



Pasquale Iasuozzo\*

## Considerazioni su politica e magistratura nella transizione dall'esperienza liberale a quella fascista\*\*

SOMMARIO: 1. Premessa. Cos'è la «transizione». - 2. L'ordinamento giudiziario fino al 1943. - 2.1. Dal regio decreto n. 2626 del 6 dicembre 1865 al regio decreto n. 1978 del 14 dicembre 1921. - 2.2. Dal regio decreto n. 2786 del 30 dicembre 1923 al regio decreto n. 12 del 30 gennaio 1941. - 2.3 Prime conclusioni intermedie. - 3. Le magistrature superiori tra orientamenti consolidati e diritto nuovo fascista. - 3.1. La Corte di Cassazione. - 3.2. Il Consiglio di Stato. - 4. Tradizioni e innovazioni giuridiche: la c.d. 'doppiezza' fascista. - 5. Lo Statuto albertino nella transizione dall'esperienza liberale a quella fascista. - 6. In vece di una conclusione: prime osservazioni sul ruolo della legge n. 71 del 17 giugno 2022.

### 1. Premessa. Che cos'è la «transizione»

Il presente contributo ha ad oggetto un tema classico del dibattito giuridico moderno e contemporaneo<sup>1</sup>, ossia quello del rapporto tra politica e magistratura. L'analisi, condotta con particolare riguardo al Ventennio, si focalizza *in primis* sulle leggi dell'ordinamento

\* Cultore di diritto costituzionale – Università degli Studi di Salerno.

\*\* Contributo sottoposto a *peer review*.

<sup>1</sup> Sul tema, *ex multis* (sia consentito in ordine cronologico): P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano, Giuffrè, 1967; Atti del Seminario *La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale (cenni storici e problemi)*, Milano, Giuffrè, 1977; A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, Einaudi, 1982; G. MARANINI, *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Milano, Lampi di stampa, 1983; A. CERETTI - A. GIASANTI - E. BRUTI LIBERATI, *Il governo dei giudici. La magistratura tra politica e diritto*, Milano, Feltrinelli, 1996; M. CASSANO - P. BROGNA, *Il giudice e il principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Roma, Donzelli, 1997; A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano dagli albori dello Statuto albertino al crepuscolo della bicamerale*, Milano, Giuffrè, 1999; C.F. GROSSO - G. NEPPI MODONA - L. VIOLANTE, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Milano, Garzanti, 2002; C. GUARNIERI, *Mani pulite: le radici e le conseguenze*, in *Il Mulino*, 2002, 223-233; G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia italiana tra passato e presente*, in *Diritto pubblico*, 2003, 325-352; G. FERRI, *Magistratura e potere politico: la vicenda costituzionale dei mutamenti del sistema elettorale e della composizione del Consiglio Superiore della Magistratura*, Padova, Cedam, 2005; D. BELVEDERE, *Il rapporto tra consiglio superiore della magistratura e ministro della giustizia: modello costituzionale, prassi applicativa e riforme legislative*, in *Rivista Aic*, 2012, 1-12; O. ABBAMONTE, *Il potere dei conflitti. Testimonianza sulla storia della magistratura italiana*, Torino, Giappichelli, 2017; E. LANDONI, *Politica e giustizia in Italia. Le ragioni di un rapporto difficile*, in *Memoria e Ricerca*, 2017, 175-199; E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Bari, Laterza, 2018; L. CARLASSARE, *Magistratura e Governo: un interessante conflitto*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, 1-11; G. CERRINA FERONI, *Autonomia della magistratura e rapporto con la politica. nodi vecchi e nuovi. il contributo di Mauro Volpi*, in *Rivista Aic*, 2020, 397-418; G. FERRI, *La magistratura in Italia*, Torino, Giappichelli, 2021; L. PEPINO, *Magistratura e politica*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, 59-86; S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Bari, Laterza, 2022.

giudiziario. Tali ultime, infatti, «non *disciplinano* solo l'organizzazione dei magistrati[...], *ma* nella storia dell'ordinamento italiano [...], sono state indirizzate a ridurre gli spazi del potere giurisdizionale a vantaggio del potere politico (*corsivo mio*)»<sup>2</sup> e per questo sono essenziali alla ricostruzione proposta.

Durante la vigenza dello Statuto albertino, la legislazione giudiziaria è ispirata ai principi di gerarchia ed eterogoverno, degradando il ruolo del magistrato a quello di un 'qualsiasi' pubblico funzionario. L'evoluzione normativa in questione, che vede nel fascismo il suo completamento, ma non il suo inizio, non viene perciò analizzata limitatamente agli anni Venti, bensì dalla metà dell'Ottocento in poi. Si rifletterà, in seguito, su contenuti e tecniche di elaborazione delle decisioni della Cassazione e del Consiglio di Stato, essendo anch'essi elementi utili per affrontare il tema scelto. 'In vece di una conclusione', si preferisce accennare ad alcune caratteristiche della dialettica politica-magistratura nei tempi più recenti. La riflessione sullo specifico oggetto, nella più ampia prospettiva dello svolgimento costituzionale italiano, conferma le letture del fascismo come *continuum* dell'esperienza liberale di fine Ottocento e, in conclusione, aiuta a comprendere alcuni tratti della più recente esperienza.

La «transizione»<sup>3</sup> è la categoria di studio principalmente adottata in questa ricerca. Per tradizione, la transizione è quel «termine che, nell'uso comune, rende l'idea di un passaggio da un modo di essere, o di vita, ad un altro; da una situazione precedente ad una successiva. Non molto diversamente avviene nello specifico ambito giuridico, dove, tuttavia, al vocabolo, di solito, non viene data un'accezione, per così dire, statica (cioè non viene inteso come condizione intermedia definita), bensì dinamica, in quanto con esso si rappresenta una modifica in corso, un mutamento in atto, un tragitto non ancora completato, né esattamente predeterminabile: si fa riferimento, insomma, ad una condizione piuttosto fluida ed incerta»<sup>4</sup>.

Ai nostri fini, la transizione si arricchisce di significati ulteriori. Considerato un nucleo di principi giuridici e un complesso di discipline che vi gravita intorno, la transizione spiega cioè come il mutamento di quest'ultimo non comporti necessariamente la sostituzione del primo. In questa prospettiva si descrive l'evoluzione dell'ordinamento giudiziario durante la vigenza dello Statuto, perché la successione dei regi decreti in materia, di cui si dirà, garantisce sempre maggiore attuazione ai principi originari, che restano però immutati.

<sup>2</sup> F. DAL CANTO, *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 671.

<sup>3</sup> Sull'utilizzo del termine transizione, *ex multis*: G. AMATO, *Un governo della transizione. La mia esperienza di Presidente del Consiglio*, in *Quaderni costituzionali*, 1994, 354 ss.; A. BARBERA, *Transizione alla democrazia maggioritaria? Riflessioni in due puntate*, *ibidem*, 373 ss.; S. BARTOLE, *Trasformazioni costituzionali e transizione politica*, in AA.VV., *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1992, 93 ss.; S. CECCANTI - S. VASSALLO, *Come uscire dalla transizione*, Bologna, Il Mulino, 2004; E. CHELI, *Riflessi della transizione nella forma di governo*, in *Quaderni costituzionali*, 1994, 391 ss.; C. CHIMENTI, *Come chiudere la transizione italiana?*, in *Associazione deicostituzionalisti.it*, 28 febbraio 2008; A. D'ATENA, *La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2002, 305 ss.; C. DE FIORES, *Il Presidente della Repubblica nella transizione*, in *Democrazia e diritto*, 1995, 291 ss.; G. FONTANA, *Crisi della legge e negoziazione legislativa nella transizione istituzionale italiana*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Milano, Giuffrè, 2000, 117 ss.; C. FUSARO, *Le regole della transizione. La nuova legislazione elettorale italiana*, Bologna, Il Mulino, 1995; C. GUARNIERI, *La magistratura nella transizione politica italiana*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, 171 ss.; S. LABRIOLA, *La transizione repubblicana. Studi in onore di Giuseppe Cuomo*, Padova, Cedam, 2000; F. LANCHESTER, *La fine della transizione*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2009; L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, Cedam, 2003.

<sup>4</sup> V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in *Rivista Aic*, 2014, 3.

Istituti efficaci a condizionare l'esercizio della giurisdizione, subordinandola al *placet* governativo, sono in vigore già prima<sup>5</sup> del consolidamento del «regime del Capo del Governo»<sup>6</sup>. Cioè, la dipendenza dell'ordine giudiziario dall'Esecutivo, come anche la graduazione interna tra magistrati, sono l'oggetto privilegiato di ogni intervento di riforma in materia. Invero, sin dal 1865 il legislatore persegue lo scopo di mutare la funzione del magistrato da bocca della legge a bocca del Governo. Pertanto, la transizione, parola chiave di questo contributo, è concetto che spiega come la magistratura continui durante il fascismo -e non inizi con il fascismo- a subire gli effetti di una divisione dei poteri inattuata e poco garantita *ab origine*.

Parlare di transizione significa parlare di cambiamenti e questi sono tendenzialmente instabili. Come condivisibilmente affermato, «occorrerebbe, allora, distinguere sempre tra quel che in realtà è già mutato, chiudendo una transizione (ed eventualmente avviandone un'altra) e quel che semplicemente si prevede – e, a seconda dei casi, si spera o si teme – che possa mutare (e che, quindi, lascia ancora aperta la transizione); ed ancora, non essendo tutti i mutamenti uguali, occorrerebbe distinguere perlomeno tra quelli che investono propriamente il tessuto costituzionale»<sup>7</sup>.

## 2. L'ordinamento giudiziario durante fino al 1943

L'evoluzione in senso assembleare della forma di governo<sup>8</sup> e la crisi dello Stato monoclasse<sup>9</sup> fondano la polemica di cui il fascismo si serve per arrivare al potere, trovando anche nella

<sup>5</sup> Per una ricostruzione: F.A. GENOVESE, *Ordinamento Giudiziario e diritto tabellare (dal 1865 ai giorni nostri)* in *Questione giustizia*, 2003.

<sup>6</sup> Sul tema: V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939; C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano-1931-*, Milano, Giuffrè, 2000; C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e Ministri*, Roma, Edizioni Universitarie, 1942; S. PANUNZIO, "Teoria generale dello Stato fascista". *Seconda edizione, Parte Prima*, Padova, Cedam, 1939.

<sup>7</sup> V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. contributo allo studio dei mutamenti costituzionali* cit., 4.

<sup>8</sup> Pur ritenuta inevitabile storicamente e politicamente, la parlamentarizzazione della forma di governo solleva critiche in fondo. Come è stato detto, «la mancanza di pochi e chiari schieramenti di partito, la cabala delle combinazioni parlamentari, la corruzione sistematica, la impossibilità di istituire un rapporto trasparente e palese fra le elezioni e la formazione dei governi, la sensazione diffusa, anche se in parte ingiusta, di essere dominati da oligarchie inefficienti e disoneste, la mancanza di una opposizione che significasse una possibile alternativa dentro il sistema, la evidente immoralità del gioco trasformistico, i periodici interventi irresponsabili della corona, non erano davvero quel che occorreva per educare nuove generazioni di elettori consapevoli, ai quali consegnare le conquiste del risorgimento». (G. MARANINI, *Storia del potere in Italia* cit., 129 ss.). Sul tema: G. ALESSIO, *La crisi dello Stato parlamentare e l'avvento del fascismo. Memorie inedite di un ex-ministro*, Padova, Cedam, 1946; G. ARANGIO RUIZ, *Storia Costituzionale Del Regno D'Italia (1848-1898)*, Napoli, Jovene, 1985; G. ARCOLEO, *Il Gabinetto nei governi parlamentari*, Napoli, Jovene, 1881, 216 ss.; R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma, Carocci editore, 2002; G. MOSCA, *Teoria dei governi e governo parlamentare*, Torino, Utet, 1982, 484 ss.; V.E. ORLANDO, *La decadenza del sistema parlamentare*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, 1884, 589 ss.

<sup>9</sup> L'affermazione dei partiti di massa pone in difficoltà la classe borghese dirigente, ostile ai rappresentanti delle nuove formazioni politiche. Il proliferare delle leghe di mestiere, delle corporazioni e altre simili organizzazioni contribuisce alla crisi del monoclassismo e della forma di stato che attorno ad esso si è evoluta. Sul tema: M. FIORAVANTI, *Genesi e identità costituzionale dello Stato liberale*, in *Democrazia e diritto*, 2011, 15 ss.; ID., *Mosca, Orlando e la crisi dello Stato liberale*, in P. L. BALLINI (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale (1918-1925)*, Venezia, Marsilio, 2005; A. MAZZACANE, *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Jovene, 1986; F. MAZZARELLA, *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2012, 328 ss.; S. NOTARI, *Le istituzioni centrali dello Stato italiano: l'età liberale. Un profilo storiografico*, in *Le Carte e la Storia*, 2011, 102 ss.; R. VIVARELLI, *Il fallimento del liberalismo*, Bologna, Il Mulino, 1981; S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi-Prolusione pisana*, Pisa, 1909.

dottrina<sup>10</sup> crescenti consensi. La fascistizzazione dell'ordinamento giudiziario non è immediata, essendo quest'ultimo già tanto burocratizzato e gerarchizzato<sup>11</sup> da non far temere ribellioni. La magistratura operante dagli anni Venti a seguire «è abituata a farsi interprete degli indirizzi politici del Governo»<sup>12</sup>, per volontà del legislatore, come pure della maggioranza della magistratura stessa.

## 2.1 Dal regio decreto n. 2626 del 6 dicembre 1865 al regio decreto n. 1978 del 14 dicembre 1921.

Le deboli garanzie dell'ordine giudiziario previste dallo Statuto<sup>13</sup> risultano inattuato già a partire dal r.d. 6 dicembre 1865, n. 2626<sup>14</sup>, che inserisce il magistrato in un'organizzazione piramidale<sup>15</sup> tale da renderlo soggetto al controllo del Governo. Formalmente, quest'ultimo non può sindacare l'atto dell'autorità giudiziaria la quale, analogamente, non può annullare l'atto amministrativo<sup>16</sup>. Per tale motivo, la voluta subordinazione dell'ordine giudiziario si ottiene con il riconoscimento

<sup>10</sup> Il rapporto tra il regime e la cultura giuridica non è riconducibile a uno schema predefinito. Le posizioni dei singoli giuristi si differenziano molto l'una dall'altra, per cui la classificazione tra giuristi fascisti e antifascisti, affiliati e resistenti non è agevole. Almeno fino al 1922, la dottrina costituzionalistica si occupa della razionalizzazione e sistemazione concettuale del suffragio universale da poco introdotto, nonché sui sistemi elettorali e i partiti di massa. In parallelo all'adozione delle leggi fascistiche, invece, l'accademia elabora metodologie nuove per studiare i cambiamenti in atto nell'ordinamento. Sul tema: I. BIROCCHI - L. LOSCHIAVO, *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, RomaTre-Press, 2015; F. LANCHESTER, *La dottrina costituzionalistica italiana dal fascismo alla Repubblica*, in *Rivista Aic*, 2018; D. NOCILLA, *Quale costituzionalismo durante il fascismo?*, in *Rivista Aic*, 2018; A. SOMMA, *Cultura giuridica e giuristi nella transizione dallo Stato liberale al fascismo*, in *Legal History*, 2013, 237 ss.

Mussolini e i suoi sostenitori raccontano di una rivoluzione continua delle istituzioni, della politica e dello spirito della Nazione, definita trasformazione esteriore e interiore dello Stato. La supposta rivoluzione fascista si fonda sul superamento dell'atomismo liberale come fondamento dell'ordinamento politico-giuridico, che si vuole ricostruire invece attorno ai valori del corporativismo, dell'identificazione dello Stato con il Partito unico. Sul tema: S. PANUNZIO, *Teoria generale dello stato fascista*, Padova, Cedam, 1939; A. ROCCO, *La trasformazione dello stato: dallo stato liberale allo stato fascista*, Roma, La Voce, 1927. Sui fondamenti ideologici e giuridici del regime mussoliniano e la costruzione dello Stato totale: L. GENTILE - F. LANCHESTER - A. TARQUINI, *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*, Torino, Fregi editore, 2010; P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963.

<sup>11</sup> Il controllo politico sulla magistratura è tratto tipico degli ordinamenti liberali dell'epoca, specie dei sistemi di *civil law*. L'attività del giudice è intesa quale meccanica applicazione di una norma, tendenzialmente chiara e precisa, e la libertà interpretativa è perciò ridotta al minimo. Questo facilita le possibilità di controllo sui magistrati. Sul tema: M. BARBERIS, *Legge e giudice nell'Italia del Novecento*, in *Materiale per una storia della cultura giuridica*, 2013, 537-550; A. PIGNATELLI, *I controlli politici sul giudice dallo stato liberale al regime fascista*, in *Politica del diritto*, 1975, 103 ss.

<sup>12</sup> G. NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, Torino, Einaudi, 1973, 132. Sul tema anche: A. MENICONI, *La magistratura nella storia costituzionale repubblicana*, in *Nomos - Le attualità del diritto*, 2017, 1-19.

<sup>13</sup> Lo Statuto avrebbe voluto disciplinare una magistratura 'dei codici e della Costituzione'. L'esercizio della giurisdizione cioè viene garantito da ora costituzionalmente, attraverso l'inamovibilità e il divieto di istituire giurisdizioni straordinarie. Tuttavia, queste tutele verranno con la legislazione ordinaria completamente inattuato. Sul tema: F. VENTURINI, *La magistratura sabauda di fronte allo Statuto albertino: equilibrio di poteri o primato della politica?*, in *Le Carte e la Storia*, 2012, 10 ss.

Si nota, infatti, che «c'è una certa tensione tra quello che lo Statuto vorrebbe realizzare e la realtà dell'assetto della magistratura sabauda e italiana. L'entrata in vigore dello Statuto vuole creare le condizioni per un superamento pieno dell'Antico regime, ma specie nella magistratura la resistenza è diffusa: il dibattito coinvolge il sentimento fortemente monarchico e di fedeltà al Re, reazionario e conservatore, e quello di una cerchia ristretta dedito al culto dell'indipendenza della classe dei magistrati, consapevole del fatto che avrebbe allevato dentro di sé futuri consiglieri, ministri e diplomatici, che per tanto meritino che la legge garantisca loro indipendenza e inamovibilità» (A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, Il Mulino, 2012, 27). Sul tema anche: P. SARACENO, *Le epurazioni della magistratura in Italia: dal Regno di Sardegna alla Repubblica*, Bologna, Clio, 1993, 517 ss.

<sup>14</sup> C.d. 'ordinamento Cortese'.

<sup>15</sup> Sul tema: E. LONDINI, *Una struttura per il pubblico impiego in vigore dal 1923 al 1956-57: l'Ordinamento gerarchico delle Amministrazioni dello Stato*, in *Le Carte e la Storia*, 2014, 47-64; G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana. 1861-1993*, Bologna, Il Mulino, 1996, 185 ss.; G. SCARPARI, *Il giudice del Novecento: da funzionario a magistrato*, in *Questione giustizia*, 2019, 2 ss.

<sup>16</sup> La disapplicazione rappresenta la massima sanzione che il giudice può comminare all'atto amministrativo.

della facoltà del Governo di contestare non l'atto, ma la persona del magistrato che lo adotta<sup>17</sup>: è la c.d. «dipendenza esterna» della magistratura. Essa, che dovrebbe essere soggetta alla sola legge e politicamente irresponsabile, diviene invece titolare di una responsabilità politica *de facto*, che pregiudica la neutralità delle funzioni che esercita.

La carriera del magistrato è influenzata dal guardasigilli sin dall'ingresso in ruolo, provvedendo il ministro alla nomina degli uditori vincitori di concorso e, «avuto riguardo ai bisogni e alle convenienze del servizio», alla loro sede di destinazione. Ai sensi dell'art. 129 del c.d. «ordinamento Cortese», inoltre, «Il pubblico ministero è il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, ed è posto sotto la direzione del ministro della giustizia.» La pubblica accusa in questo modo è orientata nell'esercizio dell'azione penale e nella persecuzione dei reati: la molteplicità delle circolari ministeriali a riguardo ne sono testimonianza<sup>18</sup>. La dipendenza esterna viene ulteriormente attuata prevedendo la facoltà del ministro del reclutamento diretto<sup>19</sup>, cioè con l'inserimento nei ruoli dei tribunali di avvocati, notai e professori universitari- che così esercitano funzioni giurisdizionali- senza l'ordinaria indizione di concorso.

La magistratura non si oppone a questi controlli perché è animata dalla stessa tendenza conservatrice della classe dirigente, ed infatti è proprio tra i magistrati che vengono scelti spesso capi di gabinetto e ministri<sup>20</sup>. Di conseguenza, il rapporto tra magistratura e potere politico in questi anni non può essere ricondotto a un semplice conflitto, perché possiede un'articolazione più ampia. Tra alti magistrati e ceto dirigente «continua l'osmosi originata nel Risorgimento, durante il quale, infatti, non solo si sarebbe configurata una nuova classe politica nazionale, ma anche una nuova magistratura»<sup>21</sup>. I rapporti interni tra magistrati sono regolati, invece, da un principio propriamente gerarchico che ne limita ulteriormente l'autonomia.

Le Corti superiori favoriscono nella progressione di carriera coloro che seguono gli orientamenti giurisprudenziali da loro stesse elaborati e cooptano i magistrati inferiori

<sup>17</sup> Per il potere giudiziario, «da separazione esatta o totale *di esso dagli altri poteri* è non solo una garanzia costituzionale, ma è altresì richiesta dalla giustizia e va annoverata fra i più luminosi progressi della civiltà» (*corsivo mio*) (P. PEVERELLI, *Comenti intorno allo statuto del Regno di Sardegna*, Torino, Castellazzo e Degaudenzi, 1849, 142 ss.).

<sup>18</sup> Consultabili presso l'Archivio centrale dello Stato. Fondi Ministero della Giustizia, gabinetto, uffici affari penali e di segreteria.

<sup>19</sup> Sul tema: P. SARACENO, *Il reclutamento dei magistrati italiani dall'unità al 1890*, in A. MAZZACANE – C. VANO (a cura di), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, Napoli, Jovene, 1994, 539-58.

<sup>20</sup> Molti giudici, prima di essere nominati ai vertici dell'amministrazione della giustizia, passano per gli uffici direttivi e quelli dei segretari generali dei ministeri. Sul tema: G. MELIS, *Poche note sugli studi della magistratura nello Stato liberale*, in *Studi storici*, 2010, 809-820; G. TOSATTI, *I magistrati nei Gabinetti governativi in età liberale*, in *Studi storici*, 2010, 843-856.

Saraceno individua proprio un «sotto modello dei magistrati gabinettisti», cioè una categoria a cui appartengono quei giudici che piuttosto che avanzare di carriera tra gli uffici giudiziari, riescono a farlo tra gli uffici dell'amministrazione dello Stato. Sul tema: P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione. Linee di un'analisi sociopolitica del personale dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo*, Roma, Edizioni dell'Ateneo & Bizzarri, 1979.

Accanto al professore Saraceno, il professore Tranfaglia propone un'ulteriore periodizzazione specifica. Si individuando una prima fase che comprende gli ultimi quarant'anni dell'Ottocento, durante i quali è alta la presenza di alti magistrati o a capo dei ministeri, specie come guardasigilli, o nell'assemblea parlamentare. Nella seconda fase, il quindicennio giolittiano, il legame giudice-politica si indebolisce, emergendo invece una generazione di magistrati tecnici, che attraverso il Csm e l'Agmi tutelano i propri interessi di categoria professionale. Sul tema: N. TRANFAGLIA, *Dallo stato liberale al regime fascista. Problemi e ricerche*, Milano, Feltrinelli, 1973.

La situazione per la quale molte direzioni ministeriali, o ministeri stessi, vengano affidati a magistrati non è ancora oggi superata. Non da ultimo il professor Cassese (S. CASSESE, *Il governo dei Giudici* cit.), infatti, ha parlato di una «magistratizzazione dei Ministeri» come una delle più evidenti distorsioni nella distribuzione costituzionale del potere e delle competenze.

<sup>21</sup> A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana* cit., 48.

redigendone i fascicoli personali utili alla promozione. La dipendenza dell'ordine giudiziario è quindi sia di tipo interno, per la suddivisione dei magistrati in una vera e propria costruzione per gradi, che va dall'uditore alla consigliere di Cassazione, che di tipo politico-esterno, per l'influenza esercitata dal ministro della giustizia, al fine di uniformare la giurisdizione all'indirizzo politico dominante. Tale ulteriore soggezione è realizzata anche con la disciplina dell'inamovibilità di cui al Titolo VI, Capo III, del decreto n.2626/1865, ex artt.199-212. Anche verso il giudice inamovibile, «nei casi previsti dalla legge», è consentito adottare provvedimenti di privazione del grado, di sospensione o di collocazione in aspettativa o riposo. Inoltre, per «l'utilità del servizio possono essere tramutati da una corte o da un tribunale ad altra corte o tribunale, con parità di grado e di stipendio». Il trasferimento, la tramutazione di funzione e sedi sono gli strumenti con cui il Governo meglio riesce a pilotare la magistratura.

L'adozione di questi provvedimenti vale come punizione di fatto del magistrato che pronuncia sentenze poco conformi all'indirizzo politico dominante. Non di rado accade anche che, per «debolezza di mente», il giudice inamovibile si considera incapace di adempiere «convenientemente ai doveri della sua carica» (art.203) e venga perciò dispensato dall'impiego. L'interpretazione estensiva o restrittiva di simili prescrizioni è consentita dall'utilizzo di termini vaghi e imprecisi, il cui significato varia a seconda del caso e delle necessità da soddisfare, in altre parole dalla situazione in cui si trova il magistrato da punire. Nel suo fascicolo personale è fatto obbligo di annotare quando il trasferimento è da intendersi come misura punitiva e quando invece non lo è, in modo che colui che è trasferito senza sua colpa possa ricevere un'indennità. La disciplina della sorveglianza, infine, unisce l'eterogoverno alla gerarchia.

Ex art. 216 del r.d. n.2626/1865, «Il ministro della giustizia esercita l'alta sorveglianza su tutte le corti, i tribunali e i giudici dello Stato, e può ammonirli. Egli può chiamare a se' ogni giudice, affinché risponda sui fatti ad esso imputati. [...]». L'alta sorveglianza ministeriale è coordinata al potere di sorveglianza ordinario riconosciuto ai magistrati superiori. In questo modo il giudice inferiore dipende da quello superiore, per la sorveglianza come pure per le promozioni. La Corte di cassazione ha il diritto di sorveglianza su tutte le Corti d'appello e su tutti i tribunali e le preture. Ogni corte d'appello ha lo stesso diritto sui tribunali e sulle preture del suo distretto e così anche ogni tribunale civile e correzionale sulle preture e sui conciliatori compresi nella sua circoscrizione territoriale. Questa organizzazione vede al suo vertice i primi presidenti. Il primo presidente della Corte di cassazione ha la sorveglianza su tutti i magistrati che la compongono. Il primo presidente d'ogni Corte d'appello ha la sorveglianza sui membri della corte, dei tribunali e delle preture del suo distretto. Il presidente di ogni tribunale civile e correzionale sorveglia i magistrati di tribunali e delle preture compresi nella circoscrizione del tribunale stesso.

All'esito negativo della procedura di sorveglianza può instaurarsi un procedimento disciplinare, ad iniziativa del pubblico ministero, che a norma dell'art. 231, esercita la relativa azione dinanzi alle corti ed ai tribunali «anche sull'eccitamento di chi è investito del diritto di sorveglianza». L'attribuzione di tale competenza alla pubblica accusa, rappresentante dell'Esecutivo nell'ordine giudiziario, chiude il sistema capillare di controlli della politica sulla magistratura. Nonostante simili restrizioni, di per sé sufficienti a garantire sentenze politicamente

orientate, i Governi dei notabili<sup>22</sup> per far fronte ai disordini dichiarano comunque lo stato d'assedio<sup>23</sup>.

Espandendo i propri poteri e istituendo tribunali militari, i Governi cioè sottraggono competenza al giudice comune per assicurarsi pronunce di favore. Quei tribunali, applicando riti sommari, garantiscono di pervenire a decisione velocemente e i suoi componenti, provenendo dal regio Esercito, fedele alla Corona, assicurano che si attuino le direttive del Governo del Re che li ha istituiti. Il magistrato viene posto ai margini della società nei momenti più difficili per lo Stato, cioè lontano dai conflitti. Tra fine Ottocento e inizio Novecento, si ricorre con tale frequenza a procedure sospensive dei diritti e di giustizia militare che quando il fascismo arriva al potere è come se fossero definitivamente perfezionate, e da legislazione eccezionale diventano legislazione ordinaria. Il controllo della magistratura è talmente radicato nella legislazione come anche nella cultura giuridica che risulta impossibile cambiarlo in poco tempo e con interventi isolati. Ciò nonostante, può notarsi un tentativo di liberalizzazione delle carriere<sup>24</sup> con le leggi n. 511 del 14 luglio 1907, e l. n. 438, del 24 luglio 1908, approvate su iniziativa del guardasigilli Orlando. Si promuove l'istituzione presso il ministero della giustizia del Csm e dei nuovi Consigli giudiziari presso le Corti d'appello, al fine di condividere maggiormente la direzione delle carriere, pur essendo i nuovi organismi composti in modo tale che la sola alta magistratura possa entrarne a far parte.

Il Csm è presieduto dal Primo presidente di Cassazione e si articola a livello locale con i consigli giudiziari, creati presso ogni tribunale e Corte d'appello. Il Consiglio Superiore conta tra i suoi membri: il Procuratore generale presso la Cassazione, sei consiglieri e tre sostituti procuratori generali, sempre di Cassazione, e nove componenti ulteriori, nominati con regio decreto, su deliberazione del Consiglio dei ministri e proposta del guardasigilli, scelti tra magistrati non inferiori al grado di Presidente di Corte d'appello. Internamente, esso è diviso in due sezioni, competenti rispettivamente per i concorsi e le promozioni dei giudici di grado superiore a quello di consiglieri di Cassazione e per tutti gli altri magistrati. Il Csm esprime pareri non vincolanti e valutazioni tecniche sulla promovibilità dei magistrati. Il guardasigilli continua a disporre sia delle nomine ai gradi più elevati, sia della decisione dei tempi e dell'ordine di esecuzione alle deliberazioni consiliari di promovibilità. Nei consigli giudiziari siedono invece i capi degli uffici giudicanti e requirenti, il più anziano dei presidenti di sezione e due rappresentanti eletti

<sup>22</sup> Duverger definisce così i governi che si formano negli ultimi decenni dell'Ottocento, perché tutti costruiti attorno a una personalità politica di spicco e al suo *entourage* personale. I 'notabili' sono gli antagonisti dei nuovi partiti di massa. Sul tema: M. DUVERGER, *Les grands systèmes politiques*, Parigi, Universitaires de France, 1975.

<sup>23</sup> «Lo stato d'assedio è un fatto, una conseguenza della guerra, che si manifesta, e produce i suoi effetti di per sé e senza alcuna dichiarazione» (F.P. CONTUZZI, *Stato d'assedio*, in *Digesto italiano*, XXII, Torino, Utet, 1985, 183). Di questo strumento si è fatto abuso durante gli ultimi decenni dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, quale mezzo esclusivo di repressione del dissenso politico, più che strumento emergenziale vero e proprio. Si ricorda, infatti, un solo caso in cui viene adottato a seguito per esempio di catastrofi naturali, e cioè nel 1908 in occasione del terremoto di Messina. Per tutte le restanti occasioni, esso rappresenta la risposta del governo alle sommosse popolari, in dissenso con la classe dirigente. Con lo scopo di traslare l'esercizio della giurisdizione dal giudice ordinario a quello straordinario militare, la dichiarazione di stato d'assedio confina il magistrato ai margini della società (magistratura periferica). Sul tema: G. BASCHERINI, *L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, 3-63; L. VIOLANTE, *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare*, in *Rivista di storia contemporanea*, 1976, 1-37.

<sup>24</sup> Sul tema: G. FERRI, *Autonomia e indipendenza della magistratura tra vecchio e nuovo ordinamento giudiziario*, in *Rivista Aic*, 2017, 1-51; A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano dagli albori dello Statuto albertino al crepuscolo della bicamerale* cit., 27 ss.

annualmente dall'assemblea generale dei magistrati del circondario del Tribunale o del distretto di Corte d'appello. Essi devono annualmente classificare i giudici secondo criteri di «merito, capacità, dottrina, operosità e condotta».

Con la l. n.438/1908 nasce la Scd, Suprema Corte Disciplinare, anch'essa istituita presso il ministero della giustizia. Tale nuovo organismo è posto al vertice della rete di consigli disciplinari, che dovranno giudicare degli illeciti disciplinari di tutti i magistrati. Anche i componenti della Scd, tuttavia, sono scelti tra l'alta magistratura: sei magistrati di grado superiore del Csm e il primo presidente di Cassazione. Ad essi si aggiungono sei senatori del Regno, nominati dal Consiglio dei ministri su proposta del guardasigilli. Il ministro conserva per sé la titolarità dell'azione disciplinare.

Su proposta di Orlando si riconosce, inoltre, la garanzia dell'inamovibilità anche per i pretori, che, unitamente ai giudici, non possono essere tramutati di funzione e sede senza il loro consenso, salvo casi tassativamente indicati. Tra quest'ultimi merita attenzione l'incompatibilità ambientale, cioè la possibilità che il magistrato possa essere allontanato dalla sede se impossibilitato, per qualunque causa, «ad amministrare la giustizia secondo il prestigio richiesto dall'ordine giudiziario» (art.4). In questo caso, il Governo ne può disporre il trasferimento, sentito il parere non vincolante del Csm. Il guardasigilli, nonostante le novelle introdotte, conserva la titolarità esclusiva di diverse prerogative, come la nomina dei professori universitari e avvocati alle cariche giudiziarie e dei vertici della magistratura stessa. Analogamente, l'alta magistratura continua a godere di un potere d'influenza nella progressione di carriera dei giudici di grado inferiore<sup>25</sup>. La moltiplicazione di organismi e competenze variamente distribuite a seguito dell'«ordinamento Orlando», aumentano la burocratizzazione dell'ordine giudiziario e consolidano la struttura piramidale.

La democratizzazione dell'ordinamento giudiziario prosegue con il r.d. n. 1978 del 14 dicembre 1921, (c.d. «ordinamento Rodinò»). Esso introduce l'approvazione con decreto reale delle residenze dei magistrati e delle circoscrizioni territoriali degli uffici giudiziari, il loro cambiamento solo per legge, la fissazione a 70 anni per il collocamento a riposo, l'elettività di secondo grado del Csm. Il Governo tenta di soddisfare le istanze della bassa magistratura, che ha

---

<sup>25</sup> Conferma questa conclusione anche la previsione di cui all'art.15 della l. n.511/1907: «Compiuto almeno un anno di tirocinio effettivo, l'uditore può essere nominato, con decreto Reale, giudice aggiunto, se, con dichiarazione del Consiglio giudiziario, istituito presso il tribunale del circondario dalla presente legge, sia stato abilitato alle funzioni giudiziarie. All'effetto di tale abilitazione saranno tenute presenti le informazioni fornite dai vari magistrati, presso i quali l'uditore abbia compiuto il suo tirocinio.» Uno schema analogo si ripete per le promozioni di qualsiasi grado.

iniziato nel frattempo ad organizzarsi in associazioni<sup>26</sup> per far valere i propri disagi. Questi i motivi per cui si è parlato del decreto Rodinò come «canto del cigno dell'epoca liberale»<sup>27</sup>.

Quando si forma il governo Mussolini, gli strumenti di controllo sui giudici esistono già e sono efficaci nei loro scopi originari, perciò, il nuovo ministro della giustizia Oviglio lavora solo per razionalizzare e non abrogare il *corpus* normativo vigente.

## 2.2 Dal regio decreto n. 2768 del 30 dicembre 1923 al regio decreto n. 12 del 30 gennaio 1941.

La prima riforma dell'ordinamento giudiziario voluta del governo Mussolini viene introdotta in forza della legge delega n. 1601, del 3 dicembre 1922<sup>28</sup>, con r.d. n.2786 del 30 dicembre: l'«ordinamento Oviglio»<sup>29</sup>. «Più che di una trasformazione radicale delle norme vigenti, si tratta di modifiche di alcune procedure, tra le quali l'inizio della carriera, il sistema di promozioni e, in alcune parti, la disciplina degli uffici direttivi»<sup>30</sup>. La riforma ripropone, salvo poche eccezioni, la legislazione in vigore, come la disciplina della sorveglianza, che resta quella del 1865, e quella della potestà disciplinare, identica a quella introdotta nel 1907.

L'elettività del Csm viene sostituita con la nomina ministeriale dei suoi componenti togati, scelti tra gli alti magistrati<sup>31</sup>; la classificazione per la promozione in Cassazione è trasferita dal Csm in capo ad una commissione ministeriale; la discrezionalità del guardasigilli per le nomine degli uffici direttivi delle Corti d'appello e della Cassazione viene ampliata ulteriormente; i presidenti di Corte d'appello da ora in poi nominano i componenti dei consigli giudiziari, sostituendo l'elezione diretta da parte delle assemblee generali dei magistrati. A ciò va aggiunta la soppressione dell'inaffidabilità per i pretori e la possibilità di decretare un trasferimento di sede «per qualsiasi motivo»<sup>32</sup>, e non più per motivi predefiniti. Per quanto riguarda alle progressioni di carriera, invece, si conferma il meccanismo per il quale esse dipendono dai giudizi espressi dai

<sup>26</sup> Il riferimento è all'Associazione generale fra i magistrati d'Italia- Agmi- fondata nel 1909. Tra gli iscritti si contano per lo più appartenenti alla bassa magistratura, che rivendicano autonomia dalla magistratura alta. Accanto alle polemiche per le cooptazioni ed il sistema di promozioni, l'associazione promuove anche questioni legate ai trattamenti economici, tra le più evidenti disparità tra magistrati di grado diverso.

Come autorevolmente affermato: ...«se l'ordinamento giudiziario prevedeva questa divisione orizzontale per ruoli, la stratificazione gerarchica ne aveva determinato una verticale per status: l'alta magistratura poteva vantare stipendi, onorificenze e rapporti con il potere 'romano' che la distanziavano nettamente dalla bassa magistratura, spesso confinata in sedi disagiate e sempre costretta a fare i conti con stipendi che rendevano ardua anche la semplice formazione della famiglia» (G. SCARPARI, *Il giudice del Novecento: da funzionario a magistrato* cit., 2). Sul tema anche: A. MENICONI, *La storia dell'associazionismo giudiziario: alcune notazioni*, in *Questione giustizia*, 2015, 220-230; F. VENTURINI, *Un sindacato di giudici da Giolitti a Mussolini. L'Associazione Generale dei Magistrati Italiani. 1909-1926*, Bologna, Il Mulino, 1987, 196 ss.

<sup>27</sup> G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia italiana tra passato e presente* cit.

<sup>28</sup> «Delegazione di pieni poteri al Governo del Re per il riordinamento del sistema tributario e della pubblica amministrazione».

<sup>29</sup> Sulla figura del ministro Oviglio: A. MENICONI, *La maschia avvocatura. Istituzioni e professione forense in epoca fascista (1923-1943)*, Bologna, Il Mulino, 2006.

<sup>30</sup> Relazione del ministro Oviglio alla riforma del 1923.

<sup>31</sup> Artt. 151 ss., r.d. n.2786/1923.

<sup>32</sup> Art. 173, r.d. n.2786/1923.

superiori gerarchici, i cui capi degli uffici direttivi sono nominati sempre dal ministro della giustizia.

Anche la riforma proposta dal ministro Rocco, adottata con più atti tra il 1925-26, ha ad oggetto prevalentemente la disciplina delle promozioni «Del resto, non c'era urgenza di sottomettere o controllare maggiormente la magistratura, in quanto erano sufficienti gli strumenti dell'ordinamento del 1865 così come rafforzati dalle modifiche di Oviglio nel 1923»<sup>33</sup>. In particolare, il criterio del merito è favorito a quello dell'anzianità negli scrutini per l'avanzamento di carriera e si introduce un concorso per soli titoli come unico modo di accesso al grado di consigliere di Cassazione. Le progressioni di carriera vengono modificate anche quando viene nominato guardasigilli De Francisci, che ottiene l'introduzione di nuovi titoli di preferenza nelle valutazioni svolte ai fini delle promozioni stesse<sup>34</sup>. La gerarchizzazione si irrigidisce al punto che l'indipendenza non viene considerata come «effetto delle norme giuridiche che la garantiscono, ma come conseguenza dello 'spirito' in cui il magistrato di trova; il problema, pertanto, più che un problema giuridico diventa un problema morale (*corsivo mio*)»<sup>35</sup>. Infine, con il r.d. n.12 del 30 gennaio 1941, promosso dal ministro della giustizia Grandi e adottato in forza della legge delega n. 2260, del 24 dicembre 1925<sup>36</sup>, tutte le residue garanzie della magistratura vengono eliminate e «l'opera di codificazione del diritto fascista»<sup>37</sup> si completa.

L'indipendenza degrada a mera assenza da influenze perturbatrici, la disciplina dei trasferimenti s'irrigidisce con la previsione di nuovi motivi di incompatibilità e la valutazione dell'infermità per la dispensa dal servizio è rimessa alla totale discrezione del guardasigilli. Il Csm diventa poco più che una «commissione ministeriale»<sup>38</sup> con funzioni consultive<sup>39</sup>, la potestà di iniziativa del procedimento disciplinare resta nella titolarità esclusiva del ministro della giustizia e qualunque condotta da ora può legittimarne l'esercizio. Le commissioni ministeriali negli scrutini per l'avanzamento di carriera sono ripristinate e l'anzianità diventa criterio preferenziale, da valutare assieme agli altri titoli, alle informazioni fornite dai superiori gerarchici, al grado di cultura e all'attitudine alle funzioni giudiziarie, ricostruiti sulla base delle relazioni dei magistrati superiori.

Le direttrici sottese all' «ordinamento Grandi» sono due. La prima è quella del rafforzamento della subordinazione della magistratura al Partito, prevendo l'iscrizione al Pnf non più come titolo preferenziale (come aveva voluto De Francisci), ma come requisito oggettivo di ammissione all'esercizio delle funzioni giudiziarie. La seconda, invece, è la definitiva gerarchizzazione dell'ordinamento giudiziario, confermandone al vertice del controllo politico il ministro della giustizia, che aumenta i suoi poteri in materia disciplinare e di assegnazioni di sedi a seguito di

<sup>33</sup> A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana* cit., 165.

<sup>34</sup> Tra queste l'iscrizione al Pnf e la certificazione della partecipazione alla marcia su Roma.

<sup>35</sup> L'intervento continua: «Fra le cause, infatti, che possono limitare la libertà del magistrato, sono, è vero, le esorbitanze del governo, ma più ancora le pressioni dell'ambiente, lo scatenarsi delle passioni politiche, le intemperanze della stampa.» (Atti parlamentari del Senato del Regno, Leg. XXVII, prima sessione, 1924-1925, in *Archivio del Senato della Repubblica.it*).

<sup>36</sup> Recante «Delega al Governo del re della facoltà di emendare il Codice penale, il Codice di procedura penale, le leggi sull'ordinamento giudiziario e di apportare nuove modificazioni e aggiunte al Codice civile». Sul tema: N. BERTINI, *Il Ministero della giustizia e degli affari di culto tra la crisi dello Stato liberale e la stabilizzazione del regime fascista (1919-1932)*, in *Le Carte e la Storia*, 2005, 171-193; G. SILVESTRI, *Organizzazione giudiziaria e indipendenza della magistratura*, in *Ritorno al diritto: i valori della convivenza*, 2005, 1-30.

<sup>37</sup> D. GRANDI, *Relazione al Re*, in *Leggi e decreti 1941*, 1941, 31.

<sup>38</sup> T.T. CONSO, *Ordinamento giudiziario*, Torino, Einaudi, 1982, 112 ss.

<sup>39</sup> Il Csm è chiamato a formulare pareri soltanto eventuali e mai vincolanti.

tramutamento o di promozione, e come vertice interno la Cassazione. La giustizia, così disciplinata, deve «informare la sua attività alle direttive generali segnate dal Governo, come per l'esercizio di ogni pubblica funzione»<sup>40</sup>.

La tensione tra politica e giustizia, tra politica e diritto, viene portata alle estreme conseguenze da parte del regime fascista. Anche la giustizia politicizzata e la repressione del dissenso politico cambiano forme e procedure, ma si confermano interessi vitali per la classe governativa. Se in passato l'istituto principale per realizzarla è la dichiarazione di stato d'assedio, ora il Governo Mussolini istituisce il TDSD<sup>41</sup>. Il Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato è il corrispondente dei tribunali militari istituiti proprio con le dichiarazioni di stato d'assedio degli anni precedenti. Infatti, esso ha natura militare ed è depositario della fiducia del Governo. La sola differenza è che, mentre in passato si abusa dello stato d'assedio come strumento eccezionale, ora si istituisce una magistratura *ad hoc* non temporanea. Composizione e costituzione di questo nuovo collegio sono ordinati dal ministro della guerra. Si applica la procedura militare in tempo di guerra e le sentenze non sono ricorribili in nessun modo. La competenza giurisdizionale sui reati politici, anche per processi in corso, trasla dalla magistratura ordinaria a quella speciale del TSDS.

### 2.3 Prime conclusioni intermedie

Una transizione può condurre a esiti differenti. O «abortisce strada facendo»<sup>42</sup>, producendo effetti che non conducono a fratture di nessun tipo o chiude definitivamente un'esperienza politico-costituzionale. Può dare origine a crisi che il sistema politico-giuridico riassorbe o, ancora, si risolve in «fatti coreografici o teatrali, idonei ad impressionare l'immaginario collettivo»<sup>43</sup>. In altri casi, invece, la transizione più che in direzione dell'abbattimento di un ordine dato, si muove «in direzione del completamento e del consolidamento *di tale ordine*, sempre più convertendo valori propugnati e modelli delineati in astratto in norme di attuazione concreta ed in istituti operanti nella realtà» (*corsivo mio*)<sup>44</sup>. Quest'ultimo è l'esito che si è avuto nel caso fin qui descritto.

Dalla riforma promossa dal ministro Cortese a quella del ministro Grandi si può individuare una prima transizione dell'ordinamento giudiziario. Durante il corso di quasi un secolo, la corrispondenza tra esercizio della giurisdizione e del potere politico è la *ratio* sottesa a tutti gli interventi di riforma. I nuovi codici di diritto sostanziale e processuale, in combinato disposto con l'«ordinamento Grandi», creano un contesto nuovo<sup>45</sup> in cui il magistrato è assolutamente

<sup>40</sup> D. GRANDI, *Relazione al Re cit.*, 45.

<sup>41</sup> Istituito con la l. n.2008/1926. Sul tema: P. BROGNA, *Giustizia fascista. Storia del Tribunale speciale*, in *Questione giustizia*, 2021; P.L. D'ALESSANDRO, *Giustizia fascista. La storia del tribunale speciale (1925-1943)*, Bologna, Il Mulino, 2020; ID., *I dirigenti comunisti davanti al tribunale speciale*, in *Questione giustizia*, 2009, 481-553; M. FRANZINELLI, *Il tribunale del Duce*, Milano, Mondadori, 2017.

<sup>42</sup> S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, 97.

<sup>43</sup> A. RUGGIERI, *Note sparse per uno studio sulle transizioni*, in *Rassegna parlamentare*, 2000, 53.

<sup>44</sup> V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. contributo allo studio dei mutamenti costituzionali cit.*, 14.

<sup>45</sup> Già in passato le tendenze autoritarie dello Stato hanno condizionato l'organizzazione della giustizia. La stessa, tuttavia, è la prima volta che si trova a confronto con uno Stato oltreché autoritario anche totalitario. Sul tema: S. CASSESE, *Lo Stato*

parificabile ad un pubblico funzionario e dove tutto è nello Stato, nulla fuori o contro di esso. L'ordine giudiziario solo accennato nella Carta sabauda si costruisce per via legislativa ordinaria, irrigidendone progressivamente le strutture interne. Il modello statutario originario ospita in sé potenzialità costrittive sull'ordine giudiziario che con il fascismo non sono più attenuate né da prassi politiche o istituzionali<sup>46</sup>, né da garanzie formali.

Diversamente, come detto, il risultato di una transizione può essere anche quello di chiusura di un'esperienza politica, proprio come accaduto negli anni del regime costituzionale transitorio<sup>47</sup>. Gli accadimenti successivi al 25 luglio 1943 sono noti e anche in riferimento a quegli anni la transizione è un'utile categoria interpretativa. Le coordinate scelte per delimitare la presente riflessione non rendono tale sede adatta ad approfondire l'ulteriore transizione dal fascismo alla Repubblica. Limitatamente all'ordinamento giudiziario, però, sia consentito per ora segnalare che, su tutto il territorio nazionale coesistono tra il 1943 e il 1945 due amministrazioni della giustizia parallele e diverse, nonostante sia in vigore ovunque la stessa disciplina dell'ordinamento giudiziario, e cioè il regio decreto n.12 del 1941. Le modifiche a tale decreto adottate dai governi a Nord e a Sud imprimono nuove tendenze al rapporto tra politica e magistratura che sarà molto difficile ricomporre all'indomani della liberazione dall'occupazione tedesca.

Tornando alla transizione dall'esperienza liberale a quella fascista, si osserva che, caduto il fascismo, la marginalizzazione e il controllo del magistrato sono completamente realizzati. Tuttavia, il discorso è diverso per i giudici della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato. Questi, infatti, esercitano le loro funzioni pienamente inseriti nel tessuto sociale e giuridico del Ventennio, nonostante i controlli.

---

fascista, Bologna, Il Mulino, 2010; P. COSTA, *Lo 'Stato totalitario': un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1999, 61- 174.

<sup>46</sup> Condivisibile la posizione secondo la quale «in realtà il regime liberale italiano ha sempre portato dentro di sé la 'tara occulta' dell'autoritarismo ereditato dalla tradizione napoleonica transitata nell'ordinamento piemontese e da questo in quello del Regno d'Italia. Di questo orientamento complessivo faceva parte la soggezione della magistratura al Re ed al suo Governo, nascente dalla struttura verticale dell'apparato giudiziario.» (G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia italiana tra passato e presente*, in *Diritto pubblico*, 2013, 329).

<sup>47</sup> Sul tema *ex multis*: L. ALBINO, *Continuità e rottura come problema giuridico*, in *Nomos - Le attualità del diritto*, 2017, 1-36; U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana*, Bologna, Il Mulino, 1989, 97 ss.; P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, Firenze, Barbera editore, 1949, 94; P. COLOMBO, *Storia costituzionale della monarchia italiana*, Bari, Laterza, 2001, 115-120; M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Milano, Giuffrè, 2000, 133 ss.; G. GUARINO, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1946, 61 ss.; V. GUELI, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Roma, Foro italo, 1950, 39 ss.; S. LABRIOLA, *Storia della Costituzione italiana*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, 277 ss.; C. LAVAGNA, *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984; C. MORTATI, *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Roma, Darsena, 1945; V. ONIDA, *L'ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del Fascismo all'avvento della Costituzione repubblicana. Testi e documenti con due saggi introduttivi sul periodo costituente e sulla Costituzione*, Torino, Giappichelli, 1996; C. PAVONE, *Sulla continuità dello stato 1943-1945*, in *Rivista di storia contemporanea*, 1974, 172-206; P. POMBENI, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2016, 81 ss.; G.U. RESCIGNO, *La discussione nella Assemblea Costituente del 1946 intorno ai suoi poteri, ovvero del potere costituente, delle assemblee costituenti, dei processi costituenti*, in *Diritto Pubblico*, 1996, 1 ss.

### 3. *Le magistrature superiori tra orientamenti consolidati e diritto nuovo fascista*

#### 3.1 *La Corte di Cassazione*

Due sono i profili da considerare per ricostruire il rapporto tra il Regime e la Corte di Cassazione<sup>48</sup>, e cioè quello delle esternazioni ufficiali<sup>49</sup> e quello della giurisprudenza.

Il Ministro Grandi dichiara: «Dalla Corte di Cassazione irradia sull'amministrazione della giustizia una luce intensa e perenne, che aiuta i giudici ad attuare il precetto del legislatore con l'opera dell'interpretazione [...] in conformità dello spirito sostanzialmente rinnovatore delle leggi fasciste»<sup>50</sup>. Le dichiarazioni della Cassazione sono affini: «affermazione originale del pensiero giuridico italiano, questa riforma rappresenta una superba conquista della civiltà fascista, portante l'impronta indelebile del genio creatore del Duce, e pone l'Italia all'avanguardia di tutte le nazioni. Le innovazioni, gli aggiornamenti che essa opera nella vecchia legislazione si adeguano a venti anni di vita del Fascismo»<sup>51</sup>. Lo studio degli orientamenti giurisprudenziali, tuttavia, conduce a conclusioni differenti da quelle suggerite dalle dichiarazioni riportate. Rispetto a tali ultime, infatti, emerge che la Corte svolge il ruolo di custode dell'ordine delle cose, non sempre incline a condividere la legislazione fascista.

Lo stesso Primo presidente della Corte D'Amelio<sup>52</sup> sostiene che «alla Corte spetta l'ultima parola, il compito di far rispettare l'uniforme applicazione della legge e l'unità giurisprudenziale. E bisogna andar cauti ad invocarla, perché essa è una riserva a favore della legge, per essere reintegrata nel suo esatto imperio, contro le offese sofferte sul terreno dei fatti. È un ritorno alle origini»<sup>53</sup>. Il Presidente è «ostile all'irruenza politica dei fatti»<sup>54</sup> e pretende che il giudizio della Corte sia perciò il più restrittivo possibile, impedendo l'ingresso nell'ordinamento ad istanze nuove che richiedono riconoscimento giuridico. Opponendo il diritto positivo già sedimentato alle nuove pretese, si ostacola la trasformazione in breve tempo di quel fatto nuovo in regola

<sup>48</sup> Sul tema: M. MECCARELLI, *Il grande assente? Controllo di costituzionalità e giurisdizione suprema nell'Italia post-unitaria*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2002, 173- 189; ID., *Le Corti di Cassazione nell'Italia Unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, Giuffrè, 2005, 238 ss.

<sup>49</sup> Il riferimento è ai discorsi inaugurali degli anni giudiziari. Essi «in realtà, [...] presentavano e forse ancora presentano un carattere di implicita e intima ambiguità. Essi non appartengono a pieno a nessuna delle categorie in cui da tempo i linguisti hanno suddiviso il linguaggio giuridico, vale a dire «formulazioni legislative, dibattito giudiziario e dottrina giurisprudenziale. [...] sono un ibrido, nel quale si mescolano senza soluzione di continuità l'intento meramente informativo, di resoconto dell'attività, considerazioni pratiche e suggerimenti nati dall'esercizio della funzione, in molti casi considerazioni che si potrebbero definire di politica giudiziaria, quando non anche di politica legislativa». (A. MENICONI, *Inaugurazioni giudiziarie: tre discorsi ufficiali (ma non troppo)*, in *Le Carte e la Storia*, 2014, 6 ss.)

<sup>50</sup> D. GRANDI, *Relazione alla Maestà del Re e Imperatore*, in *Cnf.it*, 6 ss. Grandi parla della Cassazione come sovraordinato gerarchico indiscutibile nell'amministrazione della giustizia, aderendo a quella diffusa concezione sacerdotale della magistratura. Le descrizioni dei giudici sono sempre state molto idealizzate. Già all'inizio del Novecento si descrive il lavoro del magistrato come «sublime e nobile. Tra i flutti delle umane passioni, nelle tempeste che la cupidigia solleva, il giudice appare come l'iride in mezzo alle procelle; e l'onde civili acqueta e le questioni bilanciando con la forza dell'equo e del giusto, riporta la serenità e la calma.» (P. FIGLIA, *Il diritto attraverso i tempi e la Magistratura*, Palermo, Sciacca, 1908, 607-608)

<sup>51</sup> Dal discorso inaugurale dell'anno giudiziario 1942, pronunciato dal Procuratore Generale del Re presso la Suprema Corte di Cassazione Carlo Saltelli. Tutti i discorsi inaugurali degli anni giudiziari pronunciati alla Corte di Cassazione sono consultabili: [https://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/archivio\\_storico.page](https://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/archivio_storico.page).

<sup>52</sup> Primo Presidente della Cassazione unificata, dal 1923 al 1941.

<sup>53</sup> M. D'AMELIO, *La Corte di Cassazione come giudice di prima istanza*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1930, 6 ss.

<sup>54</sup> O. ABBAMONTE, *La politica invisibile: Corte di Cassazione e magistratura durante il fascismo*, Milano, Giuffrè, 2003, 79.

giuridica. Il comando legislativo non può subire interruzioni e con esso l'integrità del diritto deve difendersi dall'offesa del fatto.

Realizza questa impostazione una rigida selezione dei ricorsi che mette in luce il conservatorismo della Corte. Tale caratterizzazione è però connaturata alla giurisdizione di Cassazione e non deriva dalla politica e dalla legislazione fascista. Il conservatorismo è cioè un atteggiamento più istituzionale che personale della Corte, ed infatti le sue decisioni richiamano sempre gli orientamenti giurisprudenziali tradizionali. È altrettanto fisiologico, tuttavia, che il diritto non possa disinteressarsi alle inedite richieste di tutela, perché perderebbe la sua funzione nella vita consociata, per cui qualche segnale, sebbene isolato, anche solo di percezione delle nuove circostanze sociali dalla Corte di Cassazione viene comunque dato.

Il ruolo che si affida alla Corte resta quello di conservare lo stato delle cose. Perciò, prima di condividere alcune novità, essa ha bisogno di conferme e ripetizioni, perché deve proteggere il sistema e adattarlo solo se a rischiare è la tenuta complessiva dello stesso<sup>55</sup>. In tale quadro, anche la deontologia professionale che qualifica il magistrato di Cassazione è tale che egli concepisca l'ammissibilità di trattative conciliative tra tradizione e innovazione solo per alcune materie e istituti.

Il giudice, anche a causa del percorso di formazione che affronta, sviluppa una predisposizione ad esaltare connotazioni autoritarie e a perseguire obiettivi conservatori, perché conservatori e autoritari sono i principi e i valori a cui viene educato e che gli vengono affidati affinché li protegga. La mentalità e l'ambiente di coloro che esercitano la giurisdizione per tutto il primo cinquantennio del Novecento, in altre parole, è tale da far percepire tranquillizzanti e sicuri solo i valori ereditati dal passato.

La struttura piramidale costruita nel tempo, confermando sempre la Cassazione ad un ruolo apicale, contribuisce a creare la connotazione autoritaria della sua giurisprudenza. Chiamato a dire l'ultima parola su quali sono i valori meritevoli di tutela, il giudice di legittimità detiene tutti gli strumenti per imporli, consapevole della propria superiorità ed «autorità piena e indiscussa»<sup>56</sup>.

Specie per la proprietà, la Corte si sente chiamata a difenderne il regime normativo risultante dalla tradizione legislativa e giurisprudenziale, impedendo così che le logiche corporative fasciste lo snaturino. Dinanzi ai banchi della Corte la proprietà gode di un *favor* indiscusso,<sup>57</sup> tanto per la consolidata tradizione giurisprudenziale, quanto per l'importanza che essa ha avuto nello sviluppo della borghesia italiana, e con essa della società civile e politica. La Cassazione intende la proprietà come un universo rassicurante, tendendo a funzionalizzare qualunque altro rapporto alla sua tutela, attraverso sottili, talora anche molto formali, interpretazioni ermeneutiche.

<sup>55</sup> Come è stato detto: «la nomofilachia non è dunque cristallizzazione di determinate soluzioni, ma ha un valore essenzialmente metodologico. Essa pone una regola del gioco, nel senso che non preclude le innovazioni, ma le costringe a porsi come argomentata, e anzitutto dichiarata, spinta persuasiva, come responsabile assunzione di scelta che intanto potrà rivelarsi vincente in quanto risulti, dotata di 'capacità precedenziale', cosa ben diversa dal soggettivismo, dalla contingente rivincita di una giurisprudenza ormai superata» (G. BORRE', *La Corte di Cassazione oggi*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 1996, 157-189).

<sup>56</sup> O. ABBAMONTE, *La politica invisibile: Corte di Cassazione e magistratura durante il fascismo* cit., 185.

<sup>57</sup> Per una raccolta delle decisioni della Corte che confermino questa impostazione: O. ABBAMONTE, *La politica invisibile: Corte di Cassazione e magistratura durante il fascismo* cit., 320 ss.

Altro cardine della giurisprudenza dello stato liberale è il negozio contrattuale, anch'esso notevolmente 'protetto' dalla Suprema Corte. La volontà è un dogma giuridico, atto creatore delle premesse alle quali l'ordinamento riconduce la produzione di obblighi e diritti, posto che quella si manifesti nelle forme prescritte dalla legge. Una volontà strettamente legata all'ordinamento, che governandone presupposti ed effetti la riconduce sempre all'interno dell'alveo del diritto obbiettivo. La sua solidità investe le pattuizioni tra i privati, e per questo motivo la Corte tende sempre a ridimensionare l'efficacia di qualunque eccezione si muova per indebolire la forza delle contrattazioni stesse, essendo la volontà legalmente espressa fonte privilegiata di regolazioni o obblighi, quindi indiscutibile. La stessa impostazione vale nei confronti del diritto successorio e del diritto familiare, nonché per la disciplina dei rapporti commerciali delle società di capitali. Contrariamente, esistono anche delle sentenze benevole verso il Regime, con le quali la tendenza del giudice abituato a farsi interprete degli indirizzi governativi tende a prevalere sul ruolo di sacro custode della legge, come per esempio quelle sulla natura giuridica del Pnf.

Concludendo, convince ciò che ha affermato nota dottrina: «La Cassazione... *assicura*.. il controllo dei valori diffusi, delle credenze collettive, dell'ordine, dello sviluppo nella stabilità. Ed in quest'ambito essa si è presentata come istituzione perfettamente consapevole della propria collocazione» (*corsivi miei*)<sup>58</sup>. Quando riprende il corso ordinario della giustizia dopo la parentesi della Cassazione bresciana<sup>59</sup>, i vertici della magistratura reclamano di aver rappresentato la continuità dello Stato<sup>60</sup> proprio per averne tutelato i valori tradizionali, come quando hanno rifiutato il giuramento alla Rsi<sup>61</sup>.

Concludendo, la dialettica tra Cassazione e Regime è difficile da categorizzare. L'autoritarismo è fisiologico alla Suprema Corte, perché è un vertice gerarchico consolidato nell'ordinamento giudiziario e perché la formazione che un magistrato deve affrontare prima di farne parte non potrebbe condurre a esiti differenti, anche deontologicamente parlando. La concezione di una giurisdizione completamente autonoma e indipendente non fa parte ancora della cultura giuridica del magistrato, specie per quelli più in alto nella gerarchia interna. La stessa importanza della tradizione, con tutti gli effetti che si sono descritti, è tipica anche delle attività del Consiglio di Stato, soprattutto dopo la nomina<sup>62</sup> del nuovo presidente Santi Romano nel 1928.

<sup>58</sup> O. ABBAMONTE, *La politica invisibile: Corte di Cassazione e magistratura durante il fascismo* cit., 345.

<sup>59</sup> Sul tema: A. GRILLI, *Una legalità impossibile. Rsi, giustizia e guerra civile (1943-1945)*, Roma, Carocci editore, 2018.

<sup>60</sup> «Quasi a segnare la saldezza della coscienza etica della magistratura». (M. PILOTI, *Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1946*). Sul tema anche: G. MARANINI, *Carriere dei giudici, casta giudiziaria e potere politico*, in G. MARANINI (a cura di) *Magistrati o funzionari? Atti del Symposium Ordinamento giudiziario e indipendenza della magistratura*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962, 52-62.

<sup>61</sup> Sul tema: M. BORGHI, *L'amministrazione centrale dello Stato durante la Repubblica sociale italiana*, in *E-Review*, 2018; P. BROGNA, *Magistratura resistente*, in *Questione giustizia*, 2009; S. DE NARDI, *La resistenza della (e nella) magistratura ordinaria all'imposizione di giurare fedeltà alla Repubblica sociale italiana*, in F. CORTESE (a cura di), *Resistenza e diritto pubblico*, Firenze, Firenze University Press, 2016 47-91; M. DONINI, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia*, in *Materiale per una storia della cultura giuridica*, 2009, 183-218; A. GRILLI, *Tra fronda e collaborazione. Magistrati nell'Italia occupata (1943-1945)*, Roma, Aracne, 2017, 121; ID., *Una legalità impossibile. Rsi, giustizia e guerra civile (1943-1945)*, Roma, Carocci editore, 2018, 53-68; P. PISENTI, *Una Repubblica necessaria*, Roma, Volpe editore, 1977.

<sup>62</sup> La nomina di Romano a Presidente del Consiglio di Stato è dibattuta sin dal momento in cui viene conferita. Secondo la consuetudine del Consiglio di Stato alla presidenza si deve nominare il consigliere più anziano. Nel 1928 perciò ci si aspetta la nomina del consigliere Schanzer. Oltre alla questione anagrafica, vi è da considerare che per la prima volta il Presidente del Consiglio di Stato non è scelto tra i membri interni allo stesso. Pur rappresentando dottrina autorevole e nota, agli occhi dei consiglieri in carica si percepisce la venuta di Romano come quella di un estraneo.

Sul tema: G. MELIS, *Santi Romano e il Consiglio di Stato*, in *Le Carte e la Storia*, 2003, 10 ss.).

### 3.2 Il Consiglio di Stato

Come è noto, sono prioritarie per il fascismo la riorganizzazione e la concentrazione di tutte le funzioni del Governo, che dipende gerarchicamente dal Primo Ministro. Riguardo al Consiglio di Stato, tale disegno si realizza contrapponendo quest'ultimo alla moltitudine di commissioni ministeriali esistenti, in modo da supportare il rafforzamento dell'Esecutivo legislatore. Il Consiglio di Stato, una volta riformato, deve cioè allontanare qualunque tipo di controllo esterno da parte di altri organi, diventando consulente speciale e specializzato del Governo<sup>63</sup>.

Per raggiungere questi scopi, con il Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato<sup>64</sup>, l'attività consultiva viene rafforzata, anche più di quella giurisdizionale, estendendo i casi di richiesta dei pareri. Il presidente Romano condivide tale riforma perché sottopone il Consiglio al Governo e perché la natura apolitica e tecnica delle funzioni consiliari viene riconosciuta senza più equivoci<sup>65</sup>. Tuttavia, lo stesso Consiglio esercita le sue funzioni sempre nel modo in cui la legislazione e la giurisprudenza amministrativa consolidata gli impongono<sup>66</sup>, piuttosto che come vorrebbe il Regime. Si condivide quella lettura per la quale «l'attività consultiva funzionò da vero e proprio contrappeso (quando ciò fu possibile) dell'attività normativa secondaria dell'Esecutivo, al punto che il Governo, andando in contraddizione con sé stesso, pur di evitare il puntiglioso e obbligatorio parere dell'organo preferiva ricorrere allo strumento della legge anziché a quello del regolamento [...]»<sup>67</sup>.

---

E' condivisibile la tesi per cui «[...] l'altezza della sua personalità di scienziato del diritto e la perfetta padronanza degli strumenti tecnico-giuridici avevano consentito al Consiglio di Stato di preservare, in tempi difficili di invadenza politica, la delicata funzione della garanzia amministrativa» (G. MELIS, *Santi Romano e il Consiglio di Stato* cit., 11 ss.). Sul tema anche: M. CARDIA, *L'epurazione al Consiglio di Stato alla caduta del fascismo*, in *Nuova informazione bibliografica*, 2011, 319-336.

<sup>63</sup>Il Gran Consiglio viene consultato per materie politico-costituzionali, mentre il Consiglio di Stato deve operare quale consulente in materia tecnico-giuridica. Quest'ultimo troverà la sua collocazione naturale tra gli organi dell'Esecutivo, con il favore anche della dottrina, compresa quella dello stesso Romano. Soprattutto dopo il r.d. n.1054/1924, ai sensi degli artt. 14 e 16, si ampliano le materie di consulenza facoltativa «sugli affari di ogni natura» richiesti dai ministri del Re. Inoltre, con r.d. n.1030/1931 si prevede anche che tutte le attribuzioni prima spettanti al ministero dell'interno nei riguardi del Consiglio di Stato siano ora attribuite al Capo del Governo, che diventa così l'interlocutore privilegiato nei rapporti tra Governo e Consiglio, che da ora riferisce allo stesso Primo ministro segretario di Stato sull'andamento delle sue attività, per tramite del suo presidente. Sul tema: G. MELIS, *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1997; G. PALEOLOGO, *Sibio Spaventa e la IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Consiglio di Stato*, 1990, 121; F. PATRONI GRIFFI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano presidente: i pareri sull'attività normativa*, in *Le Carte e la storia*, 2003, 17-34; A. POZZI, *I grandi affari consultivi in tema di organizzazioni amministrative*, Torino, Giappichelli, 67; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1937, 115.

<sup>64</sup>R.d. n. 1054/1924.

<sup>65</sup>Anche secondo Romano unicità, perennità e universalità sono i caratteri distintivi della consultazione resa dal Consiglio, perciò: «l'amministrazione consultiva, che prepara ed integra l'amministrazione attiva, dev'essere organizzata collegialmente ed affidata ad un unico organo centrale» (S. ROMANO, *Il Consiglio di Stato, -Studi per il centenario*, Roma, 1932, 11 ss.). Sul tema anche: A. ROMANO, *La giustizia amministrativa nel pensiero del professor Romano*, in ID. (a cura di), *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio*, Torino, Giappichelli, 2004, 9-38; A. TRAVI, *Il diritto amministrativo e l'ordinamento giuridico di Santi Romano*, in *Diritto pubblico*, 2018, 905-920.

<sup>66</sup>Può dirsi che «negli uomini delle istituzioni e degli studi sopravvisse ampiamente la cultura dell'epoca precedente. E, soprattutto per questo, .... anche negli anni Trenta tenne ampiamente il tessuto sociale e istituzionale. Un esempio per tutti, particolarmente significativo la giustizia amministrativa» (A. ROMANO, *La giuspubblicistica italiana: temi e tendenze*, in *Ius publicum.com*, pubblicazione n. 61).

<sup>67</sup>A. MUSUMECI, *Santi Romano: un giurista tra due secoli*, Roma, RomaTre-press, 346.

Romano stesso ha una concezione molto tecnica del parere amministrativo, confermata secondo lui dalla legge n. 100 del 31 gennaio 1926<sup>68</sup> che, ampliando la funzione consultiva del Consiglio, la rende proprio una consulenza tecnico-giuridica a servizio dell'interesse generale e degli altri organi costituzionali<sup>69</sup>.

La redazione di pareri complessi aggrava l'*iter* della consulenza dinanzi al Consiglio, al punto che il Governo preferirà attivare l'ordinario *iter legis* in luogo di quello per l'adozione di un regolamento stesso. Si arriva cioè a evitare un controllo così puntuale e un parere così preciso, redatto secondo la consolidata tradizione della giurisprudenza amministrativa, cui il collegio e il suo Presidente sono fedeli. L'espansione della funzione consultiva non pregiudica lo stile della giurisdizione e della consultazione consiliari, continuative della tradizione. Il Consiglio lavora in continuità rispetto ai periodi precedenti, come testimoniano l'utilizzo di formule del tipo «è consolidata giurisprudenza del collegio», nonché l'ampiezza delle motivazioni e delle considerazioni in «punto di fatto», tratto distintivo da sempre delle sue decisioni.

Sulle riforme della giurisdizione amministrativa, invece, il Consiglio non condivide limiti o esclusioni dei sindacati sugli atti dei poteri pubblici<sup>70</sup> e perciò ne ammette solo un differimento<sup>71</sup> in casi limite, per ragioni di attualità della lesione. Grazie alle elaborazioni del Consiglio, le norme che vietano quelle impugnazioni non possono escludere qualunque tipo di sindacato, che per autorità competente e difetto di conformità alla legge si ritiene sempre ammesso.

Da quanto detto emerge che anche il Consiglio di Stato tende ad armonizzare, nei limiti del possibile, la legislazione fascista con quella previgente<sup>72</sup>, in un atteggiamento di continuità più che di rottura con le prassi consolidate. La mediazione tra le finalità politiche del Regime e l'attività del Consiglio è condotta caso per caso, ma non rappresenta il tratto distintivo dell'esercizio delle sue funzioni. Tutti gli strumenti di cui dispone il giudice amministrativo vengono utilizzati tendenzialmente per confermare la tradizione legalista dello Stato e non per attuare indiscriminatamente i valori del nuovo Stato totalitario. Anche considerando l'attività del Consiglio negli anni delle leggi razziali, si nota infatti che esso tenda a confermare il suo ruolo di garanzia dell'individuo verso lo Stato.

<sup>68</sup> Sul tema: E. REBESSI, *Quando la logica burocratica conviene: nascita ed evoluzione del Consiglio di Stato nel sistema politico italiano*, in *Rivista italiana delle politiche pubbliche*, 2020. Per un'analisi della dottrina dell'epoca: C. SALTELLI, *Potere esecutivo e norme giuridiche: la L. 31 gennaio 1926, N°100, commentata e illustrata*, Roma, Le Mantellate, 1926.

<sup>69</sup> I tipi di pareri adottati testimoniano questa particolare accezione della funzione consultiva. Per ricostruire i numerosi temi in relazione ai quali l'attività consultiva si esercita: M. LIPARI, *I grandi affari consultivi in tema di contratti e urbanistica*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato* cit., 113-125; F. PATRONI GRIFFI, *I pareri sull'attività normativa* cit., 125-153; A. POZZI, *I grandi affari consultivi in tema di organizzazioni amministrative*, Torino, Giappichelli, 2004, 81 ss.

<sup>70</sup> Confermano l'orientamento del Consiglio le circolari del Capo del Governo n.22232 del 3 agosto 1941 e quella del 14 giugno 1942 n.48021. Con esse è fatto divieto di proporre la creazione di giurisdizioni speciali o limitazioni all'ordinaria sindacabilità innanzi al Consiglio di Stato. Sul tema: A. PAJINO, *L'effettività della tutela*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato* cit., 225-257.

<sup>71</sup> Che può alternativemente scaturire sia in un annullamento che in una disapplicazione. La stessa legge n.100/1926, secondo il Consiglio, intende addirittura rafforzare il sindacato sui regolamenti, comprendendo nell'oggetto del ricorso anche il regolamento delegato.

<sup>72</sup> Le statistiche annuali sugli affari trattati dal Consiglio di Stato riportano di un'elevata produttività e, specie su temi molto delicati, i consiglieri enucleano principi spesso non condivisi dal regime. Ovviamente ciò non esclude simpatie per il regime dei singoli giudici, o che molti di essi coltivino e manifestino idee nazionalistiche, «a più però aderirono all'ideologia della difesa dello Stato e alla cultura del diritto amministrativo» (G. MELIS, *Santi Romano e il Consiglio di Stato* cit., 12).

Attraverso il ricorso ad interpretazioni restrittive, alle volte anche molto formali, il disconoscimento delle leggi razziali come leggi costituzionali, il Consiglio riesce a rimodulare le limitazioni per il ricorso a gravame previsti da tali leggi, così garantendo una possibilità ulteriore di impugnare i provvedimenti adottati su motivi razziali. In tale modo, nelle controversie derivanti da licenziamenti per motivi di razza, troveranno applicazione le garanzie processuali ordinarie e, per le azioni contro la revoca della cittadinanza italiana, essendo considerate a tutela di un diritto soggettivo dell'individuo, si ritiene consentito di rimettere la questione in via pregiudiziale al giudice ordinario, rendendo applicabili le relative tutele di giudizio. Anche dal lato dell'attività consultiva, spesso il Consiglio adotta pareri negativi sui provvedimenti dei prefetti di revoca della cittadinanza italiana agli ebrei, spingendo all'annullamento degli stessi in via di autotutela amministrativa. Risultati di questo genere si ottengono in materie molteplici, quali la revocabilità dal servizio militare, le iscrizioni universitarie, l'immobilità dei professori e altri ancora.

«Il giudice amministrativo, in assenza di ogni minima tutela di indipendenza della giurisdizione, sembra in definitiva volere continuare a svolgere quella funzione di tutela delle posizioni soggettive nei confronti dell'amministrazione, che caratterizza nella sua essenza un sistema di giustizia amministrativa»<sup>73</sup>.

Come davanti alla Cassazione, il 'diritto nuovo fascista' incontra difficoltà ad abrogare il diritto positivo vigente, grazie all'impegno nel far prevalere l'interpretazione tradizionale delle norme, ereditata dall'esperienza liberale. Cassazione e Consiglio di Stato, nonostante i conflitti sull'estensione dei giudizi di legittimità<sup>74</sup>, continuano insieme quella tradizione di difesa del cittadino dall'amministrazione dello Stato e di protezione della legge che la passata esperienza aveva loro insegnato e che il fascismo avrebbe voluto, in vario modo, violare.

Difatti, «l'intelaiatura e l'esposizione- del Consiglio- è completamente incentrata sull'esigenza primaria di tutela del singolo nei confronti dell'amministrazione, con una prospettiva, quindi, prettamente liberale»<sup>75</sup>. Lo Stato, nonostante il fascismo, continua cioè a conservare dei caratteri in senso liberali, specie «sotto il profilo del rispetto dei principi dello Stato di diritto, che di questo carattere costituiscono tratti imprescindibili»<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> A. PATRONI GRIFFI, *Le leggi razziali e i giudici: considerazioni sugli spazi dell'ermeneutica giudiziaria nel regime fascista*, in *Le Carte e la Storia*, 2016, 114. Sul tema anche: E. COLLOTTI, *Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia*, Bari, Laterza, 2003; S. GENTILE, *La legalità del male*, Torino, Giappichelli, 2013; P. D'AQUINO SERRAO - O. MONACO - P. MOROSINI, *La magistratura nel ventennio: l'involutione ordinamentale e suoi protagonisti*, in A. MENICONI - M. PEZZETTI (a cura di), *Razza e inGiustizia. Gli avvocati e i magistrati al tempo delle leggi antiebraiche* Roma, Poligrafo e Zecca dello Stato italiano, 2018.

<sup>74</sup> Sul tema: R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano D'Amelio*, Milano, Giuffrè, 2004; M. D'AMELIO - S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1929, 181 ss.; A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it*, 2018, 1-17.

<sup>75</sup> A. ROMANO, *La giustizia amministrativa nel pensiero del professor Romano* cit., 26.

<sup>76</sup> *Ibidem*, 12. Sulla qualificazione dello Stato negli anni Trenta come Stato di diritto e sulle relative considerazioni problematiche: M. BELLETTI, *Lo Stato di diritto*, in *Rivista Aic*, 2018, 1-44; S. CASSESE, *Lo Stato fascista* cit.; L. FERRARA, *Cesure e continuità nelle vicende dello Stato italiano*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, 935-946.; L. MAZZAROLLI, *La protezione del cittadino*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato* cit., 261-279; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1937, 6.

#### 4. *Tradizioni e innovazioni giuridiche: la c.d. ‘doppiezza’ fascista*

Il fascismo si può spiegare ancora oggi con le parole di Calamandrei. Egli afferma che: «un carattere tipico dell’ordinamento fascista, che deve essere sempre tenuto presente [...] è quello della ‘doppiezza’. Non soltanto in senso morale, di finzione e insieme di dissimulazione costituzionale, ma altresì nel senso proprio di coesistenza e connivenza di due diverse gerarchie di organi, costituenti ciascuno un proprio e distinto ordinamento giuridico»<sup>77</sup>. Calamandrei cita come esempio la coesistenza Stato-Partito, a cui si possono aggiungere Camera dei fasci-Parlamento, Gran Consiglio del Fascismo-Governo e, infine, magistratura ordinaria- TSDS<sup>78</sup>. Il fascismo cioè crea istituzioni parallele<sup>79</sup> a quelle statutarie e, pur in assenza di modifiche espresse dello Statuto, sostanzialmente muta<sup>80</sup> la forma di governo. Infatti, la compresenza di organi istituzionali tradizionali e nuovi tende a svuotare di funzioni effettive i primi, «fino a ridurle al miserevole ufficio di scenari decorativi»<sup>81</sup>, specie il Parlamento. Calamandrei a riguardo parla di un «illegalismo-legale», perché alle spalle dello Stato si pongono gli organi del Partito<sup>82</sup>, che per mezzo di illegalità diffuse vogliono realizzare gli scopi dittatoriali del regime<sup>83</sup>. In quanto alla magistratura, accanto al giudice ordinario, controllato e sorvegliato, il regime pone il TSDS e dopo anche il Tribunale della razza, e riconosce competenze giurisdizionali alle nuove autorità comunali o locali del Partito, per assicurarsi un’amministrazione della giustizia funzionale ai suoi obiettivi.

#### 5. *Lo Statuto albertino nella transizione dall’esperienza liberale a quella fascista*

A questo punto è necessario considerare in un contesto più ampio i temi sin qui affrontati. Il termine ‘esperienza’, più volte ripetuto, corrisponde ad una precisa prospettiva d’analisi per la quale, nell’evoluzione storico-costituzionale, non esistono momenti di sostanziale rottura con il passato ma, volendo, solo di controtendenza, che si manifestano in linea di continuità<sup>84</sup>.

<sup>77</sup> P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, in *Bibliografia del Parlamento italiano e degli studi elettorali, il centenario del Parlamento: 8 maggio 1848-8 maggio 1948*, 261-297.

<sup>78</sup> Garantisce al regime esattamente ciò che i tribunali militari avevano garantito ai governi nei decenni precedenti, ossia le condanne rapide degli oppositori politici.

<sup>79</sup> Il fascismo presenta queste intersezioni tra istituzioni vecchie e nuove come simbolo della sua moderazione, perché formalmente non vuole abbattere ma rinforzare le istituzioni monarchiche, eccezion fatta per la Camera dei Deputati che viene ufficialmente abrogata (l. n. 139/1939).

<sup>80</sup> Sul tema: P. BISCARETTI DI RUFFA, *Le attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo*, Milano, Giuffrè, 1940, 265 ss.; P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo* cit.; P. COLOMBO, *Fare la guardia al Santo sepolcro? La questione dello Statuto in epoca fascista*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2018, 153-167; F. LANCHESTER, *Il Gran Consiglio del fascismo e la Monarchia*, in *Nomos - Le attualità del diritto*, 2017; E.L. MANCINI, *La monarchia fascista. Sindrome diarchica e conquista del vertice militare*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2015, 189- 207; F. QUAGLIA, *Alle origini delle riforme istituzionali fasciste*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2001, 107- 129.

<sup>81</sup> P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo* cit., 164.

<sup>82</sup> Nel giro di poco tempo alcuni saranno organi dello Stato veri e propri.

<sup>83</sup> «Dietro il prefetto c’è il segretario generale, dietro l’esercito la milizia, dietro i tribunali il TSDS, dietro la scuola la GIL.» (P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo* cit., 264)

<sup>84</sup> Il tema della continuità-rottura nella storia costituzionale italiana viene analizzato in particolare proprio rispetto al fascismo. La letteratura sul tema è molto vasta. Si segnalano sul tema diversi studi storiografici, *ex multis*: A. AQUARONE,

Riprendendo quanto detto nella premessa, si vogliono ora precisare alcune ragioni per cui il fascismo si può interpretare come *continuum*, piuttosto che rottura, della storia costituzionale italiana precedente.

Innanzitutto, dal punto di vista della teoria degli ordinamenti giuridici<sup>85</sup>, quest'ultimi e così lo Stato, rappresentano «un'entità che si muove in parte secondo norme ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività»<sup>86</sup>. Il punto è che la successione o la sostituzione di certe norme con altre non comporta necessariamente il cambiamento dei tratti essenziali di un ordinamento giuridico, che non perde la sua identità al mutare delle sue norme o delle persone che ne rappresentano le istituzioni.

Inoltre, come autorevolmente ritenuto<sup>87</sup>, la mescolanza di fattori di discontinuità e continuità è sempre presente nei grandi svolgimenti storico-costituzionali, che perciò devono interpretarsi

*L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965; R. DE FELICE, *Il fascismo. Le interpretazioni dei contemporanei e degli storici*, Milano, Mondadori, 1998; ID., *Mussolini il fascista. L'organizzazione dello Stato fascista 1925-1929*, Torino, Einaudi, 1981; E. GENTILE, *Fascismo. Storia e interpretazioni*, Bari, Laterza, 2005; A. GRAMSCI, *La storia d'Europa di Benedetto Croce e il fascismo*, Milano, Unicopli editore, 1932; G. SALVEMINI, *Le origini del fascismo in Italia. Lezioni di Harvard*, Milano, Feltrinelli, 1966.

Appare superata invece l'interpretazione parentetica elaborata da Benedetto Croce, secondo il quale appunto il ventennio fascista può considerarsi una parentesi nella storia italiana, descrivibile come il propagarsi di una malattia morale e spirituale a cui si fornirà ben presto cura con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Sul tema: U. BENEDETTI, *Benedetto Croce e il fascismo*, Milano, Unicopli editore, 1967; B. CROCE, *La storia come pensiero e come azione*, Bari, Laterza, 1938; E. DI RIENZO, *Benedetto Croce. Gli anni dello scontento 1943-1948*, Soveria Manelli, Rubbettino, 2019.

Sul carattere 'non parentetico' dell'ordinamento fascista si vedano le considerazioni di L. PALADIN, *Fascismo*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1967, 887-888.

Molteplici altri contributi provengono anche della dottrina giuridica. Oltre a quanto già messo in evidenza, badando anche al complesso delle leggi in vigore, alla vigenza continuativa dello Statuto albertino, agli uomini che occupano le istituzioni e persino alle tecniche di redazione e messa a punto degli atti normativi e dei provvedimenti amministrativi, viene variamente avvalorata la soluzione della continuità a dispetto di quella della rottura. Per ricostruire il dibattito, *ex multis*: L. ALBINO, *Continuità e rottura come problema giuridico* cit.; G. ALESSIO, *La crisi dello Stato parlamentare e l'avvento del fascismo. Memorie inedite di un ex-ministro*, Padova, Cedam, 1946; U. ALLEGRETTI, *Profili di storia costituzionale italiana*, Bologna, il Mulino, 1989; ID., *Centocinquant'anni di storia costituzionale italiana*, in *Rivista Aic*, 2011; S. CASSESE, *Lo Stato fascista* cit.; P. COLOMBO, *Storia costituzionale della Monarchia italiana*, Bari, Laterza, 2001; ID., *Lo Statuto albertino*, in AA. VV., *Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2012; ID., *Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1999; L. FERRARA, *Cesure e continuità nelle vicende dello Stato italiano* cit.; M. FIORAVANTI, *Dottrina dello stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in M. GALIZIA – P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, 46-47; M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Milano, Giuffrè, 2000; C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1994)*, Bari, Laterza, 2002; P. GROSSI, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, in *Quaderni fiorentini*, 1999, 1-6; R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana: dallo Statuto albertino alla Repubblica* cit.; G. MELIS, *Fascismo (ordinamento costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1991, 260; G. MIRA – G. SALVATORELLI, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, Torino, Einaudi, 1964; C. MORTATI, *Dallo Statuto albertino alla costituzione repubblicana*, in ID., *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972; L. PALADIN, *Saggi di storia costituzionale*, Bari, Laterza, 2008, 889.

<sup>85</sup> Sulla teoria degli ordinamenti giuridici, *ex multis*: S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de "L'ordinamento giuridico di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972, 243 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale* cit., Padova, Cedam, 1970; M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1981, 169 ss.; M. FOTIA, *La formazione costituzionalistica di Gaetano Mosca e i suoi rapporti con Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano*, in *Le Carte e la Storia*, 2004, 217 -238; ID., *Il liberalismo incompiuto: Gaetano Mosca, Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano tra pensiero europeo e cultura meridionale*, Milano, Giuffrè, 2001, 179 ss.; ID., *L'istituzionalismo in Santi Romano tra diritto e politica*, in *Democrazia e diritto*, 2011, 135 ss.; G. GAVAZZI, *Santi Romano e la teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1977; M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, 219 ss.; F. LANCHESTER, *Santi Romano e le ideologie giuridiche italiane nella transizione allo Stato di massa*, in *Rivista Aic*, 2011; S. LARICCIA, *Santi Romano: l'ordinamento giuridico*, in *Ritorno al diritto: i valori della convivenza*, 2008, 1 ss.; A. MASSERA, *Santi Romano tra Diritto pubblico e L'ordinamento giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1989, 616 ss.; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, edizione a cura di M. CROCE, Macerata, Quodlibet, 2018.

<sup>86</sup> S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* cit., 30

<sup>87</sup> Sul tema: U. ALLEGRETTI, *Costituente e costituzionalismo* cit.

alla luce di un dosaggio. Limitatamente alle riflessioni qui condotte, si rileva che la legislazione sull'ordinamento giudiziario e la giurisprudenza delle Corti superiori rappresentano quegli elementi di continuità, benché non esclusivi<sup>88</sup>, che sono in dose maggiore di quelli di discontinuità.

Tuttavia, la vigenza dello Statuto è la più rilevante tra detti fattori di continuità. Il fascismo si sviluppa in vigenza della stessa Costituzione<sup>89</sup> e nessuna legge di revisione<sup>90</sup> viene adottata nel Ventennio. Non si discute che lo Statuto subisca cambiamenti importanti da un punto di vista materiale: la verticalizzazione istituzionale creata dal fascismo pone il Governo, nella persona del Primo ministro Segretario di Stato<sup>91</sup>, al di sopra di tutti gli altri organi costituzionali e quasi al pari della Corona, al punto che si è discusso di una forma di governo «diarchica»<sup>92</sup>. Ciò nonostante, bisogna tenere presente che «l'abrogazione di una costituzione deriva dall'abbattimento o dall'esaurimento del principio politico di legittimazione su cui si reggeva l'intero ordinamento. Alla cui base ne è stato posto un altro»<sup>93</sup>.

La formale vigenza dello Statuto, in realtà, mantiene inalterato il principio politico su cui esso si regge sin dalla sua emanazione. Per queste ragioni lo Statuto non può ritenersi abrogato, supportando in ciò la lettura della continuità. In particolare, il principio fondativo al cui abbattimento conseguirebbe l'abrogazione dello Statuto non si esaurisce con il fascismo e il patto

<sup>88</sup> Oltre alle questioni affrontate in questo contributo, ulteriori elementi che confermano la suddetta continuità sono illustrati e rintracciati da ben nota dottrina. Sul tema: S. CASSESE, *Lo stato fascista* cit.

<sup>89</sup> Sul tema: G. AMATO, *L'elasticità dello Statuto italiano*, in *Nomos - Le attualità del diritto*, 2016; A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 311-361; S. BARTOLE, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubbliciste*, 1992, 308 ss.; O. CHESSA, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quaderni costituzionale*, 2008, 41-66; M.Y. CITINO, *Lo Statuto albertino tra lettera e spirito*, in *Nomos - Le attualità del diritto*, 2020, 4 ss.; P. COLOMBO, *Fare la guardia al Santo sepolcro? La questione dello Statuto in epoca fascista* cit.; V. CRISAFULLI, *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, 1976, 1037 ss.; M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Diritto pubblico*, 2009, 295-315; M. FIORAVANTI, *Le dottrine dello Stato e della costituzione*, in R. ROMANELLI (a cura di), *Storia dello Stato Italiano dall'Unità ad oggi*, Roma, Donzelli, 1995; C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1962, 140 ss.; C. PINELLI, *Costituzione formale-costituzione materiale*, in *Treccani.it*, 2010; A. SPADARO, *Costituzione (dottrine generali)*, in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 1632 ss.

<sup>90</sup> Nel corso del Ventennio diverse commissioni di studio sono state istituite al fine di redigere progetti di revisioni dello Statuto. Gli stessi, tuttavia, non verranno mai discussi ufficialmente. Sul tema: F. QUAGLIA, *Alle origini delle riforme istituzionali fasciste*, in *Giornale di storia costituzionale*, cit.

<sup>91</sup> Sul tema: P. COLOMBO, *La «ben calcolata inazione». Corona, Parlamento e ministri della forma di governo statutaria*, in L. VIOLANTE (a cura di) *Storia d'Italia, Annali 17, Il Parlamento*, Torino, Einaudi, 2001; A. ROCCO, *Legge sulle attribuzioni e prerogative del Capo del Governo, Primo Segretario di Stato. Relazione sul disegno di legge*, in ID., *La trasformazione dello Stato* cit.

<sup>92</sup> Sul tema: T. BRUNO, *Corona*, in L. LUCCHINI (a cura di), *Il Digesto italiano*, Vol. VIII, Parte III, Utet, Torino, 1884- 1921, 845-872; P. COLOMBO, *Storia costituzionale della monarchia italiana* cit.; ID., *La Monarchia Fascista 1922-1940*, Bologna, Il Mulino, 2010; V. CORSINI, *Il Capo del Governo nello Stato fascista*, Bologna, Zanichelli, 1935; E. DE CRISTOFARO, *Rivoluzione, Riforme, Regime*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2022, 71-93; E. FURNO, *Il Capo dello Stato tra Stato liberale e Stato fascista nella visione di Errico Presutti*, in *Nomos - Le attualità del diritto*, 2022; E.L. MANCINI, *La monarchia fascista. Sindrome diarchica e conquista del vertice militare*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2005, 189-209; A. MASTROPAOLO, *La Corona durante il fascismo tra forma di stato e regime*, in *Rivista Aic*, 2018; G. MELIS, *Fascismo. Ordinamento costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, Vol. VI, 1991; ID., *La macchina imperfetta*, Bologna, Il Mulino, 2018; C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, Cedam, 1973; E. ORREI, *La monarchia fascista*, Roma, Marviana, 1994; F. PERFETTI, *La monarchia dal liberalismo al fascismo*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze politiche Università del Sacro Cuore*, 2011, 41 ss.; F. QUAGLIA, *Il ruolo della Corona nella dottrina costituzionalistica dopo le riforme fasciste*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2002, 83-109; ID., *Il Re dell'Italia fascista. Forma di governo e costituzione nel regime dittatoriale*, Roma, Aracne, 2008; O. RANELLETTI, *Il Gran Consiglio del Fascismo e la forma di governo dello Statuto italiano (1929)*, in *Riforme fasciste del diritto pubblico. Conferenze*, Milano, Giuffrè, 1930, 1-16; V. VILLA, *La visibilità pubblica del re nella storia costituzionale italiana: continuità tra età liberale e fascismo*, in *Amministrare*, 2011, 54.

<sup>93</sup> G. FERRARA, *Costituzione e Rivoluzione* cit., 1.

politico<sup>94</sup> tra Corona e Camera rappresentativa su cui la Carta è stata redatta continua ad esistere, pur nei cambiamenti della forma di governo.

Detto accordo prevede che tutto dello Statuto può essere modificato, tranne il reciproco riconoscimento del ruolo costituzionale dei due contraenti, con la conseguente facoltà di ciascuno di difendere le proprie prerogative. Con il fascismo cambia una delle parti coinvolte. Nello specifico, alla Camera dei deputati si sostituisce il Governo, ma la causa del patto non muta. La Camera decreta la fine del suo ruolo costituzionale, concedendo prima i pieni poteri a Mussolini e poi votando la legge Acerbo<sup>95</sup>. Si realizza cioè una vera e propria cessione della sovranità legislativa, in una eccezionalmente ampia delegazione di poteri al Governo. Quindi ora ad osservare il patto sono la Corona e il Governo stesso.

In questa ricostruzione, c'è un ulteriore elemento da valutare per dare ragione dell'osservanza continuativa di questo patto. Lo Statuto è redatto sulla base della concezione monolitica dello Stato e di un'imprecisa divisione dei poteri<sup>96</sup>. Esso manca delle caratterizzazioni necessarie per definirsi legge fondamentale<sup>97</sup> e realizza una «costituzionalizzazione debole»<sup>98</sup> dell'ordinamento.

<sup>94</sup> Sul tema: F. FERRARI, *Original intent e rigidità dello Statuto*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, 609-638.

<sup>95</sup> Si tratta della l. n.1601/1922, recante «Delegazione di pieni poteri al Governo del Re per il riordinamento del sistema tributario e della pubblica amministrazione» e della legge elettorale, cioè la l. n. 2444/1923. Ai sensi dell'art. 1 della l. 1601/1922 è disposto che: «Per riordinare il sistema tributario allo scopo di semplificarlo, di adeguarlo alle necessità del bilancio e di meglio distribuire il carico delle imposte; per ridurre le funzioni dello Stato, riorganizzare i pubblici uffici ed istituti, renderne più agili le funzioni e diminuire le spese, il Governo del Re ha, fino al 31 dicembre 1923, facoltà di emanare disposizioni aventi vigore di legge». La legge Acerbo, invece, applicata per la prima volta alle elezioni del 1924, introduce un premio di maggioranza in un sistema proporzionale per un collegio uninominale unico nazionale, diviso per 16 circoscrizioni elettorali. La lista di candidati che avesse superato il 25% dei voti validi avrebbe automaticamente ottenuto i 2/3 dei seggi alla Camera dei deputati. I restanti seggi sarebbero stati suddivisi tra le altre liste in proporzioni ai voti ottenuti. La nuova legge elettorale avrebbe assicurato al Pnf la maggioranza dei seggi parlamentari. Sul tema: D. BRESCHI, *La legge Acerbo e la resa incondizionata della classe politico-parlamentare italiana*, in AA.VV. (a cura di), *Parlamento e storia d'Italia*, Pisa, Edizioni della Normale, 2012; I. PELLICCIARI, *Tra decidere e rappresentare: la rappresentanza politica dal XIX secolo alla Legge Acerbo*, Roma, Rubettino, 2004; G. SABBATUCCI, *Il 'suicidio' della classe dirigente liberale. La legge Acerbo 1923-1924*, in *Italia contemporanea*, 1989, 57.

<sup>96</sup> Sul tema: P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Statuto albertino* in *Enciclopedia del Diritto*, 1990, 986; I. BRUNELLI - F. RACIOPPI, *Commento allo Statuto del Regno* cit.; P. COLOMBO, *Con lealtà di Re e con affetto di padre. Torino, 4 marzo 1848: la concessione dello Statuto albertino*, Bologna, Il Mulino, 2003; M. DOGLIANI, *Un peccato originale del costituzionalismo italiano: incertezze e silenzi sulla novazione dello Statuto dopo i plebisciti*, in *Diritto pubblico*, 2010, 508-558; F. FERRARI, *Original intent e rigidità dello Statuto* cit.; C. GHISALBERTI, *La monarchia subalpina e lo Statuto*, in ID., *Istituzioni e società civile nell'età del Risorgimento*, Bari, Laterza, 2005; M.S. GIANNINI, *Lo statuto albertino e la costituzione italiana*, in M.S. GIANNINI - A.C. JEMOLO (a cura di), *Lo statuto albertino*, Firenze, Sansoni, 1946; S. NOTARI, *Le istituzioni centrali dello Stato italiano: l'età liberale. Un profilo storiografico*, in *Le Carte e la Storia*, 2011, 102-116; A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2002, 2 ss.; G. REBUFFA, *Lo Statuto Albertino*, Bologna, Il Mulino, 2003; I. SOFFIETTI, *I tempi dello Statuto albertino. Studi e fonti*, Torino, Giappichelli, 2004, 163 ss.; R. ZUMBINI FERRARI, *Lo Statuto albertino tra spontaneità e mobilità: per un costituzionalismo a geometria variabile*, in *Le Carte e la Storia*, 2011, 13-24.

<sup>97</sup> La Costituzione è legge fondamentale se realizza, conforma e condiziona i pubblici poteri; se regola, riconosce e garantisce i diritti dell'uomo; se è dotata di primazia rispetto alle altre fonti del diritto.

Secondo autorevole dottrina (M. FIORAVANTI, *Costituzione e legge fondamentale*, in *Diritto pubblico*, 2006, 467-512), la legge fondamentale: a) «regola in modo effettivo la forma di governo e l'assetto complessivo dei poteri pubblici, in modo tale che ciascuno di quei poteri conosca i confini del suo spazio nella Costituzione. Sono ben possibili anche elevati margini di elasticità, ma entro limiti che non possono essere valicati, e che sono individuati nella Costituzione»; b) è «corredata della clausola di supremazia, ovvero che essa sia considerata dagli attori istituzionali e sociali come norma giuridica sovraordinata, cui deve essere ricondotto l'intero sistema delle fonti di diritto. Da qui la necessità, soprattutto sul piano della garanzia dei diritti, di accedere ad un sistema in cui sia possibile sindacare la costituzionalità delle leggi»; c) «il mutamento della Costituzione sia regolato dalla Costituzione medesima».

Sul tema anche: I. BIROCCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, 96 ss.

<sup>98</sup> S. CASSESE, *Una costituzionalizzazione debole*, in *Nuova informazione bibliografica*, 2011, 683-690. Secondo la citata dottrina, la Costituzione del Regno d'Italia, fu quella che il Regno «ereditò da uno dei sette Stati preesistenti, lo Stato dominante, quello che aveva guidato l'unificazione, il regno di Sardegna e Piemonte. Lo Statuto Albertino [...] era stato adottato sull'onda dei

La Costituzione del Regno, legge tra le leggi, non prevede norme e istituti capaci di governare gli sviluppi dello Stato pluriclasse. Pertanto, come è noto, la crisi di quello Stato moderno è anche crisi della rappresentanza politica, che perciò il fascismo ha intenzione di sostituire con la rappresentanza degli interessi<sup>99</sup>. Crisi della rappresentanza politica è crisi dell'organo rappresentativo, della Camera dei deputati e, in risposta, si valorizza la rappresentanza degli interessi, istituendo la Camera dei fasci e delle Corporazioni<sup>100</sup> e il Sindacato fascista, a vario modo dipendenti dal Governo. Quest'ultimo, quindi, diventa necessariamente il nuovo interlocutore necessario della Corona, perché è il centro del nuovo impianto rappresentativo degli interessi che vuole mettere da parte quello rappresentativo politico. A cessione avvenuta, le controparti continuano scrupolosamente ad osservare la regola fondamentale dell'accordo, che impone il reciproco riconoscimento del ruolo dell'altra. Il Sovrano vigila sulle prerogative di cui è titolare<sup>101</sup> e altrettanto fa il Governo.

Questo permette di tornare all'origine del discorso. Tutto può essere cambiato dello Statuto con il consenso delle parti che hanno stipulato il patto fondativo. La componente rappresentativa lascia il posto, quasi *sua sponte*, a quella degli interessi, mentre l'altra, quella regia, resta attiva<sup>102</sup>. È

---

moti rivoluzionari europei del 1848, per prevenire la richiesta di una vera e propria costituzione Dunque, lo Statuto non era una vera e propria costituzione. Non era stato approvato da un'assemblea eletta dal popolo. Non era stato sottoposto all'approvazione dei suoi rappresentanti. Era stato semplicemente *octroyé*, concesso dal re. Non prevedeva procedure per modificarlo, ed era quindi modificabile con normali leggi. Aveva, quindi, un'intrinseca debolezza. Inoltre, era rimasto sulla carta fino al 1851, perché la legislazione ordinaria non era stata adeguata allo Statuto, per diversi motivi, tra i quali quelli bellici.»

<sup>99</sup> La rappresentanza politica «così com'è regolata non dà vita a nessun rapporto tra eletti ed elettori che sia un vero rapporto di rappresentanza» (S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* cit.). Il fascismo ambisce a superare la rappresentanza politica a favore di quella degli interessi. Di tale conclusione ne è certamente testimone l'abolizione della Camera dei deputati e l'ambizione di sostituirla con la Camera dei fasci e delle corporazioni, l'istituzione di un Ministero delle Corporazioni, la nascita e la centralità di nuovi organi come il Consiglio Nazionale delle Corporazioni. Sul tema: R. CANOSA, *Giuristi e ideologia corporativa in Italia sotto il fascismo*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1986, 1277 ss.; S. CASSESE - B. DENTE, *Una discussione del primo ventennio di secolo: lo Stato sindacale*, in *Quaderni storia*, 1971, 943 ss.; A. GAGLIARDI, *Il corporativismo fascista*, Bari, Laterza, 2010; A. MANGIA, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*, in *Diritto e società*, 2013, 461 ss.; P. MARCHETTI, *Stato e sindacati nella giuspubblicistica italiana tra biennio rosso e corporativismo fascista*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2004, 159-173; D. MARUCCO, *Organizzazione degli interessi, rappresentanza politica e pubblica amministrazione da Giolitti a Mussolini*, in *Studi storici*, 1990, 277-283; S. PRISCO, *La rappresentanza politica e la rappresentanza degli interessi. I giuspubblicisti del fascismo e la ricerca della terza via*, in *Rivista Aic*, 2018, 1-29; G. SANTOMASSIMO, *La terza via fascista. Il mito del corporativismo*, Roma, Carocci editore, 2006; I. STOLZI, *Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007.

<sup>100</sup> Istituita con l. n. 129/1939, la Camera dei fasci e delle corporazioni deve sostituire la Camera dei deputati, collaborando con il Senato Regio e il Governo per la formazione delle leggi (art. 1, l. n. 129/1939: «La Camera dei deputati è soppressa con la fine della XXIX Legislatura. È istituita, in sua vece, la Camera dei Fasci e delle Corporazioni».) Lo Stato e le Corporazioni trovano in essa la sintesi, perché a parteciparvi non sono esponenti delle correnti politiche, bensì gerarchi del regime e uomini di partito. Il Duce del fascismo ha il potere di convocarla, ne approva l'ordine del giorno e autorizza l'esercizio dell'iniziativa legislativa dei singoli membri consiglieri. Sul tema: E. GIANFRANCESCO, *Parlamento e regolamenti parlamentari in epoca fascista*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018; S. SICARDI, *Il fascismo in Parlamento: lo svuotamento della rappresentanza*, in L. VIOLANTE (a cura di) *Storia d'Italia*, Annali 17, *Il Parlamento*, Torino, Einaudi, 2001, 252-390.

<sup>101</sup> Sul tema *ex multis*: P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1964, 31 ss.; T. BRUNO, *Corona*, cit., 845-872; S. CASSESE, *La costituzionalizzazione debole* cit.; ID., *Lo stato fascista* cit.; D. CHIAPPELLO, *Ritratto di re con costituzione*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2011, 147-165; P. COLOMBO, *Il Re d'Italia. Prerogative costituzionali e potere politico della Corona (1848-1922)*, Milano, Franco Angeli, 1999; ID., *La monarchia fascista* cit.; M. PERINI, *Il capo dello Stato dall'Italia liberale al fascismo: il re (non) è nudo*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, 617 ss.; F. QUAGLIA, *Il re dell'Italia fascista. Forma di governo e costituzione nel regime dittatoriale fascista*, Roma, Aracne, 2008; F. ROSSI, *Saggio sul sistema politico dell'Italia liberale*, Roma, Rubettino, 2001.

<sup>102</sup> Diversi esempi testimoniano l'interventismo politico della Corona. Nel periodo 1880-1883, il Re conferma tre governi successivi benché dimissionari, sciogliendo contestualmente la Camera dei Deputati; la stessa decisione di conferire l'incarico di formare il governo a Mussolini viene assunta da Vittorio Emanuele III in assoluta autonomia e nonostante i dubbi espressi delle formazioni politiche a lui vicine. Del pari, nel 1943, il Re obbliga Mussolini alle dimissioni e ne ordina l'arresto, pur con

condivisibile perciò ritenere che lo «Statuto Albertino ha retto, proprio perché così scarno nelle sue prescrizioni e tanto flessibile, a ben tre regimi, quello parlamentare oligarchico (1861-1900), quello liberale democratico (1900-1922), quello fascista (1922- 1943). In ognuno di essi il sovrano ha avuto un ruolo rilevante, perché i governi dovevano avere una doppia fiducia, quella del Parlamento e, appunto, quella del Re»<sup>103</sup>.

Benché flessibile, lo Statuto in alcune sue parti possiede carattere sostanzialmente costituzionale, nel senso di sostanzialmente rigido, che difficilmente possono essere derogate o modificate. Tali revisioni incontrano «più tenace resistenza nelle forze politiche e nella pubblica opinione, sono spesso deliberatamente evitate in ragione di correttezza»<sup>104</sup> e quel patto ne è un esempio. Se l'essenziale legittimazione politica dello Statuto è l'interlocuzione Corona-Camera rappresentativa, la crisi della rappresentanza politica richiede necessariamente un cambiamento delle parti e alla Camera dei deputati si sostituisce il Governo. Rinnovato l'accordo, nessuna delle due parti ha interesse a risolvere quel reciproco riconoscimento: il Re deve conservare la Corona, il fascismo i nuovi assetti di potere. Gli equilibri tra poteri risultano perciò riorganizzati rispetto alla lettera dello Statuto, ma la vaghezza e la disomogeneità delle disposizioni statutarie è premessa di questa stessa disfunzione. Lo Statuto, cioè, ospita già in se quegli elementi che vengono sfruttati dal fascismo per costruire il regime del Capo del governo e l'annullamento dei diritti e delle libertà, la statualizzazione assoluta dell'ordinamento e delle sue funzioni sono possibili anche per come lo Statuto non disciplina con queste stesse materie.

Discorso diverso per la Costituzione repubblicana, a cui qui si può fare solo accenno. Si rileva in effetti che la discontinuità prevale certamente sulla continuità<sup>105</sup>. La genesi della Carta repubblicana, il catalogo dei diritti e dei principi, la nuova dimensione costituzionale di alcune materie, la superiorità come fonte del diritto, sono da soli sufficienti a far comprendere il senso della discontinuità rispetto alla Costituzione precedente. «La Costituzione è atto rivoluzionario e lo è ogni costituzione perché abroga quella precedente»<sup>106</sup>. Ma per parlare di rivoluzioni, bisogna comunque tenere presente che «[...] le stesse- che col loro nome, oltretutto con gli eventi che danno loro corpo, evocano subito l'idea di innovazione radicale e perciò di discontinuità, - a un'osservazione attenta manifestano, al di sotto degli innegabili coefficienti di rottura, continuità più o meno intense e più o meno profonde col passato»<sup>107</sup>. Una certa dose di continuità, infatti, trova comunque spazio nella Costituzione repubblicana, sia nell'organizzazione della forma di governo (con la conferma della forma parlamentare<sup>108</sup>, con alcune caratteristiche della disciplina

---

tale ordine violando la legge istitutiva del Gran Consiglio del fascismo. Sul tema: P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo*, Milano, Giuffrè, 1940; F. LANCHESTER, *Il Gran Consiglio del fascismo e la Monarchia* cit.

<sup>103</sup> S. CASSESE, *Una costituzionalizzazione debole* cit., 685.

<sup>104</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale* cit., 91.

<sup>105</sup> Sul tema: A. PACE, *L'instaurazione di una nuova costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autorincoli legislativi*, Padova, Cedam, 1997.

<sup>106</sup> G. FERRARA, *Costituzione e Rivoluzione* cit., 1. Sul tema anche: C. MAGNANI, *Teorie novecentesche della Costituzione. Tra Stato, sovranità e soggetto costituente*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2002, 109-154.

<sup>107</sup> Sul tema: U. ALLEGRETTI, *Costituente e costituzionalismo: continuità e discontinuità*, Relazione al Convegno *La Costituzione della Repubblica italiana. Le radici, il cammino*, Bergamo, 28-29 ottobre 2005.

<sup>108</sup> Il parlamentarismo italiano si è sviluppato grazie alle prassi e alle convenzioni costituzionali. Sul tema: V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, in ID., *Diritto pubblico generale*, Milano, Giuffrè, 1940, 345 ss. Per studi più recenti: A. BARBERA, *Il governo parlamentare dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, in *Quaderno costituzionali*, 2011, 9-38).

costituzionale del Capo dello Stato<sup>109</sup>, dello stesso bicameralismo), sia nella concezione per esempio dell'attività amministrativa (legandola al tradizionale concetto di interesse legittimo, non accennando al procedimento, non regolando accuratamente le garanzie della magistratura amministrativa)<sup>110</sup>.

Esaurita la breve parentesi sulla Costituzione repubblicana, è necessaria quale considerazione conclusiva. Il declino di un precedente regime e l'emergere del successivo possono coesistere nel medesimo processo, essendo l'uno causa e, allo stesso tempo, effetto dell'altro, proprio come accaduto negli anni Venti tra l'esperienza liberale e quella fascista: è una transizione *nel* regime. Tuttavia, può anche accadere che, caduto definitivamente un regime, la transizione si diriga verso l'inverarsi, anche lento, di principi ed istituti di un nuovo ordine costituzionale, come avvenuto all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana: è una transizione *di* regime. I rapporti instaurabili tra queste due transizioni sono vari e diversi e, ai nostri fini, l'una sta all'altra in una relazione di con-causa ed effetto: la transizione nel regime dell'ordinamento giudiziario è uno dei fattori che necessariamente devono considerarsi per spiegare la transizione di regime verso la Repubblica.

## **6. Invece di una conclusione: prime osservazioni sul ruolo della legge n. 71 del 17 giugno 2022**

Le riflessioni come appena proposte ricostruiscono l'intersezione tra alcune dinamiche giuridico-istituzionali prerepubblicane ed il rapporto fra politica e magistratura. Quanto alle prime si può fornire un contributo ulteriore onde ricostruire modelli e interpretare anche i più recenti dibattiti. Circa il rapporto tra politica e magistratura, il susseguirsi delle riforme dell'ordinamento giudiziario<sup>111</sup> e le sottese ragioni fattuali<sup>112</sup> testimoniano la necessità di continuare la riflessione, convinti che le scelte adottate sul rapporto tra politica e magistratura durante il fascismo, nei termini analizzati, possono fornire, in qualche misura, spunti anche nella fase più attuale e recente.

<sup>109</sup> Sul tema, *ex multis*: A. MASTROPAOLO, *Il dualismo rimosso. La funzione del Presidente della Repubblica nella forma di governo parlamentare italiana*, in *Rivista Aic*, 2013, 1-48; A. RUGGIERI, *Evoluzione del sistema politicoistituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, in *Forumcostituzionale.it*; P. STANCATI, *Della "neutralità" del Capo dello stato in tempo di crisi: sulla (presunta) "deriva presidenzialista" nella più recente evoluzione della forma di governo parlamentare in Italia, con precipuo raffronto all'esperienza weimariana*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, 1-44.

<sup>110</sup> In tal senso: U. ALLEGRETTI, *Costituente e costituzionalismo* cit. Sul tema anche: U. DE SIERVO - S. GUERRIERI, *La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni*, Milano, Feltrinelli, 2004.

<sup>111</sup> Sul tema: G. DI FEDERICO, *Riforma dell'Ordinamento giudiziario: modifiche alla Costituzione con legge ordinaria*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 834-836; G. FERRI, *Autonomia e indipendenza della magistratura tra "vecchio" e "nuovo" ordinamento giudiziario*, in *Rivista Aic*, 2001, 1-52.

<sup>112</sup> Sul tema: A. MASTROPAOLO, *Il dualismo rimosso. La funzione del Presidente della Repubblica nella forma di governo parlamentare italiana*, in *Rivista Aic*, 2013, 1-48; A. RUGGIERI, *Evoluzione del sistema politicoistituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, in *Forumcostituzionale.it*; P. STANCATI, *Della "neutralità" del Capo dello stato in tempo di crisi: sulla (presunta) "deriva presidenzialista" nella più recente evoluzione della forma di governo parlamentare in Italia, con precipuo raffronto all'esperienza weimariana*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, 1-44.

La ben nota tensione fra istituzioni politiche e giurisdizionali<sup>113</sup> è generata dall'inerzia legislativa e dalla conseguente confusione nell'esercizio delle competenze distribuite originariamente dalla Costituzione<sup>114</sup>. Autorevolmente si è detto che «nelle democrazie costituzionali vi è un'ineliminabile tensione fra giustizia e politica, che costituisce un aspetto della necessaria, ma non facile, conciliazione fra principio della sovranità popolare, che si esprime in particolare nella elezione della rappresentanza politica, e Costituzione, intesa come limite di ogni potere, anche di quello che scaturisce dal popolo»<sup>115</sup>. Epperò, la mancanza di una scelta politica attraverso la legge ha reso difficile un ragionevole bilanciamento. Quanto detto per il rapporto tra magistratura e politica nell'esperienza prerепubblicana ha avuto, infatti, ben noti sviluppi, dovuti in primo luogo alla mancanza di una legislazione adeguata sotto il profilo della capacità di orientare.

La Costituente onerò il legislatore di riformare l'ordinamento giudiziario perché questo fosse adeguato al nuovo impianto assiologico-costituzionale dell'ordinamento<sup>116</sup>. Onere che, tuttavia, non è stato mai adempiuto esattamente. Piuttosto, a colmare le lacune, generate anche da una legislazione di dettaglio, sono intervenute pronunce della Corte costituzionale, sentenze della Corte di Cassazione e, in altra prospettiva, circolari del Csm. Ciò fino alla legge 17 giugno 2022, n. 71, recante «Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura». Non è questa la sede né per analizzare i dettagli di questa legge, in attesa anche della approvazione dei relativi decreti legislativi, né per valutarne la capacità di chiudere la transizione, che verosimilmente continuerà. Purtuttavia, a partire da detto atto legislativo è possibile una riflessione significativa.

Il Parlamento che legifera in materie 'ordinamentali', come ad esempio l'ordinamento giudiziario, può significare il ritorno alla legge quale fonte più idonea a ordinare e attribuire competenze normative come originariamente distribuite dalla Carta repubblicana, quale atto cioè adeguato alla grande legislazione. In linea con autorevole dottrina<sup>117</sup>, alla legge ordinaria può

<sup>113</sup> Sul tema: M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia*, in *Politica del diritto*, 1998, 365-384; G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia italiana fra passato e presente*, in *Diritto pubblico*, 2003, 327-354; ID., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997.

<sup>114</sup> Come autorevolmente affermato (F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Bari, Laterza, 2002), la Costituzione ha posto le premesse perché la concezione di una rigida separazione/tripartizione dei poteri fosse superata a favore di una concezione dei 'poteri distribuiti', permettendo al principio di competenza di integrare quello di gerarchia, anche nei rapporti tra le fonti del diritto dell'ordinamento.

<sup>115</sup> M. VOLPI, *La indipendenza della magistratura e l'equilibrio con gli altri poteri dello Stato tra modello costituzionale e ipotesi di riforma*, in S. MERLINI (a cura di), *Magistratura e politica*, Firenze, Passigli, 2016, 89.

<sup>116</sup> Ai sensi del primo comma della VII disposizione transitoria e finale della Carta fondamentale è disposto che «Fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente», ossia il r.d. n. 12/1941. La mancanza di un intervento legislativo organico ha favorito un'interpretazione della disposizione volta a preservare le norme dell'ordinamento giudiziario da ogni controllo di costituzionalità. Almeno fino agli anni '70, infatti, è prevalsa la tesi per cui, fino a quando il legislatore ordinario non avesse provveduto al riordino della materia con una legge generale, la disciplina previgente avrebbe goduto di una sorta di sanatoria eccezionale.

<sup>117</sup> Sul tema della c.d. «crisi della legge», nell'ambito del ben noto e quanto mai articolato dibattito: F. MODUGNO, *La funzione legislativa, oggi*, in M. RUOTOLO (a cura di), Napoli, Editoriale Scientifica, 2007; ID., *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in *OsservatorioSullefonti.it*, 2009, 1-13; ID., *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

utilmente restituirsi la capacità di svolgere la Costituzione, di indirizzare, conformare e condizionare, al livello statale, il sistema delle fonti del diritto oggettivo<sup>118</sup> di dettaglio. Così facendo, il Parlamento potrà acquisire un ruolo nella «ricollocazione di tutte le altre istituzioni nel posto che loro compete in base alla nostra Costituzione»<sup>119</sup>.

## ABSTRACT

La ricostruzione del rapporto tra politica e magistratura non può prescindere dall'analisi delle leggi sull'ordinamento giudiziario. Riflettendo su questa legislazione, con particolare riguardo al Ventennio fascista, si colgono utili spunti allo studio delle esperienze giuridico-costituzionali di inizio Novecento, come pure di alcune attuali.

The reconstruction of the relationship between politics and the judiciary cannot ignore the analysis of the laws on the judicial system. Reflecting on this legislation, with regard to the Fascist period, useful insights can be gathered for the study of the juridical-constitutional experiences of the early twentieth century, as well as some of the current ones.

**PAROLE CHIAVE:** Transizione – Politica – Magistratura – Fascismo – Statuto albertino.

**KEYWORDS:** Transition – Politics – Judiciary – Fascism – Albertine Statute.

<sup>118</sup> F. MODUGNO, *Fonti (sistema delle)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 2010, 192-249.

<sup>119</sup> Dal discorso di insediamento alla Presidenza della Camera dei deputati dell'On. Luciano Violante, 9 maggio 1996. L'intervento integrale è consultabile all'indirizzo: [www.legislature.camera.it](http://www.legislature.camera.it)