soltanto con legge 22 dicembre 1895. Parimenti l'art. 139 della legge di P. S. autorizza il Governo del Re a pubblicare le norme sul meretricio con decreto reale, che, *trascorso un anno, non potrà essere modificato se non per legge* [1]).

Altre volte il Parlamento autorizza il Governo a pubblicare un regolamento coll'obbligo di convertirlo in legge. Così la legge di P. S., art. 82, stabilisce, che con decreto reale saranno stabilite le norme e casi di concorso degli enti obbligati al mantenimento degli inabili al lavoro, con la riserva che il suddetto decreto reale sarà presentato al Parlamento per essere convertito in legge. In questo caso il regolamento ha forza di legge, anche prima della approvazione parlamentare: poichè l'obbligo della conversione in legge non è già una condizione risolutiva o sospensiva della sua efficacia giuridica, ma una riserva, limitata agli effetti della responsabilità ministeriale [2]). Diverso sarebbe il caso, ove l'obbligo della presentazione al Parlamento o della conversione fosse allegato ad un termine, perchè, scaduto il termine, il regolamento perderebbe il suo valore legislativo [3]).

---

[1]) Reg. 27 ottobre 1891.

[2]) Analogo valore ha l'art. 5 della legge doganale (T. U.) 24 novembre 1895: « Le merci provenienti da paesi nei quali i bastimenti e le merci italiane ricevono un trattamento differenziale potranno essere assoggettate ad un aumento di dazi di confine pari al 50 % della misura iscritta nella tariffa. Le merci esenti da dazio potranno essere assoggettate a un dazio fino al 25 % del loro valore commerciale. Questi provvedimenti saranno applicati con decreto reale.... Il decreto reale anzidetto deve essere presentato immediatamente al Parlamento per la conversione in legge ».

[3]) È questa la teoria accolta dal Cons. di Stato (Sez. IV) 31 luglio 1894 (*Giur. it.*, III, 339) e 12 ottobre 1894 (*Giust. amm.*, I, 490). La IV Sezione con sua decisione

112. Generalmente si considera come delegazione legislativa anche la facoltà accordata al Governo di pubblicare i codici ed altre leggi organiche secondo il sistema che fu praticato con le leggi 2 aprile 1865 per i codici, quello penale escluso, l'ordinamento giudiziario, l'espropriazione per pubblica utilità e la proprietà letteraria. Si debbono in proposito ricordare anche la legge 2 aprile 1882 per il codice commerciale e 22 novembre 1888 per il codice penale. Veramente il caso è alquanto diverso dai precedenti.

Nella vera delegazione legislativa, se la sanzione solenne è data anticipatamente dal Parlamento, la determinazione del contenuto della legge è lasciata al Governo. Nei casi in esame il Parlamento si è anche ingerito nella determinazione del contenuto: poichè i codici e le leggi in questione furono approvati come allegato della legge principale [1]). Con questo sistema il Parlamento, quanto al contenuto, si limita alla discussione dei principii generali e si dispensa dalla discussione articolo per articolo.

Vero è che si suole accordare al Governo la facoltà di coordinare fra loro e con le altre leggi e codici le disposizioni delle leggi così emanate: onde il Governo deve supplire alla mancata discussione particolare e ha così una parte di potestà legislativa. Ma è questa una potestà limitata dall'obbligo di rispettare i voti del Parlamento ed i principii generali accolti [2]): l'esercizio che il Governo ne faccia può essere controllato dall'autorità giudiziaria. Onde p. es. da molti si ritiene non valido l'art. 161 del cod. pen. sulla pubblicazione abusiva di corrispondenze, perchè non contenuto nel progetto allegato alla legge, non rispondente ai principii generali ed arbitrariamente introdotto dalla commissione coordinatrice nel testo definitivo.

---

19 giugno 1897 (*Giur. it.*, III, 245) ha ritenuto che ci fosse delegazione legislativa in un caso in cui il Governo era autorizzato ad emanare provvedimenti temporanei sopra un dato argomento, fino alla pubblicazione di una legge in proposito (Legge 30 luglio 1896 sull'Ospedale di S. Spirito). Ma ha pure deciso che il Consiglio di Stato può conoscere se il Governo ha ecceduto il mandato.

[1]) Valga p. es. l'ultima legge 22 novembre 1888, art. 1: « Il Governo del Re è autorizzato a pubblicare il codice penale per il regno d'Italia, introducendo nel testo di esso quelle modificazioni che, *tenuto conto dei voti del Parlamento*, ravviserà necessarie per emendarne le disposizioni e coordinarle fra loro e con quelle degli altri codici e leggi ».

[2]) Oltre l'articolo citato nella nota precedente si veda: l'art. 2 della legge 2 aprile 1865: « Il Governo del Re avrà pure facoltà d'introdurre nei codici e nelle leggi indicate nell'articolo precedente le modificazioni necessarie per *coordinare* in ciascuna materia le particolari disposizioni, sì nella sostanza che nella forma, *col sistema e coi principii direttivi adottati senza alterarli*, nonchè per coordinare tali codici e leggi fra loro e con altre leggi dello Stato »; e l'art. 3 della legge 2 aprile 1882: « Il Governo del Re è autorizzato a fare le disposizioni transitorie, nonchè ad introdurre le modificazioni atte a coordinarne le disposizioni fra loro e con quelle degli altri codici, leggi ed istituti speciali e fare le disposizioni che siano necessarie per la sua completa attuazione ».

113. Ha anche meno spiccato carattere di delegazione legislativa l'incarico, che frequentemente si suol dare al Governo, di riordinare in un testo unico le disposizioni di più leggi successive sullo stesso argomento [1]).

Generalmente si ritiene che il mandato di raccogliere, coordinare e pubblicare non importi facoltà di modificare e di variare le disposizioni delle diverse leggi. Il Governo nel pubblicare il testo unico ha il compito materiale di riunire in un solo atto le disposizioni sparse in più leggi; ed il compito giuridico di eliminare o sostituire le disposizioni abrogate o modificate. Ma quest'opera di interpretazione può sempre essere controllata dall'autorità giudiziaria la quale, ove creda che il Governo sia incorso in errore può ripararlo [2]).

Quindi l'omissione in un testo unico di una disposizione non mai modificata non ne importa l'abrogazione. Così la imposta comunale di licenza per gli esercizi pubblici, stabilita con la legge 11 agosto 1870 all. O art. 2, è tuttora in vigore, sebbene non sia compresa fra quelle enumerate nel testo unico 10 marzo 1889 [3]); e l'art. 125 della legge comunale e provinciale 20 marzo 1865 sulla giurisdizione contabile in materia di conti provinciali ha pieno valore, sebbene sia omesso nel testo unico anzidetto [4]). Viceversa l'inclusione in un testo unico di una disposizione abrogata non la fa rivivere. Così l'art. 10 n. 3 della legge sul Consiglio di Stato 20 marzo del 1865 sulla competenza di quel consesso in materia di controversie ecclesiastiche, in massima parte abrogato dalla legge sulle

---

[1]) Per comprendere la portata di questo incarico basta leggere il testo degli articoli di legge che ad esso si riferiscono. I testi unici sono numerosissimi; la legge elettorale, quella comunale e provinciale, quella sul Consiglio di Stato, quella sulle pensioni, quella sulla contabilità generale dello Stato sono tutte riunite in un testo unico: è agli articoli del testo unico, ed alla data del decreto reale, che lo pubblica, che costantemente si fa riferimento. Come esempio citiamo gli articoli di delega nei casi più recenti: Legge 25 luglio 1896, art. 11: « Il Governo del Re è autorizzato a raccogliere e coordinare in unico testo con la legge 11 settembre 1874, n. 2076, sulle tasse di registro, le disposizioni successive che l'hanno modificata, ancorchè contenute in leggi concernenti materie estranee al registro ». Legge 17 gennaio 1897: « Il Governo del Re è autorizzato, udito il Consiglio di Stato, a raccogliere, coordinare e pubblicare in unico testo le leggi sul dazio consumo, le disposizioni ad esso relative, ancorchè contenute in leggi concernenti materie estranee ». Legge 21 gennaio 1897: « Il Governo del Re è autorizzato a riordinare e pubblicare in unico testo le diverse leggi sulla riscossione delle imposte dirette unitamente alle disposizioni della stessa ».

[2]) App. Firenze, 17 febbraio 1869 (*Annali* II, 3).

[3]) Mazzoccolo, *Comm. alla legge com. e prov.*, pag. 405.

[4]) Cons. di Stato (Sez. int.), 25 maggio 1889 (*Riv. amm.*, 574). Mazzoccolo, op. cit., pag. 618.

guarentigie, non ha ripreso forza giuridica per il fatto di essere stato incorporato nel testo unico 2 giugno 1889 art. 25 n. 2 [1]).

114. Quando non vi è alcuna incertezza, siccome nei casi anzi citati, sulla natura della delegazione legislativa, perchè la legge autorizzatrice è esplicita in proposito, non vi può essere alcun dubbio sui seguenti due punti: *a*) l'atto così emanato non può essere mutato se non per legge; *b*) esso non può essere sindacato in ordine al suo contenuto, se non per eccesso di mandato. La questione si fa più grave e difficile allorchè siavi una clausola di delegazione a regolamentare sopra un determinato argomento, senza che nulla chiarisca espressamente il pensiero del legislatore, in quanto al valore da attribuirsi all'atto del Governo. La gravità della questione nel nostro diritto positivo dipende dal fatto già accennato, che tutti i regolamenti quasi, i regolamenti di esecuzione compresi, sono emanati in virtù di una clausola di delegazione. Per noi in questi casi si deve sempre presumere che si tratti di facoltà regolamentare ordinaria e che quindi il Governo possa modificare con suo atto il regolamento emanato, e l'autorità giudiziaria sindacarne la legittimità del contenuto. Questa presunzione può cedere soltanto di fronte ad argomenti desunti dalla natura ed importanza della materia da regolare, e dall'analogia con oggetti simili, che provino l'intenzione del legislatore di delegare facoltà legislativa.

I fautori dell'avversa opinione, i quali cioè in ogni delegazione ravvisano *a priori* una delegazione legislativa, partono dal preconcetto della sovranità popolare, della tripartizione assoluta dei poteri, dell'unità ed inalterabilità della funzione legislativa: la quale pertanto, anche quando delegata, non perde il suo supremo valore. Essi dicono che facoltà regolamentare è quella derivante dall'art. 6 dello Statuto: se una legge speciale concede qualcosa al Governo, essa non può concernere funzioni che già gli spettano, ma accordargli funzioni straordinarie, nel caso funzioni legislative [2]). Noi non sapremmo accettare quelle premesse; noi partiamo anzi dal concetto, che per natura delle cose la funzione legislativa è ripartita fra Parlamento e Governo; ma, secondo l'organo da cui emana, essa ha essenzialmente diverso valore; gli atti del Parlamento valgono incondizionatamente, i regolamenti hanno efficacia purchè non contrastino con le leggi. Questa la regola per ogni categoria di norme giuridiche emanate dal Governo: questa quindi la presunzione. L'opinione contraria distruggerebbe il limite della facoltà regolamentare, la sua subordinazione alla legge, poichè la legittimità dei regolamenti, considerati come leggi delegate, sarebbe insindacabile; quind essa è troppo pericolosa ed illiberale per poter essere accettata. Inoltre se ogni legge suole importare per il regolamento d'esecuzione od altro una delega, ciò avviene piuttosto per imporre al Governo un obbligo, in quanto il regolamento è garanzia di uniformità e di giustizia, che per accordare una facoltà diversa e maggiore di quella ordinaria [1]). In questo senso si è pronunciata la dottrina più autorevole [2]) e parte della giurisprudenza [3]). Vi è finalmente una autorevole relazione senatoria, che rigetta un progetto di legge, inteso a mutare un regolamento, emanato per virtù di delegazione, considerando che una legge non è necessaria e proclamando il principio da noi accolto, come « una *regula iuris*, la cui applicazione gioverà non poco a semplificare la nostra legislazione » [4]).

Ferma rimanendo la presunzione accennata, è compito assai difficile determinare quando è che una delegazione, non dichiarata espressamente, debba considerarsi legislativa e non regolamentare. Valgono in proposito i criterî empirici, accennati di sopra, della importanza della materia e dell'analogia. Nel dubbio è miglior partito concludere per il carattere regolamentare. La giurisprudenza, p. es., ha generalmente considerato, in ragione appunto dell'importanza loro, come legislative le norme transitorie e quelle di esecuzione, emanate per l'attuazione dei codici, in base all'art. 2 capoverso della legge 2 aprile 1865 [5]). Altrimenti non si giustificherebbero varie disposizioni aggiuntive contenute per esempio nel regio decreto sullo stato civile 15 novembre 1865, come quella dell'art. 78 per la celebrazione senza formalità del matrimonio in caso di imminente pericolo di vita [6]).

---

[1]) Vitta, Nota nella *Giur. it.* 1897, III, 211 e segg. È incerta in proposito la decisione del Cons. di Stato (Sez. IV), 11 giugno 1897 ivi inserita.

[2]) App. Napoli, 24 ottobre 1869 (*Annali* II, 411), Cass. Firenze, 30 dicembre 1872 (ivi, 1, 1, 56), id., 20 marzo 1873 (ivi, 1, 1, 153), id., 13 marzo 1876 (ivi, 1, 1, 114), Cass. Roma, 26 febbraio 1894 (*Giur. it.*, 1, 1, 332). La Cassazione di Firenze, 29 novembre 1875 (*Annali*, 1, 1, 532), ammette perfino che un regolamento di esecuzione emanato in virtù di clausola di delegazione possa modificare la legge per la cui attuazione è pubblicato.

[1]) A questo proposito è stata sollevata la questione, se accordata al Governo una facoltà discrezionale, con l'obbligo di emanare un regolamento, possa il Governo fare uso di essa prima di aver pubblicato il regolamento. La questione proposta in ordine alla legge 2 luglio 1896 sullo stato degli ufficiali ed il limite di età per il collocamento in disponibilità od in riposo è stata accennata, ma non risoluta, dal Consiglio di Stato (Sez. IV), 7 maggio 1897 (*Giur. it.*, III, 162).

[2]) Codacci-Pisanelli, pag. 74. Bianchi, *Trattato delle leggi*, n. 21, pag. 88. Saredo, nella *Legge* 1881, I, 68.

[3]) Cass. Firenze, 15 giugno 1867 (*Annali*, 1, 2, 205), Cass. Torino, 5 sett. 1867 (*Giur. it.*, 1, 1, 632), App. Firenze, 30 novembre 1871 (*Annali*, 1, 2, 289), Cons. di Stato (Sez. IV), 3 febbraio 1894 (*Giur. it.*, III, 97).

[4]) Rel. Saredo, negli atti del Senato 1894, n. 246 A.

[5]) « (Il Governo del Re) avrà pure facoltà di fare le disposizioni transitorie, e quelle altre che siano necessarie per la completa attuazione delle leggi medesime ».

[6]) Cass. Roma, 7 maggio 1887 (*Annali*, II, 188), id., 26 febbraio 1894 citata. Viceversa il suddetto regio decreto fu mutato con atto del potere esecutivo 14 febbraio 1869.

Così pure il regio decreto 6 dicembre 1865 sul gratuito patrocinio fu considerato legislativo e modificato con atto del Parlamento 19 luglio 1880. La delegazione a dettare norme sul lotto, di fronte alla legge 27 settembre 1863, fu ritenuta da molti legislativa data l'importanza dell'argomento e l'analogia con le disposizioni concernenti gli altri monopoli dello Stato. Viceversa è a proposito di un regolamento del codice di commercio, delegato dalla legge 2 aprile 1882 che si è pronunciato il Senato della relazione dianzi citata.

115. Il tipo più frequente ed importante di facoltà regolamentare delegata è la facoltà regolamentare penale. Di essa ci occuperemo quindi in modo speciale. L'art. 26 dello Statuto dice: « la libertà individuale è garantita. Nessuno può essere arrestato o tradotto in giudizio, se non nei casi previsti dalla legge e nelle forme che essa prescrive ». Questa disposizione, che ha la sua remota origine nella consuetudine germanica, che fu espressamente formulata nella Magna Charta, trova riscontro in tutte le costituzioni moderne, e significa, che le norme di diritto penale debbono essere deliberate in via legislativa e che il Governo, *iure proprio*, non può da solo concorrere alla loro determinazione. Questo principio non va però così rigidamente inteso da ritenere, che il diritto penale per intero si esaurisca in leggi formali. Data l'estensione e l'importanza delle norme giuridiche regolamentari si è rivelato necessario accompagnare molte di esse con una sanzione penale; ma per far ciò, in base al principio sopra indicato, è necessaria una legge che espressamente stabilisca la punibilità e la pena [1]). Ogni regola di diritto penale contiene una sanzione penale ed una norma, la cui trasgressione costituisce il fatto, per il quale la sanzione viene applicata [2]); nella facoltà regolamentare penale nel suo complesso si può dire che la determinazione di questi due elementi è ripartita fra la legge ed il regolamento; spettando alla prima la sanzione, al secondo, in maggiore o minore misura, la norma. Così si concilia la esigenza giuridica costituzionale; e la necessità di riconoscere l'esistenza di facoltà regolamentare e di accompagnarla con la severa sanzione della coercizione personale.

Dicendo che la delegazione di facoltà regolamentare penale deve essere espressa, escludiamo che in qualunque modo essa possa desumersi per presunzione. Per quanto estesa sia la facoltà regolamentare sopra una data materia, per quanto importanti siano le norme in base ad essa emanate, per quanto necessaria sia l'applicazione di norme penali, per analogia giustificate, un regolamento non è mai, di per sè, autorizzato a comminare pene. Questa opinione è stata più volte affermata dalla nostra giurisprudenza in ordine alla legislazione sanitaria, prima della recente riforma. Vigeva la legge 29 marzo 1865, allorchè con legge 22 giugno 1874 essa fu estesa alle provincie Venete, disponendosi all'art. 4 « che nel termine di mesi quattro dalla promulgazione della legge si pubblicasse nelle provincie Venete e di Mantova ed in tutte le altre provincie del Regno, il regolamento sanitario approvato con regio decreto 8 giugno 1865 con le modificazioni che, sentito il Consiglio di Stato, si riconoscessero necessarie ». Così venne pubblicato con regio decreto 6 settembre 1874 il regolamento sanitario per tutto il Regno, dove all'art. 141, aggiungendo alla legge, che taceva in proposito, e al regolamento precedente si disponeva: « Le contravvenzioni alle disposizioni contenute nel Cap. 4 del Tit. III, e nei capitoli 4, 5 e 6 del Tit. IV del presente regolamento saranno punite con pene di polizia, salve le pene maggiori contro coloro che si rendessero colpevoli di reati previsti dal codice penale ». La giurisprudenza prevalente fu d'avviso che per quanto ampia fosse la delegazione contenuta nell'art. 4 della legge 22 giugno 1874, essa non potesse però estendersi alle disposizioni penali, anche necessarie, per il principio detto di sopra [1]). Tale fu l'opinione del Governo e del Parlamento, poichè con la legge 5 luglio 1882 fu emanata la delegazione legislativa, la quale fu operativa fino alla promulgazione della legge 23 dicembre 1888 [2]).

116. La delegazione di facoltà regolamentare penale può essere generale o particolare.

È però da escludersi, che esista in Italia una delegazione generale per tutti i regolamenti, come p. es. esiste in Francia per tutti i regolamenti di amministrazione pubblica. A prima vista parrebbe giustificato il contrario avviso leggendo l'art. 434 del codice penale che suona: « Chiunque trasgredisce un ordine legalmente dato dall'au-

---

[1]) La facoltà regolamentare penale è detta anche facoltà regolamentare di polizia, intendendosi per polizia (in senso stretto) appunto l'attività del potere pubblico nel campo dell'amministrazione interna, che si esplica come coazione contro le persone. Loening, pag. 4-8 e 259. Stern, *Verwaltungslehre*, I, pag. 46 e 320. Persico, II, pag. 220 e seg.

[2]) Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung;* I. *Normen und Strafgesetzen*, 1892. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, pag. 9, nota 26. Rosin, *Das Polizeiverordnungsrecht im Preussen*, Breslavia 1882, pag. 16 e 49.

[1]) Cass. Firenze, 19 gennaio 1878 (*Foro*, II, 116), 23 febbraio 1877 (*Annali* II, 136), 13 settembre 1878 (*Temi Ven.*, 691), 7 dicembre 1880 (ivi, 1881, pag. 84); Cass. Torino, 30 giugno 1875 (*Annali*, 1877, II, in nota pag. 136). Contra Cass. Torino, 6 febbraio 1879 (*Foro*, II, pag. 39); Cass. Roma, 21 luglio 1876 (*Legge*, II, 252), 12 dicembre 1877 (*Annali*, 1878, II, 2, 25), 23 giugno 1877 (*Riv. pen.*, VII, pag. 125).

[2]) Questa legge contiene varie delegazioni speciali di facoltà regolamentare penale: come per il regolamento di sanità marittima, art. 17, per le ordinanze ministeriali di sanità, art. 50, e per i regolamenti sanitari comunali art. 60, ma non contiene delegazione di potestà penale per gli altri regolamenti: correttamente quindi il regolamento generale d'esecuzione alla legge 9 ottobre 1889 e quello di polizia mortuaria 25 giugno 1892 non portano alcuna sanzione penale.

torità competente, ovvero non osserva un provvedimento legalmente dato dalla medesima per ragioni di giustizia o di pubblica sicurezza, è punito con l'arresto fino ad un mese, o con l'ammenda da lire venti a trecento». Applicando in questa occasione la regola che ciò che l'autorità può comandare o vietare in un singolo caso, può comandare o vietare per tutti i casi singoli dell'avvenire, si potrebbe giungere alla conclusione che questa sanzione penale è applicabile a tutti i regolamenti [1]). Ma questa conclusione sarebbe *a priori* da escludersi come troppo pericolosa; poichè giustificherebbe l'applicazione di pene assai gravi, per la violazione di una disposizione regolamentare anche minima, ad arbitrio dell'autorità. Senonchè in proposito è d'uopo fare due osservazioni. In primo luogo l'articolo così nella prima come nella seconda parte si riferisce a quei soli ordini, che siano dati per ragioni di pubblica sicurezza o di giustizia; comprende quindi una parte soltanto dei provvedimenti di polizia preventiva, e la polizia giudiziaria, escludendo qualunque altra categoria giuridica di ordini o provvedimenti [2]). In secondo luogo il testo dell'articolo è così concepito, da riferirsi espressamente «a quegli ordini o provvedimenti speciali dati anche a voce dalle autorità competenti per casi singoli e determinati», e non già a ordini generali, come quelli regolamentari. I lavori preparatorî confermano questa tesi, che è stata accolta dalla giurisprudenza [3]) e che è la sola conforme ai principii interpretativi del diritto penale, i quali impongono l'interpretazione restrittiva. L'art. 434 si riferisce quindi a quei provvedimenti, che non possono essere generalizzati e preveduti in via regolamentare [4]); ove un regolamento voglia e possa emanarsi si rende necessaria per la sanzione penale una più particolare delegazione.

Ciò fermo stante, siccome il concetto di generalità è relativo, colla espressione delegazione generale si intende l'autorizzazione accordata ad una autorità di emanare regolamenti penali per il complesso dei poteri di polizia ad esso competenti. Al contrario si considera come speciale quella delegazione che attribuisce ad una autorità la facoltà di accompagnare con sanzioni penali le norme regolamentari sopra una singola materia, più o meno estesa, di sua competenza. Ambedue le delegazioni si incontrano nel diritto italiano. La delegazione generale esiste per i regolamenti di polizia da farsi dai prefetti, sotto-prefetti, questori e sindaci nelle materie di loro competenza:

---

[1]) D'Antonio, *Rifiuto d'obbedienza all'autorità* (*Riv. pen.* Supplemento, III, 286).

[2]) Cass. pen. 1.° dicembre 1892 (*Foro*, 1893, II, 314), 10 dicembre 1892 (ivi, 1893, II, 70), 24 luglio 1896 (*Riv. pen.*, 314).

[3]) Cass. 1.° dicembre 1892 citata e 5 luglio 1893 (*Foro*, 1893, II, 483).

[4]) Il caso di una pena comminata soltanto contro i violatori di ordini singoli dell'autorità non è nè nuovo, nè straordinario: vedi Rosin, pag. 52-53.

nonchè per i regolamenti sulle tasse comunali, sul godimento dei beni comunali, sull'edilizia, e la polizia locale che possono essere formati dai Comuni. E ciò ai termini dell'art. 175 della legge comunale e provinciale e 140 della legge di P. S [1]).

Invece, per i regolamenti emanati dalle autorità e dagli enti locali sopra indicati, si ha il caso di delegazione speciale, ove vogliasi imporre pena maggiore; siccome accade per i regolamenti comunali d'igiene i quali, in base all'art. 60 della legge sanitaria, possono comminare l'ammenda fino a lire 500. La delegazione speciale è poi la regola assoluta per la delegazione di facoltà regolamentare penale al Governo del Re; ogni legge, in materia di tasse o di polizia contiene l'indicazione specifica di questa facoltà e la determinazione della pena. Veggansi p. es. la legge sui LL. PP. 20 marzo 1865 all. F articolo 375; la legge sulla proprietà letteraria 19 settembre 1882 art. 43; il codice della marina mercantile articolo 461; la legge sulla pesca 4 marzo 1877 art. 18; la legge sui telefoni 7 aprile 1892 art. 24, la legge 8 agosto 1895 sull'imposta sul gas art. 7; la legge sul dazio consumo 15 aprile 1897, ecc.

117. Quanto alla comminazione della pena si possono seguire due sistemi. Può il legislatore fissare esso medesimo la pena, lasciando soltanto all'organo amministrativo la determinazione della norma;

---

[1]) Legge com. e prov. art. 175: «Saranno soggetti alle pene di polizia sancite dal codice penale i contravventori ai regolamenti vigenti, o che venissero formate in esecuzione delle leggi per l'esazione delle imposte dei Comuni, per regolare il godimento dei beni comunali, per l'ornato e per la polizia locale e agli ordini e provvedimenti a ciò relativi dati dai Prefetti, dai Sottoprefetti e dai Sindaci». Legge di P. S. 30 giugno 1889, art. 140: «Le stesse pene dell'ammenda fino a lire 50 e dell'arresto fino a giorni 10 sono applicate alle ordinanze e decreti emessi in conformità delle leggi, dai Prefetti, Sottoprefetti, Questori e Sindaci, nonchè per le contravvenzioni ai regolamenti comunali, legalmente approvati, di qualsivoglia specie». Per quanto concerne i regolamenti comunali è necessario fare alcune osservazioni giacchè vi è dissenso fra i due articoli. Essi sono accolti in due testi unici: ma, data la teoria da noi propugnata in proposito, bisogna rimontare alla legge da cui essi provengono. L'art. 175 proviene dalla legge comunale e provinciale 1.° marzo 1865 all. D: l'art. 140 dalla legge sulla riforma della P. S. 23 dicembre 1888. Ora, secondo l'art. 175, le pene che possono accompagnare i regolamenti comunali sono quelle di polizia: ossia, a mente delle disposizioni di coordinamento per il codice penale 1.° dicembre 1889, art. 20, le pene dell'arresto fino a 5 giorni a dell'ammenda fino a lire 50. L'art. 140 della legge di P. S. porta l'arresto fino a giorni 10. Nel conflitto questa ultima disposizione prevale, perchè posteriore. Invece la legge di P. S. dice, che la sanzione penale è applicata «ai regolamenti comunali di qualunque specie»: questa disposizione non può essere presa alla lettera; poichè autorizzerebbe i Comuni ad accompagnare con sanzioni penali i regolamenti sullo stato degli impiegati, i regolamenti scolastici, ecc., insomma, anche i regolamenti che non concernono la polizia. Lo che è tanto assurdo, che la disposizione della legge di P. S. va interpretata alla stregua dell'art. 175 della legge comunale e provinciale ed applicata ai soli regolamenti ivi enumerati.

ossia del precetto la cui violazione è punibile; oppure può il legislatore fissare soltanto il massimo (ed eventualmente il minimo) della pena lasciando così all'amministrazione non solo di determinare la norma, ma benanco di scegliere la misura della pena entro i segnati confini. Il secondo sistema è quello preferito dal legislatore italiano; basta leggere in proposito gli articoli sopra citati, ed in particolare l'articolo 175 della legge comunale e provinciale, 140 della legge di P. S. e 375 della legge sui LL. PP. [1]).

Tuttavia anche il primo sistema riceve, sebbene meno di rado, applicazione e ciò specialmente in due casi. In primo luogo ciò accade quando la legge espressamente dispone in proposito; come la legge sul dazio consumo [2]). In secondo luogo ciò accade allorchè, nelle contravvenzioni previste e punite dal codice penale, l'esistenza del reato si faccia dipendere dalla esistenza e violazione di regolamenti speciali. In questo caso i regolamenti speciali sono come una specie di regolamenti d'esecuzione al codice penale; e la loro violazione è sanzionata dalla pena portata dal relativo articolo del codice penale [3]).

CAPO V.

I DECRETI D'URGENZA.

SOMMARIO. — 119. Natura dei decreti d'urgenza. La teoria e la pratica italiana. — 120. Diritto comparato. — 121. Inesistenza di norma giuridica che in Italia li autorizzi. — 122. Loro illegittimità. — 123. Modo di provvedere ai casi urgenti. Legge. *Bill* d'indennità. — 124. Effetti dei decreti-legge di fronte all'autorità giudiziaria. — 125. Stato d'assedio. Rinvio.

119. Abbiamo veduto nel capitolo precedente, che il Parlamento può delegare la facoltà legislativa: in questo caso l'atto del Governo ha pieno valore formale di legge, sia esso o meno soggetto all'obbligo della conversione in legge, ed anche prima di questa conversione. Abbiamo anche visto, nella parte generale, che la legge può prevedere nel suo medesimo testo la possibilità di una sua dispensa o sospensione e attribuirne la potestà al Governo, il quale, così facendo, compie un atto amministrativo *intra legem*, in base alla norma generale che prevede il caso. L'esempio di una tale facoltà si ha negli articoli 68 e 78 del codice civile in tema di impedimenti e di formalità matrimonali, e nel diritto di grazia e d'amnistia. In ogni altro caso abbiamo affermato la regola, che gli atti del Governo ed in particolare i regolamenti non possono mai abrogare, modificare, dispensare o sospendere la legge.

Secondo molti autori e secondo la giurisprudenza prevalente, però, in Italia spetterebbe al Governo la legittima facoltà, in caso di urgenza e di necessità, di sospendere le leggi, salva in appresso in certi casi la ratifica parlamentare ed indipendentemente, in altri casi, anche da questa ratifica (stato d'assedio). L'atto governativo sarebbe legittimo e dovrebbe applicarsi dall'autorità giudiziaria anche prima della ratifica, ove questa sia necessaria: nè i tribunali potrebbero in alcun modo indagare se sussiste la necessità e l'urgenza, e se la ratifica parlamentare, nel decorso anche di lunghi anni, sia stata chiesta od accordata. In altri termini qualunque atto governativo che porti la clausola — il presente decreto sarà presentato al Parlamento per essere convertito in legge — deve essere applicato dall'autorità giudiziaria, quando anche, contrariamente allo Statuto, imponga tasse, commini pene, crei giurisdizioni e indipendentemente da quella clausola, se, allegando un turbamento qualunque dell'ordine pubblico, proclami lo stato d'assedio [1]).

Del fatto poi di questa pretesa facoltà di emanare ordinanze d'urgenza e di necessità è stato fatto assai largo uso. Nei primi anni del regime costituzionale i casi sono relativamente rari, Dal 1848 al 1890 infatti i decreti-legge secondo il Galeotti [2]) sono 66: di cui 45 dal 1860 al 1866, e 21 distribuiti in quindici anni: venti annate intere, invece, ne rimasero immuni. Negli ultimi anni il caso si è reso frequentissimo: onde, senza pretendere di fare una statistica esatta, dal 1890 al 1896 ne abbiamo contati almeno 20.

I decreti-legge si possono raggruppare in tre categorie:

a) in materia di legislazione generale: 1.° decreti emanati allo scopo, o di evitare la decorrenza di termini vicini a scadere, come il R. D. 25 dicembre 1862 che proroga la legge sull'obbligo dei Comuni di prestare le somministrazioni militari, 24 dicembre 1894, che

---

[1]) Legge sui LL. PP., art. 275: « I regolamenti emanati per l'esecuzione della presente legge, approvati per decreto reale, previo il parere del Consiglio di Stato, potranno parimente contenere la comminazione di pene di polizia e dell'ammenda fino a lire 300 ».

[2]) Legge 15 aprile 1897, art. 49: « Ogni contravvenzione agli altri obblighi della legge ed alle discipline del relativo regolamento sarà punita con multa da 5 a 150 lire ».

[3]) Cod. pen., art. 457: « Chiunque, mediante schiamazzi e clamori, abuso di campane o di altri strumenti, ovvero esercitando professioni o mestieri rumorosi *contro le disposizioni della legge o dei regolamenti* disturba le occupazioni od il riposo dei cittadini o i ritrovi pubblici, è punito con l'ammenda di lire trenta, ecc. »; vedansi pure gli articoli 447, 473, 480, 483.

[1]) Contuzzi, *Dir. cost.*, parte II, lib. I, cap. IX. Meucci, *Ist. di dir. amm.*, pag. 54. Orlando, *Dir. cost.*, 185 con qualche limitazione. Cass. Roma, 17 novembre 1888 (*Foro it.*, 1889, I, 8). Cass. penale, 19 marzo 1894 (*Giur. it.*, II, 134 e 138). Cons. di Stato (Sez. IV), 18 maggio 1895 (ivi, III, 289).

[2]) *Legge*, 1890, I, pag. 175.

proroga il termine per la commutazione di prestazioni fondiarie, 10 febbraio 1896 che prolunga il diritto di autore sull'opera « Il Barbiere di Siviglia » a favore del liceo musicale di Pesaro; 2.° decreti diretti a riformare istituti e leggi, evitando le discussioni parlamentari e presentando al Parlamento una riforma già attuata; come i 6 decreti del ministro Pelloux sulla riforma dell'esercito 6 novembre 1894; quello sul lotto 12 ottobre 1894, sulla privativa del sale 10 marzo 1895; 3.° decreti giustificati da una vera urgenza, come i decreti sulla circolazione delle monete di rame e di nickel ed i buoni del tesoro da 1 e 2 lire 4 agosto 1893, 21 febbraio 1894, 24 febbraio 1894;

b) in materia tributaria e specialmente doganale (decreti di catenaccio) fatti allo scopo d'impedire che i contribuenti, messi sull'avviso dalle discussioni parlamentari, danneggino l'erario, con importazioni o fabbricazioni anticipate in larga misura: come per esempio i Regi Decreti 24 febbraio 1894, 29 giugno 1896 sul dazio delle farine e altre granaglie, 23 febbraio 1896 sull'importazione dello zucchero;

c) in materia di polizia per la proclamazione dello stato d'assedio in seguito a sedizione interna, il quale fu proclamato con regio decreto, senza nemmeno la clausola della conversione in legge, nel 1849 a Genova, nel 1852 a Sassari, nel 1862 nelle provincie meridionali, nel 1894 in Sicilia ed in Lunigiana [1]), nel 1898 nella provincia di Milano, nella Toscana ed a Napoli.

120. È un fatto che in alcuni Stati, retti a regime costituzionale limitato, la facoltà di emanare ordinanze d'urgenza con efficacia provvisoria di legge è espressamente accordata e riconosciuta, circondandola di speciali garanzie e cautele. Così succede in Prussia [2]), nel Wurtemberg [3]), nella Sassonia [4]), nel Baden [5]), in Assia [6]).

In Austria poi le disposizioni in proposito sono particolarmente caratteristiche. Hanno forza di legge le ordinanze imperiali, purchè:

[1]) Regio decreto 3 aprile 1849, 29 febbraio 1852, 17 e 20 agosto 1862, 3 e 17 gennaio 1894, 6, 9 maggio 1898.

[2]) Cost. prussiana, art. 63: « Soltanto nel caso in cui il mantenimento della sicurezza pubblica o una straordinaria necessità lo richieda urgentemente, possono essere emanati decreti non contrari alla costituzione, i quali avranno forza di legge, sotto la responsabilità dell'intero Ministero; purchè le Camere non siano ancora riunite. Tali decreti debbono essere immediatamente presentati alle Camere nella loro prima seduta, ancorchè possano essere ratificati ». L'art. 111 disciplina poi la possibilità che per sicurezza pubblica si sospendano la libertà individuale, domiciliare, di riunione e di stampa temporaneamente e per decreto.

[3]) Cost. würtemburghese, § 89: « Nei casi urgenti (il Re) ha diritto di prendere da solo le misure indispensabili alla sicurezza dello Stato ».

[4]) Cost. sassone, § 88.

[5]) Cost. badese, § 66.

[6]) Cost. assiana, § 73.

a) si tratti di casi d'urgenza, e il Reichsrath non sia riunito;

b) siano prese sotto la responsabilità collettiva dei ministri, firmate da loro e pubblicate con espresso riferimento al testo della costituzione che le autorizza;

c) non alterino la costituzione, non importino aggravio permanente alle finanze, non alienino il demanio dello Stato;

d) siano presentate al Reichstag, e precisamente prima alla Camera dei deputati nella prima sessione entro quattro settimane dalla convocazione:

e) perdano *ipso jure* il loro vigore per la omessa presentazione nel termine o per il rigetto da parte d'una delle due Camere [1]).

In questi paesi, ed in particolare in Prussia ed in Austria, esiste inoltre una legge sullo stato d'assedio, che concerne così lo stato d'assedio reale, ossia quello risultante da vere operazioni di guerra, come quello fittizio, ossia determinato da disordini interni e costituente una misura straordinaria di polizia. Queste leggi stabiliscono le condizioni, gli effetti penali e procedurali di questi provvedimenti di eccezione [2]), che possono del resto essere applicati soltanto in parte.

Tutti gli altri paesi liberi non ammettono un potere generale di emanare ordinanze d'urgenza. Molti Stati hanno disposizioni particolari sullo stato d'assedio fittizio: in base alla costituzione, come la Spagna [3]) ed il Portogallo [4]): oppure in base ad una legge speciale od a una consuetudine avente forza di legge.

In Francia il divieto di sospendere le leggi è, per il Governo, assoluto: lo stato d'assedio deve essere dichiarato con legge. Se le Camere sono prorogate può tanto lo stato d'assedio reale quanto quello fittizio essere proclamato dal presidente della repubblica: ma le Camere sono riunite di pien diritto entro due giorni. Se le Camere sono disciolte lo stato d'assedio può essere proclamato nel solo caso di guerra collo straniero. Così per la legge 3 aprile 1878: gli effetti dello stato d'assedio sono stabiliti dalla legge 9 agosto 1849 [5]).

In Inghilterra il divieto di sospendere le leggi è pure assoluto: esso si fonda sopra l'espressa dichiarazione del *bill* dei diritti, capitolo I n. 2. Il capitolo XII dello stesso *bill* prometteva una legge per autorizzare la sospensione in casi straordinari: ma questa legge non fu mai votata. Se in qualche caso si rese necessaria una abrogazione o sospensione di leggi, senza che il Parlamento potesse con-

[1]) *Legge*, 16 luglio 1867, art. 14. Ulbrich, *Oesterreichisches Staasrecht* nel *Maquardsen Handbuch*. Friburgo 1892, pag. 119.

[2]) Löning, pag. 292. Ulbrich, pag. 168.

[3]) Cost. spagnuola, art. 17.

[4]) Cost. portoghese, art. 145, § 34.

[5]) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, II, pag. 36.

corrervi, essa fu compiuta dai ministri sotto la loro responsabilità personale, e ratificata, come cosa che senza questa ratifica era illegale, con un *bill* d'indennità [1]). Ove una misura finanziaria debba essere presa all'improvviso, essa, per consuetudine, viene presa a Parlamento aperto e lo stesso giorno della pubblicazione del decreto questo viene presentato alla Camera dei Comuni ed ivi deliberato. Siccome le imposte si sogliono sempre riscuotere appena approvate dalla Camera bassa, il provvedimento non ha nulla di illegale [2]: o l'illegalità al massimo può protrarsi per pochissimi giorni.

In quanto allo stato d'assedio fittizio, esso suole proclamarsi colla sospensione del *bill* sul *habeas corpus* fatta dal Parlamento medesimo [3]). Il Todd dice però, che in base all'antichissima legge sui tradimenti del XIV secolo, e ad una consuetudine costante, in seguito formatasi, la legge marziale può esser proclamata dalla Corona [4]). Ma in nessun caso possono essere istituiti tribunali militari [5]).

In Belgio di fronte all'art. 67 della costituzione, che nega al re la facoltà di sospendere le leggi, all'art. 130 che dichiara non potersi la costituzione sospendere, nè in tutto nè in parte, all'art. 94 che proibisce l'istituzione di tribunali straordinarii, la dottrina è concorde nel ritenere che il re non può mai emanare ordinanze d'urgenza nè proclamare lo stato d'assedio, come misura di polizia [6]). I pubblicisti belgi avvalorano la loro tesi con la giurisprudenza formatasi di fronte alla Carta francese del 1830, che, come ognuno sa, conteneva un uguale esplicito divieto di sospendere la legge mediante decreti o regolamenti regi [7]).

Il re, in virtù della legge 21 marzo 1846, ha in materia tributaria la facoltà di assimilare all'effetto dei dazi le mercanzie non specificate a quelle che con esse presentano maggiori analogie: questi decreti di assimilazione vanno convertiti in legge nella prossima sessione.

Gli altri paesi che oltre al generale divieto di sospendere le leggi nulla dispongono sullo stato d'assedio sono, col Belgio, la Svizzera e la Svezia, Norvegia, i Paesi Bassi e la Grecia.

121. In Italia nessun testo espresso autorizza in alcun modo le ordinanze d'urgenza, nè in via generale, nè per quanto concerne lo stato d'assedio fittizio.

---

[1]) Gneist, op. cit., pag. 130-31.
[2]) Scopelliti, *I decreti-legge di catenaccio*, Torino 1897, pag. 41.
[3]) Sarwey, pag. 149.
[4]) Todd, *Il governo parlamentare in Inghilterra*, pag. 308 e segg.
[5]) Sarwey, loc. cit.
[6]) Giron, *Droit adm. de la Belgique*, I, pag. 329. Thonissen, *La constitution Belge annotée*, n. 403.
[7]) Cass. francese, 19 giugno 1832.

In materia tributaria esiste la facoltà del Governo, già ricordata, di imporre un dazio non superiore del 50 per cento, oltre la tariffa ordinaria, ove trattisi di merci ivi contemplate, e del 25 per cento *ad valorem*, per le merci non contemplate, quando si tratti di merci provenienti da paesi, che applicano a noi il regime differenziale e purchè il decreto reale relativo venga immediatamente presentato al Parlamento per la conversione in legge [1]).

In ordine allo stato d'assedio, che è chiamato stato di guerra, abbiamo le disposizioni degli articoli 243-51 e 540-73 del codice penale militare. Esse però, se devesi aver riguardo alle espressioni testuali, si riferiscono al caso di vera guerra con lo straniero. Il nome stesso di stato di guerra non si presta, come quello di stato d'assedio, ad una distinzione fra reale e fittizio: e ciò è confermato dal fatto che nei suddetti articoli si parla di invasione di truppe nemiche, di fortezze assediate od investite e simili: ipotesi tutte che mal si riferiscono ad una sedizione interna.

Nel caso di dichiarazione dello stato di guerra reale è indubitato, per gli art. 249 e 251, che gli ordini e i bandi dell'autorità militare hanno forza di legge, e quindi possono sospendere tutte le leggi del regno [2]) e che la giurisdizione militare si estende a norma del codice militare.

Nè in ciò vi è alcuna deroga al principio che il regolamento non può mutar la legge, imperocchè vi è una legale delegazione espressa.

122. Non solo non vi è in Italia alcun testo che autorizzi l'emanazione di ordinanze di necessità, ma ve n'è uno che sembra escluderla sia in ordine alla sua lettera, sia in ordine alla sua storia. L'art. 6 dello Statuto dice che il re «fa i decreti ed i regolamenti necessari alla esecuzione delle leggi senza sospenderne l'osservanza o dispensarne». Ora se non è lecito «nell'applicare la legge attribuirle altro senso, che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse», questo è il più chiaro divieto al Governo di emanare ordinanze d'urgenza. Bisogna ricordare poi, che quest'articolo è una traduzione quasi letterale dell'art. 14 della Carta francese del 1830 che diceva: «*Le Roi fait les règléments et les ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles mêmes ni dispenser de leur exécution*». Ora nella Carta del 1830 le ultime parole sul divieto di sospensione e di dispensa furono aggiunte in modificazione del testo del medesimo articolo, che nella Carta del 1814 suonava invece: «*Le Roi... fait les règléments et les ordonnances necéssaires pour l'exécution des lois et pour*

---

[1]) Legge doganale 24 novembre 1895, art. 5.
[2]) Saredo, *Trattato delle leggi*, pag. 252.

la sûreté de l'Etat ». La modificazione fu fatta appunto per chiarire il divieto delle ordinanze d'urgenza, che in base al testo precedente Carlo X si era creduto autorizzato ad emanare provocando così la Rivoluzione di Luglio. Stando così la storia, ci pare che l'art. 6 del nostro Statuto debba essere interpretato nel senso del divieto di ogni decreto-legge; che esso debba beneficare della stessa interpretazione, che al corrispondente articolo fu data sotto la monarchia degli Orleans, e che, data l'identità dell'articolo anche con quella della costituzione belga, valgano per noi gli stessi principii accolti in Belgio.

È stato osservato, che il testo dell'art. 6 dello Statuto italiano non contiene la parola — *giammai* — che si riscontra nella Carta francese del 1814 e nella costituzione belga. Dal processo verbale della Conferenza convocata il 7 febbraio 1848 da Carlo Alberto per deliberare sulla concessione dello Statuto, leggesi che il progetto dell'art. 6 conteneva la famosa riserva « senza sospenderne o dispensarne *giammai* l'osservanza, e che fu da alcuno proposto di togliere l'inciso siccome *superfluo*. Ma la maggioranza, timorosa che la soppressione di questa frase in un articolo copiato dalla costituzione francese potesse far nascere il dubbio di una *arrière-pensée*, ha creduto che era più prudente di non ometterlo. Tuttavia è stato unanimemente consentito su proposta del conte Borelli di togliere la parola *giammai* » [1]).

Il processo verbale non dice come fosse motivata la proposta Borelli: un illustre pubblicista ha da questo fatto argomentato il divisamento di lasciar aperto uno spiraglio all'esercizio delle ordinanze d'urgenza [2]). Ci sembra col Mortara [3]) che la supposizione regga sopra un tenue filo. Il divieto è egualmente pieno ed assoluto con o senza la parola *giammai*. O questa fu eliminata perchè era un vero pleonasmo, o la sua eliminazione avrebbe rinnovato quell'*arrière-pensée*, di cui veniva respinta e riprovata energicamente la semplice supposizione in quell'istante medesima. Del resto due argomenti desunti e dal processo verbale in parola e dal testo dello Statuto ci danno l'interpretazione autentica dell'art. 6. Infatti nel corso del processo verbale stesso si rileva che il re dubitava, se promulgato lo Statuto, anche prima della riunione delle Camere avrebbe conservata la potestà legislativa in materia tributaria di cui voleva usare per sgravare l'imposta sul sale, e per eliminare il dubbio volle annunziare la riduzione come parte integrante della grande riforma. In secondo luogo lo Statuto stesso ha sentito il bisogno di riservare espressamente al re nelle disposizioni transitorie la potestà legislativa, da

[1]) Manno, *La concessione dello Statuto*, Pisa 1885.
[2]) Codacci-Pisanelli, loc. cit.
[3]) *I decreti-legge*, *Riforma sociale*, III, fasc. 11.

esercitarsi fino alla prima riunione delle Camere e la facoltà di emanare leggi sulla stampa, sulle elezioni, sulla milizia comunale e sul Consiglio di Stato (art. 82 e 83). Il che significa due cose: che simili poteri non sono connaturali al Governo, secondo lo spirito dello Statuto, neppure in via di massima necessità ed urgenza: imperocchè nessuna maggiore necessità ed urgenza si può oggi immaginare di quelle che in allora premevano prima della convocazione delle Camere: e che sarebbe errore da quelle disposizioni transitorie trarre un qualunque argomento di analogia per giustificare nel diritto odierno la facoltà delle ordinanze d'urgenza, come fu fatto da un autorevole scrittore [1]).

123. Noi siamo quindi d'avviso, che il divieto di sospendere le leggi e con esse la costituzione sia in Italia assoluto. E non possiamo quindi nemmeno ammettere che la costituzione italiana sia di quelle che tacciono delle ordinanze d'urgenza: essa ne parla e ne parla per escluderle, secondo il testo e la storia dell'art. 6. Del resto quando anche lo Statuto ne tacesse senza escluderle non sarebbe questo un argomento buono per giustificarle: poichè i poteri del Governo sono per noi enumerati espressamente e nel silenzio della legge devesi presumere la competenza legislativa e non quella governativa.

Ma il diritto costituzionale non è tutto racchiuso nella legge scritta, ma ben anco nella consuetudine e specialmente nella consuetudine parlamentare. Nel caso concreto si può dire, che la consuetudine parlamentare sanzioni la legittimità dei decreti-legge? Perchè la consuetudine abbia valore di legge bisogna che essa sia esercitata da chi la crea e tollerata dal legislatore, colla coscienza di far opera giuridica. Ora sta in fatto che il Parlamento in molti casi ratificò gli atti del Governo: che in altri la sua approvazione non fu chiesta ed esso non reclamò. Ma con la ratifica e col silenzio il Parlamento ha riconosciuto che l'opera del Governo era utile o necessaria: non si può asserire che l'abbia riconosciuta legittima. La ratifica stessa è anzi la miglior prova che alla legittimità qualcosa mancava. Perchè fosse lecito parlare di consuetudine giuridica di fronte al testo esplicito da abrogare, sarebbe stato per lo meno necessario che il Parlamento non solo avesse ratificato il decreto-legge, non solo avesse politicamente approvato il Governo, ma avesse dichiarato espressamente la legittimità dell'operato governativo. Cosa questa, che non avvenne mai; chè se generalmente il Governo fu scusato, non mancavano invece esempi di ratifiche accordate con ampie riserve: ed anche di riprovazione esplicita di ciò che pareva ed era violazione della costituzione [2]).

[1]) Meucci, op. cit., pag. 54.
[2]) Nel 1849, p. es. i bilanci furono approvati con decreti reali da convertirsi in legge. Il *bill* d'indennità fu approvato, ma la Camera lo fece precedere dal seguente

124. Gli avversari per giustificare i decreti-leggi nel silenzio, come essi dicono della costituzione (noi diremmo nonostante l'assoluto divieto), sogliono addurre la impossibilità di prevedere tutte le contingenze, in cui si rende necessaria la sospensione delle leggi, e invocano la suprema necessità di stato, che diviene diritto. Su questi argomenti è d'uopo fare alcune osservazioni.

In primo luogo le contingenze in cui può essere opportuna, o anche necessaria la sospensione delle leggi, sono tanto prevedibili, che in molti paesi furono prevedute e regolate: pertanto non è presumibile che il legislatore italiano abbia taciuto, perchè non poteva dettar norme in proposito, sibbene perchè, sull'esempio di altri paesi liberi, non voleva accordare troppi ampi poteri al Governo.

In secondo luogo non bisogna credere, che di questa facoltà si faccia uso per vere ragioni di necessità e d'urgenza. Abbiamo già visto, che se ne fa uso invece spessissimo per forzar la mano al Parlamento presentando ad esso il fatto compiuto; e ciò è da deplorarsi: nè può essere incoraggiato col riconoscere legittimo questo modo di procedere.

In ultimo luogo la necessità divien legge, quando è una vera e propria necessità. Ora nessuno disconosce, che può esser necessario emanare dei provvedimenti, che sospendono la costituzione e le leggi: ma ciò non significa, che sia necessario l'attribuirli alla competenza del Governo. Basta che essi possano essere emanati dal Parlamento, e salvo il caso che il Parlamento sia disciolto non manca mai il mezzo di convocarlo in brevissimo tempo, e di ottenere una sanzione immediata, se l'urgenza c'è realmente e se il Ministero costituzionalmente gode la fiducia delle Camere e propone misure approvate dalla pubblica opinione. Chè, se il Governo preferisce la via dei decreti-legge per timore del Parlamento, non è più questione di necessità, ma di opportunità politica, e l'opportunità, specialmente politica, non diviene mai diritto. Resterebbe dunque il caso di intervallo fra le legislature o qualche altro caso assolutamente straordinario ed imprevedibile. Per riparare a queste emergenze non è affatto necessario ammettere, che il Governo possa legittimamente emanare ordinanze d'urgenza; basta ritenere che esso

preambolo: « Considerando che l'obbligazione dei contribuenti di pagare le imposte dirette ed indirette non ha effetto, se non dal giorno in cui il voto delle Camere che ne permette la riscossione non è sanzionato dal re e promulgato, come legge di finanza con le debite forme: che quell'obbligazione cessa collo scadere del tempo durante il quale la legge di finanza permise la riscossione delle imposte, ecc. ». Mancini e Galeotti, op. cit., pag. 355-356. Si vedano anche le sedute della Camera dei deputati 12 marzo 1852 e 16 marzo 1857 per le fortificazioni di Casale e di Alessandria; il voto del 19 dicembre 1865 con cui si invita il Governo a non dar corso ad un decreto che affida in via d'urgenza il servizio di tesoreria alla Banca d'Italia: il ritiro del Ministero Rattazzi per aver proclamato lo stato d'assedio dopo Aspromonte.

può in fatto commettere, sotto la sua responsabilità, l'illegalità di sospendere le leggi, salvo regolarizzare il suo operato con un *bill* d'indennità. Se il Parlamento accorda questa legge di ratifica, cui può sempre darsi effetto retroattivo, la responsabilità civile, penale, amministrativa e politica del Governo rimane coperta: finchè questa legge non c'è, e, ove essa sia rifiutata, tale responsabilità sussiste piena ed intera [1]). In sostanza la teoria costituzionale inglese va da noi applicata in tutto il suo rigore: ed essa sola concilia le esigenze della realtà con quelle del diritto.

In mancanza di una legge che permetta le ordinanze d'urgenza e le circondi di opportune garanzie non sono possibili che due sistemi: o quello di considerarle tutte legittime, per il solo fatto che il Governo pretesta la necessità e l'urgenza: o considerarle tutte illegittime, finchè e purchè una legge non le sanzioni, magari con effetto retroattivo. Il terzo sistema concepibile di riconoscere legittime quelle sole per cui sussiste una vera necessità ed urgenza, affidandone il giudizio all'autorità giudiziaria chiamata ad applicarle, non può essere accettato poichè snaturerebbe la funzione giudiziaria, affidando ai tribunali una decisione di mera opportunità politica: e quindi sostituirebbe all'arbitrio dell'amministratore quello del giudice, senza vantaggio alcuno, e con molti danni. Fra le due ipotesi, che si impongono, se la costituzione tacesse (il che non è) potrebbe la dottrina scegliere secondo i criterii della maggiore utilità, e della maggiore conformità ai principii supremi dello Stato italiano, perchè nel silenzio della legge la dottrina e la giurisprudenza divengono legislatrici. Nè potrebbe essere dubbia a nostro avviso in questo caso la scelta: poichè la prima teoria, quella che prevale presso i tribunali nostri, è molto più assolutistica ed antiliberale, tende a riconoscere una molto maggiore potestà al Governo in materia, di quella che ad esso sia riconosciuta, non solo negli altri Stati liberi, ma nelle monarchie limitate germaniche. E nel mentre la prima teoria incoraggia il Governo sulla strada di queste illegalità, e noi ne vedemmo gli esempi in questi ultimi anni, la teoria più rigorosa, con le sue conseguenze in ordine al controllo giudiziario, è un potente freno alle esorbitanze del Governo. Ma poichè la costituzione evidentemente dispone in materia con un decreto, dobbiamo attenercì al suo testo.

124. Per noi quindi l'autorità giudiziaria non può mai applicare un decreto-legge, prima della ratifica: e deve sempre riconoscerne l'illegalità perchè, come ben disse un'antica sentenza in tempi nei quali

[1]) Da ciò consegue, che un voto di fiducia della Camera non può bastare all'uopo: poichè il voto di fiducia non è una legge e da solo basta a coprire la responsabilità politica e non quella giuridica: nè i tribunali possono tenerne conto.

le teorie costituzionali liberali erano ancora vigorose e vitali, e l'autorità giudiziaria aveva alta e non timorata coscienza del compito suo nel diritto pubblico, « le ragioni del bisogno e dell'interesse sociale che pur s'invoca per attribuire al potere esecutivo ciò che gli è negato dallo Statuto (cioè la potestà di emanare decreti-legge) non può essere presa in considerazione dal giudice, il quale deve unicamente attenersi alla ragione legale e costituzionale » [1]).

I fautori della teoria avversaria si preoccupano delle conseguenze di questo rifiuto dell'autorità giudiziaria di applicare i decreti-legge. Ma a torto. Imperocchè, se l'urgenza e la necessità sia assolutamente massima, potrà il Governo non lasciar dare esecuzione alle sentenze a lui contrarie finchè la ratifica non sia intervenuta: e così sarà salva anche la ragion di Stato. Che se, in omaggio ad essa, qualcuno dei poteri deve uscire dalla lagalità, meglio è che ne esca un solo anzichè ne escano due. Nè vi è luogo a temere una vera e legale contraddizione fra la cosa giudicata e la deliberazione parlamentare di ratifica: poichè la ratifica va data con legge ed in base alla nuova legge, cui può essere accordato effetto retroattivo, cede la cosa giudicata.

Naturalmente, se i tribunali ordinari debbono non applicare nel caso concreto i decreti-legge, non è però accordato alla IV Sezione del Consiglio di Stato di annullarli. Perchè la legge 2 giugno 1889 all'art. 24 esclude la competenza di questo magistrato amministrativo sugli atti del Governo emanati nell'esercizio del potere politico e gli atti compiuti per provvedere a suprema esigenza di Stato rientrano evidentemente in questa categoria [2]).

La Corte dei Conti invece nell'esercizio del suo controllo preventivo di legittimità suole, e giustamente, rifiutare la registrazione dei decreti-legge i quali dopo la deliberazione del Consiglio dei ministri sono registrati con riserva.

125. Tale essendo la teoria dei decreti-legge essa va applicata *a fortiori* ai decreti di proclamazione dello stato d'assedio fittizio tanto più che questo, importando la costituzione dei tribunali di guerra, sembra violare anche l'art. 73 dello Statuto.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti credono, che questo sia contemplato dal codice penale militare: e non esigono quindi neppure il decreto-legge, bastando per l'art. 243 di detto codice il decreto reale. Ma, dato il testo del codice, dato che le disposizioni eccezionali e penali non possono interpretarsi estensivamente, non ci pare che l'opinione prevalente sia accettabile: ed in questo avviso

[1]) Cass. Milano, 17 giugno 1865, *Giur. it.*, I, 366.

[2]) Cons. di Stato (Sez. IV), 18 maggio 1895 (*Giur. it.*, III, 289). È conforme in proposito la dottrina francese in ordine ai decreti proclamanti lo stato d'assedio. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, II, pag. 34.

ci conforta il fatto, che nel progetto di riforma del codice militare evvi una disposizione espressa in proposito. Noi saremmo invece di avviso, che lo stato d'assedio potrebbe tutt'al più proclamarsi con decreto da essere convertito in legge sotto la responsabilità ministeriale. Ma di ciò e della questione ancor più grave concernente l'istituzione dei tribunali militari sarà trattato nella monografia concernente *I poteri di polizia*.

CAPO VI.

FORME DELLA FACOLTÀ REGOLAMENTARE.

SOMMARIO. — 126. Organi della facoltà regolamentare. Il re ed i ministri. — 127. Organi inferiori. — 128. Subdelegazione. — 129. Forma dei regolamenti regi. — 130. Pareri consultivi. Il parere del Consiglio di Stato. — 131. Forme degli altri regolamenti. — 132. Inesistenza di promulgazione per i regolamenti. — 133. Pubblicazione. — 134. Forza formale dei regolamenti. Abrogazione, sospensione e dispense.

126. Vediamo ora i requisiti formali dei regolamenti; e poichè il primo di essi è quello di essere emanati dall'autorità competente ci occuperemo a questo proposito anche degli organi della facoltà regolamentare, completando le notizie date fino ad ora.

La competenza è determinata dalla legge mediante l'attribuzione delle funzioni: attribuzione, che, come oramai sappiamo, può essere tanto espressa, quanto tacita. La competenza generale propria per emanare regolamenti spetta essenzialmente al re: e, entro certi limiti e sotto un certo aspetto, ai Comuni, alle autorità di polizia locale, prefetti, sotto-prefetti, questori e sindaci: alle altre autorità spetta soltanto in base ad una determinazione più specifica: tutte possono nei limiti delle loro funzioni emanare circolari ed istruzioni, ma le circolari ed istruzioni non sono sempre e di per sè regolamenti, sebbene talora ne assumano il carattere: poichè esse non escono spesso dell'ambito dell'amministrazione, non limitano e non ampliano *de iure* con diritti subbiettivi la sfera di libertà dei cittadini e non vincolano l'autorità giudiziaria.

La legge suole conferire agli organi più svariati una vera facoltà regolamentare [1]).

Non crediamo che l'abbiano i ministri, se non nei casi di delegazione o subdelegazione lecita: benchè capi del rispettivo decastero, crediamo che essi non possano esercitare la facoltà regolamentare se non colla proposta al re di un regolamento regio: il che

[1]) Legge di P. S., art. 130.

non importa una semplice questione di parole, ma una questione di garanzie sostanziali. Il nostro convincimento in proposito si fonda sul fatto, che nessun testo giuridico consacra in generale una facoltà regolamentare ministeriale; non v'è alcuna consuetudine in proposito; un uguale principio vale per il diritto francese [1]. Come esempi di delegazione di facoltà regolamentare ai ministri si possono citare: la determinazione delle voci nelle tariffe doganali per la legge 24 novembre 1895 art. 4; la emanazione di ordinanze di sanità terrestre e marittima per la legge sanitaria art. 49; la emanazione di ordinanze in materia fillosserica, quando concernano l'esportazione da luoghi infetti nell'interno del regno per la legge 13 maggio 1883 art. 3 [2], ecc. [3]. Come esempi di subdelegazione compiuta dal re, e a nostro avviso come vedremo in appresso di regola non legittima, si possono citare: il regolamento ministeriale sul vaccino 29 maggio 1892 in seguito a subdelegazione fatta con regio decreto 31 marzo 1892; il regolamento ministeriale sull'introduzione della saccarina per uso farmaceutico 5 ottobre 1889 in seguito ad un decreto-legge 29 settembre 1889; le istruzioni sul dazio consumo 20 ottobre 1870 in base all'art. 82 del Regolamento 25 agosto 1870; le istruzioni emanate dai ministri sul servizio dei beneficii vacanti in ordine all'art. 84 del regio decreto 8 dicembre 1861, ecc.

126 Gli altri regolamenti attribuiti ad altri organi pubblici o ad essi equiparati possono avere un duplice carattere. Talora essi sono loro attribuiti per la compilazione ed al re od ai ministri riservati per l'approvazione: ed in questo caso hanno forza come regolamenti generali d'amministrazione. I casi più importanti di questo fenomeno giuridico sono:

a) gli statuti dei consorzi per opere pubbliche, stradali, fluviali, e di bonifica approvati con decreto regio che possono avere effetto anche di fronte ai terzi non consorziati e comminare pene [4].

b) i regolamenti ferroviari e precisamente i regolamenti di polizia per gli accessi alla stazione; la circolazione di vetture e di carri da approvarsi con decreto ministeriale [5]; le tariffe, approvate con legge nei loro massimi [6], le quali possono essere ribassate su proposta delle società con l'approvazione del Governo: i regolamenti

[1] Hauriou, op. cit., pag. 62.

[2] Per il divieto d'esportazione da luoghi non infetti ci vuole un decreto reale.

[3] Vedansi inoltre la legge 22 luglio 1894 e il conseguente D. M. 16 giugno 1897 per l'accettazione delle monete d'argento in pagamento dei dazi; la legge 8 agosto 1895, art. 26 all. N, che attribuisce ai ministri la designazione dei distintivi dei biglietti bancari.

[4] Cass. Roma, 8 febbraio 1890 (*Annali*, II, 128). Porrini, *I Consorzi amministrativi*, pag. 169 e segg.

[5] Reg. di polizia ferroviaria 31 ottobre 1873, art. 56.

[6] Legge 27 aprile 1885 all. D ed E.

sui convogli e quelli sui segnali, i quali integrano le disposizioni del regolamento di polizia, come risulta dagli articoli 3, 51, 52, 62: i regolamenti sullo stato degli impiegati [1];

c) i regolamenti sullo stato degli impiegati degli istituti d'emissione, che debbono approvarsi con decreto regio a mente dell'art. 39 della legge 30 agosto 1895, all. *T* [2]:

d) gli statuti e regolamenti degli enti morali, e specialmente delle istituzioni pubbliche di beneficenza e degli istituti di credito pubblico i quali vengono approvati con decreto regio. Può parer dubbio se ad essi debba attribuirsi il carattere di regolamenti, ossia di norme di diritto obbiettivo: ma crediamo di non errare classificandoli in questa guisa, sia perchè essi, avendo carattere generale, attribuiscono a terzi diritti subbiettivi indipendentemente da qualunque vincolo contrattuale e in pari tempo emanano da organi amministrativi, investiti di parte, benchè minima, di sovranità.

La qual cosa è evidente in particolar modo per i regolamenti organici sullo stato degli impiegati, data la completa parificazione loro ai corrispondenti regolamenti comunali [3].

Altri regolamenti invece sono attribuiti ai più diversi organi inferiori della pubblica amministrazione; e da loro emanati senza bisogno di conservazione ed assunzione espressa in un atto del Governo centrale. Tacendo dei regolamenti di polizia delle autorità locali, di cui più volte è stato fatto cenno, ricorderemo ad esempio i regolamenti di polizia che possono essere emanati dai consoli secondo le consuetudini ed i trattati [4], i regolamenti da emanarsi dalle Camere di commercio [5], dai sindacati di borsa [6], il regolamento interno della Corte dei Conti [7], ecc.

128. Tali essendo le determinazioni di competenza per la facoltà regolamentare, resta a vedere se sia legittima la subdelegazione da un'autorità superiore ad un'autorità subordinata. Esempi di subdelegazione furono già citati nel numero precedente nei rapporti fra il re ed i ministri. Un altro caso possibile, se non frequente, può verificarsi, ove i Consigli locali deleghino alla Giunta, al sindaco o alla deputazione provinciale la loro facoltà regolamentare. Coloro che negano la legittimità della subdelegazione considerano la facoltà regolamentare, come non esercitata mai *jure proprio*, ma come funzione legislativa secondaria delegata ed applicano la massima *delegatus non*

[1] Gabba, Nota nella *Giur. it.* 1894, 1, 2, 17.

[2] Cass. Roma, 17 luglio 1897 (ivi, 1, 1, 980).

[3] Legge sulla giust. amm., 1.° maggio 1890, art. 1 n. 12, art. 2 n. 2.

[4] Legge consolare 28 gennaio 1866, art. 172.

[5] Legge 6 luglio 1862. Reg. d'esecuzione al cod. comm., art. 25.

[6] Ivi, art. 47.

[7] Legge 14 agosto 1862, art. 50.

potest delegare. Noi, sebbene per seguire un uso invalso abbiamo parlato di regolamenti delegati, sebbene crediamo che la facoltà regolamentare debba all'amministrazione derivare dal diritto nazionale, la consideriamo troppo connaturata con l'esistenza stessa dell'amministrazione per considerarla una vera e propria delega. Ma in ogni modo non crediamo, che la presente questione possa risolversi con principii, che il diritto ha saggiamente dettato per i rapporti civili e non per quelli pubblici. Propendiamo tuttavia per escludere, di regola, la legittimità delle subdelegazioni in ordine e considerazioni completamente diverse. Quando la legge attribuisce ad un organo una determinata facoltà regolamentare, ritiene che quell'organo sia il più adatto a quella funzione, e le garanzie di cui gli atti di quell'organo sono circondati siano le più confacenti al caso. Ora la subdelegazione è contraria a queste due presumibili intenzioni del legislatore.

La cosa è particolarmente evidente nei rapporti fra il re ed i suoi ministri. I regolamenti approvati per decreto reale sono come tutti i decreti reali annunziati in Consiglio dei ministri, vanno controllati e registrati alla Corte dei Conti, possono rientrare nelle categorie dei regolamenti generali d'amministrazione agli effetti dell'approvazione del Consiglio di Stato, debbono *ipso jure* essere pubblicati nella *Raccolta Ufficiale* e nella *Gazzetta*. Nessuna di queste forme essendo essenziale ai decreti ministeriali, od alle istruzioni e circolari, la delegazione fatta ai ministri di emanare un regolamento con un loro provvedimento importa per gli interessati la perdita di tutte queste garanzie, che, non rispettate di fronte a un regolamento approvato con decreto reale, ne produrrebbero la nullità. Perciò la subdelega appare a noi illegale, contrariamente all'avviso recentemente espresso dalla Cassazione di Roma [1]) partendo dalla sola considerazione dell'applicabilità o meno della massima *delegatus non potest delegare*. Soltanto quando la subdelegazione non portasse alcuna diminuzione di garanzie potrebbe forse approvarsi.

129. Ciò fermo stante quanto alla competenza diciamo delle altre forme dei regolamenti.

I regolamenti che emanano dal re sono pubblicati con un decreto reale: in generale il decreto reale porta un unico articolo che suona: « È approvato l'unito regolamento vistato e sottoscritto d'ordine nostro dal ministro »..... (segue l'indicazione nel ministro competente e dell'oggetto del regolamento). Il testo del regolamento è annesso in guisa d'allegato e porta la sottoscrizione del ministro competente [2]).

---

[1]) Cass. Roma (Sezioni unite), 26 febbraio 1896 (*Giur. it.*, II, 108).

[2]) I decreti-legge ossia i decreti emanati in virtù di pieni poteri, quelli emanati per vera delegazione legislativa, e i decreti d'urgenza portano il testo nel corpo stesso del decreto e non per allegato. Del resto questa forma non ha valore assoluto ed importanza giuridica: p. es., anche il R. D. 25 giugno 1871 sull'*exequatur* contiene le disposizioni regolamentari nel testo del decreto.

[1]) I decreti reali portanti approvazione di regolamenti in materia di prerogativa portano talora la menzione: « In virtù della R. nostra prerogativa »: quelli in tema di ordini cavallereschi l'altra: « In virtù della nostra autorità magistrale ». Gli atti emanati in forza di pieni poteri o di delegazione legislativa portano la menzione: « In virtù dell'autorità a Noi delegata ». I decreti d'urgenza hanno un articolo finale che dispone: « Il presente decreto sarà presentato al Parlamento per la sua conversione in legge ».

[2]) Legge sulla Corte dei Conti 14 agosto 1862, art. 13.

Il decreto reale è intitolato col nome del re, seguito dalla solita formola, « per grazia di Dio e volontà della nazione re d'Italia »; e ciò per disposizione espressa della legge 21 aprile 1861. È invece soltanto consuetudinaria la frase « abbiamo decretato e decretiamo »: e la formola finale: « Ordiniamo che il presente decreto munito del sigillo dello Stato sia inserito nella *Raccolta ufficiale* delle leggi e decreti del regno d'Italia, mandando a chiunque spetti di osservarlo e farlo osservare ». Ciò si fa per analogia con quanto è disposto in ordine alle leggi dalla legge 23 giugno 1864. Ogni decreto approvante un regolamento suole portare nei considerando che susseguono il nome del re e precedono la formola « abbiamo decretato e decretiamo »:

a) l'indicazione del ministro proponente in ossequio all'art. 67 dello Statuto ed al principio della responsabilità ministeriale;

b) l'indicazione della legge a cui il regolamento si riferisce e che ne autorizza l'emanazione o quanto meno dell'articolo dello Statuto eve trattisi di regia prerogativa;

c) la menzione dei corpi consultivi uditi sia per obbligo di legge, sia per iniziativa libera del Governo [1]).

Il decreto è sottoscritto dal re, dal ministro proponente e responsabile e dal guardasigilli. Come ogni altro decreto deve essere assoggettato alla registrazione della Corte dei Conti, che ne deve riconoscere la legittimità [2]).

130. Di tutte queste formalità quella che ha bisogno di qualche schiarimento è l'obbligo di udire il parere di determinati corpi consultivi. Come si sa, sull'esempio francese, per combinare i vantaggi della iniziativa e responsabilità individuale con quelli della collegialità, la legislazione italiana ha prescritto a molte autorità amministrative singole, aventi potestà di emanare determinati provvedimenti, l'obbligo di udire il parere di qualche corpo collegiale competente, salva la facoltà di dipartirsene, sotto la propria responsabilità e talora con l'osservanza di altre determinate forme. Il parere consultivo, così reso obbligatorio, si distingue pertanto dal parere puramente

facoltativo [1]) e dal parere imperativo, ossia da quel parere dal quale non è lecito discostarsi [2]). È giurisprudenza costante italiana e francese che l'omissione dei pareri consultivi obbligatorii sia vizio di forma che importa nullità dell'atto: poichè le formalità amministrative essendo d'ordine pubblico sono di regola imposte sotto pena di nullità, senza che possa distinguersi fra quelle sostanziali e quelle secondarie, e possa allegarsi che la nullità non è espressamente comminata. Il sistema dei pareri consultivi obbligatori è in larga misura adottato quanto ai regolamenti da emanarsi dal re: l'obbligo di menzionare il riportato parere deriva espressamente per il parere del Consiglio di Stato dall'art. 11 della relativa legge organica, e negli altri casi per analogia. E la giurisprudenza dei due paesi, specialmente quella amministrativa, suole dichiarare nulli e rifiutare applicazione a quei regolamenti che non abbiano riportato i pareri obbligatori, in base alla teoria generale sopra espressa, e senza distinguere se l'obbligo resulti da una legge o da un legittimo regolamento [3]).

In generale è richiesto l'obbligo della audizione:

a) del parere del Consiglio di Stato per tutti i regolamenti generali di pubblica amministrazione a norma della legge 2 giugno 1889, art. 12 n. 1;

b) del parere del Consiglio dei ministri per tutti « i regolamenti organici », nonchè « per i regolamenti d'esecuzione alle leggi, ed i regolamenti generali d'amministrazione » secondo gli articoli 1 e 2 del Regolamento 25 agosto 1876 sulle attribuzioni del Consiglio dei ministri.

La seconda disposizione è sufficientemente ampia e comprensiva, perchè abbia bisogno di essere chiarita: in sostanza tutti i regolamenti da approvarsi con decreto reale vanno deliberati in Consiglio dei ministri: ed è questa la consuetudine generalmente osservata, sebbene in qualche regolamento o modificazione di regolamento manchi la menzione del parere del detto Consiglio [4]). Del resto la giurisprudenza non ha avuto luogo a pronunziarsi che in ordine ai

[1]) Vedasi, p. es., l'art. 10 n. 2 della legge 2 giugno 1889: « Il Consiglio di Stato... 2.° Dà parere sopra le proposte di legge e sugli affari di ogni natura pei quali sia interrogato dai ministri del re ».

[2]) Vedasi, p. es., la legge sulla Corte dei Conti 14 agosto 1862, art. 4. Consulta su tutta questa teoria Laferrière, *Traité de la juridiction adm.*, II, pag. 529.

[3]) Cons. di Stato (Sez. IV), 13 giugno 1890 (*Giur. amm.*, I, 58), 23 aprile 1897 (*Giur. it.*, III, 165). Laferrière, op. e vol. cit., pag. 12. Conseil d'État, 6 janvier 1883. *Salle.*

[4]) P. es. R. D. sul matrimonio degli ufficiali 31 gennaio 1897. Reg. d'esecuzione alla legge sulle Casse di risparmio 21 gennaio 1897. Reg. sui telefoni (Modificazioni) 15 dicembre 1895. Reg. com. e prov. (Modificazioni) 15 marzo 1896, ecc.

regolamenti organici e quanto ad essi ha dichiarato la nullità per l'omessa consultazione del Consiglio dei ministri [1]).

Invece non si sa precisamente quali siano i regolamenti di amministrazione, contemplati dall'art. 12 della legge sul Consiglio di Stato.

In Francia esiste una disposizione concepita in termini identici [2]). La dottrina ivi propende per comprendere sotto le parole di questo testo tutti i regolamenti che interessano i cittadini [3]). La giurisprudenza invece distingue i regolamenti d'esecuzione da quelli delegati: e considera questi soltanto, come regolamenti generali di amministrazione pubblica.

Da noi l'art. 2 del Regolamento 25 agosto 1876 già citato sembra, seguendo una teoria analoga, contrapporre i regolamenti d'esecuzione ai regolamenti generali d'amministrazione; ma, come ben osserva lo Schanzer in un'eccellente monografia in proposito [4]), non conviene attribuire troppa importanza alla terminologia empirica di quel regolamento e sopratutto interpretare una legge fondamentale con un regolamento d'ordine precipuamente interno. Neppure bisogna dar troppo peso alla giurisprudenza francese come quella che contrasta collo spirito delle stesse leggi, che istituirono il Consiglio di Stato, ed è disapprovata dalla più razionale dottrina.

La pratica italiana può essa pure portare scarsa luce in materia, giacchè se da un lato si suole, per quasi tutti i regolamenti, udire il Consiglio di Stato, si fanno però delle eccezioni saltuarie e frequenti; e d'altra parte l'obbligo di sentire l'alto consesso è frequentemente ripetuto volta a volta nelle singole leggi. In ogni modo la distinzione fra regolamenti d'esecuzione e regolamenti delegati, come quella che risponde a criteri puramente estrinseci, siccome più volte abbiamo detto, non sembra rispondere alle vere esigenze scientifiche

[1]) Vedansi le due decisioni della IV Sezione 13 giugno 1890 e 23 aprile 1897 citate. La seconda decisione ammette però che ove una riforma organica sia compiuta in seguito ad un ordine del giorno delle Camere, la nullità derivante dall'omessa consultazione sia sanata. Il che, a nostro avviso, è un'opinione infondata, giacchè gli ordini del giorno delle Camere non hanno valore giuridico, hanno solo efficacia in ordine alla responsabilità politica ministeriale: e come, secondo la dottrina e giurisprudenza francese, non mutano nemmeno un atto amministrativo in atto compiuto nell'esercizio del potere politico (Laferrière, op. e vol. cit., pag. 28), così essi non possono sospendere l'efficacia di un regolamento, non essendo essi medesimi nè regolamenti nè leggi. Vedi una nostra nota nella *Giur. it.*, 1897, III, 165.

[2]) Cost. dell'anno VIII, art. 52. Legge organica sul Consiglio di Stato 24 maggio 1872, art. 8.

[3]) Laferrière, op. e vol. cit., pag. 9. Aucoc in *Revue critique du droit français*, 1871-72, pag. 78. — Dufour, *Traité général de droit adm.*, 2.e édit., I, 52. — Macarel, *Cours de droit adm.*, 1840, I, 54. Altri si astengono da ogni definizione. — Hauriou, op. cit., pag. 60. — Ducrocq, op. cit., I, 74.

[4]) Nella *Legge*, 1894, II, pag. 567 e 607.

e pratiche. Miglior consiglio sarebbe considerare, come regolamenti generali di amministrazione pubblica, tutti i regolamenti emanati con decreto reale, e concernenti un interesse dello Stato. Tuttavia mettendo in relazione l'articolo in discorso coll'art. 6 della legge 23 giugno 1854 [1]), che agli effetti della pubblicazione parla dei regolamenti d'esecuzione, come del tipo generale di regolamento e presumendo l'intenzione del legislatore di non sovraccaricare il Consiglio di Stato di troppo lavoro e di lavoro cui sarebbe inadatto, si può restringere la qualifica suddetta a quei regolamenti che si rivolgono alla generalità dei cittadini, che hanno cioè più spiccato ed ampio carattere giuridico, con esclusione dei regolamenti che si rivolgono essenzialmente ai funzionari ed hanno prevalente carattere tecnico, e dei regolamenti organici, per i quali basta la garanzia della deliberazione in Consiglio dei ministri [2]).

Ugualmente obbligatorio è il parere consultivo ove esso, invece di essere prescritto in generale, sia prescritto in particolare per un singolo regolamento. Ove la legge in particolare richieda il parere del Consiglio di Stato è da ritenersi che essa nulla aggiunga di nuovo e soltanto si riferisca all'obbligo generalmente imposto dall'art. 12 della legge sul Consiglio di Stato; eccettochè si tratti di decreti organici [3]). In generale si richiede il parere del corpo consultivo tecnico più competente o più direttamente interessato, quindi il parere del Consiglio superiore dei LL. PP. in tema di opere pubbliche, del Consiglio di sanità in tema di igiene [4]), della Corte dei Conti in tema di contabilità dello Stato, ecc. [5]).

131. I regolamenti ministeriali, se sono approvati con decreto ministeriale, sono redatti in forma analoga a quella dei decreti reali, essendo obbligatoria la menzione dei corpi consultivi da udire e facoltative le altre forme. Se sono emanati mediante istruzioni o circolari non hanno forma fissa.

I regolamenti delle altre autorità pubblicati col nome di decreti od

---

[1]) Art. 6: « Le disposizioni degli articoli 2, 4, 5 della presente legge sono anche applicabili ai decreti e regolamenti emanati dal Re, necessari per l'esecuzione delle leggi, e che interessano la generalità dello Stato ».

[2]) Cons. di Stato (Sez. IV), 13 giugno 1890 citato. — I decreti emanati in virtù di delegazione di vera e propria facoltà legislativa, i decreti-legge ed i testi unici non sembrano rientrare nella categoria dei regolamenti d'amministrazione pubblica: quindi il parere del Consiglio di Stato non può essere considerato come obbligatorio, ove non sia espressamente richiesto.

[3]) P. es., fu richiesto per il reg. sulle indennità agli impiegati 1.° novembre 1876 in base all'art. 9 della legge 7 luglio 1876.

[4]) Legge sulla sanità pubblica 23 dicembre 1888, art. 70. Legge sull'emigrazione 30 dicembre 1888, art. 10.

[5]) Legge sulla Corte dei Conti, art. 49. Legge sulla cont. gen. dello Stato, 17 febbraio 1884, art. 74.

ordinanze non hanno neppure essi una forma obbligatoria; si seguono per consuetudine le forme anzidette colle modificazioni del caso.

I regolamenti comunali e provinciali sono emanati con una deliberazione dei rispettivi Consigli [1]). Come ogni altra deliberazione debbono essere pubblicati e inviati al Prefetto od ai Sottoprefetti perchè li rendano esecutivi col loro visto, il quale può essere sospeso o rifiutato per motivi di legittimità [2]). I regolamenti d'uso e d'amministrazione dei beni comunali, in caso di opposizione degli interessati, quelli sulle tasse, quelli di edilità e di polizia locale, debbono riportare l'approvazione della G. P. A. [3]); dopo l'approvazione sono trasmessi al ministro competente che può annullarli in tutto e in parte, udito il Consiglio di Stato, senza poterli modificare. I regolamenti d'igiene sono invece approvati dal Ministero dell'interno [4]), che ne ha però delegata la potestà ai Prefetti [5]).

132. Vi è luogo a domandare, se l'emanazione dei regolamenti e specialmente di quelli regi importi una funzione di promulgazione, distinta dall'approvazione e dalla pubblicazione. La dottrina tedesca ha adottato l'opinione affermativa e attribuisce alla promulgazione dei regolamenti la solita potestà trascendente di sanare ogni nullità antecedente di impedire ogni ricerca sulla procedura seguita per la redazione ed approvazione dei regolamenti medesimi [6]). Questa teoria è accolta in Italia dallo Schanzer [7]), il quale in conseguenza afferma che l'autorità giudiziaria non può indagare se sono stati uditi i pareri consultivi richiesti, ove menzione ne sia fatta nel decreto. Non crediamo tuttavia, in difetto di disposizione espressa di legge, che si possa parlare di promulgazione dei regolamenti. Nè quando anche una promulgazione esistesse, riferendoci a quanto abbiamo detto al n. 25 essa potrebbe impedire la indagine sulla legittimità formale dei regolamenti; ed in questo avviso siamo confortati dalla giurisprudenza francese [8]).

133. Invece è formalità necessaria la pubblicazione. Le prescrizioni regolamentari, essendo giuridiche, non si dirigono a singoli individui, ma alla generalità dei sudditi, o quanto meno ad un complesso indeterminato di essi, e perciò debbono essere portate a loro conoscenza. Imperocchè la regola che niuno si presume ignorare il diritto, presuppone, però, che ciascuno possa averne legale conoscenza. Ed è

---

[1]) Legge com. e prov., art. 111 n. 6 e 201 n. 16.

[2]) Legge citata, art. 113, 211, 227 e 161-63, 223.

[3]) Legge citata, art. 167, 223.

[4]) Legge sanitaria, art. 60.

[5]) R. D. 26 aprile 1891, lett. *q*.

[6]) Laband, op. cit., I, pag. 579.

[7]) Nella *Legge*, 1894, II, pag. 611.

[8]) Conseil d'État, 6 janvier 1888 *Salle*. Laferrière, op. cit., vol. II, pag. 12, n. 2.

indifferente in proposito, che le norme giuridiche siano contenute in una legge od in un regolamento [1]). Per « i decreti ed i regolamenti emanati dal re per l'esecuzione delle leggi e che interessano la generalità dello Stato » la pubblicazione è resa obbligatoria dall'art. 6 della legge 23 giugno 1854 e segue nella stessa forma che per le leggi. Siamo d'avviso che con questa frase si comprendano tutti i regolamenti regi. In fatto essi sono tutti senza eccezione inseriti nella *Raccolta* e pubblicati nella *Gazzetta ufficiale*.

Per gli altri regolamenti non sussiste in genere un obbligo eguale, in base a un testo espresso di legge; ma supplisce il principio generale di diritto sopra esposto e la consuetudine. Quanto ai regolamenti ministeriali volta a volta si suole inserire un articolo finale, che ordini la pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale*. Le istruzioni sono invece inserite nelle pubblicazioni ufficiali di ciascun dicastero, e portate più efficacemente a conoscenza dei funzionari con circolari, e del pubblico con avvisi a stampa.

Con pubblici manifesti sogliono essere pubblicati i regolamenti delle autorità di polizia locali e quelli provinciali e comunali; talora l'affissione di questi manifesti è obbligatoria per legge [2]). Si è fatta questione se per i regolamenti locali basti l'affissione fatta nell'albo pretorio subito dopo la deliberazione e prima dell'approvazione tutoria. La Cassazione di Firenze 17 gennaio 1885 [3]) accolse l'opinione affermativa. Ma una recente decisione della Cassazione penale [4]) ha espresso contrario avviso considerando che la pubblicazione prescritta dall'art. 113 della legge comunale e provinciale è fatta agli effetti dei possibili ricorsi all'autorità tutoria; che essa si compie quando il regolamento non è peranco perfetto ed obbligatorio, tale non divenendo esso se non dopo l'approvazione tutoria, che invece la pubblicazione delle leggi deve esser fatta quando esse sono perfette e per i regolamenti comunali deve quindi essere rinnovata.

I regolamenti approvati con decreto reale entrano in vigore quindici giorni dopo la loro pubblicazione, salvo disposizione diversa come le leggi [5]). Crediamo che quelli ministeriali, per i quali si segue ugual modo di pubblicazione, debbano per stretta analogia seguire uguale regola. Quanto agli altri regolamenti, che sono generalmente di effetto locale e facilmente conoscibili, si può ritenere che entrino in vigore

[1]) Laband, op. e vol. cit., pag. 583. Rosin, pag. 168. Seligman, pag. 125. Jellinek, pag. 394.

[2]) Legge di P. S. 30 dicembre 1888, art. 46: « I Prefetti provvederanno con regolamenti da tenersi costantemente affissi in luogo visibile al servizio d'ordine e di sicurezza dei teatri ».

[3]) *Annali*, 1885, I, 1, 36.

[4]) Cass. Roma, 11 maggio 1896 (*Giur. it.*, 1896, II, 257).

[5]) Legge 23 giugno 1854, art. 6, 3. Cod. civ., art. 1.

il giorno stesso della pubblicazione, essendo rimesso al prudente arbitrio dell'autorità emanante l'assegnare un termine più lungo.

134. La forza formale di un regolamento è così fatta che esso non può essere abrogato, modificato o sospeso, se non da un altro regolamento, emanato dalla stessa autorità con le medesime forme, o da un'autorità superiore, oppure da una legge o da una consuetudine abrogativa [1]).

Le due ultime ipotesi sono troppo chiare e le loro conseguenze giuridiche derivano da troppo saldi principii di diritto, perchè siano necessarie maggiori spiegazioni.

Dal concetto che la facoltà regolamentare è facoltà legislativa delegata i partigiani ad oltranza della teoria della separazione dei poteri hanno più volte argomentato che il mandato esaurivasi coll'emanazione del primo regolamento, e che quindi le modificazioni od abrogazioni successive spettavano al Parlamento o quanto meno esigevano una nuova delegazione speciale. Ma noi abbiamo già confutata questa opinione al n. 115 e ci riferiamo ora a quanto ivi fu detto.

L'abrogazione o modificazione di un regolamento può accadere con atto delle autorità superiori, in virtù del loro potere gerarchico o di tutela. Di questo fatto fornisce esempio la facoltà regolamentare comunale nei suoi rapporti colla facoltà regolamentare del Governo centrale cui è subordinata [2]) e nel suo rapporto cogli organi che esercitano la tutela giuridica (Giunte provinciali amministrative, Prefetto, Ministri) come fu detto al n. 131.

Più importante e caratteristico è il rapporto fra i regolamenti ed i provvedimenti di una medesima autorità. È evidente, che se in questi casi ogni provvedimento (p. es. ogni decreto reale in tema di impiegati) potesse modificare i corrispondenti regolamenti (p. es. i regolamenti organici emanati con decreto reale), tutto il vantaggio pratico della facoltà regolamentare andrebbe distrutto ed il carattere giuridico dei regolamenti verrebbe meno. Poichè il regolamento non costituirebbe più quella garanzia di ordine, di equità, di eguaglianza che è il suo merito principale; non creerebbe a profitto degli interessati diritti subbiettivi; non sarebbe quindi una norma doppiamente obbligante secondo l'espressione dello Jhering, siccome dovrebbe essere, data la sua natura di vera norma giuridica e date le esigenze dello *Stato di diritto*. Perciò se non si può escludere in via assoluta che un regolamento non possa essere modificato per un caso particolare, bisogna però ammettere che il regolamento, finchè non è modificato, vincoli l'autorità che lo ha emanato per ciò che concerne

[1]) Jellinek, pag. 395. Arndt, pag. 237-40.

[2]) Confr. n. 91.

tutti i singoli provvedimenti; ed ove vogliasi non applicare la norma regolamentare ad un singolo caso, sia d'uopo prima modificare il regolamento e poi emanare il provvedimento [1]). Ne consegue che per modificare il regolamento debbonsi osservare tutte le forme osservate al tempo della sua originaria pubblicazione; e quindi, a nostro avviso, non solo le forme obbligatorie, siccome i pareri richiesti dalla legge, ma anche quelle facoltative, spontaneamente seguite. È questa la teoria costantemente seguita dalla IV Sezione, la quale ammette come ricorsi per violazione di legge anche quelli per violazione di regolamento, anche nei casi in cui regolamento e provvedimento impugnato sono emanati dalla medesima autorità [2]).

L'abrogazione o modificazione di un regolamento con altro regolamento non può pregiudicare i diritti quesiti. Perchè il principio della intangibilità dei diritti quesiti è principio legislativo che soltanto una legge può abrogare o sospendere [3]).

Un dubbio si presenta, dice il Codacci-Pisanelli [4]), rispetto all'abrogazione dei regolamenti mediante regolamenti. Può un regolamento il quale dà norma all'azione governativa su di una data materia abolirsi senza nulla sostituire a quei limiti che con esso si distruggono? La questione fu proposta da Silvio Spaventa nella discussione del bilancio dell'istruzione pubblica per l'anno 1881. Egli censurava l'opera del ministro, il quale aveva soppresso alcune norme stabilite dal suo predecessore senza nulla sostituirvi. Certo la cosa, se non è sempre assolutamente illegale, è scorretta giacchè la facoltà regolamentare non mira soltanto a riconoscere una sfera libera al Governo, ma anche a far si che esso possa costituirsi altri limiti che quelli impostigli dalla legge. Ora in proposito è forse opportuno distinguere i casi in cui l'esercizio della facoltà regolamentare è puramente facoltativo, da quello in cui, essendovi una di quelle solite clausole espresse, che impongono l'emanazione di regolamenti, con o senza prefissione di termine, esso diviene obbligatorio. In questo secondo caso l'atto è indiscutibilmente illegale; e quindi l'autorità giudiziaria, ordinaria ed amministrativa potrebbe sempre rifiutare applicazione od annullare i provvedimenti emanati dopo l'abrogazione di regolamenti non sostituiti da nuove norme. Nel primo caso invece non vi è una vera violazione di legge; ma può esservi un eccesso di potere, in quanto della facoltà di revoca si sia fatto uso per scopi ingiusti e contrari

[1]) Jellinek, pag. 395.

[2]) Cons. di Stato (Sez. IV), 1.° maggio 1896 (*Giur. it.*, III, 182), 23 aprile 1897 (ivi, III, 165).

[3]) Cfr. n. 38, 40. Jellinek, pag. 395, nota 46. Arndt, pag. 229. Block, *Dictionnaire de l'administration française*, v. *Dispense* n. 3, e Cass. 30 giugno 1832 e 19 dicembre 1833 ivi citate.

[4]) Op. cit., pag. 84.

allo spirito della legge; e quest'eccesso di potere potrebbe ricevere la sanzione dai tribunali amministrativi, se non da quelli ordinari. Il tutto senza pregiudizio del controllo parlamentare, che, in un Parlamento conscio dei suoi doveri, dovrebbe esplicarsi con un voto di biasimo.

CAPO VII.

LE GARANZIE DELLA LEGITTIMITÀ DEI REGOLAMENTI.

SOMMARIO. — 135. Sindacato parlamentare. — 136. Sindacato amministrativo. — 137. Sindacato giudiziario civile e penale. — 138. Sindacato sui tribunali amministrativi.

135. Come crediamo che possa sufficientemente resultare dalla presente monografia il rispetto dei limiti fra legge e regolamento è una delle questioni essenziali dello Stato costituzionale. Importa sommamente quindi, che non solo questi limiti siano per quanto è possibile ben definiti, ma anche che il loro rispetto sia assicurato colle più salde garanzie.

La prima, non in ordine d'importanza pratica, ma in ordine logico si riscontra nel controllo parlamentare. Questo si esplica essenzialmente mediante la responsabilità ministeriale.

I ministri apponendo la propria firma ai regolamenti, ne garantiscono la costituzionalità e legittimità: e di esse rispondono a tutti gli effetti dinanzi al paese e specialmente dinanzi al Parlamento.

Nei nostri annali parlamentari non mancano frequenti esempi di sindacato sulla facoltà regolamentare governativa: nè fu mai accolta la teoria da alcuni propugnata, che le Camere dovessero da essa disinteressarsi, in omaggio ad un esagerato ossequio della separazione dei poteri [1]).

Ma ormai il prestigio della responsabilità ministeriale, come garanzia di giustizia nell'amministrazione, è troppo sfatato, perchè sia necessario insistere ulteriormente su questo sindacato. Basti in proposito rilevare tre cose. La prima è che non tutto l'esercizio della facoltà regolamentare potrebbe mai cadere sotto la sanzione della responsabilità ministeriale, dappoichè molti regolamenti locali sono emanati senza che vi concorra l'opera dei ministri. Secondariamente è d'uopo ricordare, che la responsabilità ministeriale può invocarsi per i casi di dolo e di colpa. I numerosissimi casi, nei quali un errore scusabile, specialmente su punti giuridici dubbi, dà luogo ad una violazione di diritto non potrebbero cadere sotto questa sanzione: e l'esperienza quotidiana insegna che spesso la sfera libera dei di-

[1]) Mancini e Galeotti, op. cit., pag. 433 e segg.

versi soggetti di diritto, siano essi privati, corporazioni o enti pubblici, può essere danneggiata da erronee interpretazioni giuridiche senza colpa di alcuno. In terzo luogo, prescindendo dal considerare l'inerzia dei Parlamenti, la incapacità loro a rendere questioni di diritto, il controllo parlamentare è in questo campo inefficace per le forme in cui suole esplicarsi. Imperocchè esso di regola si esprime con un voto di biasimo al ministro: ma il voto di biasimo, non essendo nè una legge nè un regolamento, non abroga il regolamento illegale, il quale rimane in vigore finchè il ministro non lo revochi, o la legge (cosa assai difficile) non sia stata votata; e non essendo una sentenza non reintegra i diritti lesi, nei casi singoli.

136. Il controllo amministrativo ordinario è pure esso incompleto ed inefficace a garantire i limiti fra legge e regolamento.

Quando il regolamento sia emanato da autorità inferiori, subordinate ad altre gerarchicamente o per ragioni di tutela, questo controllo può portare a qualche utile resultato. Le autorità superiori infatti possono, a seconda dei loro poteri, o annullare puramente e semplicemente le norme regolamentari illegittime, o sostituirne delle nuove e legittime: della qual cosa si ha specialmente esempio per i regolamenti comunali secondo ciò che fu detto nel precedente capitolo. E l'azione delle autorità superiori può essere spontanea, o provocata da ricorsi. Bisogna però avvertire che, in diritto italiano, il ricorso diretto contro un regolamento è infrequente [1]): poichè i ricorsi anche gerarchici si danno per lesioni di interessi: ed un regolamento non lede interessi, bensì li lede la sua esecuzione.

Quindi il controllo gerarchico di legittimità dei regolamenti si esplica piuttosto indirettamente, in occasione di ricorsi contro i provvedimenti di esecuzione.

Per i regolamenti emanati invece dalle autorità superiori gerarchiche, e specialmente dal Governo del re, nessun controllo di questo genere è possibile. Nè le autorità inferiori possono conoscere della legittimità dei regolamenti, perchè debbono osservarsi in ossequio alla obbedienza gerarchica ed alla disciplina.

Soltanto quando l'ordine, a cui rispetto all'autorità inferiore si può nel singolo caso ridurre la norma regolamentare, contenga una violazione di diritto tale da dispensare dall'obbligo della obbedienza, potrà la norma non essere applicata [2]).

---

[1]) La legge com. e prov., art. 255 e 270, ammette implicitamente che si possa ricorrere alle autorità tutelari che spontaneamente sono investite del controllo di legittimità sui regolamenti (art. 161 e segg., 167). L'art. 167 n. 3 contempla un caso in cui il controllo sui regolamenti si esplica soltanto su ricorso. Ricordiamo invece che la legge prussiana ammette e favorisce i ricorsi diretti contro i regolamenti di polizia.

[2]) Codacci-Pisanelli, pag. 93.

Esiste sopra i regolamenti regi il controllo di legittimità della Corte dei Conti, speciale e glorioso istituto del nostro diritto nazionale, che si applica del resto a tutti i decreti reali [1]). Questo controllo non è certo inutile nemmeno per quanto attiene ai regolamenti: il rifiuto di registrazione persistentemente opposto ai decreti d'urgenza, e ricordato al n. 124, ne è l'esempio più convincente. Ma il rifiuto di registrazione, ove non concerna materie finanziarie, è vinto con l'ordine di registrazione con riserva, deliberato in Consiglio dei ministri [2]): onde il rimedio non è definitivo, anche prescindendo dal considerare, che è incerto se il difetto di visto possa giustificare i funzionari e i cittadini dall'inosservanza dei regolamenti. La registrazione con riserva porta alla conseguenza che gli atti illegittimi sono periodicamente denunziati al Parlamento. Di guisa che l'istituto della registrazione si risolve nell'eccitare il controllo parlamentare: e ciò, date le cose di sopra discorse, costituisce agli effetti del nostro tema un circolo vizioso.

137. La massima garanzia dei limiti rispettiva della legge e del regolamento sta nel sindacato giudiziario. Storicamente, come abbiamo veduto in un precedente capitolo, in ogni Stato che presenti i primi elementi del governo libero, i giudici sono obbligati a giudicare *secundum legem* e soltanto *secundum legem*.

Ne consegue, che se le leggi obbligano incondizionatamente i giudici, i regolamenti li obbligano soltanto condizionatamente, in quanto non eccedano i limiti ad essi segnati.

Ed i tribunali sono competenti a conoscere se questi limiti furono rispettati. Questo principio che è per gli Stati costituzionali di ragion comune, tanto che esso erasi affermato nel nostro diritto anche prima di esservi espressamente scritto, è oggimai formulato nell'articolo 5 della legge sul contenzioso amministrativo.

« In questo come in ogni altro caso le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi ». Che cosa si intenda per « regolamenti conformi alle leggi » abbiamo cercato di dimostrare nei precedenti capitoli; e la giurisprudenza, che ivi abbiamo citata, è la migliore interpretazione della competenza giudiziaria su questo argomento.

La legittimità dei regolamenti è tanto formale quanto materiale, secondo che concerne i loro requisiti di competenza e di forma, o il loro contenuto intrinseco. È bene ricordare che la competenza giudiziaria si estende anche sulla legittimità formale [3]).

---

[1]) Legge 14 agosto 1862, art. 13.

[2]) Legge cit., art. 13.

[3]) Cass. Palermo, 2 maggio 1881 (*Riv. amm.*, 488). Cass. Firenze, 2 maggio 1882 (ivi, 812). Cass. Torino, 9 gennaio 1886 (ivi, 257). Cass. Roma, 1.° luglio 1896 (ivi, 743). Id., 15 marzo 1897 (ivi, 589). Jellinek, pag. 394 n. 43. Cfr. n. 931.

Una qualche difficoltà incontra il controllo sulla legittimità intrinseca, per il principio, che se l'autorità giudiziaria può conoscere della legittimità di un atto amministrativo non può mai sindacarne la opportunità.

Ora se in molti casi la distinzione fra legittimità ed opportunità è facile, ve ne sono altri in cui i due concetti rimangono alquanto confusi.

È chiaro, per esempio, che per decidere le incostituzionalità del regolamento comunale e provinciale, in quanto all'art. 111 affida alla Giunta comunale la dichiarazione di decadenza dei suoi membri per negligenza, mentre la legge stabilisce la competenza del Consiglio (art. 236) [1]), basta un semplice giudizio di legittimità. Invece per stabilire se una disposizione di un regolamento di polizia municipale, che può mirare solo a tutelare la sicurezza, la tranquillità o l'igiene sia incostituzionale, perchè con il pretesto di tendere ad uno di quei tre scopi senza raggiungerne alcuno limita soltanto la libertà del commercio, è d'uopo fino ad un certo segno giudicare dell'opportunità di questa norma. La questione, come si vede, è delicata: e la giurisprudenza tende a dichiarare l'incompetenza in questi casi. Ma, sebbene non si possano in proposito formulare regole generali ed assolute e il rispetto dei limiti fra autorità giudiziaria ed amministrativa vada rimesso volta a volta alla prudenza del giudice, tuttavia è da ritenere, che ogni qual volta il preteso giudizio di opportunità si risolva invece in un giudizio sulla violazione o meno dello spirito della legge, trattandosi pur sempre di interpretazione di una norma statutaria, è lecito proclamare la competenza dei tribunali [2]).

La giurisdizione dei tribunali ordinari sulla legittimità di un regolamento può essere eccitata così in sede civile come in sede penale.

In sede civile possono i tribunali decidere della questione, sia nelle cause vertenti fra privati, ove si disputi di un diritto, che si invoca sorto in base ad un regolamento [3]): sia nelle cause vertenti fra i privati e lo Stato, come è il caso più frequente, essendo più

---

[1]) Cons. di Stato, 10 luglio 1891 (*Legge*, 1891, II, 359).

[2]) Si vedano, per esempio, le seguenti sentenze in tema di legittimità di regolamenti municipali, che concernono l'annona: Cass. Roma (Sezioni unite), 25 gennaio 1896 (*Giur. it.*, I, 1, 256) e la nota. App. Milano, 15 dicembre 1894 (ivi, 1, 2, 214). Cass. Napoli, 12 luglio 1880 (*Man. amm.*, 349).

[3]) Il regolamento della cui legittimità i privati possono più facilmente disputare nelle controversie fra di loro instaurate è quello generale giudiziario. — Di alcuni articoli di esso fu più volte proclamata la illegittimità. Fra privati può disputarsi facilmente della legittimità dei regolamenti nelle azioni di danno promosse contro funzionari.

numerosi i regolamenti nel diritto amministrativo che in quello privato. Più frequente è il contrasto in sede penale, in quanto i regolamenti sono frequentemente accompagnati da sanzioni penali, e prima di stabilire la sussistenza di contravvenzioni è d'uopo riconoscere se il regolamento fu emanato dall'autorità competente, nelle forme volute dalla legge o nel limite delle attribuzioni dell'organo che lo emana.

Come per ogni altro atto amministrativo, la dichiarazione di illegittimità di un regolamento non ha effetto che per il caso deciso, senza importare l'annullamento del medesimo [1]).

138. Senza voler risolvere la questione, se i collegi contenziosi amministrativi, cioè la IV Sezione del Consiglio di Stato e le Giunte prov. amm., siano vere giurisdizioni o semplici autorità amministrative destinate a risolvere ricorsi con speciali garanzie di contradditorio, è certo che per ciò che concerne la legittimità dei regolamenti esse si comportano di regola in modo non diverso dalle autorità giudiziarie ordinarie. Non vale quindi in primo luogo la regola, affermata in altri paesi, che esse siano incompetenti a conoscere della legittimità di regolamenti regi. Ciò fu espressamente dichiarato dalla IV Sezione. Per gli altri regolamenti non vi può essere dubbio.

In generale la questione di legittimità sorge in occasione di ricorso proposto contro un singolo provvedimento, quindi in questo caso anche le decisioni delle giurisdizioni amministrative non hanno effetto che per il caso deciso: poichè il provvedimento se è fondato sul regolamento illegittimo, viene annullato: ma l'annullamento non colpisce invece il regolamento, il quale rimane in vigore.

Data la natura delle giurisdizioni amministrative non sarebbe tuttavia nemmeno inconcepibile che l'azione amministrativa fosse proposta direttamente contro il regolamento, per ottenerne l'immediata dichiarazione di nullità per violazione di legge. Nel diritto francese un tale ricorso è proponibile contro tutti i regolamenti che non siano *d'administration publique*, ossia per i regolamenti delegati *stricto sensu* [2]).

L'art. 24 della legge sul Consiglio di Stato permette il ricorso contro tutti quegli atti che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici: la giurisprudenza della IV Sezione è assai rigorosa, quanto alla esistenza ed alla individualizzazione di un tale interesse ed alla sua effettiva lesione: quindi può parere, che contro un regolamento non si possa ricorrere, perchè esso non lede alcun interesse, perchè non è portato ad esecuzione: e quando è portato ad esecuzione si può ricorrere contro il provvedimento.

---

[1]) Legge sul contenz. amm., 20 marzo 1865, all. E, art. 4.

[2]) Hauriou, op. cit., pag. 71. Laferrière, op. cit., II, pag. 12.

Non osiamo in questa sede pronunciarci definitivamente sulla questione. Ricordiamo soltanto, che fu proposto ricorso diretto contro un decreto-legge: e fu respinto non per il difetto di interesse nei ricorrenti, ma perchè trattavasi di atto emanato nell'esercizio del potere politico [1]). Quando il ricorso diretto contro un regolamento fosse proponibile, è evidente che le giurisdizioni amministrative potrebbero annullare il regolamento.

Non ci consta che siasi mai presentata la questione, se le altre giurisdizioni speciali (Tribunali militari, Corte dei Conti, Commissioni d'imposta, ecc.) possano nell'esercizio della loro giurisdizione conoscere e dichiarare la illegittimità dei regolamenti. Ma, dato che esse esercitino una parte della grande funzione giudiziaria, che è una ed unica nella sua essenza, sebbene sia opportuno scinderla in varie competenze per ragion di materia, data la massima « *mandata jurisdictione ea omnia mandata intelliguntur sine quibus jurisdictio exerceri non potest,* dato che il principio della sindacabilità di regolamenti, come somma garanzia di libertà, è fondamentale nel diritto patrio, non esitiamo a riconoscere questa competenza anche alle giurisdizioni speciali. E di vero per la legge 31 marzo 1897 tutte le giurisdizioni speciali sono soggette alla Corte di cassazione di Roma, che può annullarne le sentenze per incompetenza od eccesso di potere. Ora l'eccesso di potere, contemplato dalla legge suddetta, è lo sconfinamento di uno dei tre poteri dello Stato in danno di un altro potere. Il giudicare di una controversia applicando un regolamento nullo perchè contrario alle leggi, e quindi inesistente, è rendersi complici dello sconfinamento commesso dall'autorità amministrativa in danno di quella legislativa, è un sostituire la volontà del Governo e la propria volontà, come autorità giudiziaria, alla volontà del Parlamento. Ciò costituisce quindi un eccesso di potere, rilevabile per Cassazione. È quindi giuocoforza ammettere, che ciò che può formare oggetto di ricorso per annullamento, possa formare anche oggetto di giudizio dinanzi al magistrato inferiore.

---

[1]) Cons. di Stato (Sez. IV), 18 maggio 1895 (*Giur. it.*, III, 289). Con decisione 19 giugno 1897 (*Giur. it.*, III, 245). Con decisione 18 giugno 1897 (*Giur. it.*, III, 321) fu dichiarato che finchè un regolamento organico non fu posto in essere, manca in coloro che dall'attuazione sua potrebbero essere lesi, l'interesse a ricorrere. Con questa decisione la Sezione IV sembra escludere la possibilità di un ricorso contro un regolamento.

GIOVANNI VACCHELLI

LA

Difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini

VERSO L'AUTORITÀ AMMINISTRATIVA