



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

ALLE ORIGINI DEI DECRETI-LEGGE. SAGGIO SULLA DECRETAZIONE GOVERNATIVA DI
URGENZA E SULLA SUA GENEALOGIA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO DELL'ITALIA
PREFASCISTA*

di Marco Benvenuti**

SOMMARIO: [1. Introduzione.](#) - [2. L'“invenzione” dei decreti-legge.](#) - [2.1. Vicende della decretazione governativa di urgenza nella pratica costituzionale dalla concessione dello Statuto albertino alla Prima guerra mondiale.](#) - [2.2. \(segue\) Le oscillazioni della giurisprudenza.](#) - [2.3. \(segue\) Le resistenze della dottrina.](#) - [3. L'“inflazione” dei decreti-legge.](#) [3.1. Vicende della decretazione governativa di urgenza nella pratica costituzionale dalla Prima guerra mondiale al consolidamento del regime fascista.](#) - [3.2. \(segue\) Le resistenze della giurisprudenza.](#) - [3.3. \(segue\) Le oscillazioni della dottrina.](#)

1. *Introduzione.*

Chi voglia intraprendere lo studio della decretazione governativa di urgenza e della sua genealogia nell'ordinamento giuridico dell'Italia prefascista non può non riscontare, in prima battuta, una perdurante ambivalenza di tale fenomeno in oltre settant'anni di storia patria. Per un verso, infatti, esso si caratterizza per una formale *assenza* nel testo costituzionale del tempo, lo Statuto albertino del 1848, il quale non fa alcuna menzione di quelli che poi, per esprimere “la forma di un atto del Potere Esecutivo, e il contenuto e l'efficacia di un precetto legislativo”¹, sarebbero stati qualificati, invero formalmente solo a partire dal 3.1.1915², come *decreti-legge*. Anzi, nello Statuto si dispone testualmente, ad un tempo, che “il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere: il Senato e la Camera dei Deputati” (art. 3); e che “il Re... fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza, o dispensarne” (art. 6)³. Per altro verso, a tale silenzio costituzionale fa da contraltare una sorprendente *contestualità*⁴ di tale tipologia di atti normativi quale “arma segreta del potere”⁵ – per il vero, più per accondiscendenza del Parlamento che per “totale usurpazione”⁶ dello stesso Governo⁷ – sin dal 1848,

* Il presente scritto è destinato agli *Studi in onore di Claudio Rossano*.

** Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico e Professore aggregato di Modelli di federalismo e costituzionalismo multilivello presso l'Università degli studi di Roma “La Sapienza”.

¹ A. Traversa, *Lo “stato di necessità” nel diritto pubblico interno*, Napoli, 1916, 27; cfr. altresì G. D'Amario, *L'ordinanza d'urgenza per lo stato di diritto*, Torino, 1907, 27, per il quale “l'ordinanza d'urgenza è un atto il quale ha dal lato subiettivo i caratteri formali dell'ordinanza e dal lato obbiettivo il contenuto di legge, motivo per cui molti non esitarono a chiamare le ordinanze d'urgenza con la designazione di *decreto-legge*”.

² Sul punto, G. Ferrari, *Formula e natura dell'attuale decretazione con valore legislativo*, Milano, 1948, 124; A. Celotto, *L'“abuso” del decreto-legge*, Padova, 1997, 190, nt. 8, il quale rimarca, opportunamente, come tale innovazione abbia costituito un segno di “stabilizzazione” di tale tipologia di atti normativi (ivi, 211).

³ Va altresì detto che lo stesso Statuto albertino, nelle sue disposizioni transitorie, rinvia la propria efficacia al “giorno della prima riunione delle due Camere” (art. 82), mentre sino a quel momento “sarà provveduto al pubblico servizio di urgenza con Sovrane disposizioni” (art. 82); del pari, si riserva esplicitamente al Re la competenza “di fare le leggi sulla Stampa, sulle Elezioni, sulla Milizia Comunale, e sul riordinamento del Consiglio di Stato” (art. 83).

⁴ Il riferimento alla “contestualità” è presente anche in A. Celotto, *L'“abuso”*, cit., nt. 2, 198.

⁵ M.A. Cabiddu, *L'essere del dover essere*, in *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, 2011, 124.

⁶ L. Rossi, *Il decreto-legge sui provvedimenti politici davanti al diritto e al potere giudiziario*, in *Temi veneta*, 1899, 512; il punto è altresì colto da V. Miceli, *I “pieni poteri”*, in *La riforma sociale*, 1894, I, 703, per il quale “il Parlamento che rinunzia alle sue funzioni legislative in tutto o in parte a favore dell'esecutivo, è un Parlamento che usa in modo illegittimo delle sue attribuzioni, esso si annienta, si suicida, e nel medesimo tempo viola la Costituzione, che gli ha affidato il compito legislativo e perciò viene a negare l'ordinamento giuridico, in forza del quale esiste e per opera del quale soltanto esso può esercitare le sue funzioni”;

come ha segnalato la dottrina più avvertita⁸; mentre sarebbe di qualche anno successivo l'esplicito riferimento alla sottoposizione di un decreto-legge al Parlamento⁹ e, più tardi ancora, la sua presentazione alle Camere “per essere convertito in legge”¹⁰.

Tale duplice carattere proprio della decretazione governativa di urgenza – percepita dalla dottrina dell'epoca come una questione “giuridicamente importante, costituzionalmente vitale, politicamente spinosa”¹¹ e da quella a noi contemporanea (almeno) come un “paradosso”¹² – ha provocato un vivacissimo dibattito politico, dottrinario e giurisprudenziale nel corso di tutta l'esperienza costituzionale prefascista italiana, con alcuni “alti momenti” che meritano di essere riesaminati e contestualizzati, ma anche con talune ricostruzioni tacciate di un “valore assai modesto e, spesso... [di un]a consistenza molto effimera”¹³, se non di una vera e propria “fantasiosità”¹⁴. Al di là delle singole posizioni teoriche, infatti, resta vero che il tema in esame è apparso già allora, alla giuspubblicistica del tempo, come una delle “più energiche controversie del diritto costituzionale prefascista”¹⁵, in quanto attinente, nella sua più intima essenza, alla forma di governo dell'età statutaria e alla sua controversa e contrastata evoluzione in senso parlamentare¹⁶. Si è dunque trattato, com'è stato detto, di una “grave questione”¹⁷, “di una fra le più gravi, anzi della più grave, fra le questioni di diritto pubblico agitate innanzi ai tribunali dopo la costituzione del regno d'Italia”¹⁸; di una “materia tanto delicata e che tocca i supremi principii e le basi stesse del nostro ordinamento costituzionale”¹⁹, in cui, per vero, “tutto è

G. Mosca, *Di due modificazioni del sistema parlamentare in Italia*, [1898], rist. in Id., *Ciò che la storia potrebbe insegnare*, Milano, 1958, 348, che parla di una “Camera... perfino poco gelosa custode delle attribuzioni che lo Statuto categoricamente le ha conferito”; T. Marchi, *La cosiddetta onnipotenza parlamentare*, [1921], rist. in *Studi economico-giuridici*, 1922, 9, secondo il quale “se dei decreti-legge, i quali snaturano indubbiamente la funzione parlamentare, può farsi talora grave colpa al Governo, non minore può farsene alle Camere stesse, le quali sembrano esser tratte a lasciar via libera al potere esecutivo e da una specie di loro insensibilità, per così dire, politica e dalla loro quasi ingenita, connaturata incapacità a deliberare bene e rapidamente”; L. Luzzatti, *L'abuso dei Decreti-legge*, in *Corriere della Sera*, 4.2.1922, 2, il quale rimarca come “un gruppo di interessi si agita, si muove con le lusinghe, con le minacce; non pochi parlamentari assecondano mentre dovrebbero resistere per impedire la covatura del Decreto-legge insidiatore delle giuste competenze delle Camere...”.

⁷ Sul punto, cfr. le vicende storiche ripercorse in M. Mancini e U. Galeotti, *Norme ed usi del Parlamento italiano*, II ed., Roma, 1891, 179 ss.

⁸ In questo senso, G. Ferrari, *Formula*, cit., nt. 2, p. 17, che riferisce del R.d. 27.5.1848, n. 738, sull'abolizione del dazio con il Ducato di Piacenza, e del R.d. 7.7.1848, n. 740, sull'abolizione del divieto di esportazione dei cereali dalla Sardegna ecc.

⁹ Art. 2, co. 1, del R.d. 6.10.1853, n. 1603; in questo senso, si veda, ancora, G. Ferrari, *Formula*, cit., nt. 2, 18; nonché A. Celotto, *L'abuso*, cit., nt. 2, 191, nt. 9, ad avviso del quale quest'ultimo sarebbe “il primo vero e proprio decreto-legge”; Id., *Gli atti con forza di legge*, in *Lezioni Magistrali di Diritto costituzionale*, a cura di A. Vignudelli, Modena, 2011, 96.

¹⁰ Art. 2, co. 1, del R.d. 1.12.1859, n. 3811, conv. nella l. 6.6.1860, n. 4106; sul punto, si veda V. Di Ciolo, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, 1970, 7.

¹¹ L. Rossi, *Il decreto-legge*, cit., nt. 6, 509.

¹² Così, significativamente, L. Paladin, *Art. 77*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1979, 44.

¹³ C. Caristia, *La legge marziale al Parlamento italiano*, in *Il Filangieri*, 1909, 130; analogamente, H. Tingsten, *Les Pleins Pouvoirs*, trad. fr., Paris, 1934, 222, il quale evoca, in proposito, un “certain nombre de théories, en partie assez étranges”.

¹⁴ Così, espressamente, A. Celotto, *L'abuso*, cit., nt. 2, 195, il quale ritiene ciò un “chiaro indice dell'esigenza di giustificare – in qualunque modo possibile – un fenomeno che, di fatto, prendeva sempre più piede” (ivi, 195, nt. 15); il medesimo giudizio ritorna in Id. e E. Di Benedetto, *Art. 77*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco et al., Torino, 2006, II, 1508; A. Celotto, *Gli atti*, cit., nt. 9, 98.

¹⁵ G. Leibholz, *Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts*, [1928], trad. it., *Il diritto costituzionale fascista*, Napoli, 2007, 58.

¹⁶ Si ricorda, in particolare, quanto dichiarato da C. Benso di Cavour, in punto di morte, a proposito dell'Italia meridionale: “niente stato d'assedio, nessun mezzo da governo assoluto. Tutti son buoni di governare collo stato d'assedio. Io li governerò colla libertà, e mostrerò ciò che possono fare di quel bel paese dieci anni di libertà” (cit. in W. De la Rive, *Le Comte de Cavour, récits et souvenirs*, [1862], trad. it., G. Benso di Cavour in Alfieri di Sostegno, *Malattia e morte del conte di Cavour*, in *Lecture del Risorgimento italiano*, a cura di G. Carducci, Bologna, 1897, II, 502).

¹⁷ G. Corso, *La facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche e la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato*, Roma, 1932, I, 409.

¹⁸ L. Mortara, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla corte di cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1900, II, 56.

¹⁹ S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, [1909], rist. in Id., *Scritti minori*, Milano, 1990, I, 349.

incerto”²⁰, “certe cose si fanno, ma non s’insegnano”²¹ e “i giuristi e gli uomini politici... si ricredono e mutano partito”²².

In questa varia e articolata cornice generale, con il presente lavoro ci si propone di sviluppare un duplice livello di analisi. Il primo riguarda l’evoluzione delle istituzioni costituzionali italiane (e non solo) tra Otto e Novecento – peraltro nate, è stato detto, “sotto il segno di una mortale emergenza”²³ – poi la loro parabola e la loro crisi. Ritorna alla mente il dilemma posto da N. Machiavelli, per cui “mai fia perfetta una repubblica, se con le leggi sue non ha provisto a tutto et a ogni accidente posto il rimedio e dato il modo a governarlo”²⁴; ma, al contempo, “in una repubblica non vorrebbe mai accadere cosa che con modi istraordinarii si avesse a governare; perché, ancora che il modo istraordinario per allora facesse bene, nondimeno lo exemplo fa male; perché si mette una usanza di rompere gli ordini per bene, che poi sotto quel colore si rompono per male”²⁵.

Il secondo profilo, invece, investe la valutazione contestuale e poi retrospettiva di quella parabola e di quella crisi, attraverso il susseguirsi di più studiosi, divisi “in maniera radicale”²⁶ proprio su questo tema, “punto di contraddizione tra valori diversi... un tema in cui, come in pochi altri, le teorie riflettono l’atteggiamento di chi le esprime verso i valori in conflitto: le scelte sono inevitabilmente legate alla diversa adesione di ciascuno all’uno o all’altro valore. E possono quindi modificarsi anche radicalmente nel tempo”²⁷, così come il fluire dei decenni fa scorrere più generazioni di giuristi, dei quali i più giovani – forse maestri dei maestri dei miei maestri – hanno ripetutamente lamentato “una deformazione di impostazione”²⁸ di quelli più anziani e manifestato la necessità di superare le vecchie con nuove ricostruzioni, senza peraltro riuscirvi appieno. Nel complesso, pare il caso di anticipare ciò che emerge da quel “vero e proprio laboratorio politico-giuridico”²⁹ in cui si è affrontato, in quella temperie, il problema qui in esame: una serie notevole di chiaroscuri dottrinari, di contraddizioni reali o apparenti di uomini e azioni, di veri e propri *trompe-l’oeil* istituzionali, di trapassi di regime ora violenti e ora silenziosi. L’irresistibile ascesa dei decreti-legge, il suo uso subito tramutatosi in abuso, la serie di argomenti proposti *pro* o *contra* colpiscono e sorprendono l’osservatore contemporaneo, non solo per il perdurante significato “des Ausnahmezustandes als eines negativen, aber exakten Spiegelbildes der

²⁰ S. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 349.

²¹ L. Luzzatti, in *AP Camera*, XX legislatura, 27.2.1900, 2058.

²² F. Franchini, *Sullo stato d’assedio*, Roma, 1943, 8; di tali mutamenti di opinione si darà, naturalmente, conto nel corso della trattazione.

²³ M. Sbriccoli, *Caratteri originari e permanenti del sistema penale italiano*, in *Storia d’Italia. Annali 14*, a cura di L. Violante, Torino, 1998, 487; tale emergenza, infatti, pare contravvenire ad una delle sue caratteristiche strutturali: quella per cui essa, “nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo” (così, efficacemente, C. cost., sent. n. 15/1982).

²⁴ N. Machiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, [1519], l. I, par. 34, rist. in ID., *Opere*, Torino, 1999, I.1, 599-600; solamente questo profilo del pensiero machiavelliano viene però, generalmente, messo in evidenza e non l’altro, con conseguente estremizzazione del suo pensiero: cfr., ad esempio, P.G. Grasso, *I problemi giuridici dello “stato d’assedio” nell’ordinamento italiano*, Pavia, 1959, 101; C. Schmitt, *Die Diktatur*, [IV ed., 1978], trad. it., *La dittatura*, Roma, 2006, 26 ss.

²⁵ N. Machiavelli, *Discorsi*, cit., nt. 24, 599.

²⁶ L. Paladin, *Art. 77*, cit., nt. 12, 45.

²⁷ L. Carlassare, *Stati d’eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, 1990, 479-480.

²⁸ T. Perassi, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, [1919], rist. in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 1958, I, 235, nt. 55; tale “deformazione di impostazione” consiste nel fatto che “il problema del decreto-legge sia ridotto alla domanda: ‘perché sia un atto giuridicamente idoneo a produrre norme giuridiche’ anziché, a quest’altra, che è propria della ricerca giuridica: ‘se sia un atto giuridicamente idoneo a produrre norme giuridiche’ ” (ivi, 234-235, nt. 55); e tale autore sottolinea altresì come tale deformazione, “certo, non si verifica, quando si tratti di valutare l’efficacia giuridica di un testamento olografo a cui manchi la data oppure l’efficacia giuridica di un consenso verbale di compra-vendita di un immobile od anche di un regolamento comunale, che ponga norme, che eccedono la normale potenzialità di produzione giuridica del Comune” (ivi, 235, nt. 55).

²⁹ G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 26.

Verfassungsstruktur”³⁰, ma anche (o, forse, proprio per questo) per la loro formidabile “attualità”³¹: com’è stato detto, in proposito, “se non fosse per l’aulicità della lingua, sembrerebbe quasi di leggere scritti dei giorni nostri”³².

A questo primo aspetto rilevante – da assumersi, peraltro, con tutte le cautele del caso, imposte, da un lato, dal secolo e più trascorso da allora e, dall’altro, dal *pendant*, suggestivo ma per questo potenzialmente fuorviante, con la situazione odierna – se ne può aggiungere un altro, che rende, ad opinione di chi scrive, il tema della decretazione governativa di urgenza e della sua genealogia nell’ordinamento giuridico dell’Italia prefascista doppiamente (e attualmente) meritevole di una rivisitazione. Se, infatti, com’è stato autorevolmente detto, un “metodo... rigorosamente giuridico”³³ deve accompagnarsi ad una chiara consapevolezza anche delle “numerose problematiche derivanti dalla realtà sociale e politica in continua e rapida trasformazione e [de]i riflessi che esse producono sulla interpretazione e attualizzazione dei principi giuridici fondamentali in cui si esprimono i valori di riferimento della Costituzione vivente”³⁴, ciò vale forse *a fortiori* in un tempo qual è il nostro, contrassegnato da una profonda crisi anche di ordine istituzionale, diffusamente rappresentata e unanimemente percepita. Se questo è vero, però, va ugualmente rammentato che le fasi di crisi, seppure si manifestano in forme sempre nuove, non sono fenomeni riducibili alla mera dimensione temporale dell’“oggi”, ma, al contrario, hanno segnato numerosi e non meno tristi momenti della nostra storia giuscostituzionale. In questa luce, dunque, la complessiva vicenda, dagli albori dell’età statutaria all’avvento del regime fascista, della decretazione governativa di urgenza – “uno dei ‘peccati originali’ del liberalismo italiano”³⁵ – assume una portata letteralmente paradigmatica rispetto ad un’altra e non meno drammatica parabola: quella del tentativo, tragicamente fallito, di superare la “profonda debolezza dello Statuto albertino”³⁶ e dare così allo Stato sorto dal Risorgimento una solida e compiuta forma istituzionale.

2. L’“invenzione” dei decreti-legge

2.1. Vicende della decretazione governativa di urgenza nella pratica costituzionale dalla concessione dello Statuto albertino alla Prima guerra mondiale

Come si è anticipato, la questione della decretazione governativa di urgenza e, dunque, l’autoattribuzione di un *dispensing power* rispetto alla legge in capo all’Esecutivo – potere che, in quel frangente, “non può di per sé essere individuato in modo positivo per gli effetti tipici e costanti cui danno luogo le varie attività”³⁷ – è risalente tanto quanto lo è lo Statuto albertino ed arrovella, “seducente e tormentoso tema”³⁸, la politica, la giurisprudenza e la dottrina del tempo. Ampio – e non alieno, anche in questo caso, da possibili analogie con la situazione odierna – è il novero di materie disciplinate con decreti-legge, alcuni dei quali appaiono, oggi come allora, palesemente ingiustificabili,

³⁰ C. Schmitt, *Nota a “Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung”*, in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, 1959, 260.

³¹ A. Celotto, *L’“abuso”*, cit., nt. 2, 207.

³² A. Celotto, *L’“abuso”*, cit., nt. 2, 207; tuttavia, va parimenti ricordato che, da parte di S. Labriola, *Storia della costituzione italiana*, Napoli, 1995, 132, si è di contro invitato a non argomentare, oggi per allora, in ordine all’illegittimità della decretazione governativa di urgenza, cosa che costituirebbe “un pregiudizio nella impostazione stessa del tema”.

³³ C. Rossano, *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., Napoli, 2012, XVII.

³⁴ C. Rossano, *Istituzioni*, cit., nt. 33, XVII.

³⁵ G. Bascherini, *Lo stato d’assedio nell’esperienza statutaria italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 4305.

³⁶ G. Motzo, *Le situazioni di emergenza e di grave necessità pubblica*, in *La pubblica sicurezza*, a cura di P. Barile, Milano, 1967, 567; nonché, seppur con intenti diversi, G. Bascherini, *Lo stato*, cit., nt. 35, 4303.

³⁷ C. Rossano, *Partiti e Parlamento nello Stato contemporaneo*, Napoli, 1972, 120, il quale richiama, a tale proposito, la giuspubblicistica tedesca primonovecentesca.

³⁸ E. Massari, *Il sindacato parlamentare sui decreti-legge*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1915, I, 577.

perché contingenti, differibili, innecessari³⁹. In termini generali, la dottrina di allora ha enucleato tre ambiti di intervento della decretazione governativa di urgenza di certo qualitativamente e quantitativamente prevalenti⁴⁰. Un primo attiene alla “legislazione generale”⁴¹ e viene suddiviso, a sua volta, a seconda che si tratti di evitare la decorrenza di termini o di disporre la proroga, di “riformare istituti e leggi, evitando le discussioni parlamentari e presentando al Parlamento una riforma già attuata”⁴², di adottare “decreti giustificati da una vera urgenza”⁴³. Un secondo riguarda poi la materia tributaria e, in specie, doganale⁴⁴, con il ricorso ai cc.dd. decreti catenaccio⁴⁵ – così denominati “quasi dovesse[ro], metaforicamente, serrare le porte alla speculazione”⁴⁶ ed inaugurati nel 1885 dal Ministro delle finanze A. Magliani⁴⁷ – posto che, in caso di innalzamento di un dazio, il ricorso ad una legge “provocherebbe una speculazione a vantaggio di pochi ed a tutto danno dei contribuenti”⁴⁸. Un terzo investe, infine, lo stato di assedio e la sua controversa proclamabilità.

³⁹ Al riguardo, viene sovente evocato dalla dottrina un famigerato R.d. 10.2.1896, n. 24, il quale, “promosso dal Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio, stabilì: ‘Il termine della durata di diritto di proprietà stabilito dall’art. 10 della legge 19 sett. 1882 è, per l’opera *Il Barbiere di Siviglia*, di Gioacchino Rossini, prorogato di due anni, a decorrere dal 15 febb. 1896’, dando così a vedere come l’asserita podestà straordinaria del potere esecutivo di emettere provvedimento d’urgenza per salvare la vita dello Stato dai pericoli dell’indomani, può essere impiegata, dopo una intensa evoluzione compiutasi in brevissimo tempo, fino a stabilire la sospensione degli effetti d’una legge di stretto diritto privato, a beneficio d’un interesse esclusivamente privato e affatto individuale. Crediamo che difficilmente nella storia legislativa di tutti i paesi, che pretendono di avere al riguardo un sistema di diritto, si troverà un caso che, come questo, ricordi più davvicino i governi irrefrenati e arbitrari dei tempi andati” (E.A. Porro, *Sul R. decreto 22 giugno 1899*, in *Monitore dei tribunali*, 1899, 785; sull’intera vicenda, si rinvia altresì a G.P. Chironi, *Il “Parsifal” e il “Barbiere di Siviglia” nel movimento legislativo sul “diritto d’autore”*, in *Rivista musicale italiana*, 1896, 521 ss.).

⁴⁰ F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1901, III, 194.

⁴¹ F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., nt. 40, 193.

⁴² F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., nt. 40, 194, ove si citano i decreti del Governo Crispi III sulla riforma dell’esercito (R.d. 6.11.1894, n. 503; R.d. 6.11.1894, n. 504; R.d. 6.11.1894, n. 505; R.d. 6.11.1894, n. 506; R.d. 6.11.1894, n. 507), il decreto sul lotto (R.d. 12.10.1894, n. 473) e il decreto sulla privativa del sale (R.d. 10.3.1895, n. 58).

⁴³ F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., nt. 40, 194; si può ricordare, in proposito, la vicenda del R.d. 23.10.1865, n. 2586, volto a trasferire alla Banca nazionale il servizio di tesoreria dello Stato, oggetto di un vivace dibattito innanzi alla Camera dei deputati, con il Ministro delle finanze Q. Sella che difendeva la potestà dell’Esecutivo di emanare provvedimenti aventi forza di legge, salva la conversione (*AP Camera*, IX legislatura, 19.12.1865, 390), e F. Crispi che recisamente la negava (*ibidem*); la vicenda merita di essere ricordata perché, in quell’occasione, viene altresì approvato a larga maggioranza (196 voti a favore, 1 contrario e 4 astenuti) un ordine del giorno con cui “la Camera invita il Ministero a non dare esecuzione al decreto... prima che esso sia approvato dal Parlamento” (ivi, 404) e perché F. Crispi è a quel tempo il campione dell’incostituzionalità dei decreti-legge, sedendo all’opposizione (si veda altresì F. Crispi, in *AP Camera*, XVII legislatura, 20.12.1891, 4947), ma divenendone poi un acceso fautore da Presidente del Consiglio dei ministri (Id., in *AP Camera*, XVIII legislatura, 3.3.1894, 6902 ss.); successivamente, è degna di menzione l’aspra polemica dello stesso F. Crispi con G. Arangio Ruiz, il quale aveva affermato che “il Sonnino, quando scriveva agli elettori, era uscito da un Gabinetto [presieduto da F. Crispi] che per governare era ricorso a molti decreti-legge” (G. Arangio Ruiz, *Governo parlamentare o governo costituzionale!*, in *Il Filangieri*, 1899, 485); F. Crispi inoltra quindi una lettera a quel periodico, rispondendo: “quel Gabinetto essendo stato presieduto da me, mi permetto pregarla d’indicarmi uno solo dei decreti-legge ai quali io abbia ricorso per governare. Ella non potrà affermarlo, perché niun decreto-legge fu fatto dal 15 dicembre 1893 al 9 marzo 1896” (F. Crispi, *Per una polemica*, ivi, 561); puntuale, G. Arangio Ruiz replica così: “quel Ministero dunque, nei primi mesi del 1894, accrebbe per decreto da centesimi trentacinque a quaranta il prezzo di un chilogramma di sale; ed in sul finire dello stesso anno, per decreto altresì, impose la tassa di bollo sui fiammiferi; aumentò il dazio a varie voci della tariffa doganale, quali il cotone, il grano, lo zucchero; gravò di nuova imposta il consumo del gas e della luce elettrica; modificò tutta la legislazione sull’esercito, cangiandone l’ordinamento, regolando diversamente i servizi dipendenti dal dicastero della guerra, alterando la circoscrizione militare territoriale, gli stipendi ed assegni fissi per l’esercito, ecc.” (G. Arangio Ruiz, *Ancora per una polemica*, ivi, 641); per una valutazione di insieme di tali episodi, “nella storia del nostro parlamento... noti e poco edificanti”, si veda L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, s.d. [ma 1898], I, 93.

⁴⁴ Su cui si veda anche, per un cenno, G. Viesti, *Il decreto-legge*, Napoli, 1967, 21.

⁴⁵ F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., nt. 40, 194.

⁴⁶ A. Traversa, *Lo “stato”*, cit., nt. 1, 162.

⁴⁷ Così A. Scopelliti, *I decreti-legge di catenaccio*, Torino, 1897, 7; si veda, in particolare, la l. 29.11.1885, n. 3497.

⁴⁸ A. Brunialti, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, Torino, 1900, II, 144; va notato che anche chi ha ritenuto ammissibile il ricorso ai cc.dd. decreti catenaccio ha però aggiunto che “il sistema... si estese a troppi altri, con una

Tale ultimo ambito, in particolare, poiché profondamente incisivo “ad un tempo [su]i diritti del parlamento e [su] quelli dei cittadini”⁴⁹, emerge senz’altro come “punta di... iceberg”⁵⁰ della decretazione governativa di urgenza ed appare di gran lunga il più battuto dalla pubblicistica del tempo, sia da coloro i quali ritengono che “il fenomeno del decreto-legge ha qui la sua più terribile applicazione”⁵¹, sia da quanti, invece, evidenziano, anche in ragione di elementi formali distintivi⁵², l’irriducibilità concettuale dello stato di assedio al fenomeno della decretazione governativa di urgenza, “come la regola differisce dall’eccezione”⁵³. Al di là di queste disquisizioni di ordine strutturale, vi è però un consenso diffuso sui caratteri funzionali dello stato di assedio: esso, infatti, consiste in uno “strumento d’intervento straordinario, deciso dal governo a tutela dell’ordine pubblico in situazioni di emergenza estrema”⁵⁴, per cui si “equipara, in tempo di pace, porzioni più o meno grandi del territorio dello Stato a zone di operazioni militari in presenza del nemico in tempo di guerra”⁵⁵. Ciò comporta dunque tre conseguenze di non poco momento già allora ben evidenziate: “accentramento di tutti i poteri *legali* nell’autorità militare designata dal decreto di proclamazione – istituzione dei tribunali di guerra per giudicare le persone non militari che si rendessero colpevoli di certi reati *tassativamente indicati* nel codice penale militare – autorizzazione all’autorità militare di emettere bandi ed ordini aventi *forza di legge* nella periferia del proprio comando”⁵⁶.

Risalendo dall’atto all’organo chiamato ad adottarlo, il problema fondamentale dello stato di assedio e della sua proclamazione è dunque che “il potere di *valutazione della necessità di difesa delle istituzioni dai pericoli...* [è] devoluto all’organo medesimo destinato poi ad agire in via repressiva”⁵⁷; mentre, di converso, “il Parlamento sempre risulta... come un controllore esterno, anche variando la misura ed i limiti del controllo stesso”⁵⁸. Tuttavia, ciò che rende tale istituto riconducibile *par excellence* alla dittatura “commissaria” – e non a quella “sovrana”, riprendendo la nota terminologia di C. Schmitt⁵⁹ – è di mantenersi sempre al di qua di un “punto di non ritorno: il potere del Monarca di provvedere alla sicurezza dello Stato non viene utilizzato per privare stabilmente le Camere delle loro attribuzioni”⁶⁰,

colpevole tolleranza delle maggioranze, con una indifferenza generale del paese, con un assenso poco spiegabile delle supreme magistrature, giudiziaria ed amministrativa” (*ibidem*); per una puntuale disamina dei profili di incostituzionalità di tali decreti – *in primis* con riferimento all’art. 30 dello Statuto albertino, a norma del quale “nessun tributo può essere imposto o riscosso se non è stato consentito dalle Camere e sanzionato dal Re” – si veda A. Scopelliti, *I decreti-legge*, cit., nt. 47, 9 ss.; nonché R. Dalla Volta, *Des Modifications provisoires des impôts sans le consentement préalable du pouvoir législatif en Italie*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1894, 44 ss., per il quale i decreti in questione si risolvono in “augmentation des impôts, abus du pouvoir exécutif, violation du système constitutionnel” (ivi, 46); A. Gamberini, *I decreti d’urgenza in teoria e in pratica*, Bologna, 1903, 30; G. D’Amario, *L’ordinanza*, cit., nt. 1, 79 ss.

⁴⁹ I. Tambaro, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1915, 456.

⁵⁰ P. Colombo, *Il re d’Italia*, Milano, 1999, 295.

⁵¹ A.G. Fontanive, *Teoria dei decreti-legge*, Bologna, 1897, 98.

⁵² I quali sono messi opportunamente in luce da P. Colombo, *Il re*, cit., nt. 50, 296 ss., con particolare riferimento alla “loro più stretta connessione con l’esercizio diretto delle prerogative regie” (ivi, 296).

⁵³ L. Rossi, *Il decreto-legge*, cit., nt. 6, 526; il punto è ripreso anche da V.E. Orlando, *Ancora dei decreti legge*, [1925], rist. *Il diritto di necessità e i decreti legge*, in Id., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, 1940, 350-351.

⁵⁴ R. Martucci, *Storia costituzionale italiana*, Roma, 2002, 150.

⁵⁵ R. Martucci, *Storia*, cit., nt. 54, 150; per l’applicazione del diritto di guerra, si veda Cass. pen., sez. I, sent. 19.3.1894, *Gattini e al.*, in *Giurisprudenza italiana*, 1894, II, 136, ove si legge che “non può questo collegio dire che fu repugnante al nostro statuto fondamentale la proclamazione dello stato d’assedio; perché dallo statuto non è né esplicitamente né implicitamente fatto divieto assoluto al potere esecutivo, sotto (ben vero) la responsabilità ministeriale, di estendere, in casi di urgente necessità, talune leggi dello Stato già esistenti in previsione di fatti eccezionali, a certi luoghi e a certe persone che si trovino in condizione analoga a quella della legge esistente preveduta”; analogamente, secondo Cass. pen., sez. I, sent. 22.8.1898, *Chiesi e al.*, ivi, 1898, II, 279, “se non vi è una disposizione nei codici che stabilisca essere applicabile alla insurrezione e alla guerra civile le regole del codice penale militare del tempo di guerra, non vi è nello statuto fondamentale del regno, né in altre leggi alcun disposto che lo vieti”.

⁵⁶ F. Racioppi e I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909, I, 273.

⁵⁷ G. Motzo, *Assedio (stato di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, III, 252.

⁵⁸ P.G. Grasso, *I problemi*, cit., nt. 24, 199.

⁵⁹ Si veda, diffusamente, C. Schmitt, *Die Diktatur*, cit., nt. 24, 21 ss.

⁶⁰ C. Nasi, *Necessitas non habet legem*, in *Diritto e società*, 1995, 275.

ma solo per far fronte, “quale organo stabile e permanente e perciò capace di rapida azione”⁶¹, alle eventuali deficienze del Parlamento, “organo intermittente, complesso, tardigrado”⁶². Torna alla mente, in proposito, quanto ricordato da R. Musil a proposito della funzione legislativa nella “sua” Caccania (la Monarchia austro-ungarica, naturalmente): “c’era un Parlamento, il quale faceva un uso così eccessivo della propria libertà che lo si teneva quasi sempre chiuso; ma c’era anche un paragrafo per gli stati di emergenza che serviva a far senza del Parlamento, e ogni volta che tutti si rallegravano per il ritorno dell’assolutismo la corona ordinava che si ricominciasse a governare democraticamente”⁶³.

Come la decretazione governativa di urgenza, in generale, così anche lo stato di assedio, in particolare, è un istituto coevo allo Statuto albertino ed è stato giustamente notato come qualunque sua ricostruzione “en Italie ne peut donc être qu’un commentaire de l’histoire”⁶⁴. Tralasciando allora ogni considerazione in ordine ai casi in cui i poteri sono rimasti nelle mani dell’amministrazione civile⁶⁵, al c.d. piccolo stato di assedio – in virtù del quale, pur con il passaggio dei poteri di polizia dall’autorità civile a quella militare non si dovrebbe avere, a stretto rigore, la sospensione delle garanzie costituzionali⁶⁶ – e, per altro verso, alla situazione in costanza di guerra⁶⁷, va ricordato come lo stato di

⁶¹ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1976, II, 702.

⁶² C. Mortati, *Istituzioni*, cit., nt. 61, II, 702; il tema della proclamazione dello stato di assedio con decreto-legge o, comunque, della sospensione dei diritti costituzionali con tale tipologia di atti normativi – questione, dunque, da tenersi concettualmente distinta da quella dell’eventualità di tale proclamazione ai sensi e per gli effetti dell’art. 78 Cost. – ha goduto di minor fortuna in epoca repubblicana, anche se non è mancata una parte cospicua della dottrina che ha insistito in questo senso (così, ad esempio, P. Stellacci, *Costituzionalità dello stato d’assedio*, in *La giustizia penale*, 1951, I, 338-339; P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 107 ss.; G. Motzo, *Assedio*, cit., nt. 57, 114 ss.; P. Barile, *Atto XVI Atto di governo - e atto politico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, IV, 229; G. Grasso, *I problemi*, cit., nt. 24, 278; C. Esposito, *Decreto - II. Decreto-legge*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, XI, 841-842; C. Mortati, *Costituzione dello Stato - b) Dottrine generali e Costituzione della Repubblica Italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, XI, 195; P. Barile, *La libertà nella Costituzione*, Padova, 1966, 50, il quale poi avrebbe mutato opinione in Id., *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 451-452; G. Morelli, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, Milano, 1966, 312; M. Scudiero, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli, 1969, 138; V. Di Ciolo, *Questioni*, cit., nt. 10, 112 ss.; F. Modugno e D. Nocilla, *Stato d’assedio*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1971, XXIII, 285 ss.; G. Ballardore Pallieri, *Diritto costituzionale*, XI ed., Milano, 1976, 411, perché “la nostra costituzione non ha previsto lo stato d’assedio; non vi è nulla in suo favore in alcuna delle norme costituzionali, ma non vi è nulla neppure che lo escluda”; P. Virga, *Diritto costituzionale*, IX ed., Milano, 1979, 298-299; C. Fresa, *Provisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, 114 ss.; S. Traversa, *Orientamenti dottrinali e precedenti parlamentari in tema di regimi di emergenza*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 1981, II, 146-147; C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Torino, 1985, 293-294; F. Modugno e D. Nocilla, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell’ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, III, 538 ss.; A. Celotto, *L’“abuso”*, cit., nt. 2, 360 ss.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova, 2003, 340-341; A. Ruggeri, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, V ed., Torino, 2009, 176 ss.; in termini più sfumati, si vedano le considerazioni svolte da P. Pinna, *L’emergenza nell’ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, 205; in generale, è stato detto che “chi ha sostenuto da noi la legittimità di una sospensione della Costituzione, sia pure a fini conservativi, non ha potuto richiamarsi a dati testuali se non al prezzo di forzature interpretative, ed ha dovuto basare le sue tesi su... astrazioni di teoria generale, dalle quale tutto quello che si può dire è che se in molti casi offrono alle scienze giuridiche un ausilio rassicurante, in altri (e questo è uno di quelli) impediscono, colle loro pretese di universalità, una visione storicizzata dei problemi” (C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, 102-103); peraltro, in senso convincentemente contrario, per tutti, alla luce dello studio dei lavori preparatori della Carta costituzionale, B. Cherchi, *Stato d’assedio e sospensione delle libertà nei lavori preparatori dell’Assemblea costituente*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, 1151, per il quale “la strada del silenzio... naturalmente, nell’ottica dei costituenti significava divieto”.

⁶³ R. Musil, *Der Mann ohne Eigenschaften*, [1931-1933], trad. it., *L’uomo senza qualità*, Torino, 1997, I, 29.

⁶⁴ F.P. Contuzzi, *L’Etat de siège d’après le droit public italien*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1894, 442; analogamente, G. Motzo, *Le situazioni*, cit., nt. 36, 567.

⁶⁵ Così, ad esempio, in virtù del R.d.l. 14.1.1915, n. 13, a seguito del terremoto che ha colpito i circondari di Avezzano e Sora, si provvede alla nomina di un Commissario regio “per provvedere con pieni poteri a quanto è necessario in conseguenza del terremoto” (art. 1); cfr. altresì il R.d.l. 28.1.1915, n. 48; per la tesi che, in quell’occasione, sia stato effettivamente proclamato lo stato di assedio, si veda F. Franchini, *Sullo stato*, cit., nt. 22, 28.

⁶⁶ Sul punto, si vedano, specialmente, L. Perroni, *La Legge di Pubblica Sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, Milano, 1909, XIII, 9 ss. e, in tempi ben più recenti, L. Violante, *La repressione del dissenso politico nell’Italia liberale*, in *Rivista di storia contemporanea*, 1976, 482-483, posto che “in pratica è quasi sempre avvenuto che, sinché si spera, o si ritiene possibile, circoscrivere e soffocare rapidamente l’insorgere di sommovimenti interni, si preferisce rinunciare alla ‘dichiarazione’ formale di uno stato di emergenza che importi la cosiddetta sospensione della Costituzione, utilizzando

assedio propriamente detto sia subito proclamato, una prima volta, il 3.4.1849 per Genova e poi nel 1852 per la Sardegna (il 29.2.1852 per la città e la Provincia di Sassari e il 9.4.1852 per la città e la Provincia di Tempio), senza che i relativi decreti vengano poi convertiti in legge⁶⁸. A seguito dell'unità d'Italia, lo stato di assedio è nuovamente disposto – in chiave non più repressiva ma preventiva⁶⁹ – per “la città di Palermo e tutte le Province della Sicilia” (R.d. 17.8.1862, n. 764, c.d. decreto Rattazzi) a seguito della c.d. crisi di Aspromonte⁷⁰ e per “la Città di Napoli e tutte le Province Napolitane” (R.d. 20.8.1862, n. 775), nonché, in un caso notissimo, anche con legge del Parlamento (l. 15.8.1863 n. 1409, c.d. l. Pica).

Ancora, nell'ultimo decennio del secolo, nel 1894 – anno in cui “il potere esecutivo si sostiu[] quasi interamente al Parlamento nell'opera della legislazione”⁷¹ – lo stato di assedio è proclamato per le Province della Sicilia (R.d. 3.1.1894, n. 1) per quella di Massa e Carrara (R.d. 16.1.1894, n. 6), con successiva adozione da parte della Camera dei deputati di un ordine del giorno con cui, “approvando l'azione del Governo diretta alla tutela della pace pubblica, [si] confida ch'esso saprà definitivamente assicurarla con opportuni provvedimenti legislativi”⁷². Nuovamente, nel 1898, lo stato di assedio è proclamato per la Provincia di Milano (R.d. 7.5.1898, n. 147), le Province di Firenze e di Livorno (R.d. 9.5.1898, n. 150) e la Provincia di Napoli (R.d. 9.5.1898, n. 157), provvedendosi infine, in questo solo caso, all'approvazione di una legge, la l. 17.7.1898, n. 297⁷³, la quale, nell'attribuire al Governo la “facoltà di mantenere o revocare lo stato d'assedio” (art. 1) *illo tempore* decretato, viene allora considerata dal Governo alla stregua di un vero e proprio *bill* di indennità⁷⁴, nonostante le vivaci proteste non solo

invece l'azione immediata e diretta, spesso lesiva delle situazioni garantite, ma *tale da evitare il riconoscimento formale della eccezionalità ed anormalità dei poteri messi in opera*” (G. Motzo, *Assedio*, cit., nt. 57, 254).

⁶⁷ Su cui si veda, da ultimo, già con riferimento alle vicende della Prima guerra di indipendenza, R. Ferrari Zumbini, *Il decreto legislativo e il decreto legge agli esordi dello Statuto albertino*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 303 ss.

⁶⁸ Così A. Traversa, *Lo “stato”*, cit., nt. 1, 85; si veda, in particolare, quanto dichiarato dal Ministro dell'interno P.D. Pinelli sul fatto che la facoltà accordata al Commissario straordinario con il decreto di stato di assedio “è tolta di sua natura dall'apertura della Sessione del Parlamento” (*AP Senato*, III legislatura, 31.8.1849, 34).

⁶⁹ Per questa notazione, si veda R. Martucci, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, Bologna, 1980, 37.

⁷⁰ Sul punto, si veda un'interpellanza presentata da C. Bon-Compagni, in cui si chiede “perché, prolungandosi lo stato d'assedio nelle provincie meridionali, il Parlamento non sia stato chiamato a concertare i modi più opportuni per ricondurre l'ordine e la quiete” (*AP Camera*, VIII legislatura, 20.11.1862, 4442); tale interpellanza ha poi provocato la caduta del Governo Rattazzi I (*AP Camera*, VIII legislatura, 1.12.1862, 4684-4685).

⁷¹ A. Brunialti, *Il diritto*, cit., nt. 48, II, 148.

⁷² *AP Camera*, XVIII legislatura, 3.1.1894, 6910; sul punto, si veda ancora, diffusamente, A. Brunialti, *Il diritto*, cit., nt. 48, II, 145 ss.

⁷³ Per la giurisprudenza relativa a tale legge, si vedano Cass. pen., sez. I, sent. 22.8.1898, *Chiesi e al.*, cit., nt. 55, 279-280; Cass. pen., sez. I, sent. 25.8.1898, *Turati e al.*, in *Giurisprudenza italiana*, 1898, II, 285.

⁷⁴ Così, secondo il Presidente del Consiglio dei ministri L. Pelloux, in *AP Camera*, XX legislatura, 10.7.1898, 6729, con riferimento al d.d.l. 296-bis, recante *Provvedimenti urgenti e temporanei pel mantenimento dell'ordine pubblico*, poi divenuto, per l'appunto, la l. 17.7.1898, n. 297; sulla qualificazione di tale legge come legge di ratifica o *bill* di indennità, si vedano F. Racioppi, *Ancora su la militarizzazione dei ferrovieri*, in *Archivio del diritto pubblico*, 1902, 406; Id. e I. Brunelli, *Commento*, cit., nt. 56, I, 247; *contra*, C. Corradini, *La legittimità di un eventuale ordine di chiamata alle armi del personale ferroviario vincolato al servizio militare*, in *Archivio del diritto pubblico*, 1902, 144-145; in termini generali, secondo la dottrina britannica i *bill* o *act* di indennità costituiscono “le supreme espressioni della sovranità del parlamento. Essi sono leggi con effetto retroattivo che sollevano dalla loro responsabilità persone che hanno violato la legge, e che in tal modo rendono legittimi atti che, all'epoca in cui vennero commessi, erano illegittimi” (A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, [VIII ed., 1915], trad. it., *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Bologna, 2003, 194); nel diritto pubblico italiano, tale *bill* di indennità si sarebbe sostanziato “nell'anticipazione che un Governo, il quale gode la fiducia del Parlamento, fa del volere del Parlamento” (L. Rossi, *Il “bill d'indennità”*, [1937], rist. in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1939, V, 261); esso si pone, dunque, come “la riunione di due momenti giuridici posti tra loro ‘ex aequo’: la conversione del decreto in legge e l'approvazione dell'operato governativo. In altre parole, il *bill* d'indennità comprenderebbe questi due termini: la dichiarazione che l'atto fu illegale, ma urgente e necessario, e che perciò gli viene conferita forza di legge; e il riconoscimento che il Governo nell'emanazione e nell'esecuzione di esso ha bene operato” (ivi, 262-263); sul “doppio valore” del *bill* di indennità, si veda altresì G. Arangio Ruiz, *Assedio politico (stato di)*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, s.d. [ma 1895], I,4, 209; sui caratteri propri del *bill* di indennità “all'italiana”, si vedano altresì G.B. Klein, *Alcune considerazioni su la legittimità dello stato d'assedio civile*, Firenze, 1914, 62; L. Rossi, *“Bill” d'indennità*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1958, II, 428; G. Treves, *Bill d'indennità*, in *Enciclopedia del*

delle minoranze parlamentari, ma anche di un cospicuo fronte dottrinario, contrario – come si vedrà – sia nel metodo, per il non provvedersi con una vera e propria conversione del decreto in legge⁷⁵, che nel merito, per il ricorrere a spericolate analogie con lo stato di guerra⁷⁶.

Ancora, l'anno successivo, di fronte al dissenso manifestatosi in Parlamento nei confronti di un omologo disegno di legge – e, dunque, proprio al fine di “legittimare la imprevidenza e la negligenza del potere legislativo e [di] imporre alle assemblee l'irrevocabilità del fatto compiuto”⁷⁷ – il Governo Pelloux II adotta il R.d. 22.6.1899, n. 227 (c.d. decreto Pelloux), recante “modificazioni ed aggiunte alle leggi sulla pubblica sicurezza e sulla stampa” e contenente, tra l'altro, la possibilità per l'autorità di pubblica sicurezza di vietare assembramenti e riunioni pubbliche (art. 1) e quella per il Ministro dell'interno di sciogliere le associazioni (art. 3). Tale decreto, frutto dell'“illusione... di poter surrogare la deficiente [*sic*] forza politica dell'esecutivo concedendogli un largo margine di azione arbitraria”⁷⁸, appare non solo alla dottrina, ma anche alla giurisprudenza del tempo come particolarmente problematico⁷⁹, al di là dei suoi contenuti più che censurabili, perché dotato di un'efficacia differita al 20.7.1899 (art. 10, co. 1); e ci sembra degno di nota come proprio tale decreto, anche in virtù di un importante infortunio giudiziario, di cui si dirà, venga presto “revocato” dallo stesso L. Pelloux con il

diritto, Milano, 1959, V, 480; G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Milano, 1986, 110; E. Palici di Suni, *La regola e l'eccezione*, Milano, 1988, 96.

⁷⁵ Si veda, in particolare, G. Arcoleo, in *AP Camera*, XX legislatura, 27.2.1900, 2042; la dottrina del tempo, al riguardo, ha distinto opportunamente tra la *ratifica* e la *conversione* dei decreti-legge, ritenendo insufficiente la prima e invero necessaria la seconda: secondo G. Vacchelli, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., nt. 40, 1901, III, 239, infatti, “la ratifica, togliendo ogni responsabilità ed ogni effetto di violazione del diritto, farà sì che le infrazioni di fatto alle manifestazioni della libertà degli individui si considereranno come legittimamente commesse”; ma, laddove la modificazione all'ordinamento giuridico sia stabile, allora, poiché “la pura e semplice ratifica non è sufficiente, trattandosi di una nuova norma di diritto creato in modo anomalo, è necessario consolidarla mediante le forme comuni e, per usare la frase d'uso, il decreto del Governo deve essere convertito in legge” (*ibidem*).

⁷⁶ Così C. Caristia, *La legge*, cit., nt. 13, 150, ad avviso del quale “lo stato di guerra intestina non pare quindi così facilmente assimilabile allo stato di guerra con lo straniero. Né i proletari lombardi nel 1898 né i contadini di Sicilia del 1894, né i popolari di Sardegna nel 1862 tendevano a rovesciare di punto in bianco le istituzioni politiche italiane. L'on. Crispi ha potuto immaginare, in un momento di esaltazione fantasiosa spiegabilissimo, un vasto complotto organizzato da Palermo a Milano per rovesciare le basi della monarchia. Nessuno però è riuscito fino adesso a provarne a sufficienza la realtà”; nonché, precedentemente, G. Racioppi, *Dello stato di assedio*, II ed., Potenza, 1867, 10 ss.; A. Pierantoni, *La Costituzione e la legge marziale*, in *Nuova rassegna*, 1894, 132, secondo il quale “la ragione e la storia non permettono che i sediziosi sieno innalzati a dignità di nemici stranieri”; G.A. Pugliese, *Stato di guerra*, in *Rivista di giurisprudenza*, 1894, 527 ss.; L. Rossi, *Lo stato d'assedio nel diritto pubblico italiano*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1894, 84; E. Sacchi, *La giurisdizione della Corte suprema sulle sentenze dei Tribunali di guerra*, in *La Cassazione unica*, 1895, 499; F. Cammeo, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1898, IV, 369, il quale ricorda come “la distinzione fra stato d'assedio effettivo, e stato d'assedio fittizio ha radici... nella realtà delle cose; e l'averlo dimenticato e l'aver creduto lecito di confondere i due casi sotto uguali norme, è una delle ragioni, per cui oggi la questione dello stato d'assedio fittizio presenta tante incertezze, tante anomalie giuridiche, e tante infrazioni a quei principii supremi di diritto e d'equità, che reggono o dovrebbero reggere uno stato costituzionale”; F. Racioppi, *Lo stato d'assedio e i tribunali di guerra*, in *Giornale degli economisti*, 1898, XVII, 138 ss.; A. Ferracciu, *Le guarentigie parlamentari durante lo stato d'assedio*, in *Il Filangieri*, 1899, 166-167; L. Rossi, *Il decreto-legge*, cit., nt. 6, 526; A. Gamberini, *I decreti*, cit., nt. 48, 71; O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., nt. 40, 1904, IV.1, 1155; S. Longhi, *La legittimità della resistenza agli atti dell'autorità nel diritto penale*, Milano, s.d. [ma dopo il 1907], 409; Id., *Sull'ultimo decreto di stato d'assedio*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, I, 140-141; S. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 352 ss.; M. Siotto Pintor, *Lo stato d'assedio nell'occasione del terremoto del 28 dicembre 1908*, in *Giurisprudenza italiana*, 1910, II, 4, il quale rimarca come “il governo, in Italia, ha mutuato – sa il cielo in forza di quale arcano prodigio – dal parlamento inglese il noto potere iperbolico di fare qualunque cosa piaccia, fuorché, forse, cangiare un uomo in donna e viceversa!”; G.B. Klein, *Alcune considerazioni*, cit., nt. 74, 9 ss.; E. Crosa, *La monarchia nel diritto pubblico italiano*, Torino, 1922, 253; L. Rossi, *L'ordinamento dello stato d'assedio nelle ultime leggi italiane*, [1936], rist. in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, cit., nt. 74, V, 240; la tesi opposta è sostenuta, invece, da R. Porrini, *Lo stato di assedio nel diritto pubblico italiano*, in *Giornale della società di lettere e conversazione scientifiche di Genova*, 1894, 82.

⁷⁷ U. Galeotti, *Facoltà legislativa del Governo*, in *La legge*, 1890, I, 175.

⁷⁸ G. Maranini, *Storia del potere in Italia*, [1967], rist., Milano, 1995, 215; si veda altresì, per qualche accenno, J. Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, 1990, 192 ss.

⁷⁹ Esso avrebbe, infatti, “semplicemente capovolto lo Statuto” (R. Bonfadini, *La bufera politica*, in *Nuova antologia*, 1899, LXXXII, 36).

R.d. 5.4.1900, n. 113⁸⁰. Il secolo si chiude poi sulle note di un vivace dibattito politico e accademico in ordine alla possibilità e, se del caso, all'auspicabilità di una "legge organica"⁸¹, non "eccezionale"⁸² ma "speciale"⁸³, con cui predeterminare condizioni e contenuto dello stato di assedio. In particolare, ad avviso di G. Racioppi "sarebbe cosa più degna di un libero popolo, che cotesto dritto e' lo scrivesse nelle sue leggi, e lo scrivesse in tempi tranquilli"⁸⁴; ma la questione – per le intrinseche contraddizioni che tale soluzione avrebbe comportato⁸⁵ – rimane definitivamente insoluta.

Così, nel perdurante silenzio del legislatore si procede, un'ultima volta, a proclamare lo stato di assedio in occasione del gravissimo terremoto avvenuto il 28.12.1908 tra Reggio Calabria e Messina. In un frangente – riprendendo il grido di dolore di G. Pascoli – in cui "gli uomini disseppelliscono gli uomini per seppellirli di nuovo"⁸⁶, il Governo Giolitti III, avente come Ministro di grazia e giustizia e culti V.E. Orlando, giunge a tale determinazione, con riferimento territoriale al Comune di Messina e ai Comuni del Circondario di Reggio Calabria (R.d. 3.1.1909, n. 1), sul presupposto – indicato nel preambolo dello stesso decreto – che "il cataclisma tellurico avvenuto il 28 dicembre 1908 nei territori di Messina e di Reggio Calabria, ha creato una situazione per certi effetti identica e per altri più grave di quella che si verifica nei territori in stato di guerra". Successivamente, con il R.d. 4.1.1909, n. 5, si dispone la nomina di un Commissario regio nel Circondario di Palmi e, con il R.d. 8.1.1909, n. 10, si decide l'estensione dello stato di assedio ai Comuni del Circondario di Messina. Nessuno di questi decreti è però presentato alle Camere per la conversione; anzi, la l. 12.1.1909, n. 12, recante una "serie e

⁸⁰ È da notarsi che, anche da parte di chi non ne sostiene l'illegittimità "in forza dello spirito della costituzione, in forza della consuetudine e in forza della logica stessa delle istituzioni parlamentari" (V. Miceli, *Il Decreto legge del 22 giugno di fronte al Diritto costituzionale*, in Roma, 1899, 706; analogamente, Id., *Ancora sul decreto-legge del 22 giugno*, in *Rivista di Roma*, 1899, 1186), si rimarca come tale decreto "non entr[] nelle categorie conosciute e casellate, ma costituisce un espediente nuovo, il primo caso di una categoria a parte" (Id., *Il Decreto*, cit., 683).

⁸¹ Così, favorevolmente, G. Arcoleo, *Il gabinetto nei governi parlamentari*, Napoli, 1881, 98; in mancanza di tale legge, "lo stato di assedio proclamato dal Potere esecutivo non risponde alle guarentigie di un ordinamento costituzionale" (*ibidem*); poi si aggiunge: "il diritto di rivoluzione non si scrive, si è detto, e si è riconosciuto come necessità politica da parte del popolo: ma il diritto di necessità da parte dello Stato è bene sia scritto e determinato, ad evitare i pericoli del despotismo" (ivi, 101); analogamente, F.P. Contuzzi, *Stato d'assedio (Diritto costituzionale)*, in *Digesto italiano*, Torino, 1895, XXII.2, 232 ss.; Id., *Trattato di diritto costituzionale*, Torino, 1895, 771-772; F. Cammeo, *Lo stato*, cit., nt. 76, 370; F. Racioppi, *Lo stato*, cit., nt. 76, 153, "non per determinare in quali casi specifici si potrà far luogo a decreti-legge, ma per determinare in quali confini e con quali effetti giuridici, tutte le volte che l'Esecutivo sotto la sua responsabilità credesse doversi ricorrere"; L. Lucchini, *Il decreto-legge sui provvedimenti politici*, in *Rivista penale*, 1899, L, 139, il quale afferma come "a noi queste necessità imprevedute e imprevedibili non sembrano neanche verisimili... Fu ben detto che in uno Stato saviamente ordinato nessun avvenimento può e deve sorprendere il legislatore; o, altrimenti, devesi prevedere anche l'imprevedibile, armando il Governo, come fanno alcune Costituzioni, con una delegazione permanente condizionata"; A. Gamberini, *I rapporti generali tra legge e decreto nello Stato costituzionale*, Bologna, 1900, 44; C. Caristia, *La legge*, cit., nt. 13, 252; in termini possibilisti, infine, si vedano anche L. Rossi, *Lo stato*, cit., nt. 76, 115 (successivamente contrario: *infra*, nt. 85); F. Franchini, *Sullo stato*, cit., nt. 22, 27.

⁸² G. Arcoleo, *Il gabinetto*, cit., nt. 81, 101.

⁸³ G. Arcoleo, *Il gabinetto*, cit., nt. 81, 101.

⁸⁴ G. Racioppi, *Dello stato*, cit., nt. 76, 17.

⁸⁵ Ampio è infatti il fronte dei contrari, sul presupposto che "lo stato di necessità non si scrive, come non si scrive il diritto di rivoluzione" (G. Arangio Ruiz, *Lo stato di assedio in Sicilia e nella Lunigiana*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, 1894, CCLXXIII, 647); così anche A. Malgarini, *Della libertà civile nelle costituzioni moderne (parte seconda)*, in *Archivio giuridico*, 1884, XXXII, 303; L. Mortara, *I decreti legge nel diritto costituzionale italiano*, in *La riforma sociale*, 1895, I, 914; E.A. Porro, *Sul R. decreto*, cit., nt. 39, 792; A. Gamberini, *I decreti*, cit., nt. 48, 78 (in precedenza favorevole: *supra*, nt. 81); S. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 374-375; G. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino, 1913, 593; L. Rossi, *L'ordinamento*, cit., nt. 76, 238, per il quale "una legge completa e specifica sarebbe in parte impossibile e in parte dannosa, come per tutte quelle materie che sono prevalentemente soggette a circostanze politiche, e che si devono quindi trattare più alla stregua dell'opportunità che non della legge" (in precedenza possibilista: *supra*, nt. 81).

⁸⁶ G. Pascoli, *Nell'Università di Bologna XV giorni dopo il cataclisma di Messina*, [1909], rist. in Id., *Patria e umanità*, III ed., Bologna, 1923, 161; sul carattere epocale di tale terremoto, si rinvia, per tutti, a F. Mercadante, *Introduzione*, in *Il terremoto di Messina*, a cura di Id., [1962], rist. Messina, 2003, IX, ad avviso del quale "il secolo XX ha esordito a Messina il 28 dicembre 1908"; G. Boatti, *La terra trema*, Milano, 2004, 112 ss.; J. Dickie, *Una catastrofe patriottica*, trad. it., Roma-Bari, 2008, 29 ss., che parla, metaforicamente (ma si vedranno le analogie tra lo stato di assedio e la dichiarazione di guerra), di una "guerra con la natura"; nonché, da ultimo, all'ottimo saggio di M. La Torre, *La fine dell'Ottocento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, 97 ss.

di provvedimenti e di disposizioni in seguito al terremoto del 28 dicembre 1908”, provvede sì alla conversione di altri decreti (art. 13), ma non di quelli sullo stato di assedio, la cui cessazione è poi significativamente decretata con due atti dello stesso Governo (R.d. 6.2.1909, n. 46 e R.d. 11.3.1909, n. 141).

Tale ultima vicenda viene vissuta allora (ed appare anche a noi oggi) foriera di ampie conseguenze in punto di diritto costituzionale⁸⁷ e oltre⁸⁸: si tratta, infatti, del momento in cui lo strumento della decretazione governativa di urgenza è concepito dallo stesso Esecutivo non tanto (e non soltanto) quale mezzo per la limitazione delle libertà pubbliche, quale forma di conflitto tra due illegalità⁸⁹ o, specularmente, tra due diritti, l'uno soggettivo dell'individuo e l'altro oggettivo (e prevalente) dello Stato⁹⁰, come si vedrà di seguito. Al contrario, proprio la scaturigine “naturalistica” dell'episodio da cui discende lo stato di assedio in questione conduce ad una configurazione dei presupposti di tale istituto nei termini di un conflitto tra i fini dell'istituzione statale e i mezzi da essa stessa prestabiliti⁹¹, emergente in presenza di una “materiale ed assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato, e il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne di nuove”⁹². Qui davvero – e non prima, probabilmente – al di là del giudizio critico che se ne è dato⁹³, l'ordinamento giuridico tardoliberale inizia “a gettare ‘norme-ponte’ tra il caso concreto, speciale e eccezionale, e la sua decisione”⁹⁴, senza avvedersi del tutto, però, che ciò prende a sedimentare, nella cultura giuridica non meno che nella prassi costituzionale, ben al di là di quelle circostanze straordinarie a cui quelle norme, speciali o eccezionali, dovrebbero essere geneticamente legate.

2.2. (segue) *Le oscillazioni della giurisprudenza*

A fronte di un ricorso spesso disinvolto e altrettanto spesso contrastato alla decretazione governativa di urgenza, un primo dato di attenzione, con riferimento alla giurisprudenza di quel settantennio che va dall'approvazione dello Statuto albertino all'avvento della Prima guerra mondiale, attiene alle sue significative oscillazioni, non solo con riferimento alle argomentazioni di volta in volta addotte, ma anche agli esiti giudiziali. Limitando la presente analisi alle decisioni adottate dalle giurisdizioni superiori⁹⁵, in una prima fase – che una parte importante della dottrina ha ricondotto ai

⁸⁷ Sul punto, si rinvia all'analisi svolta, in particolare, da L. Fulci, *Le leggi speciali italiane in conseguenza di terremoti*, Milano, 1916, 7 ss.

⁸⁸ Il punto è colto con lucidità, per il diritto privato, da V. Polacco, *Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto calabro-siculo*, in *Rivista di diritto privato*, 1909, 337 ss.; sulle conseguenze di tale evento sulla pubblica amministrazione, si rinvia, ampiamente, a G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, 252 ss.

⁸⁹ Tale è la posizione, ad esempio, di V. Miceli, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, 1913, 892, secondo il quale “si tratta sempre di una illegalità che si frappone ad un'altra”.

⁹⁰ Per questa impostazione, si veda, ad esempio, S. Longhi, *Sull'ultimo decreto*, cit., nt. 76, 142.

⁹¹ Per quest'altra ricostruzione, si veda, retrospettivamente, G. Miele, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, 433 ss.

⁹² S. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 357; cosicché – prosegue questo autore – “se la libertà individuale resta diminuita, sospesa, non protetta, ciò non è la conseguenza immediata di alcun diritto subbietivo dello Stato, ma del nuovo ed eccezionale ordinamento giuridico che esso pone e che determina in modo diverso i confini rispettivi della potestà dello Stato e dell'attività dei singoli” (*ibidem*); il punto è anche ben messo in luce da G. Bascherini, *Lo stato*, cit., nt. 35, 4294 ss., il quale individua in tal modo due distinte fasi nel dibattito dottrinario sulla decretazione di urgenza nell'età prefascista, la seconda delle quali “prend[e] le mosse da alcune delle conclusioni cui era giunta la dottrina del periodo precedente: infatti dal riconoscimento da parte di questa dell'impossibilità di disciplinare legislativamente tale istituto, in altre parole dall'impossibilità di disporre in via generale ed astratta, si afferma il principio secondo cui la materia dello stato d'assedio non possa più esser tenuta distinta dal tema della decretazione d'urgenza, ponendosi anzi la prima nello stesso ambito problematico della seconda” (ivi, 4297).

⁹³ Si è parlato, in proposito, di un “disastro nel disastro” (S. Pugliatti, *Il diritto ieri oggi domani*, [1973], rist. Milano, 1993, 3).

⁹⁴ Così, da ultimo ed efficacemente, A. Cardone, *La “normalizzazione” dell'emergenza*, Torino, 2011, 95.

⁹⁵ Per una disamina della giurisprudenza di merito, si rinvia, invece, a V. Scialoja, *Relazione dell'Ufficio centrale al p.d.l. n. 345-A*, in *AP Senato*, XXVI legislatura, 21.11.1922, 9 ss.; e, più di recente, a Marco Fioravanti, *Le potestà normative del governo*, Milano, 2009, 236 ss.

“tempi nei quali le teorie costituzionali erano ancora vigorose e vitali, e l'autorità giudiziaria aveva alta e non timorata coscienza del compito suo nel diritto pubblico”⁹⁶ – la Corte di cassazione ritiene di non dover riconoscere forza di legge ai decreti di provenienza governativa. In (almeno) due casi, ad esempio, con riferimento ad una contravvenzione comminata in virtù di un regolamento doganale (R.d. 29.10.1861, n. 304), la Corte di cassazione di Milano – e, nel volgere di qualche anno, quella di Firenze⁹⁷ – esclude che possa trattarsi di una (legittima) ipotesi di delegazione legislativa ed afferma che, fuori di questa, non possa riconoscersi alcun potere normativo primario in capo al Governo. In termini espliciti e concettualmente lineari, infatti, si riconosce “che se, allora quando il potere esecutivo preoccupa il campo del potere legislativo, il giudice dovesse arrestarsi alla forma e non potesse penetrare più addentro, egli non sarebbe più il ministro della legge, ma lo stromento cieco del potere esecutivo; e l'ordinamento della divisione dei poteri, perché si equilibrino e si contengano a vicenda, sarebbe distrutto”⁹⁸. E, di seguito, si conclude che “questa indipendenza e libertà d'esame del giudice, per lo scopo accennato, non solo deriva immediatamente dallo Statuto, ma è uno dei grandi principii del diritto costituzionale comune; la dottrina lo approva, lo conferma la giurisprudenza, ed oramai non è più argomento di controversia per nessuno”⁹⁹.

In verità, di controversie in seno alla stessa autorità giudiziaria ve ne sono, e molte. Se la Corte di cassazione di Milano, nella suddetta decisione, stabilisce a chiare lettere che “né in fine *la ragione di bisogno*, o *d'interesse sociale*, che pure s'invoca per attribuire al potere esecutivo ciò che gli è negato dallo Statuto, può essere presa in considerazione dal giudice, il quale deve unicamente attenersi alla ragione legale e costituzionale”¹⁰⁰, la Cassazione di Roma, invece, con una sentenza del 1888, argomenta in senso esattamente contrario. La questione attiene ad un ricorso presentato dal Comune di Empoli, con cui quest'ultimo chiede ad alcuni cittadini un rimborso per la “somma per essi pagata, durante il campo d'istruzione che si era formato nello stesso Comune, a causa di alloggio militare”¹⁰¹, nonostante l'assenza di una legge formale posta a fondamento di tali prestazioni “limita[tive] di libertà e di proprietà”¹⁰². Invero, gli effetti della regia lettera patente 9.8.1836, n. 93, che ha istituito tali obblighi, vengono poi estesi a tutto il Regno d'Italia con la l. 4.8.1861, n. 142 e differiti sino al 1.1.1863, in virtù della l. 27.7.1862, n. 723; ma a questa succede il R.d. 25.12.1862, n. 1050, con cui si intende prorogare indefinitamente il vigore di dette disposizioni, senza alcuna pronuncia del Parlamento¹⁰³.

La Cassazione romana, nell'accogliere il ricorso (e nel ritenere, dunque, valido e applicabile il suddetto decreto), pone almeno tre principi capitali, richiamati in tutte le più importanti decisioni successive: con il primo, si enuncia che, “pel nostro diritto costituzionale, il potere esecutivo ha facoltà di emettere, anche in materia legislativa, decreti reali, solo in via di urgenza e con riserva di proporli al Parlamento per convertirli in legge; in questo caso, hanno essi vigore provvisorio di legge finché in questa non li converta definitivamente il Parlamento medesimo”¹⁰⁴. A giustificazione di tali decreti, ad avviso della Cassazione romana, si ritrova poi un *argumentum* formulato già nel 1849 dal Ministro

⁹⁶ F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., nt. 40, 201-202; significativo è, in proposito, già il discorso pronunciato nel 1854 dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione di Torino Franceschini, per l'inaugurazione dell'anno giudiziario: “guardiamoci dal riconoscere autorità di legge a quei provvedimenti del potere esecutivo che sotto qualunque denominazione ed aspetto usurpino il dominio della legge. A questi atti il giudice, penetrato della indipendenza del suo ministero non può avere verun riguardo. Invece di ordinarne l'esecuzione egli ne impedirà gli effetti giuridici, opponendovi la forza d'inerzia; ossia quel potere indiretto e negativo che consiste nel rifiuto della sanzione giudiziaria” (cit. in A. Codacci Pisanelli, *Relazione della Commissione al d.d.l. n. 46-A*, in *AP Camera*, XXVII legislatura, 31.12.1924, V).

⁹⁷ Cass. Firenze, sent. 15.6.1867, in *Annali della giurisprudenza italiana*, 1867, II, 277.

⁹⁸ Cass. Milano, sent. 7.6.1865, in *Giurisprudenza italiana*, 1865, I, 366.

⁹⁹ Cass. Milano, sent. 7.6.1865, cit., nt. 98, 366.

¹⁰⁰ Cass. Milano, sent. 7.6.1865, cit., nt. 98, 367.

¹⁰¹ Cass. Roma, sent. 17.11.1888, in *Il foro italiano*, 1890, I, 8-9.

¹⁰² A. Codacci Pisanelli, *Nota a Cass. Roma, sent. 17.11.1888*, [1890], rist. *Sulle ordinanze d'urgenza*, in Id., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 82.

¹⁰³ Ciò al pari del R.d. 23.12.1865, n. 2700 e del R.d. 23.12.1865, n. 2701.

¹⁰⁴ Cass. Roma, sent. 17.11.1888, cit., nt. 101, 23-24.

dell'interno U. Rattazzi¹⁰⁵: “una invincibile necessità di fatto, che diventa suprema ragione di diritto”¹⁰⁶. Tale secondo principio, seppure non trova esplicito riferimento costituzionale¹⁰⁷, “non contraddice lo Statuto, anzi lo esplica e lo compie... perché nella vita quotidiana di uno Stato non si provvede a sole esigenze ordinarie e sempre rinascenti, che uno Statuto abbia potuto già prevedere; ci ha sempre un imprevisto che sfugge ad ogni legge, e soprattutto a quella più generale che debbe governare tutto uno Stato; ci ha delle necessità, che, non scongiurate oggi, minacciano il pericolo del domani”¹⁰⁸.

Alla luce di tale ragionamento, la Cassazione romana enuclea conseguentemente, per la legittimità della decretazione governativa di urgenza, un presupposto e un requisito: il presupposto si identifica, come si è visto, nell'esistenza di una “necessità di circostanza”¹⁰⁹; il requisito, invece, sta nel fatto che il decreto *de quo* contenga l'“espressa riserva”¹¹⁰ nei confronti del Parlamento. In questo contesto, infatti, per una sorta di *fiction constitutionis*, il Governo (*rectius* il Re) “interpreta il Parlamento; fa ciò che si presume avrebbe fatto ove un dato caso emergente non fosse sopravvenuto a sessione chiusa; anticipa solamente l'azione futura del Parlamento medesimo, e simultaneamente gl'impegna la duplice sua responsabilità morale e politica”¹¹¹.

Da tale circuito, però – e ciò costituisce il terzo principio posto dalla Cassazione romana – “si preclude ogni controllo”¹¹² la stessa autorità giudiziaria (ordinaria¹¹³ o amministrativa¹¹⁴ che sia), nonostante che, nel caso di specie, il presupposto dell'urgenza sia tutt'altro che certo, giacché – si è eccepito, non senza ragione – la necessità per i cittadini di provvedere agli alloggi militari costituiva e costituisce un “bisogno regolarmente ricorrente dell'Amministrazione militare”¹¹⁵. Per superare tale

¹⁰⁵ U. Rattazzi, in *AP Camera*, II legislatura, 19.3.1849, 465, il quale, a pochi mesi dall'emanazione dello Statuto, già individua l'esistenza di “straordinarie contingenze, le quali richiedono misure straordinarie che alquanto si scostino dallo Statuto”; si noti come il riferimento alla necessità si ritrova anche nel conferimento dei pieni poteri nel 1848 da parte del Parlamento al Governo; sul punto, si rinvia a S. Galgano, *I pieni poteri nel secolo scorso in Italia*, in *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie*, 1920, LXXXII, 17 ss.

¹⁰⁶ Cass. Roma, sent. 17.11.1888, cit., nt. 101, 24.

¹⁰⁷ Afferma però la Cassazione romana, con ampio uso dell'argomento comparativo e, in particolare, di riferimenti all'esperienza costituzionale britannica, che, “in quanto questa per diritto pubblico dei popoli liberi è ciò stesso ch'è il diritto civile romano per le nazioni colte, dunque lo Statuto nostro non può non essere informato all'identico principio, riconosciuto dalla Costituzione inglese rispetto a quella prerogativa sovrana; esso non lo disciplina come nelle Costituzioni germaniche, ma lo ammette, conforme e queste, siccome prassi costante” (Cass. Roma, sent. 17.11.1888, cit., nt. 101, 24).

¹⁰⁸ Cass. Roma, sent. 17.11.1888, cit., nt. 101, 24; *contra*, G.B. Impallomeni, *I metodi della Corte di cassazione nel ricorso De Felice e c.*, in *Rivista penale*, 1894, XL, 232, secondo il quale “trattasi unicamente di atti incostituzionali del potere esecutivo, in vigore; e la Corte di cassazione à detto che bisogna obbedire a questi a preferenza che allo Statuto e alle leggi. Spoglio di qualunque frasca, e nella sua forma negativa, questo e non altro è l'insegnamento del supremo collegio”.

¹⁰⁹ Cass. Roma, sent. 17.11.1888, cit., nt. 101, 24; ricorrente è, nelle sentenze successive, un richiamo alla necessità, variamente formulato: si vedano, in particolare, Cass. pen., sez. I, sent. 7.5.1894, *Curatolo*, in *La suprema corte di Roma*, 1894, 455; Cass. pen., sez. I, sent. 9.5.1894, *Fiorenza e al.*, in *Il foro italiano*, 1894, II, 319; Cass. pen., sez. I, sent. 16.5.1894, *Di Rosario*, in *Giurisprudenza italiana*, 1894, II, 303; Cass. pen., sez. I, sent. 11.7.1894, *De Felice*, ivi, 251; Cass. pen., sez. I, sent. 26.2.1916, *Oriani*, ivi, 1916, II, 361; infine, nella decisione Cass. pen., sez. I, sent. 9.9.1915, *Vianello*, in *Il foro italiano*, 1916, II, 20, si fa riferimento all'argomento della *salus rei publicae*.

¹¹⁰ Cass. Roma, sent. 17.11.1888, cit., nt. 101, 24.

¹¹¹ Cass. Roma, sent. 17.11.1888, cit., nt. 101, 24.

¹¹² F. Roselli, *Giudici e limiti al potere del legislatore, vigente lo statuto albertino*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, 531.

¹¹³ Si veda anche Cass. Roma, sez. un., sent. 11.5.1896, in *Giurisprudenza italiana*, 1896, I, 467-468.

¹¹⁴ Analogamente, Cons. St., sez. IV, dec. 18.5.1895, in *Giurisprudenza italiana*, 1895, III, 289 ss., in cui si dichiara inammissibile il ricorso, per difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato *ex art. 24 del R.d. 2.6.1889, n. 6166*; nonché, nei decenni successivi, Cons. St., sez. IV, dec. 6.5.1921, ivi, 1921, III, 184, poiché “i decreti-legge rientra[n]o in questa categoria di atti di governo e ne costituisco[n]o anzi il caso più tipico”.

¹¹⁵ A. Codacci Pisanelli, *Nota*, cit., nt. 102, 83; ciò porta tale autore a concludere, per questo aspetto, che “v'è tempo e agio per provvedervi. Nulla giustificerebbe, dunque, il sacrificio di una tra le maggiori garanzie della libertà, quale è quella di richiedere, per la statuizione di norme importanti e gravose, il consenso della rappresentanza nazionale. L'obbligo delle prestazioni alle truppe, specialmente in tempo di pace, è una di quelle materie, che, in uno Stato libero, ove vigono principi fondamentali come quelli sanciti negli art. 27, 29 e 30 dello Statuto italiano, non possono essere regolate per decreto, ma debbono venir definite per legge” (*ibidem*).

seria obiezione, il giudice di legittimità evita seccamente di entrare nel merito del problema. Della sussistenza del presupposto dell'urgenza “non può conoscere l'autorità giudiziaria; la politica è campo chiuso, inaccessibile per essa, ed è di ragione politica il valutare se un impero di circostanze abbia necessitato un decreto reale, e se queste tuttavia permangono. Ci ha un giudice sul Ministro che ha reso il decreto, ma è solo il Parlamento”¹¹⁶, il quale può di certo intervenire, in ogni caso, adottando – come si è detto – un “*bill* di indennità”¹¹⁷.

Tale sentenza dà adito, già allora, a critiche strutturate e radicali¹¹⁸: la vicenda qui in esame viene interpretata come un vero e proprio atto di “sottomissione alla volontà prepotente del Governo, da parte tanto della magistratura quanto del Parlamento”¹¹⁹, e la relativa decisione qualificata come “erronea, sovvertitrice degli ordini costituzionali dello Stato e degna di riprovazione”¹²⁰. È da segnalarsi, in proposito, anche il durissimo giudizio di V.E. Orlando, che parla di una *ratio decidendi* tale da aver “sconvol[to] tutto il nostro Diritto pubblico”¹²¹, “segn[ato] per le nostre libertà civili un tale regresso, che il più reazionario dei ministeri non avrebbe mai osato”¹²² e “distrutto la legge del contenzioso amministrativo”¹²³, posto che il sindacato giurisdizionale si configura per struttura come distinto e non alternativo a quello politico del Parlamento¹²⁴. Secondo A. Codacci Pisanelli, in particolare, il riconoscimento in capo all'Esecutivo del potere di adottare decreti di urgenza non fa venir meno la loro assimilabilità ad “ogni altro atto governativo”¹²⁵, con tutto quel che ne consegue sul piano della loro pur sempre possibile disapplicazione da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria¹²⁶.

¹¹⁶ Cass. Roma, sent. 17.11.1888, cit., nt. 101, 26; il punto è avallato, in particolare, dall'Avvocato generale della Corte di cassazione E. Pascale: “sarebbe, dunque, dato a noi di penetrare negli arcani delle relazioni internazionali, per indagare, se fosse reale o immaginario, imminente o lontano, il pericolo di una guerra? Dovremmo noi giudicare delle condizioni dell'esercito e dell'armata, delle fortezze e degli arsenali, per ammettere o negare la necessità d'ingrossare i battaglioni, di accrescere il naviglio, di munire i confini, di rifornire i magazzini? Potremmo noi rifare i conti del Tesoro e farci aprire le casse pubbliche, per verificare se, mancando i milioni ottenuti per mezzo di un decreto-legge, il Governo avrebbe dovuto sospendere i pagamenti? Se tali sono o di questa specie, le indagini e le considerazioni, da cui dipende che gli atti, dal Governo compiuti *extra juris ordinem*, siano dichiarati legittimi od arbitrari, l'incompetenza giudiziaria, in questi casi, è palese e incontestabile” (E. Pascale, *Il diritto pubblico e la Cassazione di Roma*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1896, 13-14).

¹¹⁷ Cass. Roma, sent. 17.11.1888, cit., nt. 101, 26.

¹¹⁸ “La questione non dovrebbe neppure potersi proporre: tutto il nostro diritto positivo e il sistema stesso della nostra legislazione escludono che si riconosca al potere esecutivo una qualunque podestà legislativa, né in via normale, né, ugualmente, in via eccezionale” (E.A. Porro, *Sul R. decreto*, cit., nt. 39, 781).

¹¹⁹ B. Gabba, *Del così detto potere politico a proposito dei decreti-legge*, in *Rendiconti del Regio Istituto lombardo di scienze e lettere*, Milano, 1896, XXIX, 410; cfr. altresì D. Stella Richter, *Regolamenti e decreti*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, 1900, XIV.1, 654, il quale sottolinea, a questo proposito, la necessità di “l'inflessibile severità e l'indipendenza non effimera della magistratura”.

¹²⁰ B. Gabba, *Del così detto potere*, cit., nt. 119, 417.

¹²¹ V.E. Orlando, *Annotazione*, in *Annuario critico di giurisprudenza pratica*, 1890, 73.

¹²² V.E. Orlando, *Annotazione*, cit., nt. 121, 73.

¹²³ V.E. Orlando, *Annotazione*, cit., nt. 121, 74.

¹²⁴ In questo senso, si veda, efficacemente, G.B. Impallomeni, *I metodi*, cit., nt. 108, 232, a proposito dell'attività parlamentare: “l'ha approvata? e la Corte potrà congratularsi della notizia, ma non si aggiungerà con ciò nulla all'opera sua puramente passiva, espressa nella formola della sua insindacabilità. L'ha disapprovata? E la notizia potrà piacere o dispiacere secondo i gusti, ma non perciò potrà essere scossa la beata inerzia della Corte, perché non acquista ella già il diritto di censurare l'opera del potere esecutivo, vale a dire, di non rispettarne i decreti, sol perché un potere diverso del suo l'abbia censurata?”.

¹²⁵ A. Codacci Pisanelli, *Nota*, cit., nt. 102, 102; sul punto, si veda altresì Id., *Legge e regolamento*, Napoli, 1888, 56 ss.

¹²⁶ Tale soluzione è altresì accolta, in termini generali, tra i molti, da L. Casanova, *Del diritto costituzionale*, III ed., Firenze, 1875, 85-86; G. De Gioannis Gianquinto, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze, 1881, III.2, 745; V.E. Orlando, *Nota*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1896, 28; E.A. Porro, *Nota*, in *Monitore dei tribunali*, 1896, 103, secondo il quale “la sentenza non tocca al valore intrinseco e politico del decreto, essa non fa che reintegrare il cittadino leso”; E. Presutti, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 avanti la giurisdizione penale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1899, II, 374; A. Setti, *Il dovere della magistratura*, in *La Cassazione unica*, 1899, 1283-1284; G. Arangio Ruiz, *Polemica sul decreto legge del 22 giugno*, in *Rivista di Roma*, 1900, 112; C. Lessona, *La legalità della norma e il potere giudiziario*, Firenze, 1900, 62, secondo il quale, “se l'atto è fuori dalla costituzione, non ne segue che il potere giudiziario lo approvi: l'esorbitanza del potere esecutivo non deve esercitare l'esorbitanza del potere giudiziario, bensì stimolarne l'attività che controlla e tutela la legittimità degli atti del potere esecutivo”; G. Piccolo Lipari, *Leggi delle leggi italiane*, Palermo, 1902, 175; A. Gamberini, *I decreti*, cit., nt. 48, 55 ss.; M. Siotto Pintor, *Lo stato*, cit., nt. 76, 10; G. Venzi, *Note aggiunte al lib. I, tit. II, cap. I*, in E. Pacifici Mazzoni, *Istituzioni diritto civile italiano*, [V ed., 1914?], rist. Torino,

Peraltro, anche chi è meno polemico con la Corte di cassazione – perché insiste sul riferimento contenuto nella decisione in esame al *bill* di indennità, che riporterebbe al centro della decisione, almeno in tesi, l'istituzione parlamentare – non può non manifestare alcune riserve, giacché in assenza, nei fatti, di una valida ed effettiva sanzione delle Camere, il decreto-legge si troverebbe “tuttora nello stadio di imperfezione organica che deriva dal suo stesso peccato originale”¹²⁷. Pertanto, “il provvisorio diverrebbe definitivo e il Governo avrebbe modo di mutare da solo il diritto nazionale”¹²⁸, riducendosi “lo Statuto... all'importanza assai relativa d'un programma, d'un consiglio benevolo, d'un documento storico”¹²⁹.

Le vivaci polemiche della dottrina maggioritaria avverso una tale giurisprudenza, ritenuta “codina”¹³⁰, “interpret[e] dei più retrivi interessi della classe politica dirigente piuttosto che della legge e del proprio ruolo istituzionale”¹³¹ e “poco edificante”¹³², seppur non idonee ad imporre stabilmente il proprio indirizzo, si fanno nondimeno sentire. Nel volgere di qualche anno, la stessa Cassazione romana giunge infatti a dichiarare il già citato decreto Pelloux in un primo tempo efficace¹³³, ma poi, tutto al contrario, in una celebre sentenza del 1900, muta drasticamente orientamento e lo considera alla stregua di un “vero e proprio disegno di legge da discutersi come ogni altro, dai due rami del parlamento”¹³⁴. La conseguenza è allora dirimpente, in quanto il decreto in questione viene considerato come “svanito per la chiusura della sessione”¹³⁵ della Camera dei deputati, “non... mai fatto”¹³⁶, “caducato”¹³⁷, ovvero – in una parola – *inesistente*¹³⁸. Ad avviso della Suprema Corte, infatti, a legittimare l'applicabilità di un decreto che non c'è non “possonsi allegare bisogni urgenti del paese, che ne reclamassero la pronta attuazione, imperocché se il governo credeva essere quei provvedimenti d'urgenza, avrebbe benissimo potuto provocare sul proposito, a sessione chiusa, un regio decreto *ex novo*”¹³⁹. Ma anche tale eventualità viene rappresentata nella sentenza in termini comunque dubitativi: “in tal caso, salvo poi la sua responsabilità dinanzi al parlamento, il potere giudiziario, che non ha diritto di sindacare l'esercizio del potere esecutivo, in ciò che riguarda le necessità dello Stato, avrebbe forse allora potuto riconoscere l'obbligo di ottemperare alle prescrizioni di quel decreto, come atto del potere legalmente costituito; senza di che il governo di un paese si renderebbe impossibile”¹⁴⁰.

1929, pt. gen., I, 66; A. Traversa, *Lo “stato”*, cit., nt. 1, 171-172; R. Cerciello, *L'ammissibilità dei decreti legge nel diritto pubblico postbellico*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1921, I, 478-479; G. Ambrosini, *Ancora sui decreti-legge e sui poteri di sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Il foro italiano*, 1922, I, 813; E. Presutti, *Istituzioni di diritto costituzionale*, III ed., Napoli, 1922, 223; F. Rovelli, *Sulla legittimità dei decreti-legge*, in *Il foro italiano*, 1922, I, 574, ove “il difetto di urgente necessità [sia] manifesto”; E. Sacchi, *Il sindacato giurisdizionale sulla violazione delle gaurentie costituzionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 1922, I, 269-270 (che muta opinione rispetto al passato: *infra*, nt. 179); L. Severino, *Incostituzionalità dei decreti-legge ed in ispecie di quello sulla stampa periodica*, in *Il foro italiano*, 1924, II, 285; V.E. Orlando, *Ancora*, cit., nt. 53, 349.

¹²⁷ L. Mortara, *Commentario*, cit., nt. 43, I, 97.

¹²⁸ A. Codacci Pisanelli, *Nota*, cit., nt. 102, 100.

¹²⁹ F. Racioppi, *Lo stato*, cit., nt. 76, 149.

¹³⁰ Così, di recente, F. Cordova, *Il '98 in Italia*, in *Intorno al 1898*, a cura di S. Casmirri, Milano, 2001, 119.

¹³¹ Così anche, nella dottrina contemporanea, L. Violante, *La repressione*, cit., nt. 66, 513.

¹³² P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano, 1967, 107.

¹³³ Cass. pen., sez. II, sent. 29.12.1899, *Miglianada*, in *Giurisprudenza italiana*, 1900, II, 50-51; Cass. pen., sez. II, sent. 29.12.1899, *Gherardi*, *ivi*, 51 ss.

¹³⁴ Cass. pen., sez. I, sent. 20.2.1900, *Cavallazzi*, in *Giurisprudenza italiana*, 1900, II, 56.

¹³⁵ Cass. pen., sez. I, sent. 20.2.1900, *Cavallazzi*, cit., nt. 134, 57; critico nei confronti del riferimento alla “sessione” e non alla “legislatura” è, invece, G. Arangio Ruiz, *Istituzioni*, cit., nt. 85, 646.

¹³⁶ Cass. pen., sez. I, sent. 20.2.1900, *Cavallazzi*, cit., nt. 134, 58.

¹³⁷ Cass. pen., sez. I, sent. 20.2.1900, *Cavallazzi*, cit., nt. 134, 58.

¹³⁸ Sul punto, cfr., di recente, M. Meccarelli, *La questione dei decreti-legge tra dimensione fattuale e teorica*, [2005], rist. in *Mit den Augen der Rechtsgeschichte*, a cura di M. Luminati et al., Zürich, 2008, 282; Id., *Le corti di cassazione nell'Italia unita*, Milano, 2005, 244, in cui si rimarca correttamente come il sindacato del giudice sia, in questo caso, relativo all'*esistenza giuridica* del decreto stesso.

¹³⁹ Cass. pen., sez. I, sent. 20.2.1900, *Cavallazzi*, cit., nt. 134, 57-58.

¹⁴⁰ Cass. pen., sez. I, sent. 20.2.1900, *Cavallazzi*, cit., nt. 134, 58.

Tale “vindice sentenza”¹⁴¹, “rara e memorabile”¹⁴², se da alcuni viene felicitata per il suo pragmatismo¹⁴³ e per essersi, in fin dei conti, finalmente “voluto rilasciare al Governo una patente di... inettitudine”¹⁴⁴, da altri è invece criticata, pur da posizioni contrarie¹⁴⁵, perché non affronta la questione della costituzionalità *in sé* delle decretazione governativa di urgenza, posto che, al contrario, tale strumento sembrerebbe ammissibile *per sé*, ovvero nelle more della conversione in legge da parte del Parlamento del decreto-legge in questione¹⁴⁶. Al di là di una motivazione non perfettamente limpida né pienamente convincente, però, la sentenza in esame comunque “parve atto di insperata energia, in un momento in cui il parlamento era e si mostrava inetto alla difesa delle pubbliche libertà; poté essere atto salutare anche se non fu sentenza giuridicamente corretta”¹⁴⁷.

Al contempo, però, forse proprio questa ambiguità di fondo, anche negli anni immediatamente successivi, fa sì che la giurisprudenza, chiamata di tanto in tanto a pronunciarsi su temi che coinvolgono pregiudizialmente la questione della legittimità della decretazione governativa di urgenza, si mantiene su posizioni caute e, in fin dei conti, giustificatrici nei confronti dell'Esecutivo, dichiarando sì, in qualche caso, la propria astratta competenza a decidere, “secondo le norme del nostro diritto pubblico interno, della costituzionalità degli atti del potere esecutivo, decreti e regolamenti, in quanto si sostenga che essi siano per ingenerare obblighi per parte dei cittadini”¹⁴⁸, ma ritraendosi da ogni disamina effettiva quando si tratti di verificare nel merito i motivi di urgenza di volta in volta posti a fondamento degli atti stessi¹⁴⁹.

2.3. (segue) *Le resistenze della dottrina*

Volendo ripercorrere con uno sguardo di insieme tutta la prima fase dell'esperienza statutaria – e assumendo che, in fondo, “una gran parte del materiale dialettico, che è servito a' propugnatori o agli avversari di misure temporaneamente lesive all'integrità de' disposti della carta fondamentale, sia rimasto in fondo inalterato dal 1849 al 1898”¹⁵⁰ – appare maggioritario e ben determinato il fronte dottrinario di quanti ritengono del tutto incostituzionale il ricorso alla decretazione governativa di urgenza e, al contempo, improprio l'utilizzo del *nomen* stesso di “decreti-legge”, i quali, “come dice lo stesso nome, non sono né decreto, né legge, ma partecipano dell'uno e dell'altra, anzi, più propriamente, sono dei decreti che diventano leggi: il tratto di unione tra le due parole dinota precisamente il passaggio dall'una all'altra forma”¹⁵¹. Vari ed espressivi sono gli aggettivi e le qualificazioni che si suole, da parte di molti e autorevoli commentatori, riferire a tale “nuova” tipologia di atti normativi: “ ‘mostri’ del sistema costituzionale”¹⁵²; atti dotati di un “anfibia qualifica”¹⁵³; “brutta

¹⁴¹ F. Racioppi e I. Brunelli, *Commento*, cit., nt. 56, I, 358.

¹⁴² U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana*, Bologna, 1989, 505.

¹⁴³ “La Corte suprema penale, checché se ne voglia dire oggi, salvò nel 1900 la libertà: la avrà salvata con un pretesto, mostrando di voler mantenere integra la giurisprudenza intorno ai decreti-legge, ma trovò la via di salvarla” (così, un quarto di secolo dopo e – si noti – instaurato il regime fascista, G. Arangio Ruiz, *Leggi ed eventi costituzionali del periodo bellico e post-bellico*, Modena, 1925, 26, nt. 1).

¹⁴⁴ V. Olivieri, *Osservazioni*, in *La scuola positiva*, 1900, 177; sul punto, cfr. altresì le considerazioni di M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale*, in *Quaderni fiorentini*, 1987, 142, nt. 53, e 181, nt. 127.

¹⁴⁵ Si veda L. Mortara, *Il decreto-legge*, cit., nt. 18, 56.

¹⁴⁶ Sul punto, cfr. anche E. Palici di Suni, *La regola*, cit., nt. 74, 104-105.

¹⁴⁷ L. Mortara, *Commentario*, cit., nt. 43, I, 108, nt. 1.

¹⁴⁸ Cass., sez. un., sent. 22.6.1909, in *Giurisprudenza italiana*, 1909, I, 694.

¹⁴⁹ Si vedano le decisioni Cass. pen., sez. II, sent. 15.6.1909, *Morabito* e Cass. pen., sez. II, sent. 13.8.1909, *Brigandi*, in *Giurisprudenza italiana*, 1910, II, 1 ss.

¹⁵⁰ C. Caristia, *La legge*, cit., nt. 13, 131.

¹⁵¹ V. Di Salvo, *Legge*, in *Digesto italiano*, Torino, 1902-1905, [ma 1902], XIV, 290; il ruolo del trattino tra la parola “decreto” e la parola “legge” è messo in luce, in tempi a noi ben più recenti, anche da A. Celotto, *L'“abuso”*, cit., nt. 2, 103, nt. 3, il quale lo ha ritenuto “senz'altro opportuno, dando rilievo al peculiare connubio che si viene a creare tra i due vocaboli”, ed è ripreso, da ultimo, da Id., *Gli atti*, cit., nt. 9, 93-94, il quale conclude che “nel trattino sta... tutta l'essenza del decreto-legge” (ivi, 94).

¹⁵² A. Brunialti, *Il diritto*, cit., nt. 48, 1896, I, 790, nt. 1.

parola ed, illegale, venuta di moda”¹⁵⁴; “parola composta di due termini contraddicenti, e che è ignota là dove la forma parlamentare si intende e si applica nel significato suo genuino”¹⁵⁵; “figura... giuridicamente mostruosa”¹⁵⁶; “nome equivoco”¹⁵⁷; “denominazione di per sé antiggiuridica”¹⁵⁸; “caso di patologia chirurgica nella vita dello Stato”¹⁵⁹; “suggestivo accozzamento di due termini contraddittorii che ben rispecchiano il carattere ibrido del prodotto”¹⁶⁰; “cavallo troiano”¹⁶¹ che si insinua nell’assetto statutario; “norme che è calunnioso attribuire per lo più ai Governi di antico regime”¹⁶²; “mala e pernicioso abitudine”¹⁶³; “ampia macchia nel nostro diritto pubblico”¹⁶⁴; e così discorrendo, con tutto un susseguirsi di espressioni colorite di cui non si può che riportare, in questa sede, un breve florilegio.

Al di là di ogni suggestiva qualificazione, le argomentazioni generalmente addotte contro l’ammissibilità della decretazione governativa di urgenza nell’ordinamento giuridico di allora si fondano, ad un tempo, sull’assenza di ogni specifico riferimento nello Statuto albertino alla “generica possibilità astratta”¹⁶⁵ di prevedere tale tipologia di atti normativi e, in maniera convergente, su un divieto esplicito, da rinvenirsi nel suo art. 6, “figlio d’una duplice rivoluzione, cioè quella del 1688 in Inghilterra e quella del 1830 in Francia”¹⁶⁶. Quest’ultimo, in particolare, impedirebbe in maniera tassativa che “tutto il diritto pubblico e con esso il diritto privato *qui sub tutela juris publici latet*, [sia] in piena balia del governo”¹⁶⁷. In una formula, è viva nella dottrina del tempo – con le significative eccezioni di cui si dirà – la sensazione che “tutto lo spirito dello Statuto insorge contro questo genere di ordinanze”¹⁶⁸ e che, dunque, “l’ordinanza d’urgenza è un illegale atto di governo”¹⁶⁹, in quanto “*assunzione volontaria della*

¹⁵³ B. Gabba, *Del così detto potere*, cit., nt. 119, 409.

¹⁵⁴ G. Arangio Ruiz, *Storia costituzionale del Regno di Italia*, [1898], rist. Napoli, 1985, 488.

¹⁵⁵ G. Arangio Ruiz, *Governo*, cit., nt. 43, 485.

¹⁵⁶ L. Rossi, *Il decreto-legge*, cit., nt. 6, 527.

¹⁵⁷ A. Brunialti, *Il diritto*, cit., nt. 48, II, 152.

¹⁵⁸ C. Lessona, *La legalità*, cit., nt. 126, 39.

¹⁵⁹ A. Codacci Pisanelli, *Legge*, cit., nt. 125, 74.

¹⁶⁰ F. Racioppi e I. Brunelli, *Commento*, cit., nt. 56, I, 351.

¹⁶¹ F. Racioppi e I. Brunelli, *Commento*, cit., nt. 56, III, 465.

¹⁶² L. Einaudi, *Decreti fatti per dar ordini ai tribunali*, in *Corriere della Sera*, 17.3.1922, 2.

¹⁶³ G. Mosca, *L’abuso dei decreti-legge*, in *Corriere della Sera*, 5.5.1922, 2.

¹⁶⁴ G. Arangio Ruiz, *Leggi*, cit., nt. 143, 30.

¹⁶⁵ L. Mortara, *Commentario*, cit., nt. 43, I, 89; da ciò deriverebbe “la inaccettabilità dell’argomentazione tratta dall’imprevedibile” (*ibidem*).

¹⁶⁶ F. Racioppi, *Il potere giudiziario nel governo costituzionale*, Roma, 1900, 32.

¹⁶⁷ F. Cammeo, *Lo stato*, cit., nt. 76, 373; sulla concezione “rigorosamente liberale” di tale autore, cfr., per tutti, Maurizio Fioravanti, *I presupposti costituzionali dell’opera giuridica di Federico Cammeo*, in *Quaderni fiorentini*, 1993, 172.

¹⁶⁸ F. Racioppi e I. Brunelli, *Commento*, cit., nt. 56, I, 352, “dappoiché regime costituzionale è divisione dei poteri, è distinzione della legge dal decreto, è subordinazione dell’Esecutivo ai limiti imposti dal Legislativo e mantenuti dal Giudiziario” (*ibidem*).

¹⁶⁹ G. D’Amario, *L’ordinanza*, cit., nt. 1, 205; analogamente, cfr. altresì, tra i molti, L. Casanova, *Del diritto*, cit., nt. 126, 84-85; A. Pasquali, *Recensione a “Dello stato d’assedio politico”*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, 1890, CLXIX, 48 (a proposito dello stato di assedio); L. Lucchini, *Nota a Corte di cassazione 19 marzo 1894*, in *Rivista penale*, 1894, XXXIX, 469 (anch’egli a proposito dello stato di assedio); V.E. Orlando, *Nota*, cit., nt. 126, 28; G. Urtoller, *La competenza legislativa ed i decreti-legge*, Roma, 1896, 17; G. Escobedo, *a proposito delle sentenze dei Tribunali di Guerra*, in *La giustizia penale*, 1898, 1217 (a proposito dello stato di assedio); L. Majno, *Ricorso alla Cassazione di Roma*, in *La scuola positiva*, 1898, 483-484 (anch’egli a proposito dello stato di assedio); E. Presutti, *Il decreto-legge*, cit., nt. 126, 369 ss.; A. Setti, *Il dovere*, cit., nt. 166, 1283-1284; F. Racioppi, *Il potere*, cit., nt. 166, 32-33; F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., nt. 40, 198-199; G. Piccolo Lipari, *Leggi*, cit., nt. 126, 173, il quale parla di atti “abusivi”; B. Alimena, *Principii di diritto penale*, Napoli, 1910, I, 195; D. De Martino, *Il diritto di necessità dello Stato e la responsabilità ministeriale*, Santa Maria Capua Vetere, 1913, 51; A. Traversa, *Lo “stato”*, cit., nt. 1, 38, il quale si riferisce altresì agli artt. 82 e 83 dello Statuto albertino per fare discendere (anche) da tali disposizioni l’inammissibilità dei decreti-legge; E. Presutti, *Le acque demaniali e i diritti quesiti*, in *Rivista delle società commerciali*, 1917, 207-208; F. Vassalli, *Amministrazione e giustizia*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1918, I, 109; P. Chimenti, *Manuale di diritto costituzionale*, Roma, 1920, II, 433; V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, II ed., Torino, 1920, I, 188 (il quale pure, curiosamente, confonde ed inverte decreti-legge e decreti legislativi); R. De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, III ed., Napoli, 1921, I, 97; G. Ambrosini, *Ancora*, cit., nt. 126, 809; T. Brasiello, *Disciplina giuridica dei decreti-legge*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1922, 108 ss.; E. Presutti, *Istituzioni*, cit., nt. 126, 222; Id., *La questione dei decreti-legge*, in *Rivista di politica economica*, 1922, 221; O. Sechi, *Le sanzioni penali nei decreti-legge*, in *Il foro italiano*, 1923, II, 2; M. Siotto Pintor, *Das Verfassungsleben in Italien in den Jahren 1913-1922*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 1922, 164 ss.;

funzione legislativa incompetente”¹⁷⁰, definizione che ne richiama quella a noi ben più prossima di “autoassunzione-usurpazione del potere di legiferare compiuta de facto dall’esecutivo”¹⁷¹.

A fronte di un simile indirizzo, generalmente critico, gli stessi autori che se ne fanno portavoce si distinguono poi, tra loro, a seconda che riconoscano o meno l’ipotesi di un sindacato giurisdizionale *in subiecta materia*. Secondo alcuni, tale controllo discenderebbe *de plano* dall’incostituzionalità dei decreti-legge, dal loro essere “null[i] e di niun effetto”¹⁷² e dovrebbe involgere gli effettivi motivi di urgenza posti al loro fondamento¹⁷³, *a fortiori* se incidenti su talune materie costituzionalmente delicate¹⁷⁴. Così, si sostiene che i giudici, dando applicazione a tale tipologia di atti normativi, “veng[a]no meno al loro dovere, tradisc[a]no la loro missione”¹⁷⁵; mentre, al contrario, proprio il sindacato dei giudice è descritto come l’“argine più solido contro lo straripamento del potere esecutivo”¹⁷⁶, di cui costituisce l’espressione eminente proprio l’abusiva decretazione di urgenza. Secondo altri, invece, tale sindacato dovrebbe essere svolto dalla sola giurisdizione ordinaria, tramite la disapplicazione¹⁷⁷, ma non da quella amministrativa, ritenuta incompetente ad annullare i decreti-legge in virtù dell’art. 24, co. 2, del R.d. 2.6.1889, n. 6166, in quanto “atti o provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico”¹⁷⁸. Secondo altri ancora, infine, il sindacato del giudice è da escludersi in quanto tale, posto che la relativa questione “cade unicamente nell’ambito della responsabilità politica; è una questione di opportunità o necessità politica, non una questione di diritto”¹⁷⁹, non sussistendo dunque nell’ordinamento giuridico del tempo alcuno strumento o istituto per far fronte, una volta emanato, ad un decreto-legge, inteso, per così dire, nella sua mera “eventualità storica”¹⁸⁰.

Anche il fattore tempo costituisce l’oggetto di vivaci e coeve discussioni. Per alcuni, il ricorso alla giurisdizione si risolve, in ogni caso, in un rimedio oggettivamente tardivo, posto che l’intervento del

G. Sabini, *La funzione legislativa e i decreti legge*, Roma, 1923, 206-207; M. Siotto Pintor, *Correnti di pensiero dottrinali, parlamentari e giurisdizionali a proposito dei decreti-legge*, in *Il foro italiano*, 1923, I, 2; I. Brunelli, *I decreti-legge ed il potere giudiziario*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1925, I, 221; B. Liuzzi, *Le ordinanze d’urgenza*, Città di Castello, 1928, 18, il quale parla di tali ordinanze come di un “mero fatto”; G. Vacchelli, *Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1926, I, 61.

¹⁷⁰ G. Capizzi Giangreco, *Lo Stato, la funzione legislativa e i “pieni poteri” nella scienza e nella politica*, Roma, 1925, 32.

¹⁷¹ Così F. Sorrentino e G. Caporali, *Legge (atti con forza di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1994, IX, 113, i quali si riferiscono ovviamente – è da notarsi, ma solo per inciso – alla decretazione governativa di urgenza non già nell’età statutaria, ma in quella repubblicana *ex art. 77 Cost.*, rispetto alla quale una dottrina minoritaria e persistente ha continuato a ritenere, sulla scia delle teorizzazioni prerepubblicane, che i decreti-legge *ora* e non solo *allora* si pongano come “un fatto cui la Costituzione vuole dare disciplina” e siano dotati di un’“efficacia del tutto incerta” (C. Esposito, *Decreto*, cit., nt. 62, 833; analogamente, F. Sorrentino, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione*, in *Diritto e società*, 1974, 508 ss.; Id., *Spunti sul controllo della Corte costituzionale sui decreti-legge e sulle leggi di conversione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, IV, 740 ss.; L. Carlassare, *La “riserva di legge” come limite alla decretazione d’urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, I, 447 ss.; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 187); è stato detto non senza ragione, in proposito, come siffatte conclusioni “esasperano il paradosso dei decreti-legge” (L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 237).

¹⁷² Così già G. Saredo, *Trattato delle leggi*, Firenze, 1871, 262.

¹⁷³ G. Arangio Ruiz, *Sulla legittimità dei Tribunali di guerra istituiti nel luoghi devastati dal terremoto del 28 dicembre 1908*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, I, 522, in posizione di critica rispetto alle succitate decisioni Cass. pen., sez. II, sent. 15.6.1909, *Morabito* e Cass. pen., sez. II, sent. 13.8.1909, *Brigandi*, in *Giurisprudenza italiana*, 1910, II, 1 ss.

¹⁷⁴ G. Arangio Ruiz, *Sulla legittimità*, cit., nt. 173, 522, il quale indica “ad es. le pene in ogni caso, le imposte salvi i *catenacci*, la sottrazione dell’individuo al giudice naturale quando i Tribunali ordinari possono funzionare, o possono mettersi in grado di funzionare”; sullo specifico divieto di decreti-legge in materia penale, per violazione dell’art. 26 dello Statuto albertino, si veda V. Vaturi, *Bancarotta impropria degli amministratori delle Società anonime in moratoria*, in *Le società per azioni*, 1922, 108-109.

¹⁷⁵ D. De Martino, *Il diritto*, cit., nt. 169, 60.

¹⁷⁶ A. Pierantoni, *Trattato di diritto costituzionale*, Napoli, 1873, 241.

¹⁷⁷ Cfr. *supra*, nt. 126.

¹⁷⁸ Peraltro, da taluno si ammette, come ipotesi limite, “se l’urgenza e la necessità sia assolutamente massima”, che i pubblici poteri non diano esecuzione ad una sentenza che non ha applicato un decreto-legge (F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., nt. 40, 202).

¹⁷⁹ E. Brusa, *Della giustizia penale eccezionale nella presente dittatura militare*, in *Rivista penale*, 1894, XXXIX, 416; P. Canepa Vaccaro, *Sulle ordinanze d’urgenza*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1895, 340-341; E. Sacchi, *La giurisdizione*, cit., nt. 76, 499; A.G. Fontanive, *Teoria*, cit., nt. 51, 213; L. Mortara, *Commentario*, cit., nt. 43, I, 95; V. Miceli, *Ancora*, cit., nt. 80, 1213-1214; F. Racioppi e I. Brunelli, *Commento*, cit., nt. 56, I, 375; V. Manzini, *Trattato*, cit., nt. 169, I, 188.

¹⁸⁰ G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, ried., Torino, 1990, I, 175.

giudice rischierebbe di svolgersi sempre e comunque *post res perditas*, quando “o il pericolo è passato o... la rivoluzione sarà un fatto già compiuto”¹⁸¹. Altri, invece, come V.E. Orlando, ribaltano acutamente tale argomentazione, proprio al fine di giustificare il potere disapplicativo del giudice ordinario nelle more dell'intervento parlamentare: “le disperanti lentezze della nostra procedura costituiscono per la questione attuale una *felix culpa*, potendosi ritenere con sicurezza che il tempo medio occorrente per la conversione in legge (purché seriamente ed attivamente voluta) sarà di gran lunga inferiore a quello occorrente, sì e no, per superare i primi rinvii di una causa in grado di prima istanza!”¹⁸².

Tuttavia, al di là di ogni auspicio, si è già allora notato, effettuando una “passeggiata attraverso le discussioni e i documenti della Camera Italiana”¹⁸³, come “le sottigliezze teoriche e le più recenti finzioni de' giuristi sien rimaste discretamente lontane dall'ambito parlamentare”¹⁸⁴, poco aduso a recepire un’“impostazione meramente legalitaria”¹⁸⁵ e a trasporla sul piano più strettamente politico. Solo il tentativo di giustificare le evoluzioni talora spericolate della prassi, nonché l'osservazione delle coesenziali oscillazioni della giurisprudenza, di cui si è dato conto, spiega allora la singolare “disinvoltura”¹⁸⁶ di approcci e di interpretazioni di quell'altra parte della dottrina, non prevalente ma tutt'altro che trascurabile, che giunge *quodammodo* a riconoscere l'ammissibilità nell'ordinamento statutario della decretazione governativa di urgenza¹⁸⁷.

Un primo gruppo di studiosi richiama, in proposito, il testo dello Statuto albertino e, segnatamente, proprio quegli stessi artt. 6, 82 e 83¹⁸⁸, i quali, invece, erano stati interpretati dalla maggioranza dei commentatori in senso diametralmente contrario. Con riferimento al primo articolo, in particolare – a norma del quale, lo si ripete, “il Re... fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza, o dispensarne” – viene rilevato, in una prospettiva comparativa, che, rispetto al modello assunto come riferimento per questo enunciato (l'art. 13 della Carta costituzionale francese del 1830¹⁸⁹), i redattori dello Statuto avrebbero volontariamente e consapevolmente ommesso di riportare l'avverbio “jamais”¹⁹⁰. Tuttavia, già la sola considerazione che tale (mancata) previsione avrebbe comunque costituito un “pleonasma”¹⁹¹ – posto che “il divieto è egualmente pieno ed assoluto con o senza la parola *giammai*”¹⁹² – appare una seria e fondata contestazione; e a ciò possono

¹⁸¹ I. Brunelli, *I decreti-legge*, cit., nt. 169, 220.

¹⁸² V.E. Orlando, *Ancora*, cit., nt. 53, 352.

¹⁸³ C. Caristia, *La legge*, cit., nt. 13, 130.

¹⁸⁴ Così, ancora, C. Caristia, *La legge*, cit., nt. 13, 131.

¹⁸⁵ G. Bascherini, *L'emergenza e i diritti*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, 15.

¹⁸⁶ Così, ancora, G. Bascherini, *L'emergenza*, cit., nt. 185, 15.

¹⁸⁷ I maggiori tentativi di sistematizzare le posizioni degli autori favorevoli alla decretazione governativa di urgenza si devono a R. Cerchio, *L'ammissibilità*, cit., nt. 126, 459 ss.; G. Sabini, *La funzione*, cit., nt. 169, 211 ss.; C. Saltelli, *Potere esecutivo e norme giuridiche*, Roma, 1926, 48 ss.

¹⁸⁸ In questo senso, si vedano E. Brusa, *Das Staatsrecht des Königreichs Italien*, Freiburg i. B., 1892, 186, nt. 1; L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, VI ed., Torino, 1909, 54.

¹⁸⁹ A norma del quale “il Re... fa i regolamenti e le ordinanze necessari per l'esecuzione delle leggi, senza poter *giammai* sospendere le leggi stesse né dispensare dalla loro esecuzione”; si noti come, di converso, l'art. 14 della Carta costituzionale francese del 1814 prevedesse, tra l'altro, che “il Re... fa i regolamenti e le ordinanze necessari per l'esecuzione delle leggi e la sicurezza dello Stato”; per un raffronto tra le due disposizioni, cfr., per tutti, P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, [1867], trad. it. parz., *Lezioni di diritto costituzionale alla Sorbona*, Roma, 1992, 234-235.

¹⁹⁰ Si vedano, in particolare, A. Codacci Pisanelli, *Nota*, cit., nt. 102, 98 ss.; R. Porrini, *Lo stato*, cit., nt. 76, 63, secondo il quale “lo Statuto in altre parole pone una regola generale che per altro non solo tollera, ma implicitamente ammette una eccezione”; P. Canepa Vaccaro, *Sulle ordinanze*, cit., nt. 179, 338-339; G.B. Ugo, *Statuto*, in *Digesto italiano*, Torino, 1895, XXII, 351-352; S. Romano, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, [1898], rist. in Id., *Scritti minori*, cit., nt. 19, I, 81 ss.; Id., *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 365-366.

¹⁹¹ A. Brunialti, *Il diritto*, cit., nt. 48, II, 140; analogamente, si veda già L.A. Melegari, *Sunto delle lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1856-1857, 178.

¹⁹² F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., nt. 40, 198; nello stesso senso, L. Mortara, *I decreti-legge nel diritto costituzionale italiano*, in *La riforma sociale*, 1895, III, 910-911; G. Urtoller, *La competenza*, cit., nt. 169, 7; A. Scopelliti, *I decreti-legge*, cit., nt. 47, 28, secondo il quale “troviamo poco serio di voler ammettere un diritto tanto gravido di serie conseguenze fondandosi sull'omissione di un semplice avverbio”; L. Mortara, *Commentario*, cit., nt. 43, I, 90-91; E.A. Porro, *Sul R. decreto*, cit., nt. 39, 783, nt. 1, il quale parla, in proposito, di un “innocente movente letterario, non potendosi gratuitamente attribuire agli

ugualmente aggiungersi ragioni storico-costituzionali, retrospettivamente indagate, da cui discende che “una tale interpretazione non era nell’animo dei collaboratori di Carlo Alberto e neanche, di conseguenza, nel sano spirito della Carta”¹⁹³, come emerge, tra l’altro, dal resoconto dei lavori del Consiglio generale di conferenza¹⁹⁴. Del pari, anche il richiamo agli artt. 82 e 83 dello Statuto albertino risulta controproducente, essendosi viepiù sottolineato, casomai, come tali disposizioni siano entrambe concepite con un significato esattamente speculare a quello che vorrebbero attribuire loro i fautori della legittimità dei decreti-legge¹⁹⁵.

Un secondo percorso interpretativo – che, come si dirà, viene invero ampiamente sviluppato al termine della Prima guerra mondiale – individua nel ricorso non occasionale alla decretazione governativa di urgenza i germi di una vera e propria *consuetudine* di rango costituzionale, in linea con la trama generale dell’ordinamento statutario¹⁹⁶. Tuttavia, anche in questo caso, tale orientamento viene fortemente avversato non soltanto da quanti negano nel merito che una tale consuetudine possa dirsi effettivamente formata¹⁹⁷ – perlopiù in ragione di un’asserita assenza di *opinio iuris* da parte dei pubblici poteri a vario titolo investiti del problema¹⁹⁸ – ma anche da chi, in una prospettiva diversa, confuta che una siffatta consuetudine “possa esistere per la natura stessa della materia di cui si tratta”¹⁹⁹, stante una sua radicale incompatibilità con un altro elemento posto al fondamento della decretazione governativa di urgenza, ovvero la necessità. Con un ragionamento consequenziale e serrato, S. Romano, in particolare, giunge a dimostrare che “la consuetudine non potrebbe in rapporto ad essi [i decreti governativi di urgenza] avere alcun ufficio: né l’esercizio di siffatti poteri potrebbe estendersi al di là di

uomini onorandi che componevano quel Consiglio una intenzione di ipocrisia”; A. Brunialti, *Il diritto*, cit., nt. 48, II, 140; C. Lessona, *La legalità*, cit., nt. 126, 49 ss.; G. Piccolo Lipari, *Leggi*, cit., nt. 126, 179; V. Di Salvo, *Legge*, cit., nt. 151, 292; A. Gamberini, *I decreti*, cit., nt. 48, 17 ss.; G. D’Amario, *L’ordinanza*, cit., nt. 1, 46-47; H. Gmelin, *Über den Umfang des königlichen Verordnungsrechts und das Recht zur Verhängung des Belagerungszustandes in Italien*, Karlsruhe i. B., 1907, 93; C. Caristia, *La legge*, cit., nt. 13, 251; F. Racioppi e I. Brunelli, *Commento*, cit., nt. 56, I, 354; T. Perassi, *Necessità*, cit., nt. 28, 230 ss.; R. Cerciello, *L’ammisibilità*, cit., nt. 126, 461; G. Sabini, *La funzione*, cit., nt. 169, 203-204.

¹⁹³ G. Ferrari, *Formula*, cit., nt. 2, 9-10.

¹⁹⁴ “Qui è stato proposto di sopprimere l’ultima frase dell’articolo [‘nomina a tutti gl’impieghi e dà tutti gli ordini necessari per l’esecuzione delle leggi senza sospenderne o dispensarne l’osservanza’], in quanto superflua. Qualche membro è stato di questo parere, tra l’altro il Conte de la Tour, il Cavaliere di Collegno, il Marchese Raggi. È stato anche notato che quell’articolo non esisteva nella Costituzione di Francia prima della rivoluzione del 1830. Ma la maggioranza, dietro la considerazione che la soppressione di questa frase di un articolo copiato dalla Costituzione di Francia potrebbe far sorgere il dubbio che vi fosse un retro-pensiero, ha giudicato che fosse più prudente non ometterla. Però si è acconsentito all’unanimità sulla proposta del Conte Borelli di togliere la parola *giammai*” (seduta del Consiglio generale di conferenza del 7.2.1848, trad. it. in *Lo Statuto Albertino*, a cura di L. Ciaurro, Roma, 1996, 140); per la posizione politica tenuta dai componenti del Consiglio generale di conferenza, si veda D. Zanichelli, *Prefazione*, in *Lo statuto di Carlo Alberto secondo i processi verbali del Consiglio di conferenza*, a cura di Id., Roma, 1898, XIII ss.; si noti, incidentalmente, come l’art. 13 della Carta francese del 1830 sia ripreso anche nella Costituzione del Regno delle Due Sicilie del 1848 (art. 66, co. 2: il Re “pubblica i necessari decreti e regolamenti per la esecuzione delle leggi, senza poter mai né sospendere, né dispensare alcuno dall’osservarla”) e nello Statuto del Granducato di Toscana del 1848 (art. 13: il Re “provvede con Motuproprii e Regolamenti alla esecuzione delle leggi, senza mai sospendere o dispensare dall’osservanza di esse”).

¹⁹⁵ In questo senso, G. D’Amario, *L’ordinanza*, cit. nt. 1, 50-51.

¹⁹⁶ A. Majorana, *Lo stato di assedio*, Catania, 1894, 48; V. Miceli, *Ancora*, cit., nt. 80, 1187-1188; G. Vacchelli, *La responsabilità ministeriale*, Cremona, 1896, 170; L. Rossi, *Il decreto-legge*, cit., nt. 6, 511; V. Miceli, *Incostituzionalità*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, 1902, VIII.1, 768; H. Gmelin, *Über den Umfang*, cit., nt. 192, 94-95; E. Crosa, *La competenza regia nel diritto italiano*, Torino, 1916, 96; A. Marracino, *Ancora della riforma Bonomi*, in *Acque e trasporti*, 1917, 442; cfr. altresì F. Glum, *Der Ausnahmestand in Italien*, in *Das Recht des Ausnahmestands im Auslande*, Berlin-Leipzig, 1928, 178-179; sul ruolo della consuetudine in presenza di una costituzione flessibile, cfr., altresì, le considerazioni svolte da C. Rossano, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Napoli, 1992, 166.

¹⁹⁷ In questo senso, si vedano U. Galeotti, *Facoltà*, cit., nt. 77, 176-177; F. Lampertico, *La Cour des comptes et le contrôle parlementaire en Italie*, in *Revue politique et parlementaire*, 1896, 506; E.A. Porro, *Sul R. decreto*, cit., nt. 39, 788; E. Presutti, *Il decreto-legge*, cit., nt. 126, 370-371; C. Lessona, *La legalità*, cit., nt. 126, 48-49; F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., nt. 40, 199; A. Gamberini, *I decreti*, cit., nt. 48, 23 ss.; G. D’Amario, *L’ordinanza*, cit., nt. 1, 53 ss.; F. Racioppi e I. Brunelli, *Commento*, cit., nt. 56, I, 367-368; nonché, per la dottrina successiva, *infra*, nt. 421.

¹⁹⁸ E ciò a prescindere dalla volontà di questi poteri di instaurare con i propri atti una consuetudine costituzionale, come sottolineato, in particolare, da C. Rossano, *La consuetudine*, cit., nt. 196, 37 e 155-156.

¹⁹⁹ S. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 361.

quel che è strettamente necessario, invocando una più larga consuetudine, né viceversa, se questa consentisse poteri più limitati di quelli che, in una determinata contingenza, si dimostrassero necessari, si potrebbe impedire al Governo di oltrepassare questi limiti”²⁰⁰.

Proprio il ricorso alla *necessità* – che costituisce, a ben vedere, l’“ultima tavola di salvezza”²⁰¹ per i sostenitori della decretazione governativa di urgenza²⁰² – costituisce in quel denso dibattito l’*argumentum* giustificativo più solido ed elaborato, anche per i suoi non trascurabili intrecci con i filoni giurisprudenziali già indagati. Il punto di partenza di tutte le diverse ricostruzioni che si fondano sul ricorso alla necessità è il seguente: “non si può colle leggi provvedere a tutti i casi possibili, v’hanno delle straordinarie emergenze che non si lasciano costringere ed incastonare nella rigidità di una frase, che sfuggono a qualunque ingegno ed a qualunque preveggenza acutezza di legislatore”²⁰³; o, per meglio dire, “sono casi di grave necessità quelli nei quali, secondo lo spirito complessivo della legislazione, apparisca più dannoso non provvedere che provvedere, se anche il provvedere o il decidere... costituisce pur sempre una violazione della legge, quindi un fatto statualmente dannoso, bensì meno dannoso”²⁰⁴. Questo vero e proprio assioma viene ripetuto con incalzante costanza da molti degli autori del tempo, come attesta questo passo scolpito in tutte le edizioni dei fortunati *Principii di diritto costituzionale* – su cui si sono formate almeno due generazioni di studenti – di V.E. Orlando (peraltro critico, come si è detto, in quanto studioso, nei confronti dei decreti-legge, ma utilizzatore, quale Ministro, dello strumento dello stato di assedio): “il nostro Statuto non accenna a questo diritto [di necessità]: ma la sua ragion d’essere è troppo obiettiva per potere essere negata. *Salus publica suprema lex*: nello Stato come negli individui la conservazione della propria esistenza è una ragione che può scusare la infrazione di qualsiasi regola giuridica”²⁰⁵. Parafrasando F. Engels – che, per il vero, riferisce la massima a G.W.F. Hegel – parrebbe dunque che, anche per il maggiore costituzionalista italiano del tempo, la libertà si identifichi nel “riconoscimento della necessità”²⁰⁶ e che da quest’ultima, dunque, il liberalismo giuridico italiano non possa emanciparsi.

Tuttavia, se comune a tutti i sostenitori del riconoscimento (giuridico) della necessità appare, in qualche modo, il punto di partenza del ragionamento – quel presentire una “*Wirksamkeit der natürlichen Kräfte des Staates*”²⁰⁷, riprendendo le parole di G. Jellinek – e ancor più il suo esito legittimistico, volto, alla prova dei fatti, a “forzare la mano al Parlamento”²⁰⁸, molteplici, contraddittori e tra loro alternativi sono i fili argomentativi che collegano i due poli del ragionamento. Non vi è dubbio, infatti, che la stessa necessità sia già allora percepita come un “concetto elastico, che può essere inteso

²⁰⁰ S. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 361; analogamente, si veda altresì A. Ferraciu, *La consuetudine costituzionale (II)*, in *Studi senesi*, 1919, 24; il punto viene esattamente ripreso, quattro decenni dopo, da S. Romano, *Principii di diritto costituzionale*, II ed., rist., Milano, 1947, 280.

²⁰¹ L. Rossi, *Il decreto-legge*, cit., nt. 6, 525.

²⁰² Ma si vedano pure le critiche, variamente formulate, di A. Scopelliti, *I decreti-legge*, cit., nt. 47, 23 ss.; A. Brunialti, *Il diritto*, cit., nt. 48, 143; G. D’Amario, *L’ordinanza*, cit. nt. 1, spec. 152-153; C. Caristia, *In tema di decreti-legge*, [1923], rist. in Id., *Scritti giuridici, storici e politici*, Milano, 1953, I, 254; M. Siotto Pintor, *Il decreto-legge nella Dottrina e nella Giurisprudenza dei nostri giorni*, in *Jus*, 1923, I, 2; B. Liuzzi, *Le ordinanze*, cit., nt. 169, 15-16.

²⁰³ P. Canepa Vaccaro, *Sulle ordinanze*, cit., nt. 179, 338.

²⁰⁴ A. Bonucci, *Saggio d’una costruzione giuridica della volontà dello Stato*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1913, 237.

²⁰⁵ V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, I ed., Firenze, 1889, 185; Id., *Principii di diritto costituzionale*, II ed., Firenze, 1890, 185; Id., *Principii di diritto costituzionale*, III ed., Firenze, 1894, 185-186; Id., *Principii di diritto costituzionale*, IV ed. riv., Firenze, 1905, 219-220; Id., *Principii di diritto costituzionale*, V ed. riv., Firenze, 1909, 219-220, Id., *Principii di diritto costituzionale*, V ed. riv. e ampl., Firenze, 1917, 229.

²⁰⁶ F. Engels, *Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft*, [III ed., 1894], trad. it., *Antidühring*, Roma, 1971, 121.

²⁰⁷ G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, [1887], rist. Aalen, 1964, 376.

²⁰⁸ A. Celotto, *L’“abuso”*, cit., nt. 2, 207, il quale parla, per l’appunto, di un “*uso a fini politici* del diritto di necessità” (*ibidem*); cfr. anche P. Pinna, *L’emergenza*, cit., nt. 62, 86, il quale rinviene nel ricorso alla necessità una forma di “giustificazione dello stato di cose presenti, più precisamente dell’arbitrio e prepotenza”.

in mille maniere e non si presta a venir disciplinato giuridicamente²⁰⁹; essa, dunque, rispecchia le diverse *Weltanschauungen* di chi se ne fa propugnatore²¹⁰.

Secondo alcuni, in primo luogo, l'urgenza (e la necessità che ne consegue) è e resta “uno stato di fatto”²¹¹, che la dimensione giuridica deve prendere in considerazione in quanto tale. Secondo altri, invece, come E. Lombardo Pellegrino, per comprendere e giustificare il ricorso del Governo alla decretazione di urgenza “basta solo estendere nei fatti pubblici il concetto della necessità, che è stato sistemato in diritto privato”²¹². Infatti, “esiste un fatto obiettivamente necessario, che dà a tempo e luogo a chicchessia al Re come al poliziotto, all'individuo investito del potere come al semplice cittadino, la qualità di soggetto giuridico per l'atto che compiono”²¹³. Tale orientamento – qualificato da chi lo sostiene come “teoria obiettiva della necessità di Stato”²¹⁴ e già solo per questo contestato da altri studiosi che ne rimarcano, invece, il carattere impropriamente e irriducibilmente “soggettivo”²¹⁵ – si pone però radicalmente fuori strada in un ambiente nel quale, superato il tempo in cui si era “subordinato il diritto pubblico al privato come un fratello adolescente a un fratello adulto e maturo”²¹⁶, si perviene tosto all'opposta conclusione che “non soltanto il diritto pubblico si è affrancato dalla necessità di servirsi dell'altro [il diritto privato] come di una guida, non soltanto ha costituito a se stesso una tecnica senza che occorra di formarsela attraverso i modelli del diritto privato; ma appresta esso stesso dei contributi di cui il diritto privato può giovare e si giova”²¹⁷. Infatti, in virtù dell'adesione, seppur critica²¹⁸, alla *Staatslehre* jellinekiana dei diritti pubblici soggettivi²¹⁹, si ha buon gioco a negare o, meglio, a porre in secondo piano – sempre da parte di S. Romano – il “conflitto che nasce fra il diritto dello Stato di mantenere la sua esistenza e il suo assetto politico, e il diritto di libertà degli individui, che

²⁰⁹ V. Miceli, *Principi*, cit., nt. 89, 887, il quale, però, così prosegue: “onde può fornire un pretesto eccellente al Governo, che voglia illimitatamente abusare del proprio potere, non nell'interesse dello Stato, ma per fini politici, per scopi partigiani e anche per fini personali” (*ibidem*).

²¹⁰ Sulle diverse utilizzazioni della necessità, cfr. anche V. Di Ciolo, *Questioni*, cit., nt. 10, 8-9; C. Fresa, *Provvisoria*, cit., nt. 62, 82; V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 104 ss.; G.F. Ciaurro, *Decreto legge*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, XI, 2; F. Cocozza, *Assedio (stato di)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, III, 4; A.M. De Cesaris, *Decreto legge e Corte costituzionale*, Camerino, 1996, 5 ss.

²¹¹ G. Arangio Ruiz, *Istituzioni*, cit., nt. 85, 582; si vedano, altresì, in senso favorevole alla necessità, E. Brusa, *Das Staatsrecht*, cit., nt. 188, 186, il quale parla – riecheggiando la giurisprudenza già citata – di un “unüberwindliche Notwendigkeit”; A. Majorana, *Lo stato*, cit., nt. 196, 25-26; A. Muratori e T. Giannini, *Lo stato d'assedio ed i tribunali militari*, Firenze, 1894, 39; L. Rossi, *Lo stato*, cit., nt. 76, 88-89; E. Sacchi, *La giurisdizione*, cit., nt. 76, 499; E. Pascale, *Il diritto*, cit., nt. 116, 12-13; A. Perenzoni, *Le sentenze dei tribunali di guerra innanzi alla Corte di cassazione*, in *Il foro italiano*, 1898, II, 458-459; A. Ferraciu, *Le guarentigie*, cit., nt. 76, 166-167; L. Rossi, *Il decreto-legge*, cit., nt. 6, 526; G. Piccolo Lipari, *Leggi*, cit., nt. 126, 180; E. Massari, *Il sindacato*, cit., nt. 38, 578-579; D. Ugenti, *I decreti-legge in materia penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1915, 709-710; A. Rocco, *Elementi di diritto amministrativo e di legislazione scolastica*, Roma, 1916, 36-37.

²¹² E. Lombardo Pellegrino, *Il diritto di necessità nel costituzionalismo giuridico*, in *Archivio del diritto pubblico*, 1903, 128.

²¹³ E. Lombardo Pellegrino, *Il diritto*, cit., nt. 212, 128.

²¹⁴ E. Lombardo Pellegrino, *Il diritto*, cit., nt. 212, 125.

²¹⁵ O. Ranalletti, *La polizia*, cit., nt. 76, 1181, secondo il quale “se ne distingue solo perché si contenta di ragionare caso per caso, rinunciando o temendo di formulare quel principio generale, che domina e regola tutti i singoli casi. Mancanza questa di astrazione, e mancanza conseguente di formulazione del principio generale, che dal punto di vista politico e pratico può essere nociva, perché mancherà con essa la certezza della norma regolatrice dell'attività governativa” (*ibidem*); questo profilo viene altresì ampiamente colto anche da quanti avversano la decretazione di urgenza, in quanto “un Governo ha potuto non di rado credere estremamente necessario quello che una frazione della Camera ha riconosciuto come inopportuno o addirittura come arbitrario” (C. Caristia, *La legge*, cit., nt. 13, 261).

²¹⁶ Così, per tutti, V.E. Orlando, *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, [1925], rist. in Id., *Diritto pubblico generale*, Milano, 1940, 26, in esplicita risposta a sé medesimo in Id., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, [1889], ivi, 14, ove si lamentava – invero non del tutto giustamente – che “quella chiarezza, quella precisione, quella sicurezza che contraddistinguono lo studio di un rapporto di diritto privato, si mutano, nel campo del diritto pubblico, in incertezza, in oscurità, in confusione”.

²¹⁷ Così, ancora, V.E. Orlando, *Nota*, cit., nt. 216, 27.

²¹⁸ Cfr., specialmente, S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., nt. 40, s.d. [ma 1897], I, 123 ss.

²¹⁹ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, [II ed., 1905], trad. it., *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milano, 1912, spec. 46 ss.

è necessario limitare o sacrificare in favore del primo”²²⁰. E una tale critica investe, a ben vedere, anche le diverse ricostruzioni di chi si richiama ad un’asserita “legittima difesa”²²¹ dello Stato o, ancora, di quanti sostengono che “il decreto-legge anticipa un’opera legislativa duratura”²²² alla stregua di una “legg[e] potenzial[e]”²²³, come se il Governo – e, in qualche caso, il Capo dello Stato²²⁴ – fosse il *negotiorum gestor* del Parlamento²²⁵, in virtù di “una delegazione la quale, invece di essere esplicita, è tacita e sottintesa”²²⁶.

In particolare, in vivace opposizione alle teorizzazioni asseritamente oggettivistiche della necessità, è O. Ranalletti ad enfatizzarne, invece, il profilo soggettivo, volontaristico, “aggressivo”²²⁷, frutto evidente di una fortissima “vocazione statualista”²²⁸ di tale autore, che rivendica l’esistenza, in capo allo Stato, di un “vero diritto subiettivo di necessità”²²⁹. Ribaltando l’accusa di introdurre, per tale via, un istituto di sapore assolutistico e posto sul crinale di una deriva autoritaria, questi sostiene, invece, che, “finché la volontà dello Stato sta tutta nella volontà personale del principe e il comando suo è legge, è inutile parlare della necessità come speciale fondamento e legittimazione di atti suoi. Questa quistione si può fare ed ha importanza solo in quanto il diritto, che si attua nella legge, costituisca pel governo un limite giuridico nella sua attività”²³⁰. In particolare, tale autore insiste sul fondamento legale e non illegale dei decreti-legge²³¹ e, con riferimento allo stato di assedio, sostiene che la relativa competenza sarebbe stata da ricondurre, in un primo tempo, al Governo²³² e, poi, dopo l’approvazione della l. 17.7.1898, n. 297, al Parlamento: “questa legge, nel suo articolo 1, sebbene si riferisca soltanto ai casi d’assedio proclamati nel 1898, ha una portata generale, in quanto risulta proposta ed approvata, come applicazione a quei casi di una norma generale esistente nel nostro diritto pubblico”²³³.

²²⁰ S. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 356-357.

²²¹ Così, ad esempio, G. Piccolo Lipari, *Leggi*, cit., nt. 126, 177; cfr. altresì L. Rossi, *Il decreto-legge*, cit., nt. 6, 526; Id., *Un criterio di logica giuridica*, [1935], rist. in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, cit., nt. 74, V, 4, in cui si afferma che “lo stato d’assedio ha appunto il suo fondamento nel ‘jus necessitatis’. Il nostro Statuto, come altre Costituzioni, non vi accenna affatto; e correttamente, perché è un ‘diritto che non si scrive’, secondo una frase detta da Thiers a proposito delle rivoluzioni. È un diritto implicito e sottinteso, perché è l’ultima ratio’ per la conservazione dello Stato. Corrisponde alla legittima difesa della persona singola; ed è dominato dall’eguale principio generale, dal principio dell’autoconservazione”.

²²² G. Arangio Ruiz, *Istituzioni*, cit., nt. 85, 583; negli stessi termini, A. Morelli, *La funzione legislativa*, Bologna, 1893, 165; P. Canepa Vaccaro, *Sulle ordinanze*, cit., nt. 179, 338; A. Morelli, *Il Re*, Bologna, 1899, 703; E. Crosa, *La competenza*, cit., nt. 196, 97; L. Raggi, *La revocabilità degli atti amministrativi*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1917, I, 338; P.E. Bensa, in *AP Senato*, XXIV legislatura, 28.7.1919, 5150; E. Crosa, *La monarchia*, cit., nt. 76, 248, secondo il quale, per l’appunto, “il decreto legge assume quindi la figura giuridica di un progetto di legge d’iniziativa regia, di cui si è anticipata la applicazione”.

²²³ F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, I, 203.

²²⁴ Si richiamano a tale organo V. Miceli, *Ancora*, cit., nt. 80, 1186; nonché, specialmente, E. Tommasone, *In tema di decreti-legge*, in *Rivista di politica economica*, 1922, 18, il quale sostiene che il Re interviene con un decreto-legge “nel legittimo esercizio del potere legislativo”; *contra*, in particolare, R. Cerciello, *La questione dei decreti-legge*, in *Giurisprudenza italiana*, 1922, IV, 134 ss.; M. Siotto Pintor, *Correnti*, cit., nt. 169, 8.

²²⁵ In questo senso, L. Degli Occhi, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico e le ordinanze di urgenza*, Milano, 1919, 39 ss.; analogamente, E. Massari, *Il sindacato*, cit., nt. 38, 581; F. Ferrara, *Trattato*, cit., nt. 223, I, 203; ci si riferisce, invece, ad un potere di “auto sostituzione” da parte di A.G. Fontanive, *Teoria*, cit., nt. 51, 69.

²²⁶ C. Schanzer, *Il Consiglio di Stato e i regolamenti generali di pubblica amministrazione*, in *La legge*, 1894, II, 571, nt. 1; S. Longhi, *Sull’ultimo decreto*, cit., nt. 76, 142-143; *contra*, specialmente, E. Tosato, *Le leggi di delegazione*, Padova, 1931, 143.

²²⁷ O. Ranalletti, *La polizia*, cit., nt. 76, 1186; il punto viene poi ripreso, tra gli altri, da S. Foderaro, *Osservazioni sui limiti di legittimità del decreto legge*, in *Stato e diritto*, 1942, 292-293.

²²⁸ F. Giuffrè, *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana*, in *Diritto e società*, 2001, 124.

²²⁹ O. Ranalletti, *La polizia*, cit., nt. 76, 1204; sulla stessa linea, si vedano altresì C. Badolati, *Lo stato d’assedio in Sicilia e suoi effetti*, Girgenti, 1894, 18, il quale parla di un “supremo diritto della salute pubblica [che] non soffre vincoli e vince ogni legge”; S. Longhi, *La legittimità*, cit., nt. 76, 411; Id., *Sull’ultimo decreto*, cit., nt. 76, 142-143; G. Arangio Ruiz, *Istituzioni*, cit., nt. 85, 582-583.

²³⁰ O. Ranalletti, *La polizia*, cit., nt. 76, 1205-1206.

²³¹ O. Ranalletti, *La polizia*, cit., nt. 76, 1206.

²³² O. Ranalletti, *La polizia*, cit., nt. 76, 1200.

²³³ O. Ranalletti, *La polizia*, cit., nt. 76, 1200.

Epperò, una ricostruzione della necessità “come fatto giuridico, non come fonte del diritto”²³⁴ si presta a critica proprio sul piano delle circostanze effettive che legittimerebbero il ricorso alla decretazione governativa di urgenza. In senso contrario, infatti, viene osservato che anche in situazioni eccezionali ben potrebbe lo stesso Parlamento intervenire e legiferare “in modo sollecito e immediato. Con i meravigliosi progressi di locomozione e di viabilità, e con le molteplici applicazioni elettriche non si può seriamente opporre alcuna difficoltà di riunione di convocazione od altro”²³⁵. Da ciò si fa derivare, non senza fondamento, che, “se il Governo preferisce la via dei decreti-legge per timore del Parlamento, non è più questione di necessità, ma di opportunità politica”²³⁶; e tutto questo “non diviene mai diritto”²³⁷. In questo frangente, dunque, “la facoltà nel Governo di sovrapporsi alla Costituzione sarebbe il diritto al colpo di Stato, il quale farebbe esatto riscontro a quel diritto di rivoluzione sulla costituzionalità del quale si compiacciono di dissertare alcuni moderni pubblicisti”²³⁸ e il cui spettro – che notoriamente si aggira(va) per l’Europa – viene paradossalmente invocato proprio per giustificare il ricorso all’istituto in questione.

Da tale critica, per superarla, muovono dunque altri autori, i quali parimenti pervengono, pur con limiti e cautele meglio definiti, a legittimare in questo campo l’intervento del Governo. Secondo L. Rossi, ad esempio, “ci sono... le leggi positive, ma c’è una *legge suprema* avanti a tutte, di fronte alla quale tutte devono cedere, la conservazione dello Stato. È questa la *lex legum*, derivante dai principî fondamentali del diritto, superiore quindi allo Statuto, superiore allo Stato stesso, perché necessaria in ogni tempo. In ogni luogo, sempre, e perché sta nella natura delle cose, sia che un foglio di carta l’ammetta o pretestuosamente la disconosca”²³⁹. Tale legge è, per l’appunto, la necessità, che può comportare, però, il solo ricorso allo stato di assedio – quale misura “non... *incostituzionale*, ma *estracostituzionale*, derivando da una condizione giuridica *supercostituzionale*, cioè da una condizione straordinaria di diritto, determinata dalla necessità d’autoconservazione dello Stato”²⁴⁰ – ma non già legittimare il Governo ad adottare liberamente atti normativi di rango primario. Secondo questo autore, infatti, “lo stato d’assedio è determinato da un *jus necessitatis* temporaneo, appunto, com’è temporanea la necessità eccezionale, e temporanee sono le sue norme, quindi di competenza dell’Esecutivo; il decreto-legge invece è determinato da una condizione di cose permanente che dura indefinitamente, e permanenti e continue sono le sue norme, quindi di competenza del Legislativo”²⁴¹.

Tuttavia, anche nella prospettiva di L. Rossi e analogamente ad altri autori pur da questi criticati (*supra*, nt. 211), “il *jus necessitatis* costituisce più che un diritto una temporanea condizione di fatto”²⁴², da ciò conseguendo l’intima precarietà della disciplina eventualmente adottata e l’insuscettibilità per il Governo di dover richiedere sia un *bill* di indennità²⁴³ sia un voto di conversione in legge: si ripete,

²³⁴ Così, successivamente, anche F. Rovelli, *Sulla legittimità*, cit., nt. 126, 568.

²³⁵ G. D’Amario, *L’ordinanza*, cit. nt. 1, 68-69; negli stessi termini, L. Mortara, *Commentario*, cit., nt. 43, I, 92, per il quale, dunque, tale urgenza è “quasi impossibile a immaginare ed esemplificare”.

²³⁶ F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., nt. 40, 200; in caso di vera impossibilità di procedere ad una convocazione delle Camere, tale autore consente, in ogni caso, il ricorso alla decretazione governativa di urgenza, con susseguente adozione di un *bill* di indennità (ivi, 201).

²³⁷ F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., nt. 40, 200.

²³⁸ U. Galeotti, *Facoltà*, cit., nt. 77, 174; analogamente, L. Lucchini, *Il decreto-legge*, cit., nt. 81, 140; C. Lessona, *La legalità*, cit., nt. 126, 49.

²³⁹ L. Rossi, *Lo stato*, cit., nt. 76, 91-92.

²⁴⁰ L. Rossi, *Lo stato*, cit., nt. 76, 120-121.

²⁴¹ L. Rossi, *Il decreto-legge*, cit., nt. 6, 526.

²⁴² L. Rossi, *Il decreto-legge*, cit., nt. 6, 527.

²⁴³ Cfr. altresì, sul punto, tra i molti, L. Rossi, *Lo stato*, cit., nt. 76, 107 ss.; O. Ranelletti, *La polizia*, cit., nt. 76, 1207; M. Siotto Pintor, *Lo stato*, cit., nt. 76, 9; appare notevole come la questione dell’intervento del Parlamento attraverso l’adozione di un *bill* di indennità venga riproposta, per negarne la possibilità, da G. Codacci Pisanelli nell’Assemblea costituente (seduta pomeridiana del 16.10.1947, ried. in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea costituente*, Roma, 1970, IV, 3329-3330); sulle posizioni di tale autore, si rinvia a A. Tarantino, *Necessità e decreto-legge nell’Assemblea costituente*, in *Scritti in onore di Giuseppe Codacci-Pisanelli*, Milano, 1986, I, 34 ss.; A.W. Pankiewicz, *Codacci-Pisanelli e la Costituente*, Napoli, 1995, 37 ss.; si aggiunga solo che non sono mancati studiosi dell’età repubblicana che hanno continuato, nei loro lavori, a fare riferimento alla possibile approvazione parlamentare di tali *bill* di indennità (ad esempio, F. Cuocolo, *Gli atti dello Stato aventi “forza di*

infatti – con una distinzione che ricorda quella coeva, propria della dottrina germanica del tempo, tra *Gesetze* e *Maßnahmen*²⁴⁴ – che “l’Esecutivo potrebbe fucilare, ma non far una legge stabile sulla fucilazione; può sospendere temporaneamente la legge, con un estremo provvedimento di *governo*, ma non può sostituirla un’altra normale, con un provvedimento essenzialmente *legislativo*”²⁴⁵.

Tale ricostruzione, com’è evidente, può soddisfare solo a metà quanti sostengono complessivamente e compiutamente l’ammissibilità della decretazione governativa di urgenza. È S. Romano, più di tutti, a rilevare come “tutte queste espressioni fuggevoli non abbiano spesso una compiuta determinazione, non precisino in che senso si debba ammettere un diritto di necessità (diritto subiettivo? diritto obiettivo?) e non siano usufruite per la delineazione di una vera teoria”²⁴⁶. Tale è, dunque, l’esplicito proposito della ricostruzione romaniana *in subiecta materia*: la costruzione, per l’appunto, di una *vera teoria*, capace di (im)porsi sul piano dottrinario e, ad un tempo, di “coprire” la prassi e la giurisprudenza passata e legittimare quelle future. Anche secondo tale autore, dunque, la necessità non si atteggia a “fatto ‘nudo’ ”²⁴⁷, a mero “stato di fatto al quale il diritto obiettivo che sorge implicitamente o esplicitamente dalle *leggi*, dal nostro diritto scritto, attribuirebbe alcuni effetti”²⁴⁸. Tuttavia – ed è questo l’aspetto centrale – essa si “fa legge... costituisce essa medesima una vera e propria fonte del diritto”²⁴⁹, ancorché “pur sempre [una] fonte *extra ordinem*”²⁵⁰ o, per meglio dire, di “diritto non scritto”²⁵¹. Lo stato di necessità, dunque, si trasforma in “necessità di Stato”²⁵², anzi è “l’anima’ dello Stato, in quanto esso esplica tutta la propria forza d’imperio non più circoscritta e condizionata da freni, garanzie e limiti esterni”²⁵³, incarna “lo Stato stesso, se si vuol sintetizzare”²⁵⁴. Al pari della consuetudine, dunque – che pure, lo si è visto, comincia da taluno ad essere evocata – essa viene concepita come un elemento “ontologico”²⁵⁵ del diritto e “si concreta, non come un’esigenza della ragione, ma come un comando del tutto pratico, e, sopra tutto, si traduce in istituti e norme che vengono fatti valere dagli organi statuali”²⁵⁶. Tuttavia, a differenza di quella, la necessità è “sempre urgente e impellente”²⁵⁷ ed assume –

legge”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1961, 172-173; F. Modugno e D. Nocilla, *Stato*, cit., nt. 62, 280; C. Mortati, *Istituzioni*, cit., nt. 61, II, 714; F. Modugno e D. Nocilla, *Problemi*, cit., nt. 62, 545, nt. 22; G. de Vergottini, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza*, in *Forme di stato e forme di governo*, a cura di M. Galizia, Milano, 2007, 497).

²⁴⁴ Su cui si rinvia, per tutti, alle considerazioni svolte da C. Schmitt, *Verfassungslehre*, [1928], trad. it., *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, 189 ss.

²⁴⁵ L. Rossi, *Il decreto-legge*, cit., nt. 6, 526; il punto pare colto altresì da C. Esposito, *La validità delle leggi*, [1934], rist. Milano, 1964, 138, nt. 202.

²⁴⁶ S. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 364, nt. 16, il quale ammette che “non mancano di un interessante significato”.

²⁴⁷ A. Cardone, *La “normalizzazione”*, cit., nt. 94, 106, il quale parla, per contro, a proposito della ricostruzione romaniana, della necessità quale “fattore di produzione nomopoietica, la cui capacità *ingenerativa* getta un ponte tra la dimensione della attualità e quella della normatività” (ivi, 107).

²⁴⁸ S. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 354.

²⁴⁹ S. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 362; così anche Id., *Saggio*, cit., nt. 190, 82; Id., *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, [1902], rist. in Id., *Scritti minori*, cit., nt. 19, I, 151; Id., *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, [1902], rist., ivi, 195, ove si legge che “la necessità... non è un presupposto della *regula iuris*, ma è essa stessa diritto, nel senso che questo è un suo prodotto immediato e, per dir così, di primo grado”; M. Siotto Pintor, *Lo stato*, cit., nt. 76, 7; E. Crosa, *La monarchia*, cit., nt. 76, 242; S. Romano, *Principii*, cit., nt. 200, 280.

²⁵⁰ G. Pitruzzella, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, 24.

²⁵¹ Così, ancora successivamente, S. Romano, *Principii*, cit., nt. 200, 280.

²⁵² L. Degli Occhi, *Lo stato*, cit., nt. 225, 67-68.

²⁵³ P.G. Grasso, *Necessità (stato di) - d) diritto pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1977, XXVII, 867.

²⁵⁴ G.B. Klein, *Alcune considerazioni*, cit., nt. 74, 5; tale interpretazione porta, successivamente, alcuni autori a configurare la necessità non come una fonte del diritto, ma come un “principio generale dell’ordinamento giuridico” (F. Franchini, *Lo stato di necessità nel diritto costituzionale*, Roma, 1943, 116; analogamente, F. Franchini, *Sullo stato*, cit., nt. 22, 32).

²⁵⁵ M. La Torre, *La fine*, cit., nt. 86, 113, “nel senso che nel diritto vi sia un fondamento primigenio che rinvia allo stato di necessità” (*ibidem*).

²⁵⁶ S. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 363.

²⁵⁷ S. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 363.

con espressione che anticipa, in tutta evidenza, la successiva teoria dell'istituzione²⁵⁸ – il “carattere di una manifestazione diretta delle forze sociali”²⁵⁹.

Alla luce di questo quadro teorico di riferimento, appare dunque del tutto coerente la qualificazione da parte di S. Romano della decretazione governativa di urgenza e, nello specifico, della proclamazione dello stato di assedio quale “provvedimento contrario alla legge, diciamo pure illegale, ma nello stesso tempo conforme al diritto positivo non scritto, e perciò giuridico e costituzionale”²⁶⁰. La frase riecheggia, non sappiamo quanto consapevolmente, il discorso fatto da Carlo Luigi Napoleone Bonaparte – non ancora Napoleone III – al momento della presentazione dei risultati dei voti resi sul progetto di plebiscito il 31.12.1851: “io non era uscito dalla legalità che per rientrare nel diritto”²⁶¹. In questo senso, è stato notato che “la necessità è una forza fattuale che entra, per così dire, senza autorizzazioni dall'alto nel territorio del giuridico e che è già intimamente giuridica in grazia della propria effettività”²⁶². E proprio tale suo intimo carattere, (sconvenientemente) “rivoluzionario”²⁶³, viene però denunciato dagli avversari di una siffatta ricostruzione, la quale “sarebbe, se reggesse, il vero e proprio funerale di prima classe dell'ordinamento giuridico positivo”²⁶⁴.

Appare tuttavia avventato – oltre che antistorico, ad avviso di chi scrive – rinvenire nella concezione romaniana, quale dato prevalente, il “rifiut[io di una] concezione legalistica e stalistica del diritto”²⁶⁵, ovvero l'enfaticizzazione di una posizione giusrealistica²⁶⁶, ovvero, ancora, l'esaltazione del dualismo tra diritto e legge²⁶⁷. Ciascuno di tali profili, seppur indubbiamente presente nel pensiero di questo autore, appare però recessivo, come risulta evidente considerando a tutto tondo il movimento di chiusura del ragionamento aperto al fine di legittimare il ricorso alla decretazione governativa di urgenza. L'autore in questione, infatti, sottolinea senza riserve la parimenti necessaria “conversione in legge”²⁶⁸ dei decreti così adottati, al fine di farli “rientrare” appieno nella legalità e far sì che “l'eccezione venga meno e la regola ripigli il suo sopravvento”²⁶⁹. In tal modo, dunque, l'intero sistema giusgenerativo torna al suo luogo centrale di produzione, al Parlamento; e ciò consente, com'è stato detto, “d'individuare un limite giuridico alla sovranità statale, tale da potersi dire ad essa *intrinseco*, in certo senso espressione esso medesimo di sovranità, e non già di un diritto naturale erroneamente concepito come diritto ‘superiore’, preesistente allo Stato medesimo”²⁷⁰.

²⁵⁸ Ci si riferisce, naturalmente, a S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, II ed., rist., Firenze, 1951, spec. 35 ss.

²⁵⁹ S. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 363.

²⁶⁰ S. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 364; analogamente, già G. Arcoleo, in *AP Camera*, XVIII legislatura, 3.3.1894, 6893-6894; nonché A. Criscuoli, *La delegazione del potere legislativo nel moderno costituzionalismo*, Napoli, s.d. [ma 1910], 254-255; G. Arangio Ruiz, *Istituzioni*, cit., nt. 85, 582; E. Crosa, *La competenza*, cit., nt. 196, 96; Id., *La monarchia*, cit., nt. 76, 244; per questo aspetto, cfr. altresì le considerazioni svolte da H. Gmelin, *Über den Umfang*, cit., nt. 192, 91; E. Crosa, *I decreti legge e la riforma dell'anno XVII*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1940, I, 69; è notevole come questa impostazione venga ripresa testualmente da C. Mortati, *Istituzioni*, cit., nt. 61, II, 714, il quale parla dell'eventualità di un decreto-legge *extra ordinem* come di un fatto “da ritenere ‘illegale’, ma ‘non antiggiuridico’, perché legittimato da una fonte che prevale sulla legge”.

²⁶¹ Napoléon III, *Présentation du résultat des votes émis sur le projet de plébiscite*, [1851], trad. it., *Presentazione del risultato dei voti emessi sul progetto di plebiscito*, in Id., *Opere politiche*, Firenze, 1858, II, 28.

²⁶² P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, Milano, 2000, 115-116.

²⁶³ E.A. Porro, *Sul R. decreto*, cit., nt. 39, 787.

²⁶⁴ M. Siotto Pintor, *Correnti*, cit., nt. 169, 20; è da notarsi come un'argomentazione analoga sia ripresa, tra gli altri, in epoca repubblicana da G.U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (Diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1965, XII, 99, per il quale “ammettere la fonte necessità accanto alla fonte Costituzione significherebbe sostenere che la prima e non la seconda è la legge fondamentale dell'ordinamento”.

²⁶⁵ F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, III ed., Milano, 1988, 200.

²⁶⁶ Così, secondo A. Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, II ed., Milano, 1980, 13 ss.

²⁶⁷ Così, ancora, G. Cianferotti, *Gli scritti giovanili di Federico Cammeo*, in *Quaderni fiorentini*, 1993, 162 ss.

²⁶⁸ S. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 369; cfr. altresì, per una posizione analoga, A. Majorana, *Lo stato*, cit., nt. 196, 130; V. Miceli, *Incostituzionalità*, cit., nt. 196, 769.

²⁶⁹ S. Romano, *Saggio*, cit., nt. 190, 85; sul punto, cfr. anche le considerazioni svolte da V. Angiolini, *Necessità*, cit., nt. 210, 156; G. Pitruzzella, *La legge*, cit., nt. 250, 30.

²⁷⁰ Maurizio Fioravanti, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano*, [1981], rist. “Stato giuridico” e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano, in Id., *La scienza del diritto pubblico*, Milano, 2001, I, 315.

Tale considerazione, tuttavia, se di certo riallinea su di un asse statualista la riflessione di S. Romano in tema di decretazione governativa di urgenza più di quanto si suole pensare, toglie forza al carattere, proprio della necessità, di *innata vis*, di “possanza mistica, che deriva da sorgenti metagiuridiche e per cui la salvezza dello Stato è la legge delle leggi, il presupposto delle leggi”²⁷¹. Anche a questo riguardo, infatti, accanto a critiche negatrici, che vedono nella necessità nient’altro che una “creazione artificiale senza alcuna consistenza di principio scientifico”²⁷², una “soluzion[e] pseudo giuridic[a] di problemi che esorbitano dai confini dell’ordinamento giuridico positivo”²⁷³, un richiamo alla “famosa *ragion di Stato* de’ regimi antichi”²⁷⁴, un paralogismo in cui si “confonde il razionale col reale, l’ideale col positivo”²⁷⁵ e – si potrebbe aggiungere, ricordando la riflessione kantiana – una “contraddizione del diritto con se stesso”²⁷⁶, con la conseguenza che “nel regime costituzionale siffatti residui dell’assolutismo sono interamente fuori di proposito”²⁷⁷; accanto a tutto questo, si diceva, proprio l’enfasi posta sull’indefettibilità della legge di conversione appare contraddittoria rispetto all’assunto di partenza, per cui la necessità sarebbe la sola fonte di legittimità (e di legittimazione) della decretazione governativa di urgenza: “nella legge di approvazione o ratifica o conversione sarebbe, così riposto l’esclusivo criterio di conoscenza della giuridicità non soltanto delle norme formulate dal decreto-legge, ma, prima ancora, della stessa norma sulla produzione giuridica (o di competenza governativa) creata dalla necessità”²⁷⁸, riducendo così il tanto decantato decreto-legge ad una mera “*spes fontis*”²⁷⁹.

A ciò deve poi aggiungersi, per completezza, la critica di chi, pur ammettendo il ricorso all’*argumentum* della necessità, denuncia il salto logico per cui da essa discenderebbe *de plano* una competenza in capo al solo Esecutivo, senza ulteriori ricerche di “quello degli organi che, secondo un singolo ordinamento, è da considerare come supremo”²⁸⁰. In senso contrario, viene retrospettivamente sottolineato da C. Mortati, proprio con riferimento all’ordinamento prefascista, che “nel regime parlamentare... poiché l’organo supremo è la Camera elettiva, non può riconoscersi al potere esecutivo né un diritto proprio, né necessariamente un potere delegato a emettere ordinanze di urgenza”²⁸¹. Da parte di altri, poi, si rimarca parimenti come, pur riconoscendosi l’inalterata vigenza dei decreti-legge, la contestuale e necessaria previsione della legge di conversione lasci comunque un ampio margine di incertezza, con il rischio sempre presente, *in medio tempore*, di ragionare “in forza di presunzioni, delle quali l’una sarà in favore della condizione di diritto durata sino a quel momento, l’altra in favore della modificazione al diritto”²⁸². E quest’ultima considerazione pare trascinare con sé l’altra, sostanzialmente irrisolta – lo si è detto – dell’ammissibilità e, se del caso, della consistenza di un eventuale sindacato dell’autorità giudiziaria. S. Romano pare ammetterlo – probabilmente anche per cercare di ricondurre a sistema le cospicue oscillazioni della giurisprudenza di legittimità – pur lasciandolo sullo sfondo, in una

²⁷¹ V.E. Orlando, *Ancora*, cit., nt. 53, 341.

²⁷² U. Galeotti, *Facoltà*, cit., nt. 77, 174.

²⁷³ M. Siotto Pintor, *Correnti*, cit., nt. 169, 8.

²⁷⁴ C. Caristia, *La legge*, cit., nt. 13, 261; analogamente, C. Lessona, *La legalità*, cit., nt. 126, 49; appare notevole come un riferimento, quale “fonte del diritto”, alla “Ragion di stato che... è la realtà oggettiva di una società politica che, in quanto effettivamente esistente, persegue, con tutti i mezzi che reputa idonei, quindi, anche con mezzi non legali, il fine della propria conservazione” sia contenuto, ancora in tempi recenti, ad esempio, in M. Bertolissi e R. Meneghelli, *Lezioni di diritto pubblico generale*, II ed., Torino, 1996, 130; sulla categoria politica della *Staatsräson*, si vedano le fondamentali pagine di M. Meinecke, *Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte*, [1924], trad. it., *L’idea della ragion di Stato nella storia moderna*, Firenze, 1977, 1 ss.

²⁷⁵ C. Esposito, *Decreto*, cit., nt. 62, 834; in termini critici, cfr. altresì P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, XV ed., Napoli, 1989, 567.

²⁷⁶ I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, [1797], trad. it. *Principi metafisici della dottrina del diritto*, rist. in Id., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, 1956, 412, per il quale “non vi può essere nessuna necessità che possa rendere legittimo ciò che è ingiusto” (*ibidem*).

²⁷⁷ F. Racioppi e I. Brunelli, *Commento*, cit., nt. 56, I, 280.

²⁷⁸ Così T. Perassi, *Necessità*, cit., nt. 28, 208.

²⁷⁹ Per tale terminologia, si veda, da ultimo, M. Pedrazza Gorlero, *Le fonti dell’ordinamento repubblicano*, Milano, 2010, 114.

²⁸⁰ C. Mortati, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, [1931], rist. Milano, 2000, 135.

²⁸¹ C. Mortati, *L’ordinamento*, cit., nt. 280, 136.

²⁸² G. Vacchelli, *La difesa*, cit., nt. 75, 236; *contra*, sul punto specifico, però, O. Ranelletti, *La polizia*, cit., nt. 76, 1178-1179.

posizione, per così dire, liminare, con riferimento a quei soli casi in cui “l’atto qualificato come un decreto di necessità contenga nei suoi stessi elementi intrinseci e obbiettivi quanto può bastare al magistrato per accertare che sulla necessità effettivamente non si fonda”²⁸³. Tuttavia, un siffatto orientamento lascia senza risposta l’obiezione già formulata, al riguardo, per cui “il controllo sui decreti-legge dev’essere di natura così fatta da poterne paralizzare completamente il vigore, o non deve ammettersi affatto”²⁸⁴.

In definitiva, al di là di ogni disquisizione di allora o di là da venire, appare chiaro, in ciascuna e nell’insieme di tali posizioni favorevoli alla decretazione governativa di urgenza, il tentativo tutto interno all’ideologia tardoliberale di tenere insieme, di “salvare” ad un tempo lo stato di assedio²⁸⁵ e le guarentigie costituzionali²⁸⁶, di mantenere la potestà normativa primaria del Governo e la forma di governo a tendenza parlamentare, limitando *quam maxime* l’ambito di operatività dei decreti-legge, ma senza mai negarne, in tesi e soprattutto nella pratica, la proponibilità. In questo senso, si cerca di circoscriverne i casi ad atti politicamente significativi²⁸⁷; li si confina in quei soli momenti in cui il Parlamento non è riunito²⁸⁸; se ne stabilisce la decadenza al termine della sessione parlamentare²⁸⁹; si propone l’istituzione di un parere obbligatorio del Consiglio di Stato²⁹⁰; si auspicano più incisive forme di controllo preventivo, *in primis* quel sindacato “costituzionale”²⁹¹ della Corte dei conti – “la più rigida custode della legalità”²⁹² – già allora facilmente e sistematicamente nullificato attraverso l’istituto della registrazione con riserva²⁹³ e la speculare “completa indifferenza”²⁹⁴ del Parlamento²⁹⁵; si richiede,

²⁸³ S. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., nt. 19, 375; cfr. anche F. Filomusi Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, VII ed., Napoli, 1917, 89 ss.; E. Crosa, *La monarchia*, cit., nt. 76, 249 ss.

²⁸⁴ L. Mortara, *Commentario*, cit., nt. 43, I, 95.

²⁸⁵ G. Arangio Ruiz, *Lo stato*, cit., nt. 85, 645-646.

²⁸⁶ Secondo G. Arangio Ruiz, *Istituzioni*, cit., nt. 85, 583, infatti, è sottratta alla decretazione governativa di urgenza la disciplina de “l’ordinamento costituzionale ed amministrativo e gli istituti, gli organi che li formano, l’ordinamento delle istituzioni d’ordine pubblico e i diritti privati, i reati e le pene. [...] Tutti i diritti di libertà sono assolutamente sottratti al decreto-legge, con che non si pregiudica la questione della loro sospensione in istato di necessità”; analogamente, cfr. anche G. Arcoleo, *Diritto costituzionale*, III ed., [1907], rist. Milano, 1935, 396-397.

²⁸⁷ “Come si può tollerare che si aumenti il prezzo del sale, dei sigari, delle sigarette, che si imponga la imposta al consumo del gas e della energia elettrica, che si imponga la marca da bollo alle scatole di fiammiferi per decreto-legge?” (G. Arangio Ruiz, *Istituzioni*, cit., nt. 85, 583-584).

²⁸⁸ A. Brunialti, *Prefazione*, in T. Erskine May, *Leggi privilegi, procedura e consuetudini del Parlamento inglese*, Torino, 1888, CCXLII; Id., *Il diritto*, cit., nt. 48, II, 141; F.P. Contuzzi, *Diritto costituzionale*, III ed., Milano, 1907, 401; ma – si precisa – “cotesti atti devono essere estremamente rari, compiersi solo quando proprio non si possono convocare le Camere, essere convertiti in legge entro uno o due mesi” (A. Brunialti, *Il diritto*, cit., 152; sulla stessa lunghezza d’onda, L. Palma, *Corso di diritto costituzionale*, Firenze, 1884, II, 397; F.P. Contuzzi, *Stato*, cit., nt. 81, 229; Id., *Atti del governo*, in *Digesto italiano*, Torino, 1893-1899, IV.2, 182-183).

²⁸⁹ A. Morelli, *Il Re*, cit., nt. 222, 708; E. Crosa, *La competenza*, cit., nt. 196, 99; Id., *La monarchia*, cit., nt. 76, 248, coerentemente con l’assunto, sostenuto da tali autori, per cui il decreto-legge è un disegno di legge ad effetti anticipati (*supra*, nt. 222).

²⁹⁰ In questo senso, A.G. Fontanive, *Teoria*, cit., nt. 51, 179.

²⁹¹ Si legge, in proposito, nella relazione al d.d.l. n. 129-C, destinato a diventare la l. 14.8.1862, n. 800, relativa all’istituzione della Corte dei conti, che essa “non è... né amministrativa, né giudiziaria; ma si attiene all’ordine costituzionale con istituto di vigilanza e di sindacato a servizio ed a lume del giudice vero e supremo, vale a dire del Parlamento” (M. Martinelli, *Relazione della Commissione al d.d.l. n. 129-C*, in *AP Camera*, VIII legislatura, 25.6.1862, 32-33).

²⁹² L. Lucchini, *Nota*, cit., nt. 169, 471, il quale aggiunge come ciò gli appaia vivamente “singolare” (*ibidem*).

²⁹³ Sulla cui applicazione si rinvia a A. Rossini, *Il riscontro parlamentare sulle registrazioni con riserva*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1914, I, 328 ss.; secondo quanto rimarcato da A. Brunialti, *La indebita ingerenza del potere esecutivo nella legislazione e le funzioni costituzionali della Corte dei Conti*, in *La giustizia amministrativa*, 1896, IV, 42, in particolare, “il massimo controllo posto dalla Costituzione e dalla legge all’azione del potere esecutivo, la Corte dei Conti, scompare affatto coi due istituti della registrazione con riserva e dei decreti-legge” e, conseguentemente, se si abolisse l’istituto della registrazione con riserva, i decreti-legge “tornerebbero al limbo da cui sono malamente usciti” (ivi, 45); il punto è poi ripreso, diffusamente, da A.G. Fontanive, *Teoria*, cit., nt. 51, 158 ss.; R. Cerciello, *L’ammisibilità*, cit., nt. 126, 496, secondo il quale “basterebbe estendere i poteri che la Corte dei Conti ha in materia di controllo della legittimità dei decreti governativi, sia pure che si volessero porre delle maggiori garanzie. Anziché ammettere che, nonostante il rifiuto della Corte, un decreto possa registrarsi con riserva, dietro l’esame che del provvedimento abbia fatto il Consiglio dei Ministri, bisognerebbe disporre invece che, ogni qualvolta la Corte rifiuti il visto per illegalità del decreto, esso non possa andare eseguito se non che sia stato preso in esame e

infine, da parte di chi pure mostra una sincera avversione alla progressiva parlamentarizzazione della vita politica²⁹⁶, “la introduzione di riforme nel regolamento della Camera che valgano ad assicurare nei casi di necessità e di urgenza la sollecita risoluzione delle questioni sottoposte al giudizio del Parlamento dal Governo, nonostante qualunque più fiera opposizione delle minoranze, e pur rispettando in queste ogni uso ragionevole della libera discussione”²⁹⁷.

Da ciascuna di tali proposte, singolarmente intese o complessivamente considerate, lo si ripete, traspare però chiara la contraddizione – che prorompe negli anni successivi alla guerra mondiale – per cui “vi è gente a cui non par di meritare la dignitosa qualifica di ‘amici dell’ordine’ se non mostrandosi solleciti di ripudiare e scomunicare ogni manifestazione d’idee liberali”²⁹⁸; e, con ciò, la connessa consapevolezza, senza infingimenti di sorta, che “gli stessi atti... se vengono dall’alto si chiamano *decreti-legge* o *registrazioni con riserva*, quando venissero invece dal basso si potrebbero chiamare, dai nemici delle istituzioni, *insurrezioni-plebisciti* od *argini-barricate*”²⁹⁹. Allorquando, poi, V.E. Orlando scrive con la consueta e provocatoria ironia che “l’unica differenza fra un decreto eventualmente illegale ed un decreto legge sta in ciò: che questo secondo confessa e proclama di essere illegale!”³⁰⁰, si è già con un piede nel regime fascista.

3. L’*“inflazione”* dei decreti-legge

3.1. Vicende della decretazione governativa di urgenza nella pratica costituzionale dalla Prima guerra mondiale al consolidamento del regime fascista

Al di là delle più varie interpretazioni storiografiche, non vi è dubbio che lo scoppio della Prima guerra mondiale costituisca, nel luglio del 1914 e dieci mesi dopo per l’Italia, un vero e proprio spartiacque per la storia politica, sociale, istituzionale anche del nostro Paese³⁰¹, una “grande officina

giudicato favorevolmente dalle Camere, all’uopo e per i singoli provvedimenti interpellate dal Governo. Così all’effimero controllo, che con la trasmissione quindicinale degli elenchi dei decreti registrati con riserva viene dal Parlamento fatto dopoché il provvedimento del Governo è stato eseguito, si sostituirebbe un sistema di efficaci freni agli arbitrii, dei quali si impedirebbe in tempo l’attuazione”; sul punto, cfr. altresì L. Luzzatti, *Decreti-legge inimmaginabili eppure emanati!*, in *Corriere della Sera*, 8.3.1922, 1, il quale si chiede, a proposito di un decreto-legge in tema di bilancio, se sia “lecita la registrazione con riserva di atti fondamentalmente, essenzialmente incostituzionali... Immaginiamo il caso impossibile che un Ministero chiedesse di registrare alla Corte con riserva l’abolizione dello Statuto o di alcuni articoli del sacro patto. La Corte dei Conti registrerebbe con riserva?”.

²⁹⁴ Così, per tutti, P. Saitta, *Corte dei conti e controllo preventivo di legittimità sui decreti presidenziali*, Milano, 1979, 39, il quale ricorda, altresì, che il Governo soleva richiedere anticipatamente alla Corte dei conti la registrazione con riserva dei decreti-legge, al fine di rendere il controllo quanto più celere possibile e l’atto subito vigente (ivi, 43-44); in tal modo, “la ‘registrazione con riserva’ veniva... eretta a sistema, costituendo quasi una modalità coesistente all’esistere dello stesso decreto-legge. Questo peculiare modo di procedere aveva però... una giustificazione pratica ben solida: essendo il decreto-legge, in mancanza di qualsiasi fondamento normativo, un atto per sua stessa natura illegittimo, non avrebbe avuto alcun senso attendere l’immane rifiuto del visto di legittimità della Corte dei conti, anziché richiedere, anticipatamente, quello con riserva” (ivi, 44, nt. 65).

²⁹⁵ Si è utilmente aggiunto, in proposito, che proprio la registrazione con riserva da parte della Corte dei conti ha consentito alle Camere almeno di “conoscere con esattezza quali e quanti decreti-legge il Governo avesse adottato e dovesse quindi presentar loro” (P. Saitta, *Corte*, cit., nt. 294, 45, nt. 65).

²⁹⁶ Si veda, naturalmente, S. Sonnino, *Torniamo allo statuto*, in *Nuova antologia*, 1897, LXVII, 9-10, ad avviso del quale “ogni giorno si fa più viva in tutti la coscienza della fondamentale verità, che la semplice riunione, il cumulo degli interessi particolari, sia pure rappresentati da tanti singoli aggruppamenti a base territoriale (collegi elettorali), non ci dà l’impressione sincera dell’interesse generale della Nazione, né ci fornisce gli elementi sufficienti per tutelarla e garantirla”.

²⁹⁷ S. Sonnino, *I decreti-legge e il regolamento della Camera*, in *Nuova antologia*, 1899, LXXXIV, 302.

²⁹⁸ L. Mortara, *Commentario al codice di procedura civile*, V ed., Milano, 1923, I, 109-110.

²⁹⁹ A. Brunialti, *La indebita ingerenza*, cit., nt. 293, 46.

³⁰⁰ V.E. Orlando, *Ancora*, cit., nt. 53, 348.

³⁰¹ Ciò, tra l’altro, secondo la suggestiva e convincente ricostruzione storiografica di E.J. Hobsbawm, *Ages of Extremes. The Short Twentieth Century*, [1994], trad. it., *Il secolo breve*, Milano, 1997, 17-18; fondamentale, con riferimento alla vicenda italiana, è l’interpretazione dei tumulti di piazza del maggio 1915 (il “radiosommaggismo”, per l’appunto) data da L. Salvatorelli, *Radiosommaggismo*, [1920], rist. in Id., *Nazionalfascismo*, Torino, 1977, 26-27, come spartiacque della storia, anche costituzionale,

nella quale forgiare e plasmare forme nuove e più adatte a contenere le spinte prodotte da uomini e società che si lasciavano per sempre alle loro spalle la mentalità e i paradigmi dominanti il secolo precedente”³⁰². Certo, come si è già detto, anche prima del conflitto in questione non manca una “caterva di decreti-legge”³⁰³, reputati per maggioritaria, se non *communis opinio* immeritevoli di tale qualificazione e problematici in punto di diritto costituzionale. Tuttavia, l’approvazione da parte del Parlamento della l. 21.3.1915, n. 273 – il cui art. 11 riconosce la “facoltà al Governo di stabilire le norme da osservarsi... nelle materie che concernono la difesa militare dello Stato” – e poi, soprattutto, della l. 22.5.1915, n. 671, attributiva sempre all’Esecutivo dei “poteri straordinari” per tutta la durata della guerra, segna effettivamente un mutamento di paradigma nell’intero sistema degli atti normativi del tempo e, dietro di esso, una brusca interruzione della parlamentarizzazione della forma di governo dell’ordinamento statutario. Com’è stato detto, infatti, “l’assunzione da parte dell’esecutivo per un così lungo periodo della funzione legislativa grazie ai pieni poteri diffondeva nella nazione ancor più fortemente che per il passato la sensazione che lo Stato, nella sua sovranità e nelle sue attribuzioni, potesse confondersi con l’esecutivo, abituando così il paese a sottovalutare istituti e strumenti giuridici posti, almeno formalmente, a garanzia delle libertà”³⁰⁴; e, per questa via, si giunge persino a qualificare la situazione di anteguerra, proprio con riferimento al fenomeno divenuto ormai fuori controllo della decretazione governativa di urgenza, come un’*“età dell’oro e... d’argento della nostra vita costituzionale”*³⁰⁵.

D’altro canto, appare notevole come l’uso particolarmente lato da parte dell’Esecutivo dei pieni poteri³⁰⁶ non valga a limitare il ricorso di tale organo ai decreti-legge; e una simile circostanza attesta, se si vuole, il carattere più straordinario ancora di questi ultimi rispetto ai primi³⁰⁷. Come osservato retrospettivamente dalla dottrina, infatti, l’esercizio dei poteri straordinari, da un lato, e il ricorso alla decretazione di urgenza, dall’altro, si sarebbero sviluppati su due binari, per così dire, paralleli, posto che il Governo decide di “ricorrere all’esercizio dei poteri straordinari pei provvedimenti imposti dalle necessità della guerra e come questa transitori, di servirsi del decreto-legge per quegli altri, che trovassero bensì irresistibile impulso in improrogabili necessità del periodo di guerra, ma che, o per l’impossibilità di essere attuati in presente senza un ulteriore lungo periodo di vigore successivo o per la ritenuta opportunità di congegnarli a modo da farli valere anche per un avvenire meno prossimo, si presentassero come necessariamente eccedenti di gran lunga le contingenze della guerra”³⁰⁸. Il risultato complessivo, come si può ben comprendere, si presenta a chi approfondisce la questione come un

italiana: “il giorno che fu lecito e glorioso assaltare il Parlamento e violentare le decisioni della rappresentanza nazionale, calunniare atrocemente un ex presidente del consiglio, cugino del re, tramarne l’uccisione e vantarsene, imporre con le dimostrazioni di strada ai poteri responsabili decisioni di vita o di morte per la nazione, quel giorno le tendenze anarchiche, ferocemente abbarbicate nei bassifondi dell’anima italiana, furono d’un tratto portate in trionfo, alla luce del sole, e consacrate ufficialmente come metodo di lotta politica e strumento di governo”; e poi ancora: “le giornate dell’ottobre 1922... sono la conclusione logica delle giornate del maggio 1915; e questi sette anni costituiscono, nella storia d’Italia, un periodo unitario” (Id., *La vittoria del quinto Stato*, [1922], ivi, 82).

³⁰² C. Latini, *Governare l'emergenza*, Milano, 2005, 10; nonché Id., *Il governo legislatore*, in *Il governo dell'emergenza*, Roma, 2007, 207 ss.

³⁰³ A.G. Fontanive, *Teoria*, cit., nt. 51, 50.

³⁰⁴ C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia*, VII ed., Roma-Bari, 2010, 325, il quale riprende quanto sostenuto da S. Trentin, *Les Transformations récentes du droit public italien*, [1929], trad. it., *Dallo Statuto albertino al regime fascista*, Venezia, 1983, 38; ma il tema è svolto, ad esempio, anche da G. Giolitti, *Memorie della mia vita*, III ed., Milano, 1945, 557, secondo il quale “quattro anni di pieni poteri governativi avevano di fatto soppressa l’azione del Parlamento italiano, in un modo che non aveva avuto riscontro negli altri Stati alleati”; nella riflessione giuridica, si veda, specialmente, F. Vassalli, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, [1919], rist. in Id., *Studi giuridici*, Milano, 1960, II, 339, il quale riconosce che “la guerra, a questo riguardo, ha attuato silenziosamente una grande rivoluzione”.

³⁰⁵ L. Luzzatti, *Decreti-legge*, cit., nt. 293, 1.

³⁰⁶ È di un autore straniero, peraltro, l’osservazione che “l’opinion publique italienne et l’avis des juristes n’ont pas été sévères pour l’usage que le Gouvernement italien a fait de ses pleins pouvoirs” (G. Jèze, *L’Exécutif en temps de guerre*, Paris, 1917, 52).

³⁰⁷ P. Pinna, *L'emergenza*, cit., nt. 62, 34.

³⁰⁸ S. Galgano, *Contributi alla dottrina delle delegazioni legislative*, in *Rivista di diritto civile*, 1920, 46.

“groviglio gordiano di regole che a sua volta rimanda a soluzioni eccezionali”³⁰⁹, tutte frutto, però, del medesimo “legislatore motorizzato”³¹⁰, il Governo.

Al riguardo, le serie storiche rielaborate dai commentatori del tempo indicano “una non mai vista barabanda”³¹¹ di decreti-legge: 1 nel 1849, 21 nel 1865, 30 nel 1894, 11 nel 1909, 229 nel 1915, 1043 nel 1919, 545 nel 1920, 350 nel 1921³¹², sui quali – viene detto – “non è possibile inoltrarsi senza smarrire il senso giuridico”³¹³. In questo contesto, infatti, si nota come “non vi è quasi materia di diritto pubblico o privato, dalla quale si sia astenuto il decreto-legge. Financo numerose giurisdizioni speciali furono create in questo modo. L’approvazione dei bilanci fu lasciata al Parlamento, ma più formalmente che sostanzialmente. Fu rispettata solamente la materia elettorale nella parte più essenziale. I requisiti fondamentali di necessità e di urgenza furono posti in oblio. In qualche caso il Governo non si fermò neppure dinanzi al ridicolo, come quando, per esempio, emanò l’8 giugno 1919 un decreto-legge (n. 1028) per conferire il grado di sottotenente al direttore del Corpo musicale della Regia marina!”³¹⁴.

Non stupisce, dunque, che la questione della decretazione governativa di urgenza investa in tutta la sua dimensione il Parlamento in occasione della “cosiddetta smobilitazione legislativa”³¹⁵ e diventi, tra gli anni della fine della guerra e l’approvazione della l. 31.1.1926, n. 100, “uno dei terreni di lotta tra le forze che difendevano i principi parlamentari e i fautori del nuovo regime”³¹⁶. Il dibattito si svolge in due fasi tra loro collegate, posto che i dicasteri che allora si succedono (segnatamente, il Governo Orlando fino al 1919, i Governi Nitti I e Nitti II negli anni 1919-1920, il Governo Bonomi I tra il 1921 e il 1922, i Governi Facta I e Facta II nel 1922 e poi il Governo Mussolini), con l’eccezione, forse, del Governo Giolitti V (1920-1921)³¹⁷, ricorrono tutti e massicciamente ai decreti-legge. Un primo tempo – invero anticipato da un ordine del giorno approvato dal Senato l’8.8.1919, in cui si “esprime il voto che, all’infuori di casi di assoluta ed imprescindibile necessità, non vengano costituite giurisdizioni speciali se non per legge”³¹⁸ – investe la XXV e la XXVI legislatura (cioè dalla fine del 1919 all’inizio del 1924) e si conclude senza che il Parlamento sia in grado di individuare soluzioni stabili e strutturali a tale problema. Un secondo, invece, riguarda il dibattito che porta all’approvazione della l. 31.1.1926, n. 100 e si svolge tutto all’interno, ormai, dell’insediatosi regime fascista, posto che la relativa discussione avviene interamente nella XXVII legislatura, frutto di elezioni tenute con la nuova l. 18.11.1923, n. 2444 (c.d. l. Acerbo).

La prima fase appare eccezionalmente vivace e interessante, nel presente discorso, non solo perché è attraversata, naturalmente, dall’*affaire* della c.d. marcia su Roma del 28.10.1922, che investe in pieno il

³⁰⁹ M. Surdi, *Alle fonti dell’eccezione*, in *Il governo dell’emergenza*, cit., nt. 302, 292.

³¹⁰ Secondo la brillante qualificazione proposta da C. Schmitt, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, [1958], trad. it., *La condizione della scienza giuridica europea*, in *Diritto e cultura*, 1995, 23.

³¹¹ R. Cerciello, *L’ammisibilità*, cit., nt. 126, 458; ciò costituisce “uno dei capisaldi dell’odierno ordinamento costituzionale che più di ogni altro si appalesa scosso dal turbinoso periodo bellico” (ivi, 456).

³¹² R. Cerciello, *La questione*, cit., nt. 224, 113, nt. 1; per una tabella indicativa del numero dei decreti-legge dal 1893 al 1921, si veda altresì V. Scialoja, *Relazione*, cit., nt. 95, 3 ss.; l’analisi, per esplicita ammissione dell’autore, è peraltro limitata solo ad alcune materie.

³¹³ T. Tittoni, *I rapporti tra il Parlamento e il Governo durante la guerra*, [1918], rist. in Id., *Conflitti politici e riforme costituzionali*, Bari, 1919, 16.

³¹⁴ V. Scialoja, *Relazione*, cit., nt. 95, 7; analogamente, F. D’Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 1949, I, 114, il quale ricorda come “in alcuni periodi, si può dire, in Italia non si legiferò che così: si pensi che la XXV legislatura non riuscì ad approvare una sola legge. [...] Ma si verificarono abusi enormi, con quel fatale disordine che accompagna ogni abuso: decreti legge venivano emessi a getto continuo, anche a Camere aperte, pei motivi più futili; uno ne fu emanato per promuovere un sottufficiale; due decreti legge pubblicati lo stesso giorno regolavano la stessa situazione con norme in parte contrastanti...”.

³¹⁵ Così il titolo del contributo di F. Vassalli, *Intorno alla cosiddetta smobilitazione legislativa*, [1920], rist. in Id., *Studi giuridici*, cit., nt. 304, II, 251 ss.

³¹⁶ A.M. De Cesaris, *La decretazione legislativa d’urgenza nella storia costituzionale italiana*, in *Decreto legge e suoi aspetti problematici*, Roma, 1980, 12.

³¹⁷ Così G. Venzi, *È possibile porre un freno legale all’abuso dei decreti-legge?*, in *Il foro amministrativo*, 1925, IV, 5-6.

³¹⁸ In *AP Senato*, XXIV legislatura, 8.8.1919, 5411, a seguito della discussione sulla conversione in legge del d.l.lgt. 20.11.1916, n. 1664, il cui art. 34 ha istituito il Tribunale superiore delle acque pubbliche.

tema del (mancato ricorso a) lo stato di assedio³¹⁹ – per il cui decreto ci si sarebbe voluti ispirare a quello, già citato, emanato ben ventiquattro anni prima per la Provincia di Milano (R.d. 7.5.1898, n. 147)³²⁰ – e della presa del potere da parte di B. Mussolini; ma essa fa emergere, più di tutto, alcune intime linee di contatto, di collateralità, si può dire, tra liberalismo autoritario e fascismo – per cui si è parlato, già a proposito dell’ultimo decennio dell’Ottocento, anche alla luce delle considerazioni già precedentemente svolte, di un (tentativo di) “colpo di stato della borghesia”³²¹ – entrambi accomunati dall’intento più o meno radicale di sminuire (gli uni) o degradare (gli altri) funzioni e prerogative del Parlamento. Ciò sfocia in maniera lampante nel celebre discorso tenuto il 16.11.1922 da B. Mussolini, da poche settimane Presidente del Consiglio dei ministri, innanzi alla Camera dei deputati per il voto di fiducia: “Signori, quello che io compio oggi, in questa Aula è un atto di formale deferenza verso di voi e per il quale non vi chiedo nessun attestato di speciale riconoscenza. [...] Mi sono rifiutato di

³¹⁹ Il verbale della seduta del Consiglio dei ministri, redatto dal Ministro della guerra M. Soleri, è il seguente: “il Consiglio dei Ministri delibera ad unanimità *di proporre al Re* la proclamazione dello stato di assedio ed autorizza tutti i provvedimenti per fronteggiare la situazione politica e finanziaria, conferendo ai ministri competenti le relative facoltà con ogni più ampio mandato di fiducia e delega al riguardo, perché la crisi si svolga in piena libertà di decisioni?” (Archivio centrale dello Stato, Presidenza del Consiglio dei ministri, Verbali delle adunanze, 290); se si sono riportate in corsivo le parole “di proporre al Re” è perché, nella copia manoscritta del verbale, esse compaiono sopra la riga del testo, come se fossero state aggiunte in un secondo tempo, ad esempio al momento di rileggere il verbale medesimo; e ciò appare di indubbio (ancorché indimostrabile) interesse, in punto di storia costituzionale, perché fa emergere, in tutta evidenza, l’*arrière pensée* dei componenti del Consiglio dei ministri (o quantomeno del Segretario verbalizzante), i quali hanno forse, in quel momento, la convinzione di stare essi stessi (e non il Re) decretando lo stato di assedio, come attesta altresì il seguito del periodo (“...ed autorizza tutti i provvedimenti...”) sintatticamente riferito allo stesso Consiglio dei ministri; congruente con tale assunto appare allora anche il proclama alla popolazione affisso per le vie di Roma (prima dell’effettiva sottoposizione della proposta di decreto di stato di assedio al Re): “Cittadini, manifestazioni sediziose avvengono in alcune provincie d’Italia coordinate al fine di ostacolare il normale funzionamento dei poteri dello Stato e tali da gettare il Paese nel più grave turbamento. Il Governo fino a quando era possibile ha cercato tutte le vie di conciliazione nella speranza di ricondurre la concordia negli animi e di assicurare la tranquilla soluzione della crisi. Di fronte ai tentativi insurrezionali esso, dimissionario, ha il dovere di mantenere con tutti i mezzi e a qualunque costo l’ordine. E questo dovere compirà per intero a salvaguardia dei cittadini e delle libere istituzioni costituzionali. Intanto i cittadini conservino la calma ed abbiano fiducia nelle misure di P.S. che sono state adottate. Viva l’Italia, Viva il Re” (rist. in E. Ferraris, *La Marcia su Roma veduta dal Viminale*, Roma, 1946, 102-103 e in A. Rèpaci, *La Marcia su Roma*, n. ed., Milano, 1972, 845-846); è probabile che proprio la preventiva diffusione del testo del proclama, prima dell’emanazione del relativo decreto – ma forse anche il ricordo del precedente del R.d. 7.5.1898, n. 147, da cui è scaturita la decisione di G. Bresci di uccidere Umberto I – abbia contribuito a indurre Vittorio Emanuele III a non firmarlo; in quella circostanza, secondo notizie di fonte giornalistica, “il sovrano rispose (*a Facta*): ‘Lei dimentica di avere studiato diritto costituzionale. Lei dimentica che ogni provvedimento prima di essere diramato deve essere sanzionato da me. Questa è roba da operette! Io non firmo un decreto che trovo inopportuno’ ” (*Informazione della Gazzetta del popolo di Torino*, [1922], cit. in G. Conti, *Nella battaglia contro la dittatura*, Roma, s.d., 84); comunque siano andate effettivamente le cose – e non è davvero possibile approfondirlo in questa sede – resta che la questione della (in)costituzionalità del rifiuto del Re di decretare lo stato di assedio è uno dei grandi temi della storiografia costituzionale italiana; per la tesi dell’illegittimità, tra i molti, si vedano E. Orrei, *La monarchia fascista*, Roma, 1944, 26; G. Perticone, *Il Regime Parlamentare nella storia dello Statuto Albertino*, Roma, 1960, 256, per il quale “il rispetto della forma era tutto un ironico schermo”; U. Allegretti, *Profilo*, cit., nt. 142, 429; G. Negri, *Fascismo - I) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, XV, 1; S. Labriola, *Storia*, cit., nt. 32, 192 ss.; P. Pombeni, *La rappresentanza politica*, in *Storia dello Stato italiano*, a cura di R. Romanelli, Roma, 1995, 104; per la tesi, invece, dell’almeno apparente rispetto delle forme costituzionali, si vedano L. Paladin, *Fascismo*, [1967], rist. in Id., *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, 2008, 36; G. Melis, *Fascismo (ordinamento costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1991, VI, 260; S. Merlini, *Il governo costituzionale*, in *Storia dello Stato italiano*, cit., 41-42; C. Ghisalberti, *Storia*, cit., nt. 304, 342-343; nonché, in generale, a favore dell’*argumentum* della continuità, N. Tranfaglia, *Sulle istituzioni del regime fascista*, in Id., *Dallo stato liberale al regime fascista*, Milano, 1973, 131; una tesi ancora diversa – fondata sull’improponibilità politica, più che giuridica del ricorso allo stato di assedio – è quella proposta da R. Martucci, *Storia*, cit., nt. 54, 146 ss. (“se Benedetto Croce aveva detto sì al Fascismo, per quale motivo doveva essere proprio il re a rifiutare l’investitura a Mussolini?”: ivi, 153) e ripresa, da ultimo, da P. Colombo, *La monarchia fascista*, Bologna, 2010, 27; per il ricorso alla categoria del “colpo di Stato”, si vedano, per tutti, C. Malaparte, *Tecnica del colpo di Stato*, [1931], rist., Milano, 2011, 196 ss. e, poi, nella letteratura giuridica, S. Tosi, *Il colpo di Stato*, Roma, 1951, 154 ss.

³²⁰ Così ad avviso del Capo di gabinetto del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro dell’interno di allora, E. Ferraris, *La Marcia*, cit., nt. 319, 102, il quale, in quelle ore concitate, pare sia spedito dal Ministro dell’interno P. Taddei alla ricerca affannosa di un esemplare di decreto di stato di assedio.

³²¹ U. Levra, *Il colpo di stato della borghesia*, Milano, 1975, 121 ss.

stravincere, e potevo stravincere. Mi sono imposto dei limiti. Mi sono detto che la migliore saggezza è quella che non vi abbandona dopo la vittoria. Con trecentomila giovani armati di tutto punto, decisi a tutto e quasi misticamente pronti ad un mio ordine, io potevo castigare tutti coloro che hanno diffamato e tentato di infangare il Fascismo. Potevo fare di questa Aula sorda e grigia un bivacco di manipoli... potevo sprangare il Parlamento e costituire un Governo esclusivamente di fascisti. Potevo: ma non ho, almeno in questo primo tempo, voluto³²². Contestualmente, però – ed è questo che più interessa – in quell’occasione B. Mussolini si richiama espressamente a quanto compiuto da A. Salandra nelle “radiose giornate di maggio” del 1915 e richiede alle Camere, ancora una volta, l’attribuzione al Governo dei pieni poteri: “io non voglio fin che mi sarà possibile, governare contro la Camera: ma la Camera deve sentire la sua particolare posizione che la rende passibile di scioglimento fra due giorni o fra due anni. Chiediamo i pieni poteri perché vogliamo assumere le piene responsabilità. Senza i pieni poteri voi sapete benissimo che non si farebbe una lira – dico una lira – di economia. Con ciò non intendiamo escludere la possibilità di volenterose collaborazioni che accetteremo cordialmente, partano esse da deputati, da senatori o da singoli cittadini competenti. Abbiamo ognuno di noi il senso religioso del nostro difficile compito. Il paese ci conforta ed attende³²³. E i pieni poteri vengono effettivamente deliberati dal Parlamento con la l. 3.12.1922, n. 1601, con l’ampio e generico proposito di un “riordinamento del sistema tributario e della pubblica amministrazione”.

Al di là dell’epilogo di quella drammatica vicenda, che si è voluto qui anticipare, quel che appare più singolare, negli anni che corrono dalla fine del 1919 agli inizi del 1924, è la presa di coscienza della “vecchia” classe politica liberale dei problemi congeniti alla decretazione governativa di urgenza e, al tempo stesso, la lampante duplice incapacità di disporre un’autoriforma³²⁴, ovvero di fare ritorno alle “buone e corrette norme costituzionali, quale viene suggerito dalle migliori nostre tradizioni³²⁵. È G. Giolitti, insediato il suo quinto dicastero, a sottolineare, con la consueta lucidità, come “con i decreti legge il Parlamento diventava una specie di Corte dei conti per registrare il decreto col quale si era legiferato e di più era posto nella condizione di discutere una legge già eseguita³²⁶. E lo stesso neonominato Presidente del Consiglio dei ministri pare prefigurare un abbozzo di soluzione: “questo fatto dell’essersi introdotto gradatamente, poco alla volta, questa consuetudine che il potere esecutivo invada il potere legislativo, richiederà di esaminare (e mi propongo di farlo) se non sia il caso di provvidenze legislative, che stabiliscano qualche autorità la quale possa dichiarare che quel tale atto del potere esecutivo non è legittimo, perché ha invaso il potere legislativo, senza che il Parlamento gli

³²² B. Mussolini, in *AP Camera*, XXVI legislatura, 16.11.1922, 8390-8391.

³²³ B. Mussolini, in *AP Camera*, XXVI legislatura, 16.11.1922, 8394; di questa seduta resta, memorabile, la descrizione della figura di G. Giolitti resa da E. Lussu, allora deputato: “Pon. Giolitti sedeva impassibile, come il senatore Papirio all’invasione dei Galli. Il viso sembrava avvolto da una maschera impenetrabile. Guardava in alto e, con le lunghe e ossute dita, tambureggiava leggermente sul banco. Ne risultava, nel silenzio solenne, una specie di marcia di accompagnamento funebre. Il vecchio ottantenne capiva che si stavano per celebrare i funerali del Parlamento italiano” (E. Lussu, *Marvia su Roma e dintorni*, [1945], rist. Torino, 1999, 86).

³²⁴ La medesima questione attraversa anche l’Assemblea costituente del 1946-1947, la quale, in un primo momento, nel *Progetto di Costituzione* approvato dalla Commissione per la Costituzione, non prevede nulla al riguardo; dure sono, sul punto, le critiche di alcuni costituenti, tra cui P. Calamandrei: “il fatto che se ne sia taciuto richiama il ricordo di quelle madri ottocentesche che facevano uscire i figliuoli dal salotto quando la conversazione minacciava di cadere su certi argomenti scabrosi. Nella Costituzione non si deve parlare dei decreti-legge perché questo è un argomento pericoloso. Ma, insomma, potrà avvenire che si verifichi la necessità e l’urgenza di fronte alla quale il normale procedimento legislativo non sarà sufficiente: il terremoto, l’eruzione di un vulcano. Credete che si possa mettere nella Costituzione un articolo il quale dica che i terremoti sono vietati? Se non si può mettere un articolo di questa natura, bisognerà pur prevedere la possibilità di questi cataclismi e disporre una forma di legislazione di urgenza, che è più provvido disciplinare e limitare piuttosto che ignorarla” (P. Calamandrei, in *Assemblea costituente*, seduta del 4.3.1947, ried. in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea costituente*, cit., nt. 243, I, 163); alla fine, la questione dell’opportunità di prevedere e dunque di disciplinare la decretazione governativa di urgenza viene risolta, com’è noto, con l’approvazione dell’art. 77 Cost.

³²⁵ A. Ferraciu, *Per la disciplina giuridica dei decreti-legge*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1923, I, 22.

³²⁶ G. Giolitti, in *AP Senato*, XXV legislatura, 15.7.1920, 1245.

avesse delegato quel potere³²⁷. Tuttavia, la caduta del ministero giolittiano e il ricorso alle elezioni anticipate, nell'estate del 1921, non produce, anche sotto questo profilo, nulla di fatto.

La legislatura successiva si apre con gli stessi problemi e, in larga misura, con gli stessi uomini di quella precedente. Nei mesi che precedono la presa del potere da parte dei fascisti è V. Scialoja, più di tutti, dal suo scranno di senatore del Regno, a sollevare nuovamente la questione della decretazione governativa di urgenza con toni ben consapevoli della gravità del momento: “siamo dunque giunti proprio al marasma e se dovessimo continuare per questa via, noi dovremmo confessare che tacitamente nel modo più subdolo, e quindi anche meno decoroso, stiamo facendo un colpo di Stato, perché rovesciamo il potere legislativo costruito dai nostri padri; e lo facciamo inconsciamente, non contro coscienza, ma senza coscienza; il peggior stato d'animo che si possa immaginare, ed anche il più pericoloso³²⁸. Questi presenta dunque, nella Camera alta, un proprio progetto di legge per risolvere definitivamente la questione, dal quale è destinata a scaturire l'ultima significativa discussione sul tema qui in esame prima dell'avvento del fascismo. Il breve articolato proposto stabilisce che “il Decreto Reale da convertirsi in legge dovrà, sotto pena di nullità, essere presentato ad uno dei due rami del Parlamento nella prima seduta susseguente alla data del decreto stesso” (art. 1); poi, “la Commissione Parlamentare che esaminerà la conversione in legge di un decreto reale dovrà innanzi tutto verificare se questo abbia il carattere di urgente necessità che solo può giustificare l'emanazione. Ove la Commissione non riscontri nel decreto tale carattere proporrà che esso cessi immediatamente di avere efficacia e sia considerato come un semplice disegno di legge. Tale proposta dovrà essere discussa e deliberata d'urgenza” (art. 2); infine, “ove ciascuna delle due Camere non approvi la conversione in legge di un decreto entro sei mesi dal giorno in cui fu a ciascuna di esse presentato, il decreto cesserà di avere vigore” (art. 4)³²⁹.

La relativa discussione parlamentare e dottrinaia solleva vecchi e nuovi interrogativi e registra vecchi e nuovi consensi. Per alcuni, infatti, una qualche disciplina legislativa della decretazione governativa di urgenza può costituire, come una legittimazione, così un limite, tanto più apprezzabile in un contesto nel quale il ricorso ai decreti-legge appare un fenomeno oramai incontrollato³³⁰. Per altri, invece, si continua a contestare il “punto di partenza, [i]l considerare, cioè, il decreto-legge come un fenomeno necessario, inevitabile, che si deve subire e che perciò è meglio regolare con formale disciplina³³¹. Se è vero, infatti, che ogni ipotesi di definizione comporta con ciò una forma di delimitazione, appare parimenti indiscutibile come la proposta in questione, “sia pure col proposito di limitarne l'abuso... sanziona la legalità del decreto-legge, il quale, secondo la dottrina dominante, costituisce non un istituto del nostro diritto costituzionale, ma un uso illegale di potere che a favore del Governo si è introdotto in via di fatto nel nostro diritto pubblico: sicché, con l'approvazione della predetta proposta, occorrerebbe riconoscere che i decreti-legge possono essere anche costituzionali³³². In questa seconda direzione, effettivamente, il progetto di legge presentato da V. Scialoja corre il rischio – al di là dei suoi specifici elementi tipologici – di prefigurare più che di contrapporsi, almeno secondo gli osservatori del tempo, all'assetto scolpito qualche anno dopo con la l. 31.1.1926, n. 100, la quale produce, come si è detto, almeno in quel frangente storico, il duplice effetto “in pratica [del]la

³²⁷ G. Giolitti, in *AP Senato*, XXV legislatura, 15.7.1920, 1246.

³²⁸ V. Scialoja, in *AP Senato*, XXVI legislatura, 15.3.1922, 1588; analogamente, A. Ferracciu, *Per la disciplina*, cit., nt. 325, 3, ad avviso del quale con i decreti-legge approvati negli anni postbellici “si portò il disordine, con un'opera di vero e proprio sconvolgimento dell'ordine giuridico e di sovvertimento dei principî più fondamentali di diritto pubblico e privato, accompagnato alla violazione delle più elementari garanzie di libertà e di diritti dei singoli contenute nello Statuto od in altre leggi costituzionali”.

³²⁹ P.d.l. Scialoja e altri, *Sulla conversione in legge dei decreti legge*, *AP Senato*, XXVI legislatura, 14.3.1922, n. 345.

³³⁰ In questo senso, si vedano, ad esempio, G. Mosca, *L'abuso*, cit., nt. 163, 2; O. Sechi, *Le sanzioni*, cit., nt. 169, 2 ss.; G. Sabini, *La funzione*, cit., nt. 169, 253 ss.

³³¹ G. Venzi, *È possibile*, cit., nt. 317, 10.

³³² A. Ferracciu, *Per la disciplina*, cit., nt. 325, 13; analogamente, T. Brasiello, *Disciplina*, cit., nt. 169, 116-117; G. Arangio Ruiz, *Leggi*, cit., nt. 143, 27, secondo il quale “una legge simile non fa che ribadire la usurpazione della potestà legislativa da parte del Governo”; G. Capizzi Giangreco, *Lo Stato*, cit., nt. 170, 48-49; nonché, pur da presupposti opposti, S. D'Amelio, *Sulla polemica circa i decreti legge*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1925, I, 231.

annessione del potere legislativo al governo”³³³ e della trasformazione del primo in un elemento “semplicemente decorativ[o]”³³⁴ rispetto al secondo. In ogni caso, anche il progetto scialojano, ancorché approvato il 15.6.1923 dal Senato del Regno³³⁵, non lo è da parte della Camera dei deputati ed è vittima dunque, anch’esso, della fine anticipata della XXVI legislatura³³⁶.

L’ultimo e poco commendevole atto del Parlamento, significativo in questo frangente, prima dell’approvazione della succitata legge intitolata “sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche”, consiste nella conversione in blocco, con la l. 17.4.1925, n. 473, di ben 2376 decreti-legge emanati negli anni precedenti³³⁷. Anche in questo caso, significativa si dimostra la continuità di uomini e di argomentazioni, come attesta chiaramente la circostanza che viene chiamato a presentare alla Camera dei deputati la relativa relazione non un fascista “organico”, ma A. Codacci Pisanelli, acuto studioso del problema qui in esame ed esponente politico di orientamento liberalconservatore. Il percorso argomentativo di questi – che, come si ricorderà, aveva sostenuto ad un tempo la legittimità costituzionale della decretazione governativa di urgenza e la possibilità di un suo sindacato giurisdizionale – appare intriso di molteplici contraddizioni: da un lato – egli afferma – si impone una “sanatoria”³³⁸ degli atti *illo tempore* emanati e da allora vigenti, ma ciò, per altro verso, “non implica riconoscimento della costituzionalità e della legittimità dei decreti-legge; che, di fronte al nostro diritto pubblico, costituiscono veri *excessi di potere*, nel senso classico di questa espressione. [...] Persistere nel deplorato frequente uso ed abuso di sostituire l’azione del Governo a quella del Parlamento, porterebbe fatalmente ad una degenerazione, del nostro regime politico, nella quale le libertà politica e civile scomparirebbero”³³⁹. Non manca un ultimo auspicio, vero e proprio epicedio di un’età politico-giuridica ormai, in quell’ultimo giorno dell’anno 1924, tramontata: “e così possa, onorevoli colleghi, alla sanatoria, che per invito del Governo e della Commissione, la Camera vorrà dare all’ingente blocco di decreti-legge... rimanere, nell’avvenire, legato un degno ricordo. E sia l’auspicato ricordo costituito dal ritorno alle nostre tradizioni migliori, col rapido declinare, per l’opera di quanti sono chiamati a contribuirvi, dell’uso d’una anomala e patologica forma di atti pubblici, destinata a sparire definitivamente per effetto della invocata razionale revisione della legislazione amministrativa d’Italia”³⁴⁰.

Com’è noto, la realtà registra tutto il contrario. La conversione in blocco di quegli innumerevoli decreti-legge, come anche l’attribuzione dei pieni poteri, porta infatti, in quel doloroso frangente, “ogni italiano [a] chiedersi per quale motivo il parlamento esistesse ancora”³⁴¹. Di lì a poco, dunque, la “fascistissima” l. 31.1.1926, n. 100 viene presentata da A. Rocco non già come una misura che, “per ripetere una frase efficace, codifica ed allarga l’abuso”³⁴², ma, all’esatto opposto, come uno strumento volto a rendere il decreto-legge un tipo di atto ormai *normalizzato*³⁴³ e, con esso, a “fa[re] rientrare nella

³³³ Così, retrospettivamente, P. Calamandrei, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, [1948], in Id., *Scritti e discorsi politici*, Firenze, 1966, II, 349-350.

³³⁴ H. Heller, *Europa und der Faschismus*, [1931], trad. it., *L’Europa e il fascismo*, Milano, 1987, 125.

³³⁵ In *AP Senato*, XXVI legislatura, 15.6.1923, 5175.

³³⁶ Sul tema, cfr., ampiamente, R. Cerciello, *La questione*, cit., nt. 224, 115 ss.; nonché, nella dottrina contemporanea, Marco Fioravanti, *Le potestà*, cit., nt. 95, 245 ss.

³³⁷ Per vero, lo stesso si verifica già precedentemente con la l. 15.10.1923, n. 2293.

³³⁸ A. Codacci Pisanelli, *Relazione*, cit., nt. 96, XL.

³³⁹ A. Codacci Pisanelli, *Relazione*, cit., nt. 96, XL.

³⁴⁰ A. Codacci Pisanelli, *Relazione*, cit., nt. 96, XLIII.

³⁴¹ H. Heller, *Europa*, cit., nt. 334, 125; noto è, in proposito, il discorso di G. Mosca, in *AP Senato*, 19.12.1925, 4374: “noi assistiamo, diciamolo pure sinceramente, alle esequie di una forma di Governo; ed io non avrei mai creduto di dover essere il solo a fare l’elogio funebre del regime parlamentare”; si è così evocato, in proposito, “il mito di Saturno, ma a rovescio, in cui il figlio ebbe a divorare il padre da cui ebbe la vita: il Governo, investito, bene o male, dal legislativo, dal quale la legge n. 100 fu approvata, si avvale della stessa legge, per uccidere il potere che gliene aveva fatto dono” (G. Ferrari, *Formula*, cit., nt. 2, 25).

³⁴² G. Arangio Ruiz, *Leggi*, cit., nt. 143, 30, nt. 2, facendosi, infatti, dei decreti-legge delle “vere e proprie leggi provvisorie” (L. Paladin, *Fascismo*, cit., nt. 319, 40).

³⁴³ Così, efficacemente, E. Bonaudi, *Principii di diritto pubblico*, Torino, 1936, 425, termine da ultimo ripreso da A. Morrone, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto*, a cura di A. Vignudelli, Milano, 2009, 148;

legalità il Governo che da lunghi anni ne era uscito, e semplifica[re] d'assai il compito dell'autorità giudiziaria nell'esercizio del suo controllo di legalità³⁴⁴; un controllo che, come si dirà di seguito, ha costituito negli anni immediatamente precedenti un'ipotesi tutt'altro che remota o liminare.

3.2. (segue) *Le resistenze della giurisprudenza*

A fronte dei numerosissimi decreti-legge adottati già nel corso della Prima guerra mondiale, la giurisprudenza, sia essa ordinaria o amministrativa, pare confermare, in quella convulsa fase, le proprie significative oscillazioni – di cui si è già dato conto – pur aggiungendo motivi nuovi a quelli tradizionalmente adottati, anche per far fronte al vivace schieramento dottrinario collocato su posizioni maggioritariamente contrarie. Appare degno di rilievo come la stessa Corte di cassazione si esponga nel riprendere retrospettivamente le fila delle proprie argomentazioni e nel rispondere, piuttosto esplicitamente, alle più accese disapprovazioni, formulate da L. Mortara, il quale aveva intrapreso negli anni precedenti un percorso intellettuale e professionale – per “vivo desiderio di una maggiore tranquillità di vita”³⁴⁵ – dall'università alla magistratura. A proposito dell'ennesimo decreto-legge, infatti, si ribadisce come “è vero che alla critica dottrina questi motivi non siano apparsi scientificamente esatti, ma è pur vero che il principio, su cui poggia quel pronunciato [la sentenza del 17.11.1888], sia stato senza discussione accettato dagli stessi critici, i quali esplicitamente convengono che la invincibile necessità di fatto diventi, se non suprema ragione di diritto, suprema ragione di violare il diritto, e valga perciò a scusare l'atto del governo, che esce fuori la cerchia delle sue attribuzioni costituzionali ed a dargli *ab initio* validità di legge”³⁴⁶.

Tuttavia, al termine del primo conflitto mondiale il tentativo di ancorare le proprie *rationes decidendi* a quelle del tardo Ottocento lascia il campo a più acuti dubbi e a più stringenti perplessità in ordine al ruolo complessivamente svolto dai giudici con riferimento al valore e alla consistenza della decretazione governativa di urgenza, provocando “un curioso pencolamento o una tal quale inconsistenza o una diffusa arrendevolezza, che non sembrano davvero fatte apposta per accertare ed esternare la voce del diritto”³⁴⁷. Il quadro giurisprudenziale generale appare dunque caratterizzato da un “vero pelago di divergenze, d'incertezze, di oscillazioni”³⁴⁸; mentre viene denunciato con chiarezza che “l'autorità giudiziaria ha sempre visto, quanto fosse illegale la pratica [della decretazione governativa di urgenza], ma, giudicandone opportune certe esplicazioni, si è industriata a mascherarne l'illegittimità”³⁴⁹. Così, peraltro, con il passare del tempo, se si eccettuano alcune decisioni favorevoli, in cui il potere del Governo sembra ricondotto – sulla scorta delle sollecitazioni di una parte minoritaria della dottrina – ora a “un'anticipazione dell'esercizio che lo stesso parlamento sarà per fare della ordinaria funzione legislativa”³⁵⁰ e ora ad una sostituzione di esso³⁵¹, in altre si assiste alla significativa comparsa di riferimenti alla “pratica costituzionale”³⁵², ritenuta ormai pienamente ed irreversibilmente in atto.

ciò, evidentemente, in un assetto nel quale “il potere esecutivo è il cervello vivo ed attivo di tutto un organismo vivente ed operante sotto un unico indirizzo e verso un'unica mèta” (così, per tutti, nella dottrina giuridica del fascismo maturo, D. Mariani, *La potestà legislativa del Governo*, Foligno, 1934, 60).

³⁴⁴ A. Rocco, *Prefazione*, in C. Saltelli, *Potere*, cit., nt. 187, s.n.p.; ma tale suggestione è altresì ripresa in sede storiografica, ad esempio, da A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, II ed., Torino, 1995, 78.

³⁴⁵ G. Mortara, *Appunti biografici su Lodovico Mortara*, [1955], in *Quaderni fiorentini*, 1990, 111; infatti, questi diviene nel 1902 il più giovane consigliere di Cassazione e poi nel 1915 suo Primo Presidente.

³⁴⁶ Cass. pen., sez. I, sent. 26.2.1916, *Oriani*, cit., nt. 109, 361.

³⁴⁷ C. Caristia, *In tema*, cit., nt. 202, 260.

³⁴⁸ M. Siotto Pintor, *Ritorno al passato in tema di decreti-legge*, in *Il foro italiano*, 1924, I, 784.

³⁴⁹ M. Siotto Pintor, *Il decreto-legge*, cit., nt. 202, 2.

³⁵⁰ Cass., sez. un., sent. 10.6.1918, in *Giurisprudenza italiana*, 1918, II, 655.

³⁵¹ Cons. St., sez. IV, dec. 14.1.1921, in *Giurisprudenza italiana*, 1921, III, 134, in cui si afferma che “simili decreti sono l'effetto e la manifestazione da parte del governo di un potere che esso assume sotto la propria responsabilità, in luogo e vece degli ordinari organi legislativi”.

³⁵² Cass. pen., sez. I, sent. 27.1.1922, *Buia*, in *Il foro italiano*, 1922, II, 113; nonché Cass. pen., sez. I, sent. 28.4.1922, *Parra*, in *Giurisprudenza italiana*, 1922, II, 209.

Nondimeno, proprio una maggiore considerazione dell'elasticità della forma di governo e degli svolgimenti della prassi parlamentare del tempo lascia presagire la possibilità, in alcuni casi limitati, di esperire un sindacato giurisdizionale sui decreti-legge³⁵³; e un tale mutamento di sensibilità pare colto anche da chi, come G. Chiovenda, magari non è contrario in linea di principio alla decretazione governativa di urgenza, ma lascerebbe la decisione “di volta in volta... al magistrato, che ne attingerà la soluzione dalla propria coscienza, come partecipe della coscienza giuridica collettiva e interprete di essa”³⁵⁴, aggiungendo, peraltro, che “in simili circostanze sono altrettanto temibili gli atti di timore e servilismo, come i gesti di facile coraggio e d'inconsiderata indipendenza”³⁵⁵.

In effetti, si assiste ad una certa svolta giurisprudenziale, seppur particolarmente tardiva, in virtù di una sentenza datata – ironia della storia – lo stesso giorno del c.d. discorso del bivacco di B. Mussolini e firmata, in qualità di presidente e di redattore, proprio da L. Mortara³⁵⁶. Le argomentazioni addotte in tale arresto appaiono decise, sequenziali e incalzanti, pur forzando non poco il dato storico dei precedenti dello stesso giudice di legittimità. In primo luogo, sgombrando il campo da ogni elemento di ordine testuale, si chiarisce che “in Italia non esiste nessuna norma costituzionale che autorizzi il governo a investirsi in circostanze straordinarie della potestà legislativa; anzi esistono in senso assolutamente contrario le disposizioni degli art. 3 e 6 dello statuto”³⁵⁷. Poi, si prosegue affrontando frontalmente un profilo assai più insidioso – e, come si vedrà, dotato di un successo crescente nella dottrina del primo dopoguerra – attinente alla formazione di una vera e propria consuetudine costituzionale *in subiecta materia*. A questo proposito, la sentenza non contesta (né, peraltro, riconosce) in sé l'ammissibilità dell'argomentazione, ma rileva che “la frequenza con cui i governi hanno contravvenuto a tali norme costituzionali, specialmente negli ultimi anni, non ha potuto introdurre una di quelle consuetudini che nel diritto pubblico talvolta sono equiparate alla norma scritta. Non ha potuto introdurla, perché gli organi legislativi, e la pubblica opinione in perfetto accordo con essi, protestano senza tregua contro simile anormalità e reclamano il ritorno alla osservanza delle sane regole costituzionali. Gli stessi governi che più si sono segnalati in codesto abuso di potere, hanno sempre cercato di scusarsene, impegnandosi solennemente, innanzi le assemblee legislative, a porvi termine”³⁵⁸.

Colpisce, infine, nel seguito del ragionamento, la lucida consapevolezza – ma ancor di più la sua esplicitazione nel corpo della sentenza – circa le profonde trasformazioni provocate dalla decretazione governativa di urgenza nel corso e poi ancora al termine del primo conflitto mondiale, con l'effetto,

³⁵³ Cass. sez. un., sent. 24.1.1922, in *Giurisprudenza italiana*, 1922, I, 68; Cass., sez. un., sent. 13.3.1922, *ivi*, 303.

³⁵⁴ G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, [III ed., 1923], rist. Napoli, 1965, 383.

³⁵⁵ G. Chiovenda, *Principii*, cit., nt. 354, 383, nt. 1; peraltro, va detto come i secondi (“i gesti di facile coraggio e d'inconsiderata indipendenza”) siano a quel tempo ben più rari dei primi (“gli atti di timore e servilismo”), se viene retrospettivamente constatato, in epoca già fascista, che “nella giurisprudenza dell'autorità giudiziaria... si deve vedere, più che il risultato di un saldo convincimento scientifico, la conseguenza di uno stato d'animo, che ha avuto ed ha frequenti manifestazioni. La nostra magistratura si è sempre mostrata eccessivamente riguardosa di fronte agli atti dell'esecutivo” (B. Liuzzi, *Le ordinanze d'urgenza*, cit., nt. 169, p. 33; in termini simili, G. Zanobini, *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Archivio giuridico*, 1922, LXXXVII, 32, nt. 2; L. Albertini, in *AP Senato*, XXVII legislatura, 24.6.1924, 87, il quale parla apertamente di una “magistratura compiacente” sui decreti-legge); i motivi di tale atteggiamento *deferential* erano invero già stati affrontati – a voler rimanere nell'ambito della giuspubblicistica del tempo – senza infingimenti o ipocrisie da V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., nt. 40, 1901, III, 635-636: “la verità è che l'autoritarismo è, direi quasi, germogliato naturalmente dai sentimenti dominanti nel corpo della magistratura italiana. Le cause sono molte e complesse: ad enumerarle e svilupparle tutte occorrerebbe un trattato di psicologia politica. Manca affatto, fra noi, quello spirito di corpo che la lunga tradizione storica ha reso così energico nella magistratura francese. Al contrario, per il modo di sua formazione, per la sua costituzione interna, il magistrato appare un ‘funzionario’, il quale, lungi dal considerarsi in antagonismo col ‘funzionario’ dell'ordine amministrativo, vede in questo più tosto un collega ed un compagno. Lo spirito di corpo agisce dunque al rovescio di quel che teoricamente poteva supporre e crea più tosto solidarietà che antagonismo”; un simile rilievo è altresì svolto, da ultimo, da A. Cardone, *La “normalizzazione”*, cit., nt. 94, 114.

³⁵⁶ Cfr. già L. Mortara, in *AP Senato*, XXVI legislatura, 15.3.1922, 1591-1592; sulle ragioni della maggiore libertà di vedute dimostrata dalla magistratura nei primi anni venti del Novecento, cfr. le considerazioni svolte da M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia*, Milano, 1997, 60-61.

³⁵⁷ Cass., sez. un., sent. 16.11.1922, in *Giurisprudenza italiana*, 1922, I.1, 933.

³⁵⁸ Cass., sez. un., sent. 16.11.1922, cit., nt. 357, 933.

però, non già di una sua giustificazione, ma, tutto al contrario, di determinarne *a fortiori* l'incostituzionalità³⁵⁹. Infatti – si prosegue – “quando l’usurpazione del potere legislativo da parte del governo era un fatto raro ed eccezionale, la giurisprudenza si indusse a ritenere che in vista dell’immancabile sindacato parlamentare sulla responsabilità assunta dal governo, e nell’attesa del medesimo, non dovesse l’autorità giudiziaria operare per proprio conto, e in relazione sempre a singoli interessi privati, un sindacato giurisdizionale”³⁶⁰. E – si aggiunge, falsando un poco la realtà – “è noto a tutti che nelle circostanze in cui si formò quella giurisprudenza, il controllo parlamentare riusciva facile e pronto, e i diritti soggettivi privati potevano attendere da esso, con piena tranquillità, il regolamento definitivo mediante una norma d’effetto generale”³⁶¹. Tuttavia, mutato il quadro generale della problematica in discorso, “l’eccessiva frequenza dei decreti-legge, in ogni campo del diritto, privato e pubblico, ha modificato la prospettiva che l’antica giurisprudenza aveva avuto in vista. L’accertata impossibilità, non solo di un controllo sollecito, ma perfino di un controllo qualsiasi, da parte delle due camere, sopra un grande numero di quegli arbitrari provvedimenti, ha esposto i cittadini a un regime di illegalità, o di incostituzionalità, per ogni categoria di diritti personali e patrimoniali ed ha richiamato gli organi supremi del potere giurisdizionale a nuovo esame della grave questione”³⁶². Da ciò consegue, dunque, che i decreti-legge sono da considerarsi, sotto il profilo della loro sindacabilità, alla stregua di tutti gli atti di governo, sottoposti agli artt. 4 e 5 dell’allegato E della l. 20.3.1865, n. 2248³⁶³, potendo e dovendo il giudice, al fine di una loro eventuale disapplicazione, valutare alcune vere e proprie “figure ‘sintomatiche’”³⁶⁴: “la temporanea chiusura del parlamento, la immediatezza della esecuzione richiesta dal provvedimento, anche se le camere si trovino riunite e in attività di funzioni, e via dicendo”³⁶⁵. Qualunque soluzione di segno contrario – si conclude, con spirito antiveggente –provocherebbe un’“impunità assoluta di qualsiasi arbitrio governativo in così grave argomento”³⁶⁶.

Nel volgere di qualche settimana, lo stesso orientamento giurisprudenziale viene riproposto – con una sentenza di cui è di nuovo presidente e redattore L. Mortara – in materia penale. In quello specifico contesto, si precisa che “il decreto-legge in tanto ha provvisoria autorità di legge in quanto il governo, nell’atto stesso in cui lo promulga e ne assume la politica responsabilità, si impegna di sottoporlo al sindacato del potere legislativo per ottenerne la ratifica, ossia la conversione in legge, il quale fa rientrare nell’alveo della costituzione il governo e il suo provvedimento, che prima della ratifica rimangono imputabili di violazione delle norme fondamentali dello statuto del regno. Ma poiché la ratifica non è un fatto sicuro, potendo accadere che il parlamento disapprovi il provvedimento del governo, è stata conferita esattamente ai decreti-legge la qualifica di provvedimenti che possiedono un’autorità di legge soggetta a condizione risolutiva”³⁶⁷. La conseguenza di tale ragionamento, meno limpido di quello della sentenza precedente, non è per questo meno dirompente: seguendo un simile indirizzo nelle sue più piene conseguenze, *tutti* i decreti-legge in materia penale diventano in quanto tali invalidi e inefficaci, con un esito, come è stato effettivamente notato, “persino più garantista [di quello] della Costituzione repubblicana”³⁶⁸.

³⁵⁹ Tale elemento, tuttavia, viene lucidamente criticato da chi paventa che “il criterio contingente, cui si appoggia il nuovo indirizzo della giurisprudenza, non offre alcuna garanzia di stabilità dell’intervenuta respiscenza, e possiamo aspettarci da un momento all’altro un ritorno all’antico, ispirato da nuove circostanze contingenti. I sintomi d’una siffatta riconverzione [*sic*] – per dir così – non mancano, e sono particolarmente temibili in presenza dei propositi del Governo” (M. Siotto Pintor, *Il decreto-legge*, cit., nt. 202, 2).

³⁶⁰ Cass., sez. un., sent. 16.11.1922, cit., nt. 357, 933.

³⁶¹ Cass., sez. un., sent. 16.11.1922, cit., nt. 357, 933; criticamente, sul punto, perché il ragionamento seguito è ritenuto troppo accondiscendente nei confronti della decretazione governativa di urgenza, M. Siotto Pintor, *Correnti*, cit., nt. 169, 18-19.

³⁶² Cass., sez. un., sent. 16.11.1922, cit., nt. 357, 933.

³⁶³ Cass., sez. un., sent. 16.11.1922, cit., nt. 357, 933.

³⁶⁴ Così, efficacemente, A. Cardone, *La “normalizzazione”*, cit., nt. 94, 116.

³⁶⁵ Cass., sez. un., sent. 16.11.1922, cit., nt. 357, 934.

³⁶⁶ Cass., sez. un., sent. 16.11.1922, cit., nt. 357, 935.

³⁶⁷ Cass. pen., sez. I, sent. 30.12.1922, *Tortone*, in *Giurisprudenza italiana*, 1923, II, 3.

³⁶⁸ M. Bignami, *Costituzione*, cit., nt. 356, 59.

Tali orientamenti appaiono senz'altro in controtendenza a fronte del fascismo incipiente, ma si spiegano, forse, alla luce della generale effervescenza, politica non meno che costituzionale, di quel periodo, tutto sospeso tra la possibilità di un'evoluzione in senso democratico del complessivo assetto istituzionale – di cui sono indubbia espressione i Governi di F.S. Nitti, G. Giolitti e I. Bonomi – e la realtà, data invece dall'incombere e poi dal consolidarsi del fascismo, oltre che del blocco politico, economico e sociale ad esso retrostante. Solo alla luce di questa considerazione di ordine contestuale appaiono infatti comprensibili affermazioni ricorrenti, come quella di M. Siotto Pintor, ad avviso del quale “intorno alla metà dell'anno 1922 regnava negli ambienti parlamentari, come nella giurisprudenza, come nella dottrina, un'atmosfera così sfavorevole ai decreti-legge, da autorizzare pienamente i sostenitori dell'illegittimità di questi deplorabili atti a confidare che non avrebbe tardato molto ad esserne pronunciata, in ogni sede, la categorica e definitiva condanna”³⁶⁹. E, nella medesima direzione, si può collocare anche il discorso di due anni dopo – nell'acme della crisi susseguente all'assassinio di G. Matteotti – pronunciato dal Procuratore generale del Regno presso la Corte di cassazione, G. Appiani, per l'inaugurazione dell'anno giudiziario. In quell'occasione, il Procuratore generale, tutt'altro che avverso al nuovo regime³⁷⁰, ripercorre le fila della giurisprudenza contraria alla legittimità della decretazione governativa di urgenza e giunge persino a formulare “come giurista e cittadino... il voto che anche in Italia venga al supremo magistrato conferito quel potere che gli conferisce in America il reggimento del popolo più libero, quello degli Stati Uniti”³⁷¹. Sul tema specifico, poi, questi non manca di aggiungere, sorprendentemente, che, “se le sentenze del 1922 e 1923 hanno forzato la legge vigente, rispecchiano però l'attuale orientazione della coscienza giuridica che vede nell'autorità giudiziaria la guarentigia più sicura, lo scudo più saldo delle nostre libertà”³⁷². E G. Appiani così conclude, ad appena due giorni – si noti – dal definitivo discorso di B. Mussolini alla Camera dei deputati sul delitto del *leader socialista*³⁷³: “poiché sono sull'argomento un altro voto io esprimo. Non basta che all'autorità giudiziaria sia consegnata la spada della giustizia se non le si danno anche i poteri e i mezzi per impedire che questa spada le possa venire infranta nelle mani”³⁷⁴.

Naturalmente, anche in questo caso simili parole appaiono vane, *in primis* per l'evidente mutamento della cornice politico-istituzionale di riferimento, in cui si muove la stessa suprema magistratura; e quel “potere giudiziario politicante”³⁷⁵ – così sprezzantemente chiamato da S. D'Amelio, fratello del neonominato Primo Presidente della Corte di cassazione – viene infine ricondotto, peraltro senza opposizioni particolari, a più miti consigli. Reso unico anche in materia civile il giudice di legittimità (art. 1 del R.d. 24.3.1923, n. 601)³⁷⁶ – proprio in virtù della già citata l. 3.12.1922, n. 1601 – e sostituito L. Mortara, collocato a riposo³⁷⁷, la Corte di cassazione ripercorre senza particolari imbarazzi i propri passi *à rebours* e, sul tema dell'ammissibilità dei decreti-legge, sviluppa un nuovo, definitivo *overruling*: “la corte, invitata ad un nuovo esame della controversia, crede di dover ritornare alla sua precedente giurisprudenza, in ossequio al principio della divisione dei poteri dello Stato, e per evitare il pericolo che l'autorità giudiziaria, nel lodevole intento di porre un freno all'arbitrio del potere esecutivo, invada essa

³⁶⁹ M. Siotto Pintor, *Correnti*, cit., nt. 169, 14.

³⁷⁰ Su tale figura, si rinvia, per tutti, a O. Abbamonte, *La politica invisibile*, Milano, 2003, 124 ss.

³⁷¹ G. Appiani, *Gravi problemi giuridici*, in *Monitore dei tribunali*, 1925, 205.

³⁷² G. Appiani, *Gravi problemi*, cit., nt. 371, 205.

³⁷³ In *AP Camera*, XXVII legislatura, 3.1.1925, 2028 ss.

³⁷⁴ G. Appiani, *Gravi problemi*, cit., nt. 371, 205.

³⁷⁵ S. D'Amelio, *Ancora dei decreti legge*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1925, I, 93; analogamente, per G. Vacchelli, *Sulla facoltà*, cit., nt. 169, 62, “occorreva escludere in modo assoluto per l'avvenire che gli atti politici del governo potessero essere discussi dai magistrati e che l'autorità giudiziaria compromettesse il suo prestigio, informando le sue sentenze, non già al diritto, ma alle mutevoli e sempre discutibili esigenze della politica”.

³⁷⁶ Com'è noto, invece, l'unificazione in materia penale viene disposta con la l. 6.12.1888, n. 5825; il punto è colto da M. Siotto Pintor, *Ritorno*, cit., nt. 347, 784, per il quale, “per avere assunto il titolo di *Cassazione del Regno*, invece che *di Roma*, la Suprema Corte non deve crederci autorizzata a cancellare il proprio passato, come se il mondo fosse, per essa, cominciato ieri”; la funzione di condizionamento di tale unificazione sui magistrati è sottolineata, in particolare, nella dottrina successiva, da F. Colao, *I decreti-legge nell'esperienza dello Stato liberale*, in *Democrazia e diritto*, 1981, V, 146.

³⁷⁷ G. Mortara, *Appunti*, cit., nt. 345, 113.

stessa, sconfinando dai limiti del proprio istituto, le attribuzioni del potere legislativo al quale spetta di richiamare il governo, ove sia necessario, all'osservanza delle norme statutarie, valendosi degli opportuni mezzi costituzionali”³⁷⁸. Poi, in un'altra sentenza, di alcuni mesi successivi, si legge, ancora, che “l'essersi in qualche modo intesi dal Governo i concetti di urgenza e di necessità in un senso così ampio, da comprendervi irragionevolmente qualsiasi motivo di convenienza, può costituire giusta ragione di censura dottrinale e di condanna politica, ma non è circostanza che basti ad attribuire all'autorità giudiziaria una potestà di sindacato e annullamento, che in linea di principio non le compete”³⁷⁹.

Il colpo definitivo ad ogni indirizzo contrario viene però assestato da un'altra coeva decisione, che rimuove con un tratto di penna l'intera questione e cancella in poche ipocrite righe sessant'anni di oscillazioni e di resistenze. Ad avviso della stessa Cassazione, infatti, sarebbe ormai “risaputo, esistendo in proposito perfetta concordia in giurisprudenza e dottrina, che il potere esecutivo non viene punto meno alle norme costituzionali coll'emanare decreti nei casi di necessità e di urgenza e col riservarsi di presentarli poscia al parlamento per la conversione in legge”³⁸⁰. Sconsolato e, al tempo stesso, pieno di indignazione per l'evidente inversione tra il *quod demonstrandum* e il *quod demonstratum* (anzi, per il palese occultamento del primo) è il commento di M. Siotto Pintor che appare allora su *Il foro italiano*: diverse interpretazioni del fenomeno della decretazione governativa di urgenza “si veggono prevalere alternativamente, in una stessa costituzione, anche secondo il colore del tempo, secondo il vento che tira; essendo più forte, in certi periodi, il senso del rispetto per il diritto, e in altri periodi, invece, il senso dell'ossequio incondizionato all'autorità. A questa variabile intonazione dello spirito pubblico sono dovute, nel nostro paese, (come, del resto, in tanti altri!) le oscillazioni della dottrina e della giurisprudenza nella materia che ci occupa. Non bisogna, pertanto, mai disperdere del domani”³⁸¹. E si tratta, in ogni caso, di un'importante testimonianza, posto che, a fronte di un orientamento comune a tutti i supremi organi giurisdizionali – la Corte di cassazione³⁸², *in primis*, ma anche a seguire il Consiglio di Stato³⁸³, la Corte dei conti³⁸⁴, il Senato in Alta Corte di giustizia³⁸⁵ – le tesi contrarie non vengono più neppure evocate, fosse anche per smentirle o criticarle.

A fronte di un siffatto tentativo di *damnatio memoriae* giurisprudenziale, va comunque ricordato il persistente dissenso di una parte rilevante della dottrina, forse la più autorevole, la quale, però, neppure può fare a meno di rimarcare, nelle sue versioni più lucide, i limiti insuperabili, anche in questa materia, di qualunque forma di sindacato giurisdizionale nei confronti di un moto legislativo e dunque politico potentemente contrario. Come sostenuto, con inalterato vigore, seppure *post res perditas*, da V.E. Orlando, “da un punto di vista politico, io, naturalmente, le approvo [le sentenze avverse alla legittimità della decretazione governativa di urgenza], non foss'altro perché costituivano una remora ed anche perché ponevano, se non imponevano, la questione della ricerca di una via di uscita, data la situazione di migliaia di decreti-legge non convalidati”³⁸⁶. Tuttavia, ad avviso di tale autore, quella giurisprudenza tralascia “un principio che è vivo nello spirito del nostro ordinamento, e che discende dalla stessa profonda origine per cui i decreti-legge sono *per la forma* irrimediabilmente incostituzionali: tutti! E quel principio è che il potere giudiziario non può attribuirsi né competenza di governo, con le responsabilità che esso importa, né competenza di Parlamento coi giudizi che esso, ed esso solo, può dare su quelle

³⁷⁸ Cass. pen., sez. I, sent. 25.1.1924, *Intaglietta*, in *Giurisprudenza italiana*, 1924, II, 125.

³⁷⁹ Cass., sez. un., sent. 4.5.1925, in *Il foro italiano*, 1925, I, 1018.

³⁸⁰ Cass., sez. I, sent. 29.3.1924, in *Giurisprudenza italiana*, 1924, I, 813.

³⁸¹ M. Siotto Pintor, *Ritorno*, cit., nt. 347, 786.

³⁸² Si vedano, ancora, Cass., sez. un., sent. 28.4.1924, in *Giurisprudenza italiana*, 1924, I, 500 ss.; Cass., sez. un., sent. 6.5.1924, ivi, 537 (ove si legge che il “porre nelle mani del governo un'arma della quale potrebbe abusare facendola funzionare come strumento di interessi partigiani, è questo un inconveniente che trova il suo correttivo nel sindacato parlamentare, e che in ogni caso appare men grave del pericolo di compromettere, in ossequio a scrupoli costituzionali, i vitali interessi dello Stato”); Cass., sez. un., sent. 19.7.1924, ivi, 737 ss.

³⁸³ Cons. St., sez. IV, dec. 8.8.1924, in *Giurisprudenza italiana*, 1925, III, 10 ss.

³⁸⁴ C. conti, sez. riun., dec. 25.4.1924, in *Giurisprudenza italiana*, 1924, III, 246 ss.

³⁸⁵ Senato, sent. 2.5.1924, *Pogliani e al.*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1924, II, 264-265.

³⁸⁶ V.E. Orlando, *Ancora*, cit., nt. 53, 341.

responsabilità”³⁸⁷. La conclusione del ragionamento appare, tutto sommato, ancora oggi lucidissima, ancorché disincantata: “fu così che questo tentativo, generoso nel fine, inadeguato nei mezzi, ebbe la sorte di certe offensive nell’ultima grande guerra; quando, cioè, le posizioni conquistate non soltanto non potevano essere mantenute, ma la controffensiva determinava il pericolo di perdere alcune delle primitive posizioni le quali valevano almeno come... *copertura*”³⁸⁸.

3.3. (segue) *Le oscillazioni della dottrina*

Come la giurisprudenza – di cui si è appena parlato – così anche la dottrina giuspubblicistica italiana, all’indomani della Prima guerra mondiale si interroga nuovamente sul fondamento e sulla legittimità del fenomeno della decretazione governativa di urgenza e, a differenza che nei decenni precedenti, al di là del merito delle singole posizioni, interpreta però, pressoché univocamente, il fenomeno in questione in termini sistemici, ovvero alla stregua dell’“emblema della crisi di regime”³⁸⁹. Significativo, al riguardo, è quanto scrive G. Sabini, uno dei giovani autori che proprio in quegli anni affronta il tema in questione in chiave monografica ed è quindi chiamato, non senza ironia, a dare conto del complesso delle argomentazioni addotte *pro o contra*: “noi, abituati a ben altro, ci sentiamo meravigliati dello sdegno di quegli autori che scrivevano verso la fine del secolo scorso, e che a noi può sembrare perfino esagerato, dato l’uso in verità assai parco, e diremmo anche, oculato che si faceva allora dei decreti-legge”³⁹⁰.

Di certo, l’epoca del primo conflitto mondiale e dell’immediato dopoguerra è un periodo di grande, turbinosa confusione di opinioni e di idee, le quali comunque permangono nella dottrina del tempo – va detto – in maggioranza contrarie³⁹¹; anzi, cresce in quella fase la sensazione che “anche coloro, i quali affermano che i decreti-legge non sono incostituzionali, protestano però contro l’abuso di esso”³⁹². In molte situazioni, poi, le traiettorie biografiche di chi si era impegnato a scrivere su questo tema subiscono consapevoli deviazioni, che ne indeboliscono indubbiamente l’*auctoritas*, con il risultato concreto che “i principali uomini parlamentari, i quali nei loro discorsi hanno condannati i decreti-legge, quando sono stati ministri ne hanno dovuto far uso, e qualcuno ne ha anche abusato”³⁹³. Eloquentemente, in tal senso, è il caso, già ampiamente documentato, di L. Mortara, prima studioso seccamente contrario alla decretazione governativa di urgenza e poi magistrato decisamente critico in proposito, ma anche Ministro di grazia e giustizia e culti nel Governo Nitti I (1919-1920). In quell’occasione, egli stesso è costretto ad ammettere che “la situazione, per un giuoco di circostanza e di vicende, si muta: io che insorgevo a difesa dello Statuto e contro l’abuso dell’usurpazione... io che insorgevo allora contro l’abuso della usurpazione del potere legislativo da parte del Governo, il quale allora male tentava giustificarsi in nome della difesa dell’ordine e della proprietà, sorgo oggi a difendere il Governo criticato per nuovo abuso di usurpazione di questo potere”³⁹⁴, senza però addurre alcuna spiegazione plausibile.

Tale scambio di ruoli, che investe però le stesse figure, è poi colta, qualche anni più tardi, in un importante ed aspro scambio di opinioni tra S. D’Amelio e V.E. Orlando sulla *Rivista di diritto pubblico*

³⁸⁷ V.E. Orlando, *Ancora*, cit., nt. 53, 342.

³⁸⁸ V.E. Orlando, *Ancora*, cit., nt. 53, 342.

³⁸⁹ L. Borsi, *Nazione democrazia Stato*, Milano, 2009, 457.

³⁹⁰ G. Sabini, *La funzione*, cit., nt. 169, 184-185.

³⁹¹ Curioso, in proposito è quanto riferito da C. Saltelli, *Potere*, cit., nt. 187, 47, il quale prima dice che “quanto alla dottrina, prevalente fu l’opinione che ne sostenne la legittimità”, ma poi cita – a torto o a ragione – come autori senz’altro contrari Cammeo, Cerciello, Chimienti, Crosa, D’Amario, De Ruggiero, Galeotti, Gamberini, Lessona, Lombardo-Pellegrino, Lucchini, Orrei, Porro, Presutti, Racioppi, Scopelliti, Siotto-Pintor, Tittoni, Traversa, Urtoller, contrario con riserve, Arcoleo; tesi intermedia (legittimità e sindacabilità): Brunelli, Brunialti, Chioventa, Codacci Pisanelli, Orlando, Rossi, Vacchelli; favorevoli: D’Amelio, Morelli, Mortara, Ranelletti, Romano, Rovelli, Scialoja, Tommasone (ivi, 47-48, nt. 35); la contraddizione è colta anche da altri autori del tempo: “mi preme solo di insistere sul fatto che l’opinione che ne [dei decreti-legge] disconosceva la legittimità era quella prevalente. Si trova qualche volta affermato il contrario ma è affermazione infondata” (B. Liuzzi, *Le ordinanze*, cit., nt. 169, 32).

³⁹² E. Presutti, *La questione*, cit., nt. 169, 217.

³⁹³ V. Scialoja, *Relazione*, cit., nt. 95, 20.

³⁹⁴ L. Mortara, in *AP Senato*, XXIV legislatura, 31.7.1919, 5231.

del 1925. Il primo rimarca, polemicamente, come “la stessa dottrina che, per preteso omaggio all’ortodossia costituzionale, si dichiara contraria ai decreti-legge, è inquinata da questa strepitosa contraddizione, di essere illustrata da Maestri, i quali, poi, come uomini di governo, spinti dallo stato di necessità sottoscrissero a decine e decine decreti-legge”³⁹⁵. Il secondo, pur negando con civetteria “che l’allusione si riferisca *anche* a me, poiché né son nominato né intenderei attribuirmi la qualifica di maestro”³⁹⁶, risponde per le rime, cercando di giustificare e la sua posizione di studioso e la sua pratica di uomo politico: “una discussione sui decreti-legge, fatta fra giuristi e da giuristi, di quanto più si prolunga di tanto peggiora. Si spiega, senza troppa ripugnanza, che il giurista si rassegni all’arbitrio, in quanto l’ordinamento non gli offra la maniera concreta di contenerlo e raddrizzarlo. In tal caso, però, meno parla e meglio è; ma se ragiona diffusamente e, fors’anche, bene (si può difendere *bene* una causa *cattiva*) allora non è più rassegnazione verso l’ingiustizia ma positiva cooperazione, attiva solidarietà, che vale come incoraggiamento a perseverare nel male. Da ciò, il danno del discutere”³⁹⁷. Al di là delle giustificazioni addotte da chi era stato Ministro di grazia e giustizia e culti in costanza del già ricordato terremoto del 1908 e poi Presidente del Consiglio dei ministri tra il 1917 e il 1919 – non un Presidente qualsiasi, ma il “Presidente della Vittoria” – appare però evidente che la “doppiezza” di tanti protagonisti dell’età liberale non giova ad una rigorosa e genuina difesa delle prerogative parlamentari e della sua manifestazione sul piano della produzione degli atti normativi. La conclusione del ragionamento dello stesso V.E. Orlando, infatti, è allora di un’empiria, di un pragmatismo che rasenta l’occasionalismo³⁹⁸ e che ci appare questa volta teoricamente poco lineare: “che cosa nel decreto legge offende la nostra coscienza di giuristi e il nostro senso di liberali? È l’abuso, non già l’uso di esso, quando questo fosse, non dirò con severità, ma semplicemente con serietà, conforme alle due ipotesi del provvedimento: la necessità e l’urgenza”³⁹⁹.

Ad avviso di chi scrive, sono proprio tali oscillazioni che concorrono a fare emergere, tra i giuristi della generazione nuova che si affaccia sul proscenio accademico agli inizi degli anni venti del Novecento, una consapevolezza significativamente diversa rispetto a quella di chi si era formato nel pieno dell’età liberale: si riscontra sempre più, infatti, nel fenomeno in esame non più una divaricazione temporanea e contingente dal sistema delle fonti legicentrico e dalla forma di governo a tendenza parlamentare, ma un elemento strutturale di un assetto istituzionale oramai “ferito a morte”⁴⁰⁰. Come ricordato a chiare lettere da C. Caristia, infatti, “in complesso, tanto gli organi della legislazione e della giurisprudenza, quanto le indagini e i risultati della dottrina, tranne voci isolate e disperse, si manifestano contrarie non all’uso ma all’abuso dei decreti legge. ...e io penso che anche di questi dovrebbe tener conto chi è deciso a condannare, come incostituzionale, il ricorso ai decreti-legge, in ogni caso e inesorabilmente. Le istituzioni e le norme, giuridiche o politiche, non sono numeri o segni, cui si possa applicare, con rigore, un medesimo procedimento analitico, e deduttivo convenevole a tutti i tempi e a tutti i luoghi... L’aver dimenticato o trascurato questa verità fondamentale ha spesso sviato le indagini di menti elette, che, nella interpretazione di norme costituzionali s’irrigidiscono, di proposito,

³⁹⁵ S. D’Amelio, *Ancora*, cit., nt. 375, 93; si veda, altresì, Id., *Sulla polemica*, cit., nt. 331, 224 ss.

³⁹⁶ V.E. Orlando, *Ancora*, cit., nt. 53, 339.

³⁹⁷ V.E. Orlando, *Ancora*, cit., nt. 53, 340.

³⁹⁸ Con questa espressione, com’è noto, si intende la dura critica, formulata da K. Löwith in altro luogo e in altro tempo a C. Schmitt, per cui questi “sostiene una politica della decisione sovrana; ma il contenuto, il fine per il quale essa si decide realmente proviene solo dalla casuale *occasio* delle situazioni politiche che volta per volta si presentano” (H. Fiala [ma K. Löwith], *Der okkasionelle Dezisionismus von C. Schmitt*, [1935], trad. it., *Il decisionismo occasionale di Carl Schmitt*, in Id., *Marx, Weber, Schmitt*, Roma-Bari, 1994, 133-134); sul punto, sia consentito rinviare a M. Benvenuti, *Dal decisionismo alla dottrina dell’ordinamento concreto*, in *Diritto e cultura*, 2002, 150-151.

³⁹⁹ V.E. Orlando, *Ancora*, cit., nt. 53, 351; appare superfluo ricordare come questa espressione ricordi, anche testualmente, l’art. 77, co. 2, Cost.; ben diversa è, però, l’amara valutazione, al riguardo, di E. Orrei, *Regolamento giuridico del governo parlamentare*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1925, I, 188: “dolorosamente poi per la generale acquiescenza a tale uso e abuso si potrebbe dubitare che noi non abbiamo una precisa coscienza del nostro diritto costituzionale o che non sempre sentiamo il bisogno spirituale del vivere sociale secondo il diritto e la libertà, tanto da non farci avvertire disagio grave o veruno quando dal nostro vivere sociale sono assenti il diritto e la libertà”.

⁴⁰⁰ E. Orrei, *Il diritto costituzionale e lo stato giuridico*, Roma, 1927, 387.

in esercitazioni puramente logiche, senza riguardo a circostanze di fatto, e argomentano agli occhi dei lettori del 1923 come si sarebbe potuto argomentare a quelli dei cittadini del 1848⁴⁰¹.

E, per l'appunto, il Regno d'Italia del 1922-1923 non ha nulla a che vedere con lo Stato sardo della proclamazione dello Statuto. Da ciò consegue che anche le analisi dei giuristi più avveduti si appuntano sul piano dei rapporti socio-economici, ancor prima che politico-istituzionali, prodotti dal ricorso resosi strutturale alla decretazione governativa di urgenza. È lo stesso C. Caristia a denunciare, così, che “gli interessati che non riescono o non sono sicuri di riuscire ad ottenere il riconoscimento dei loro desiderata (anche giustissimi) dal Parlamento per mezzo di legge, premono sul Governo e ottengono o strappano il decreto-legge”⁴⁰². E – aggiunge P. Bensa, uno studioso peraltro non contrario in sé all'istituto in questione – “l'abuso veramente sfrenato di questo modo di legiferare al quale ci hanno fatto assistere governi di diversi partiti, [è] fonte di gravi danni, offend[e] la correttezza costituzionale, e favorisc[e] una folta ed intricata vegetazione di norme troppo facilmente emanate e tecnicamente poco e male elaborate, conducendo per giunta alla perpetuazione di stati di cose di per sé provvisori, virtualmente suscettibili di una durata indefinita”⁴⁰³. Il decreto-legge, infatti – si aggiunge in sede parlamentare – “salvo il caso di vera, urgente necessità in contingenze speciali, è il frutto dell'improvvisazione e dell'impreparazione; è il frutto di quell'impulsività e precipitazione che è uno dei maggiori pericoli dai quali la democrazia deve difendersi”⁴⁰⁴. Esso “è la via tortuosa alla quale ricorrono quelle classi, o quelle temporanee o permanenti associazioni di particolari interessi, le quali aspirano a conseguire vantaggi a danno di altre classi o della collettività sociale; vantaggi che per la via maestra della legge non riuscirebbero ad ottenere”⁴⁰⁵. E si conclude tornando a parlare, come già un ventennio prima, in termini generali, del “trionfante imperversare di una pessima usanza, sovvertitrice degli essenziali fondamenti del regime giuridico statutario”⁴⁰⁶; e si descrive un “museo di mostri dal punto di vista tecnico”⁴⁰⁷, con provvedimenti “fatti dai singoli Ministeri”⁴⁰⁸ sulle “onde limacciose e minacciose dei postulanti”⁴⁰⁹.

La critica, però, seppure si lega, in qualche caso, al parallelo sviluppo giurisprudenziale⁴¹⁰, investe con maggiore nettezza rispetto al passato lo stesso ruolo del Parlamento, riconoscendosi, in proposito, il “necessario intervento”⁴¹¹ di tale organo, ma pur sempre “a fatto compiuto, [trattandosi] di un giudizio e di un'attività più politica che giuridica, di tolleranza, anzi che di pieno assenso, di atteggiamenti spesso antitetici, per cui talvolta si è creduto opportuno di cedere, talvolta di reagire. Momenti diversi e contraddittori i quali, anziché a creare, non riescono nemmeno a segnare la larva di una netta posizione giuridica”⁴¹². Si individua, per contro, nell'apparato ministeriale la causa e, al contempo, la fonte di tanti e tali decreti-legge: “se noi attraverso i ministeri, che a cagione delle troppo frequenti crisi solcano rapidamente quali meteore l'orizzonte parlamentare, risaliamo alla vera sorgente dei decreti-legge, noi ci troviamo di fronte a quel potere incoercibile che è la burocrazia dei ministeri, nella quale il sistema dei

⁴⁰¹ C. Caristia, *In tema*, cit., nt. 202, 260.

⁴⁰² G. Ambrosini, *Ancora*, cit., nt. 126, 810.

⁴⁰³ P.E. Bensa, *Del sindacato*, cit., nt. 421, 144.

⁴⁰⁴ T. Tittoni, in *AP Senato*, XXVI legislatura, 3.4.1922, 2140.

⁴⁰⁵ T. Tittoni, in *AP Senato*, XXVI legislatura, 3.4.1922, 2140-2141; analogamente, I. Brunelli, *I decreti-legge*, cit., nt. 169, 221: “non parlo poi del contenuto e della presunta urgenza e necessità dei casi; ché sarebbe più franco ed esatto parlare di comodità ed interesse del Governo o del partito dominante”.

⁴⁰⁶ M. Siotto Pintor, *Correnti*, cit., nt. 169, 2.

⁴⁰⁷ V. Scialoja, in *AP Senato*, XXVII legislatura, 24.1.1925, 1091.

⁴⁰⁸ V. Scialoja, in *AP Senato*, XXVII legislatura, 24.1.1925, 1091.

⁴⁰⁹ L. Luzzatti, *L'abuso*, cit., nt. 6, 2, il quale parla, senza mezzi termini, di un fenomeno di “mendicizia legislativa” (*ibidem*).

⁴¹⁰ Significativo, in tal senso, è il mutamento di posizione di P. Canepa Vaccaro, *La polizia di sicurezza*, Palermo, 1921, 91, il quale ritiene ora e a differenza di quanto precedentemente sostenuto (*supra*, nt. 179) che il giudice “[p]ossa] e de[bb]a] istituire una indagine intorno al fine proposto dall'Autorità nell'emettere tale ordinanza, ossia un esame estrinseco o, come sul dirsi, *ad colorandum jus*, delle circostanze di fatto, di tempo, di luogo, per vedere se veramente l'ordinanza meriti il nome, la qualifica, di ‘urgente’, di ‘necessaria’”.

⁴¹¹ C. Caristia, *In tema*, cit., nt. 202, 254.

⁴¹² C. Caristia, *In tema*, cit., nt. 202, 254.

decreti-legge concentra di fatto il potere esecutivo”⁴¹³. È lo stesso L. Rossi, assunto anch’egli dalla sua cattedra di diritto costituzionale al ruolo di Ministro della giustizia e affari di culti nel Governo Facta I (1922), ad ammettere che il fenomeno in questione “costituisc[a] una tentazione per la pubblica amministrazione a risolvere questioni delicate e difficili, non entro la legge ma proprio contro la legge”⁴¹⁴, riecheggiando, in questo modo, vizi e virtù dello Stato amministrativo⁴¹⁵. Si insiste, di conseguenza, sulla necessità di invertire radicalmente un circolo vizioso che vede nella *deminutio* dell’istituto parlamentare il suo risultato più stridente: “i decreti-legge divengono necessari, perché il Parlamento si tiene chiuso o si fa funzionare solo quando e in quanto fa comodo al Governo”⁴¹⁶. Ribaltando la situazione, invece, e “negando... la facoltà al Governo (che del resto nessuna legge o articolo dello Statuto gli concede) di emanare decreti-legge lo si obbliga a rispettare e a far funzionare regolarmente il Parlamento”⁴¹⁷ o almeno si auspica ciò.

Tuttavia, simili osservazioni appaiono sempre più fuori tempo, come dimostrano le reiterate sollecitazioni della parte della dottrina invero favorevole al ricorso ai decreti-legge, forte di una prassi dirompente in tal senso, a “non... chiudere gli occhi e vivere in un mondo irrealista diverso da quello che esiste realmente”⁴¹⁸. Si prefigura, in qualche modo, anche da chi, come F. Vassalli, si pone in quella fase in termini critici nei confronti della decretazione governativa di urgenza, un mutamento di sensibilità: “l’acquiescenza del Parlamento potrà anche lasciar pensare fra breve a qualche studioso del nostro diritto pubblico che per avventura si sia verificato un mutamento nella nostra costituzione, con uno di quei processi di rapida formazione di consuetudine che sono famigliari agli studiosi del diritto costituzionale”⁴¹⁹. Da ciò consegue uno spostamento argomentativo, da parte della dottrina giustificazioni sta, dal *tópos* della necessità, dal suo essere essa stessa fonte del diritto, come sostenuto da S. Romano, ovvero mero elemento di fatto, come teorizzato nei decenni trascorsi, tra gli altri, da O. Ranalletti e come ora ripreso da V.E. Orlando⁴²⁰, a quello della *consuetudine*, “che è fonte viva ed

⁴¹³ T. Tittoni, in *AP Senato*, XXVI legislatura, 3.4.1922, 2141, il quale così prosegue: “è questa una tirannia più pericolosa di quella di un despota contro il quale gli oppressi possono insorgere, mentre, se il Parlamento trascura di riassumere l’esercizio dei suoi diritti e delle sue funzioni costituzionali, non c’è insurrezione possibile contro questa forma anonima di assolutismo. I cittadini colpiti nelle loro libertà, nei loro diritti, nei loro averi da prima si irritano, ma poi, non sapendo come difendersi da un nemico invisibile, si disanimano, si accasciano e si rassegnano all’arbitrio e alla spoliatura. La rivendicazione dei diritti del Parlamento e la condanna degli abusi del potere esecutivo fu sempre scritta sulla gloriosa bandiera del partito liberale, fu sempre parte cospicua nei programmi dei partiti di avanguardia della democrazia. Alla condanna dei decreti legge sono legati i nomi più illustri della nostra storia parlamentare: Cavour, Rattazzi, Minghetti, Spaventa, Mancini, Crispi, Gianturco, Majorana, Saredo, Bonasi, Orlando e Luzzatti...” (*ibidem*).

⁴¹⁴ L. Rossi, in *AP Camera*, XXVI legislatura, 12.5.1922, 4413, il quale così prosegue: “aggiungasi che il decreto-legge viene spesso improvvisato: e questo subito apparire di nuove norme giuridiche, senza che l’opinione pubblica le abbia prima elaborate e sia stata disposta ad accoglierle, fa sì che le norme stesse non trovino poi terreno adatto alla loro attuazione; e anche ciò è contro ogni concetto moderno che vuole che le norme da emanarsi siano già penetrate nella coscienza sociale. È un sistema insomma alquanto caotico e costituzionalmente direi quasi rivoluzionario, che di per sé non è da approvare e che produce disordine nella nostra già scarsa educazione politica” (*ibidem*; nonché Id., *Sull’abuso dei decreti-legge*, [1922], rist. in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, cit., nt. 74, V, 305).

⁴¹⁵ Su cui, per tutti, si rinvia alle riflessioni contenute nei saggi raccolti nel volume di S. Cassese, *La formazione dello stato amministrativo*, Milano, 1974, *passim*, proprio per i profili attinenti alle “relazioni tra classi politiche e classi amministrative” (ivi, 4).

⁴¹⁶ F.S. Merlino, *Politica e magistratura dal 1860 ad oggi in Italia*, [1925], rist. in Id., *L’Italia qual è*, Milano, 1974, 277.

⁴¹⁷ F.S. Merlino, *Politica*, cit., nt. 416, 277.

⁴¹⁸ P.S. Leicht, in *AP Camera*, XXVII legislatura, 20.6.1925, 4383.

⁴¹⁹ F. Vassalli, *Il tribunale delle acque pubbliche*, in *Nuova antologia*, 1918, MCVII, 323.

⁴²⁰ “Lo stato di necessità costituisce un elemento di fatto capace di avere ragione di tutte le norme di diritto, così individuale che collettivo. È inutile fare un’indagine di legittimazione: è così, e non può non essere così. Come per tutti gli stati di fatto, che si pongono in contrasto con un ordine giuridico, la sola sanzione, necessaria e sufficiente, sta in un giudizio di responsabilità, che segue” (V.E. Orlando, *Ancora*, cit., nt. 53, 347); la dottrina della necessità viene comunque ripresa con forza da F. Rovelli, *Sulla legittimità*, cit., nt. 126, 565 ss.; V. Scialoja, in *AP Senato*, XXVI legislatura, 15.3.1922, 1588; F. Rovelli, *Il valore dei decreti-legge in alcune recenti sentenze*, Pavia, 1923, 6 ss.; S. D’Amelio, *Nota*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1924, II, 196; N. Levi, *I decreti-legge in rapporto al diritto penale*, in *La scuola positiva*, 1924, I, 440; S. D’Amelio, *Ancora*, cit., nt. 375, 98; A. Rocco, *Relazione*, cit., nt. 423, 5 e 10; O. Ranalletti, *La potestà legislativa del Governo*, [1926], rist. in Id., *Scritti giuridici scelti*, Napoli, 1992, I, 421-422; F. Celentano, *Il potere normativo del governo*, Napoli, 1927, 12-13; infine, in termini ora meno (i

operante del nostro diritto pubblico interno, e che nella soggetta materia si è affermata in modo veramente imponente sia per la costanza, sia per l'univocità"⁴²¹. In altre parole, come è stato pure detto, “nessuno nega che i termini degli art. 6 e 82 dello Statuto non prevedono, dopo la attuazione di esso, la possibilità di decreti-legge. E il rigorismo con cui quegli articoli furono intesi ed applicati nei primi decenni della nostra storia nazionale collima con le concezioni dottrinarie degli scrittori del tempo. [...] Ma mutano i tempi e con essi mutano i fatti sociali e le opinioni degli uomini”⁴²². Se questo è vero, dunque, qualunque soluzione, anche la più dirompente rispetto al primo settantennio di vita statutaria, appare ormai possibile ed effettivamente praticabile, in quello scorcio di tempo cruciale che separa la fine della Prima guerra mondiale dal consolidamento del regime fascista; e la critica delle “vestali del diritto costituzionale”⁴²³ – come le apostrofa ormai con irridente disprezzo A. Rocco – poche o molte che siano, non vale di certo a fermarlo.

decreti-legge “si tollerano e si giustificano solo quando ce ne sia l’urgenza, che in taluni casi può essere persino tale da giustificare la sospensione di tutte le guarentigie e libertà statutarie”) e ora più perplessi, cfr., rispettivamente, V. Polacco, in *AP Senato*, XXIV legislatura, 29.7.1919, 5169 e Id., *A proposito di un recente decreto-legge sulla cittadinanza*, in *Archivio giuridico*, 1923, LXXXIX, 60; dura è la critica, in proposito, formulata da M. Siotto Pintor, *Correnti*, cit., nt. 169, 3: “basterebbe questa sola moltiplicazione iperbolica a dimostrare che non si tratta di misure imposte da impellente necessità e da indeprecabile urgenza, giacché non è neppur pensabile che una società umana, dotata di moderni ordinamenti civili, possa versare in siffatte estreme distrette una volta al giorno, in media, per un periodo di tempo che tocca quasi i due lustri!”; a ciò replica, in altro tempo, ma mantenendo il punto, E. Crosa, *Diritto costituzionale*, IV ed., Torino, 1955, 471: “nel primo dopo guerra l’inflazione dei decreti legge superò ogni immaginazione. Ma fu questo un aspetto diverso del problema. Poiché se il decreto legge non si fonda sulla necessità urgente, diviene cioè un mezzo normale di legislazione, si tratta evidentemente di un problema diverso e non connesso con quello generale e fondamentale della necessità urgente come fonte del diritto”.

⁴²¹ P.E. Bensa, *Del sindacato giudiziario rispetto ai decreti-legge*, in *La Corte di cassazione*, 1924, II, 143; analogamente, Id., in *AP Senato*, XXIV legislatura, 28.7.1919, 5150; F. Vassalli, *Intorno*, cit., nt. 315, 261-262, il quale muta posizione (*supra*, nt. 169); V. Scialoja, in *AP Senato*, XXVI legislatura, 15.3.1922, 1588; Id., *Relazione*, cit., nt. 95, 25; Id., in *AP Senato*, XXVI legislatura, 30.5.1923, 4895; S. D’Amelio, *Nota*, cit., nt. 419, 196; G. Appiani, *Gravi problemi*, cit., nt. 371, 204-205; S. D’Amelio, *Ancora*, cit., nt. 375, 92; A. Rocco, *Relazione*, cit., nt. 423, 10; L. Armani, *Corso di diritto pubblico interno*, Padova, 1926, 83; C. Azzolini, *Il potere esecutivo nella legislazione costituzionale positiva italiana*, Avola, 1927, 24; nonché, successivamente, C. Esposito, *Consuetudine: c) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, IX, 472; tale affermazione, tuttavia, è vivamente contrastata da un solido filone dottrinario, di cui sono espressione P. Chimienti, *Manuale*, cit., nt. 169, 424; R. Cerciello, *L’ammisibilità*, cit., nt. 126, 472 e 487 ss.; G. Ambrosini, *Ancora*, cit., nt. 126, 811-812; T. Brasiello, *Disciplina giuridica dei decreti-legge*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1922, 111-112; R. Cerciello, *La questione*, cit., nt. 224, 114; E. Presutti, *Istituzioni*, cit., nt. 126, 222; C. Caristia, *In tema*, cit., nt. 202, 254-255; A. Ferraciu, *Per la disciplina*, cit., nt. 325, 5 ss.; M. Siotto Pintor, *Il decreto-legge*, cit., nt. 202, 2; I. Brunelli, *I decreti-legge*, cit., nt. 169, 221 ss.; F.S. Merlini, *Politica*, cit., nt. 416, 277; V.E. Orlando, *Ancora*, cit., nt. 53, 346, il quale ritiene che “la consuetudine abrogativa dell’art. 6 dello Statuto sia da riporsi nel museo storico-giuridico”.

⁴²² E. Mazzoccolo, *La facoltà normativa del potere esecutivo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1926, I, 308-309.

⁴²³ A. Rocco, *Relazione al d.d.l. n. 543*, in *AP Camera*, XXVII legislatura, 28.5.1925, 2-3: “il Governo è d’avviso che per limitare entro i più ristretti confini l’uso dei decreti-legge, come non sono state sufficienti le vestali del diritto costituzionale, così non sarebbero sufficienti i più severi divieti e le più severe sanzioni legislative. Il fatto supererebbe sempre la norma di diritto”.