



## Consiglio regionale del Veneto

Questo libro proviene dalle raccolte della Biblioteca del Consiglio regionale del Veneto. Il suo utilizzo non commerciale è libero e gratuito in base alle norme sul diritto d'autore vigenti in Italia.

Per ottenerne una versione ad alta definizione a fini editoriali, rivolgersi al seguente indirizzo:

[biblioteca@consiglioveneto.it](mailto:biblioteca@consiglioveneto.it)

ALDO GAMBERINI

LIBERO DOCENTE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO E SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE

NELLA R. UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

---

I RAPPORTI GENERALI

TRA

LEGGE E DECRETO

NELLO STATO COSTITUZIONALE



BOLOGNA

DITTA NICOLA ZANICHELLI

1900

REGIONALE  
NETO  
oteca

S.  
o





Proprietà letteraria.

ALDO GAMBERINI

LIBERO DOCENTE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO E SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE

NELLA R. UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

I RAPPORTI GENERALI

TRA

LEGGE E DECRETO

NELLO STATO COSTITUZIONALE



BOLOGNA

DITTA NICOLA ZANICHELLI

1900



im 2648



1957  
27/10/57



PRELEZIONE

AL CORSO LIBERO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

LETTA NELLA R. UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

IL 30 NOVEMBRE 1899.



## SOMMARIO

---

- I. — Il diritto d'ordinanza come manifestazione dell'attività del potere esecutivo — I decreti e regolamenti *per l'esecuzione delle leggi* secondo la frase delle Carte costituzionali — Se la funzione regolamentare si restringa alla semplice esecuzione delle leggi — Teoria del Codacci Pisanelli — Riannodamento della questione con la teoria germanica delle leggi materiali e delle leggi formali — Principi fondamentali di questa distinzione — Se e fino a qual punto la teoria germanica sia applicabile oggi agli Stati costituzionali.
- II. — Se astraendo dalla teoria germanica non sia esclusa la possibilità di pervenire alla conclusione che la funzione regolamentare si estende oltre la mera esecuzione della legge — Come questa conclusione sia raggiungibile mediante un'interpretazione più corretta e più moderna della teoria della divisione dei poteri pubblici — La distinzione tra potere discrezionale e potere regolamentare e considerazioni relative — Quale sia la natura del limite posto al potere del governo dalla legislazione — Conseguenze derivanti dai principi fissati.
- III. — Complicazioni nei rapporti tra legge e regolamento e loro esame — Che cosa s'intenda per ordinanze di necessità — Come l'esistenza di tali ordinanze non infirmi la normale relazione tra legge e regolamento — La delegazione di funzioni legislative al governo e sue varie ipotesi — I così detti regolamenti delegati — Si ricerca se ciò che fu fatto per decreto si possa sempre disfare per decreto — Considerazioni sul carattere intrinseco d'unicità del potere regolamentare.

IV. — Distinzione circa gli effetti di legge e di regolamento rispetto ai cittadini e all' autorità giudiziaria — Il controllo giudiziario sui regolamenti considerato come guarentigia dei diritti individuali dei cittadini — Sua capitale importanza negli Stati dove vige il principio della giurisdizione unica — Se detto controllo si estenda a qualsiasi specie di decreto emanante dal governo e ai così detti regolamenti delegati — Conclusione.

---

SIGNORI,

Il primo pensiero nel salire questa cattedra si volge ai miei maestri che in questo medesimo luogo mi furono guida sicura nella scienza del diritto. Questo sentimento di ammirazione e di riconoscenza insieme io voglio fino dalle prime parole espresso con modesta ma sincera parola; desso mi sarà di conforto nella via aspra e difficile da percorrere e di aiuto a superarne gli ostacoli.

E dopo tale pensiero di gratitudine un altro ne sgorga spontaneo dall'animo: la viva speranza e più ancora il sicuro presagio che avrò tra i diligenti giovani di questa comune *madre degli studi* i compagni più che i discepoli di un lavoro modestamente proficuo. Per informarmi sin da questo momento a tale principio, ho scelto come tema della lezione odierna: *I rapporti generali*

*tra legge e decreto nello Stato costituzionale, appunto non volendo trattare questioni nuove o insolite, ma brevemente dire, per quanto lo consentano le mie forze, alcune cose chiare in materia oscura e semplici in materia complicata.*

## I.

Secondo i più elementari e comuni principî del diritto pubblico, nello Stato, come in ogni persona fisica o morale, si vogliono riscontrare due attività evidenti, pensiero ed azione, alle quali corrisponderebbero due poteri: di fare le leggi, di provvedere con mezzi opportuni perchè le leggi siano applicate: potere *legislativo* il primo, potere *esecutivo* il secondo. Ma sarebbe erroneo ed antiscientifico attribuire all'attività o, secondo la frase tedesca, attuosità del potere esecutivo un significato meramente materiale, come l'attributo di esecutivo dato al secondo potere lascierebbe a prima vista supporre. Si riconosce invece universalmente che quell'attività può estrinsecarsi mediante norme generali ed obbligatorie, venendosi così nel potere esecutivo medesimo a distinguere, secondo l'immagine dianzi ricordata, la volontà e l'azione, volontà

che trova la sua espressione in ciò che i tedeschi chiamano diritto d'ordinanza (*Verordnungsrecht*) e che consiste, come comunemente si dice, nella facoltà di emanare decreti e regolamenti (1). Le Carte costituzionali hanno contemplata, è vero, questa facoltà, ma con frasi delle quali non può restar certo soddisfatto il giurista. Sulla scorta dell'art. 13 della Carta francese del 1830, la Costituzione belga (art. 67), lo Statuto italiano (art. 6), la Costituzione prussiana (art. 45), e in genere tutte le Carte fondamentali degli Stati europei ripetono, con qualche variante più di forma che di sostanza, la frase: « *Il Re fa i decreti e regolamenti necessari per la esecuzione delle leggi* (2) ». Se ci dovessimo dunque contentare di quello che troviamo scritto nelle Costituzioni, i decreti e i regolamenti non avrebbero altro scopo che di eseguire le leggi; ma la scienza che si fondasse esclusivamente sulle parole di uno Statuto, non sarebbe più scienza, bensì empirismo, senza poi ch'io abbia bisogno di notare che la stessa massima « *il regolamento eseguisce* » la quale volgarmente si pone a riscontro dell'altra « *la legge delibera* » è assurda inquantochè, come fu giustamente osservato, « *l'esecuzione non può consistere in una determinazione di norme, la quale, a sua volta, im-*

*plica deliberazione* (3) ». Indagare, adunque, l'intrinseca natura del diritto d'ordinanza, studiarne le relazioni con le leggi da un lato e con lo svolgimento, ognor più crescente ed incessante dell'attività del potere esecutivo dall'altro, procurando di conciliare questi diversi rapporti con le guarentigie delle libertà dei cittadini, deve essere compito della scienza moderna.

Per ciò che concerne in genere il rapporto tra legge e regolamento, si è voluto applicare anche in Italia una teoria, per cui tra l'una e l'altra manifestazione della volontà dello Stato esisterebbe una formale differenza ed una sostanziale identità.

Secondo questa teoria, la volontà dello Stato si può appunto considerare sotto un aspetto *oggettivo e materiale* oppure sotto un aspetto *subiettivo e formale*; sotto il primo aspetto essa si manifesta in via *generale ed astratta* oppure in via *particolare e concreta*, dando luogo nel primo caso alla *norma*, nel secondo caso al *provvedimento*; sotto il secondo aspetto la volontà dello Stato può derivare o dal *parlamento* o dal *governo*, dando luogo nel primo caso allo *statuto*, nel secondo caso al *decreto*. Cosicché la manifestazione generale ed astratta della volontà dello Stato, se deriva dal parlamento è *statuto-*

*norma*, se deriva dal governo è *decreto-norma*, la manifestazione particolare e concreta della volontà dello Stato, se deriva dal parlamento è *statuto-provvedimento*, se deriva dal governo è *decreto-provvedimento*. Lo *statuto-norma* è ad un tempo legge materiale e formale, il *decreto-norma* è ordinanza formale, ma legge materiale; lo *statuto-provvedimento* è legge formale, ma ordinanza materiale, il *decreto-provvedimento* ordinanza formale e materiale insieme. Questa dottrina che dimostra senza dubbio la vigoria d'ingegno e la grande erudizione del Codacci Pisanelli che in un suo eccellente scritto (\*), la divulgò in Italia, si ricollega così strettamente con la nota distinzione germanica tra leggi materiali e leggi formali, che non possiamo esimerci dal vedere se e fino a qual punto questa sia suscettibile di una pratica effettuazione negli Stati costituzionali e se, anche prescindendo da essa, non sia esclusa la possibilità di arrivare alle conclusioni dell'autore ricordato.

I principî fondamentali della teoria germanica sono, per esprimerci in due parole, questi: legge in senso *materiale* è il precetto giuridicamente obbligatorio di una massima di diritto, legge in senso *formale* è la manifestazione della volontà dello Stato emanante dagli organi legislativi (cioè

dal Re e dalla rappresentanza nazionale) fatta astrazione dal suo contenuto. Dunque legge in senso materiale e legge in senso formale sarebbero due concetti essenzialmente diversi; l'uno contraddistinto dal contenuto, l'altro dalla forma della dichiarazione di volontà (5).

Ora che la distinzione germanica sia scientifica (6) e che possa servire di base per una nuova costruzione della funzione legislativa, non sapremmo disconoscere. Una differenza di contenuto, senza dubbio, esiste tra, per es., il codice civile e una legge che provveda all'istituzione di un consolato in un paese estero, tra, per es., la legge elettorale politica e una legge che determini il modo e l'epoca in cui sarà costruita una data strada ferrata, tra, per es., la legge di pubblica sicurezza e una legge con cui sia provveduto all'alienazione di un immobile demaniale od accordato un sussidio pecuniario ai danneggiati da un terremoto, e via discorrendo. Così, passando alla dichiarazione di volontà dello Stato emanante dal governo, non possiamo negare una differenza di contenuto tra, per es. un regolamento generale universitario e un decreto di nomina d'un professore, tra, per es., un regolamento di polizia delle miniere o per l'ordinamento della giustizia amministrativa e un de-

creto che sciolga un consiglio comunale o il corpo amministrativo di un'opera pia, ecc. Ma nelle condizioni presenti del diritto pubblico, più in là di riconoscere l'indole intrinsecamente scientifica della teoria tedesca non possiamo andare, perchè in uno Stato costituzionale e in Italia in ispecie quando si parla di legge, questa si intende sempre nel senso formale, cioè l'atto approvato dal parlamento e sanzionato dal Re, astrazione fatta dal contenuto. Del resto non bisogna trascurar di notare come il concetto costituzionale di legge corrisponda, in fondo, al concetto stesso di legislazione che, secondo la dottrina costituzionale, non è sostanzialmente che la compartecipazione del Re col parlamento, mentre secondo la comune teoria tedesca, la legislazione è considerata come un diritto del monarca; soltanto si ammette che l'esercizio di essa si colleghi con l'adesione della rappresentanza nazionale (?). Infine, adottandosi la distinzione tedesca tra legge materiale e legge formale potremmo facilmente essere tratti a ritenere che la competenza dei parlamenti debba esaurirsi nelle leggi materiali e, conseguentemente, che le leggi formali possano essere modificate od abrogate per mezzo di decreti del governo; il che equivarrebbe a sovvertire i principî fondamen-

tali del diritto pubblico. Non è già che la teoria tedesca porti a tali erronee conseguenze; tutt'altro. Quando essa sia applicata rigorosamente, una legge formale non può essere mutata od abrogata che da un provvedimento preso nella stessa forma, vale a dire da una nuova legge; soltanto ci premeva di osservare come la distinzione germanica negli Stati costituzionali sia oggi praticamente inapplicabile e come, ad ogni modo, sia conveniente trasformarla o quanto meno sottilizzare ed indagare assai; ma le conseguenze di una trasformazione non si possono prevedere, perchè è facile comprendere che se si ponesse la dottrina tedesca come base fondamentale per distinguere la sfera di competenza del potere legislativo da quella del potere esecutivo, si verificherebbe necessariamente una completa evoluzione nell'organismo di quel primo potere (8).

## II.

Ma, astraendo dalla distinzione tedesca, e seguendo invece la comune dottrina costituzionale che identifica la legge materiale con la legge formale, dovremo forse trarre senz'altro la conseguenza che ogni norma giuridica non può essere applicata che mediante legge nel senso costituzionale della parola e che per conseguenza i decreti e regolamenti del governo non possono essere che *esecutivi* delle leggi, venendosi per tal modo a confermare l'esistenza di un rapporto di subordinazione meramente ed esclusivamente positivo tra legge e regolamento? Se tale e non altra fosse la conseguenza, essa sarebbe senza dubbio gravissima. Giacchè sta bene che la legge sia chiamata « *ad elevare al grado di diritto assoluto quello che v'ha sempre di eguale e costante nei rapporti della vita sociale* » ma appunto per questo chi ponesse l'ideale supremo

della vita dello Stato in ciò che avessero « *autorità e vigore unicamente le leggi* » dimenticherebbe troppo presto che « *la vita collettiva della società — sono sempre parole di Stein — non può raggiungere il suo perfetto svolgimento, ove non si tenga conto della varietà e della conseguente continua ed incessante evoluzione dei rapporti sociali* »<sup>(9)</sup>. Ora se ogni norma giuridica fosse esclusivamente applicabile per via della legislazione, l'idea di evoluzione del diritto per cui sorgono bisogni sempre nuovi tante volte non previsti dall'intenzione del legislatore o per i quali non è possibile fabbricare una legge per molte ragioni che qui non è il caso di enumerare, dovrebbe necessariamente restare senza effettuazione alcuna.

Confortati però dall'esame della dottrina e della giurisprudenza italiana e straniera<sup>(10)</sup> e pur non disconoscendo l'importanza scientifica della teoria germanica crediamo che, indipendentemente da essa, sia possibile dimostrare l'erroneità di quella conclusione; riteniamo anzi che la distinzione tra leggi materiali e leggi formali non sia necessaria perciò che si vuol provare, ma che basti per questo una interpretazione più corretta e più consentanea ai tempi moderni della teoria della divisione dei

poteri, la quale, del resto, nè dalla Costituente francese che la proclamò in principio nè dalla Costituzione degli Stati Uniti d' America, che la volle determinare nettamente, potè mai essere applicata in tutto il suo vigore <sup>(11)</sup>. Mentre, ad ogni modo, non abbiamo, fino ad un certo punto difficoltà ad ammettere che il governo abbia prevalentemente il carattere di strumento esecutore delle leggi, dove è attuata, per quanto è possibile, la divisione dei poteri, negli Stati, invece, nei quali il potere esecutivo e legislativo, per mezzo del Gabinetto, sono strettamente uniti, « *quasi fusi insieme* » secondo l'efficace espressione di Bagehot <sup>(12)</sup>, quel concetto ci sembra assolutamente inaccettabile. Se un pregio ha oggi infatti la scienza del diritto pubblico, è precisamente quello di tener dietro alle vicende e condizioni dei popoli e di informarsi a quelle; ora se si vuole mostrare di non ignorare le caratteristiche del governo di Gabinetto, non è più ammissibile l'antiquato concetto secondo cui al potere esecutivo spetterebbe soltanto la materiale esecuzione delle leggi votate dal legislativo. Nè si deve credere che con ciò si voglia menomare quella massima guarentigia costituzionale che gli scrittori videro nell'assegnazione a ciascun potere pubblico di una ben determinata

sfera di attribuzioni; diciamo anzi che tale assegnazione viene con questa più moderna interpretazione della teoria dei poteri, meglio limitata e definita.

Nessuno certo contrasta che la funzione legislativa assegnata ad un corpo politico speciale qual'è il parlamento e circondata di tutte quelle garanzie e cautele che gli Statuti appositamente hanno indicato, costituisca un punto di capitale importanza; anzi riteniamo che non sarebbe a tacciarsi di dottrinarismo chi affermasse che « *gli odierni sistemi di legiferazione tendono al desiderato razionale più alto, cioè che sia il diritto che fa la legge e non la legge che fa il diritto* »<sup>(13)</sup>. Ma tutto ciò non significa nè dimostra che la funzione del governo debba esaurirsi nell'applicazione pura e semplice delle norme legislative ai casi particolari. Anzi quanto più si ritiene che la legge debba, secondo ragione, manifestare ciò che vi è di eguale, di stabile, di costante nei rapporti sociali, tanto più si rende necessaria l'attività governativa per ciò ch'essa rappresenta il lato evolutivo e mutabile di quei rapporti. Siccome, peraltro, scorrendo di legge non ci curiamo del suo contenuto, così nell'infinità delle ipotesi non stentiamo a riconoscere che in certi casi, rispetto a certi obietti,

la legge medesima possa essere così precisa e minuta da lasciare al governo una libertà d'azione ristrettissima; ma, anche prescindendo dal contenuto delle leggi, quando si tratterà di effettuarle praticamente, non si potrà mai porre la massima assoluta che la funzione degli organi incaricati di quest'effettuazione si riduca alla mera applicazione delle norme ai casi concreti; giacchè le manifestazioni e le contingenze della vita sociale sono tante e così svariate che da un momento all'altro possono sorgere dei casi dalle leggi non previsti e per conseguenza la necessità di adottare dei provvedimenti, affinchè i molteplici fini dello Stato siano raggiunti. L'opinione che l'attività governativa si restringesse alla pura e semplice applicazione della volontà espressa dal parlamento ha avuto vigore finchè sotto l'influenza della famosa teoria della meccanica divisione dei poteri si è creduto che nello Stato, la legge avesse non già una funzione piuttosto limitatrice (14), bensì una funzione sempre ed esclusivamente determinatrice in modo da prevedere ogni contingenza della vita politica e sociale. Ma era un'opinione che i fatti smentivano perchè l'attività del così detto potere esecutivo andava effettivamente spiegandosi ed allargandosi in relazione a tutte le manifestazioni

della vita pubblica, nell'informare, ad es., nelle linee generali la politica indirizzandola verso certi ideali, nell'abbracciare e comprendere l'alta direzione dello Stato sia nell'interno sia nei rapporti con gli altri Stati, nel sorvegliare il generale andamento della pubblica cosa, nel dare, col mezzo dell'iniziativa, l'impulso al meccanismo dell'amministrazione, nel porvi impedimenti se questa s'incamminasse per una via pericolosa e nociva, nel mettersi a capo delle riforme più vivamente richieste e sentite dal paese, nel partecipare, insomma, a tutto il movimento nazionale di qualunque natura esso fosse (15). L'importanza grandissima che nel diritto pubblico andava assumendo questo potere doveva naturalmente condurre gli scrittori a considerarlo sotto un nuovo aspetto — Oggi, per es., secondo una comune dottrina costituzionale, il potere esecutivo si dividerebbe in sostanza in due parti: nel potere *regolamentare* che ha per scopo l'esecuzione delle leggi e nel potere *discrezionale* (corrispondente alla categoria delle prerogative regie) il quale appunto suppone una scelta ed una decisione arbitraria non determinata dalla legge (16).

Ma una volta che si attribuisce al governo la facoltà di emanare una serie di atti spontanei, cioè per impulso proprio e non per deter-

minazione esplicita di legge, non è più possibile sostenere che il rapporto di subordinazione tra legge e regolamento sia meramente positivo e che quindi l'esistenza di ogni regolamento sia esclusivamente subordinata all'esistenza di una legge di cui esso debba provvedere all'esecuzione; e ciò per la semplice ed ovvia ragione che potendo il governo, nell'usare della sua potestà discrezionale, rinvenire un criterio che sia applicabile a tutti o a molti dei casi sui quali ha facoltà di deliberare, nulla impedisce che quegli atti spontanei nella guisa che danno origine a provvedimenti speciali per un dato caso, possano anche dar origine a provvedimenti d'indole generale e che perciò il criterio adottato dal governo diventi una norma che esso seguirà per l'avvenire (17). Ma poichè la legge, qualunque sia il suo contenuto, ha sempre un'efficacia giuridica coattiva, così da questo lato il rapporto di subordinazione tra legge e regolamento risulterebbe negativo anzichè positivo, in quanto che si verrebbe a riconoscere al governo la facoltà di emanare regolamenti non determinati, ma solamente limitati dalle leggi. Parrebbe che il nostro compito fosse finito; ma non vorremmo che per avere noi preso come punto di partenza la divisione tra potere esecutivo e po-

tere discrezionale si arguisse che ammettessimo, senz' altro, una duplice categoria di regolamenti: quella dei regolamenti meramente *esecutivi* (*Ausführungsverordnungen*) e quella dei regolamenti *per sè stanti* o *praeter legem* (*selbständige Verordnungen*) (18).

Secondo, invece, la nostra modesta opinione, come non è accettabile una divisione assoluta tra potere esecutivo e potere discrezionale, così non è accettabile neppure una divisione categorica tra regolamenti esecutivi delle leggi e regolamenti per sè stanti, giacchè se è un indiscutibile progresso scientifico porre accanto al potere esecutivo la categoria delle prerogative regie, non è però certo esatto fare di queste ultime un potere a sè, quasi che nulla abbia di comune col primo (19). Per poco, infatti, che si consideri, si vede che la facoltà discrezionale che dovrebbe costituire la caratteristica più appariscente della prerogativa regia, non è a questa esclusiva in modo assoluto, perchè il semplice trarre le conseguenze dai principî posti nelle leggi, il semplice adattamento delle leggi medesime secondo le circostanze dei luoghi ecc. (ciò che sarebbe funzione meramente esecutiva) implica già per sè stesso una potestà discrezionale, la quale in un modo più o meno esteso si riscontra in tutta

quanta l'attività della pubblica amministrazione. Se così non fosse, i regolamenti potrebbero essere fatti dal parlamento anzichè dal governo; anzi nella legge stessa si dovrebbero trovare le norme circa la sua applicazione. Dall'altro lato, si scorge che l'azione determinata positivamente dalle leggi (ciocchè costituirebbe la caratteristica del potere esecutivo) va estendendosi — come osserva acutamente il Codacci Pisanelli (2°) — anche alla categoria delle prerogative: le disposizioni statutarie e legislative sul diritto di grazia e di amnistia, i limiti circa i trattati che importino onere alle finanze o variazione di territorio allo Stato, l'obbligo imposto al Re, in caso di scioglimento della Camera, di convocarne un'altra dentro un determinato termine, le leggi sull'amministrazione militare, le quali sottraggono la forza armata, per quanto concerne la sua organizzazione, agli eventuali arbitri del governo ecc., mostrano chiaramente che la facoltà discrezionale, essenziale per le prerogative, è diretta anch'essa da norme. Insomma, le due funzioni, l'esecutiva propriamente detta (cui appartiene la fedele e semplice applicazione della legge) e la discrezionale (che come può dar luogo a provvedimenti singoli può dar luogo a provvedimenti generali) sono bensì fra loro di-

stinte, ma non divise; esse vanno, per così dire, coordinandosi, compenetrandosi, integrandosi in quel potere cui la scienza moderna attribuisce il nome di *governativo* anzichè quello di *esecutivo* (21). Ma, come dicevamo, se potere regolamentare e potere discrezionale non debbono essere divisi l'uno dall'altro, non debbono neppure essere confusi insieme; una distinzione può e deve farsi, perchè se la facoltà regolamentare è un derivato della facoltà discrezionale (22), non ne viene peraltro di conseguenza che ogni provvedimento singolo debba necessariamente trasformarsi in un ordine generale. Ciò può verificarsi appunto, per due cause precipue: o perchè si tratta di fatti troppo rari, troppo individuali, da cui non è ragionevole trarre una norma, o perchè, pur essendo molti i fatti, può trattarsi di materia così oscillante ed incerta da variare l'opportunità politica di regolarli in un modo o nell'altro. Come è pertanto ammissibile l'ipotesi del provvedimento meramente esecutivo, così è ammissibile l'ipotesi del provvedimento meramente discrezionale, ma non è escluso il caso che quando quei singoli fatti, per cui il governo usa il potere discrezionale, siano disciplinabili con un concetto giuridico generale, si ponga dal governo un regolamento. Anzi è sempre ideal-

mente preferibile, come più rispondente allo Stato giuridico, la norma generale al provvedimento singolo e variabile da oggi a domani, perchè la norma, essendo una limitazione che il governo pone a sè medesimo, esclude perfino l'apparenza del privilegio. Diciamo l'apparenza e non l'esistenza giacchè evidentemente il governo non potrebbe mai trasformare in un ordine generale ciò che non potesse formare oggetto di un provvedimento speciale, e se il provvedimento speciale fosse illegittimo, illegittima sarebbe pure la norma che l'autorità pubblica da esso traesse.

Secondo, adunque, la più moderna e più corretta interpretazione della teoria dei poteri pubblici, il limite posto dalla legislazione alla potestà del governo, o, in altri termini, il rapporto di subordinazione tra legge e regolamento risulta essere più negativo che positivo, per la ragione che mentre non si ammette che il governo possa violare le leggi, non si esclude che esso abbia la facoltà di stabilire delle norme relativamente alle materie che, secondo il complesso del diritto nazionale (*lex terrae*) si riconducono entro la sfera dell'attività governativa<sup>(23)</sup>. Quando, pertanto, si ritenga che il naturale limite al potere regolamentare non sia costituito

dalle leggi singolarmente prese, bensì dalla legislazione complessivamente considerata e, in genere, come si dice, dalla *lex terrae*, non solo resta ad evidenza confutata la prima conseguenza che per il diritto amministrativo deriverebbe dall'identificare la legge in senso materiale con la norma giuridica, cioè che « *tutte le norme giuridiche dell'amministrazione non possono applicarsi che per via legislativa in quanto la legge materiale deve essere necessariamente anche formale* <sup>(24)</sup> », ma resta altresì confutata la conseguenza apposta, pure ammessa dal Bornhak, che « *il diritto amministrativo in quanto non sia riservato dallo Statuto espressamente ad essere regolato per legge o sia già stato regolato da legge formale, è abbandonato ad essere retto con decreti del Sovrano* <sup>(25)</sup> ».

Ma poichè, appunto, la facoltà regolamentare con quella discrezionale da cui deriva, non deve mai andare contro alle leggi, così dal rapporto stabilito tra potere del governo e legislazione risultano due corollari, cioè che le leggi non possono essere modificate che da nuove leggi, che i decreti e regolamenti sono sempre modificabili per mezzo di decreti e regolamenti.

### III.

Queste massime subiscono, è vero, in pratica parecchie complicazioni, ma quando si abbia un esatto concetto della facoltà regolamentare, esse non vengono mai smentite. La prima complicazione si verifica nei casi di straordinaria urgenza. Si ammette cioè che il governo in tali casi possa prendere qualsiasi provvedimento anche contrario al diritto nazionale. La serie di questi provvedimenti noti col nome di *ordinanze di necessità* in Germania e di *decreti-leggi* in Italia trova il suo fondamento nella così detta necessità di Stato. Ma che i decreti-leggi non smentiscano il principio che i regolamenti non possono mai andare contro il diritto nazionale ci sembra chiaro, giacchè nell'emanazione di tal sorta di decreti, il governo non opera più in virtù del suo normale potere discrezionale, ma come un vero e proprio sostituto del legislatore

cioè agisce sopra materie che dovendo essere od essendo già state regolate per legge non possono venire regolate, modificate od abrogate che da una nuova legge (<sup>26</sup>). E quanto diciamo dei decreti-leggi in generale intendiamo dirlo anche dello *stato d'assedio* in particolare, giacchè se anche nelle diverse contingenze in cui in Italia si ricorse dal governo a quella grave misura eccezionale, non si ebbe da parte dei due rami del parlamento un *bill* d'indennità nel preciso significato inglese, si ebbe peraltro un voto politico d'approvazione da parte della Camera, il quale nella pratica italiana spesso corrisponde negli effetti, per quanto scorrettamente, ad un *bill* d'indennità (<sup>27</sup>). L'esistenza dei decreti-leggi, ad ogni modo, anzichè smentire conferma il criterio differenziale tra legge e regolamento come l'eccezione conferma sempre la regola. Se si ritiene che quei decreti possano distruggere il principio che i regolamenti non debbono violare la legge, bisogna anche ritenere che non esista limite alcuno tra la legge e ogni provvedimento singolo e concreto che rientri nella sfera d'azione del governo; bisogna cioè riconoscere che il governo non ha limiti di sorta nell'esercizio del suo potere; il che equivarrebbe a sconvolgere i fondamenti del nostro diritto pubblico e a tra-

sformare il governo costituzionale in un governo assoluto (<sup>28</sup>). In questo errore, per dire il vero, non cade la scienza italiana, la quale ha sempre considerato i decreti-leggi come un'eccezione fondata unicamente sul *ius necessitatis*, ma altrettanto non può dirsi della dottrina tedesca, la quale pone nella classificazione dei regolamenti anche le ordinanze d'urgenza (<sup>29</sup>) che non hanno nulla di comune con la normale facoltà regolamentare, e il così detto *bill* d'indennità con cui i parlamenti intendono sanare l'atto illegale del governo, manifestamente lo mostra.

La seconda complicazione che subisce il principio che i regolamenti non possono modificare le leggi e che i regolamenti sono modificabili per mezzo di altri regolamenti è costituita dalla così detta delegazione del potere legislativo.

Per quanto riguarda, in genere, la delegazione dei poteri, la scienza, pur reputando in principio non consono al retto funzionamento del governo costituzionale che il potere legislativo abdichi alle sue funzioni per commetterne l'esercizio al potere esecutivo, riconosce tuttavia opportuna e conveniente, in qualche caso, tale delegazione da parte del parlamento, lasciando, ben si comprende, giudice dell'opportunità e convenienza il parlamento stesso. In pratica vediamo che la dele-

gazione di funzioni al governo si estrinseca in due principali modi: o il parlamento con una legge speciale autorizza il governo ad emanare un complesso di norme in materia legislativa ordinaria e comune, o il parlamento, in una legge speciale, riconosce al governo una facoltà regolamentare rispetto ad un oggetto specifico (regolamenti delegati o riservati nella legge). Il primo caso si verifica normalmente per le leggi di grande mole e complicazione e per le così dette leggi organiche, tra cui primeggiano i codici, le quali tutte, se venissero discusse articolo per articolo da assemblee, potrebbero presentare alla fine contraddizioni e sconessioni di molta entità sia perchè la maggioranza che approva oggi un articolo può essere diversa dalla maggioranza che approva domani l'articolo seguente, sia perchè i membri del parlamento possono avere studiate certe sottili disposizioni in modo così superficiale da renderle, senza ch'essi se ne accorgano, contraddittorie con altre. Precedenti di delegazione di funzioni legislative al governo non mancano in Italia: basterebbe ricordare il numero rilevante di leggi emanate nel 1859 dal governo, in virtù dei pieni poteri conferitigli durante la guerra per l'indipendenza. Delegazioni importantissime si ebbero pure, come a

tutti è noto, nel 1865; ma l'esempio più comune di delegazione, perchè si verifica assai spesso, è quello per cui è data facoltà al governo di raccogliere e coordinare in testo unico parecchie leggi sparse relative ad una determinata materia. Tuttavia, poichè sono soltanto ragioni di opportunità e convenienza quelle che inducono le Camere ad investire il governo di funzioni legislative, così si capisce come in fatto il parlamento ricorra a quel mezzo non solo per ottenere un complesso di disposizioni, bensì anche per avere talvolta una semplice norma, non spiegata dalla legge, ma per una volta tanto, come sarebbe, ad es., il caso di una legge che autorizzi il governo a determinare per mezzo di decreto reale il giorno in cui la legge medesima andrà in vigore; nel qual caso, poichè è indubitato che tale determinazione è propria della funzione legislativa, il relativo decreto reale deve considerarsi parte della legge, nè potrebbe essere mediante altro decreto modificato o revocato <sup>(30)</sup> Ad ogni modo in uno Stato costituzionale e degno del suo nome, non è escluso, anzi dovrebbe sempre aver luogo, nell'ipotesi di delegazione di funzioni legislative al governo, il consenso e la cooperazione effettiva del parlamento; cioèchè in pratica non si esplica sempre nella

stessa guisa, in quanto che talvolta le Camere si riservano di convalidare con la votazione l'operato del governo, altre volte no, ritenendo che basti il consenso anticipato con la legge d'autorizzazione. Certo è, peraltro, che il parlamento rimane sempre competente ed arbitro di approvare o no la legge d'autorizzazione e tutto ciò che il governo fa in seguito all'ottenuta autorizzazione si deve presumere fatto non a capriccio, ma secondo i voti prevalenti delle Camere e l'intenzione espressa dal parlamento. Soltanto, dunque, l'apparenza può indurci a credere che in questi casi si tratti di decreti e regolamenti, anzichè di vere e proprie leggi; tuttavia sarebbe desiderabile, come ultimo temperamento, affine di evitare ogni più lontana eventualità d'equivoco in proposito, che in caso d'autorizzazione al governo di compilare leggi, il testo definitivo di queste fosse ratificato sempre dalla votazione parlamentare. Così si accontenterebbero coloro che ammettendo il sindacato giudiziario sulle leggi, lo vogliono però ristretto all'esame *formale* delle leggi medesime, cioè al fatto della votazione da parte delle Camere (31).

Ma l'ipotesi che presenta maggiori difficoltà è quella dei così detti regolamenti *delegati* o, come li chiama il Gneist (32) *riservati nella legge*

cioè la delegazione fatta, in una legge, al governo di provvedere con decreto o regolamento a materie specificamente segnate.

Il De Gioannis (<sup>33</sup>), per es., che può dirsi riassume la teoria predominante (almeno fino a qualche tempo fa) in proposito, ha creduto riscontrare una capitale differenza fra i regolamenti fatti dal governo per diritto proprio e quelli fatti per diritto delegato: i primi sarebbero modificabili a libito della stessa amministrazione; i secondi non potrebbero essere modificati che dal parlamento. Ma quest'opinione espressa in termini così recisi non è accettabile. — Quand' anche, infatti, si trascurasse di notare che la terminologia *regolamento delegato* è in sè stessa una contraddizione (giacchè se la facoltà regolamentare è insita nella natura del governo, non gli può venir delegata da altro potere), sarebbe, almeno, ragionevole ed opportuno distinguere il caso in cui la legge autorizzatrice contenga il riconoscimento al governo di un campo libero di facoltà regolamentare per una data materia, dal caso in cui la legge autorizzi il governo ad emanare una volta tanto delle norme, ma con proibizione di tornarvi più sopra. Seguendo tale ordine di idee, quasi interamente trascurato dalla dottrina, si arriva a for-

mulare l'ipotesi ammessa dal Codacci Pisanelli <sup>(34)</sup> di una legge la quale annullando gli effetti restrittivi di norme già stabilite in via di legge, riconosca, rispetto ad una data materia, una libera sfera d'azione alla potestà regolamentare, nel qual caso evidentemente non è il regolamento che altera le norme legislative, ma è la legge che riconoscendo come quelle norme fossero inadeguate ed impacciati, ha tolto loro ogni efficacia rendendo così possibile il loro mutamento e la loro alterazione mediante un decreto. Tale deve essere stato, senza dubbio, il concetto che ispirò quella che il Gneist volle chiamare categoria di ordinanze riservate nella legge (*im Gesetz selbst vorbehaltene Verordnungen*) e la cui esistenza mostra, ad ogni modo, la necessità che al governo sia riconosciuta una larga sfera regolamentare <sup>(35)</sup>. Ma che la massima *non essere le leggi modificabili per mezzo di decreti bensì soltanto per mezzo di altre leggi* non subisca normalmente in Inghilterra alcuna eccezione, è dimostrato dall'esame stesso dei casi in cui avviene la proclamazione degli *Orders in Council*; <sup>(36)</sup> tanto è vero che ogni qualvolta gli *Orders* hanno implicato un'abrogazione o sospensione della legge, sono stati emessi sotto la responsabilità dei ministri ed hanno avuto bi-

sogno delle ratifica del parlamento mediante il *bill* d'indennità (37).

Quando, insomma, non si confondano i decreti e regolamenti che il governo emana in virtù della sua facoltà discrezionale coi decreti-leggi, la massima che i decreti e regolamenti sono sempre modificabili per mezzo d'altri decreti e regolamenti non può incontrare in pratica serie difficoltà. Tutte le volte, dunque, che in una legge (ed è ben difficile che ciò non si verifichi) si troverà la clausola « *alle tali norme si provvederà per regolamento* », « *le tali o tali altre norme saranno determinate per decreto reale o ministeriale* », « *con regi decreti saranno stabilite le norme da seguirsi in quel tal caso* » ecc., deve ritenersi che detta clausola riconosca al governo una facoltà regolamentare in quella data sfera, e se ciò non si vuole, bisogna che ci sia un esplicito divieto della legge medesima od un'espressione equivalente ad un divieto come se una legge, ad es., autorizzasse bensì il governo ed emanare certi provvedimenti per decreto reale, ma dichiarasse che detto decreto *farà parte* della legge stessa (38).

Gli esempi che il De Gioannis (39) ha citato per mostrare che i decreti e i regolamenti fatti dal governo per autorizzazione delle Ca-

mere non si possono modificare senza una nuova delegazione legislativa, confortano invece la teoria da noi sostenuta. Egli infatti ricorda due autorizzazioni date al governo dalla legge 20 marzo 1865, all. *F* sulle opere pubbliche: la prima di classificare per decreto reale le strade nazionali con la clausola che stabilito l'elenco di queste strade, non potesse esservi introdotta modificazione alcuna se non per legge; la seconda di stabilire i porti di prima, seconda e terza classe, prescrivendo che qualsiasi passaggio posteriore di un porto da una classe all'altra dovesse farsi per legge. Ma qui si tratta precisamente non già di un riconoscimento da parte delle Camere al governo di una facoltà regolamentare, la quale per l'indole sua deve essere duratura, bensì di quei casi in cui il governo è autorizzato, entro un termine stabilito, ad emanare norme in una data materia, ma con proibizione a lui fatta di tornarvi più sopra, e poichè in tutti questi casi, anche se si adopera la parola decreto o regolamento, essa viene usata impropriamente perchè ha il significato di decreto-legge, è naturale che le norme stabilite mediante decreto non si possano più alterare e mutare mediante semplice decreto. Se i decreti e regolamenti fatti dal governo, anche dietro au-

torizzazione del potere legislativo, non fossero modificabili per mezzo di altri decreti e regolamenti, non ci sarebbe bisogno che la legge potesse talvolta un esplicito divieto, il quale appunto, come eccezione, conferma la regola (40). E non è di poco conto insistere su tale questione quando si rifletta che in Italia scrittori e tribunali, travisando i fondamentali principî della facoltà regolamentare, erano perfino giunti a ritenere che un regolamento fatto in esecuzione di una legge, la quale contenga la nota clausola: « *Il governo del Re è autorizzato a provvedere con apposito regolamento all' esecuzione della presente legge* » dovesse considerarsi nei suoi effetti pari alla legge medesima e quindi non modificabile che per mezzo di legge. Altri invece pretendevano distinguere tra i diversi articoli di un regolamento emanato in forza della nota clausola quelli che avevano valore di disposizioni regolamentari e che quindi sarebbero stati modificabili dal governo, da quelli che avevano vigore di legge e che perciò non avrebbero potuto essere modificati che per legge (41). Il governo italiano, peraltro, aveva sempre correttamente opinato in massima ed applicato in pratica che i decreti e regolamenti fossero modificabili per mezzo di decreti e regolamenti (42) e

allorchè nel 1894, deviando dalla condotta precedentemente seguita, presentò al senato, per mezzo dei ministri Barazzuoli e Calenda, un progetto di legge per modificazioni ed aggiunte al regolamento per l'esecuzione del codice di commercio relative alla pubblicazione del Bollettino Ufficiale delle società per azioni, l'ufficio centrale, relatore il Saredo, seppe abilmente ricondurre il governo sulla retta via, dimostrandogli che esso voleva attribuire valore di legge a disposizioni di regolamento, doveva seguendo la normale procedura parlamentare, presentare un progetto con cui si intendesse provvedere stabilmente alla pubblicazione degli atti delle società per azioni; in caso diverso, l'ufficio centrale riconosceva competente il governo medesimo ad introdurre nelle disposizioni regolamentari, di cui si trattava, quelle modificazioni ch'esso giudicava opportune e convenienti (43).

Da questo rapido sguardo al rapporto tra legge e regolamento risulta confermato che la facoltà regolamentare è, nella sua essenza, una sola; come perciò riteniamo inammissibile una categoria di regolamenti *praeter legem*, o *independenti*, o *per sè stanti* che dir si voglia da porsi accanto ai regolamenti *esecutivi*, così riconosciamo essere pure discutibilissima la costitu-

zione in una categoria speciale dei così detti regolamenti *delegati* o *riservati nella legge*. Gli elementi che servono di base alla distinzione tra regolamenti *indipendenti, esecutivi, riservati*, <sup>(44)</sup> (e cioè la non esistenza di una legge, l'esistenza di una legge, l'esistenza di una clausola autorizzatrice) sono così incerti, oscillanti, superficiali che uno stesso regolamento può farsi rientrare sotto l'una o sotto l'altra categoria secondo lo specioso punto di vista dal quale si consideri. Un regolamento amministrativo, ad es., che come avviene in alcuni Stati civili, provveda, in mancanza di leggi speciali, alla concessione ed all'esercizio dei *tramways* a trazione animale e fisica, può ritenersi un regolamento *praeter legem* perchè manca una legge speciale concernente questa materia, ma nel tempo stesso può considerarsi un regolamento *esecutivo* perchè, anche mancando una legge particolare sui *tramways*, alla quale il regolamento si riferisca, ci sono però sempre le leggi sulle opere pubbliche, sulle strade ferrate, i codici civili e commerciali ecc., da cui il governo ha potuto trarre i principî giuridici per applicarli a questa nuova manifestazione dell'industria. Così, per citare un altro esempio, il R. Decreto 25 giugno 1871 che in Italia stabilisce le norme circa la con-

cessione dell'*exequatur* e regio *placet* potrebbe farsi rientrare sotto la categoria dei regolamenti *praeter legem*, tanto più che la materia da esso contemplata è fra quelle che comunemente si vogliono attribuire alla prerogativa regia; ma poichè l'art. 16 della legge 13 maggio 1871 sulle Guarentigie dispone che fino a quando non sia altrimenti provveduto con legge speciale, rimangono soggetti all'*exequatur* e regio *placet* certi determinati atti delle autorità ecclesiastiche, così si potrebbe considerare il detto R. Decreto come delegato, in quanto appunto l'art. 16 della legge contiene sostanzialmente una clausola autorizzante il potere regio a regolare la materia dell'*exequatur* relativamente ad atti speciali. D'altro lato, può darsi benissimo il caso che esista la legge e non esista la clausola, ma che ciò non ostante il regolamento contenga disposizioni che non si possono considerare come strettamente esecutive della legge medesima. Così, ad es., la legge italiana sul Consiglio di Stato 20 marzo 1865, all. D, all'art. 30 non conteneva altra clausola che questa; « *Un regolamento di servizio interno sarà approvato con decreto reale* »; eppure il regolamento relativo approvato con R. Decreto 5 giugno 1865, all'art. 28 stabilendo che « *quando dall' esame*

*degli affari discussi dal Consiglio risulti che la legislazione vigente è in qualche parte oscura, viziosa od incompleta, il Consiglio ne fa apposito rapporto al ministro competente »* veniva a conferire al Consiglio di Stato una funzione ispettiva sulla legislazione, la qual funzione importantissima, non contemplata dalla legge, non poteva certo ricondursi sotto la ristretta clausola dell' art. 30 la quale autorizzava il governo soltanto a pubblicare un regolamento sul servizio interno del Consiglio (45).

Insomma allorchè in una legge speciale una clausola dà facoltà al governo di emanare norme per una data materia, deve ritenersi che questa clausola corrisponda al riconoscimento di una sfera d'attività regolamentare per un oggetto specifico; di quell'attività regolamentare che è insita nella natura del governo medesimo. Ma la costituzione in una categoria a sè stante dei così detti regolamenti *delegati* manca di fondamenti scientifico, tanto più che data la costante pratica parlamentare di porre in ogni singola legge una clausola con la quale il governo è autorizzato ad emanare il regolamento *per l'esecuzione* della legge stessa, tutti i regolamenti esecutivi possono facilmente considerarsi delegati.

#### IV.

Tutte le nostre premesse mirano a portare a questa conclusione: che cioè la volontà dello Stato deve, come discendente dalla sovranità o dal diritto d'imperio, essere ubbidita; ma tra l'espressione della volontà dello Stato emanante dal parlamento (la legge) e l'espressione della volontà dello Stato emanante dal governo (il decreto) corre rispetto ai cittadini una capitale differenza in ciò che la prima, qualunque sia il suo contenuto, deve essere ubbidita incondizionatamente da tutti, e quindi è obbligatoria anche per l'autorità giudiziaria, mentre la seconda è obbligatoria per l'autorità giudiziaria solo in quanto non sia contraria al diritto nazionale, il che si verifica appunto allorchè sia ammesso il sindacato giudiziario sugli atti della pubblica amministrazione.

Che questo sindacato costituisca una delle più efficaci garanzie dei diritti individuali dei cittadini lo mostra il fatto che esso è ormai riconosciuto in tutti gli Stati civili. Così, ad es., nella nuova letteratura germanica, per quanto concerne il diritto materiale di controllo sulle ordinanze, può dirsi domini in modo unanime l'opinione che ove manchino determinazioni in senso contrario, anche senza un riconoscimento esplicito, quel diritto venga considerato come esistente <sup>(46)</sup>. Determinazioni in senso contrario hanno luogo nella Carta costituzionale della Prussia all'art. 106 il quale ha disposto che « *l'esame della legalità delle ordinanze reali, regolarmente pubblicate non appartiene alle autorità ma alle Camere sole* » e nelle Carte costituzionali di altri piccoli Stati, come il Granducato di Oldenburgo, il principato di Waldeck, il principato di Reuss nuova linea, i quali hanno seguito l'esempio prussiano <sup>(47)</sup>. Ma la dottrina tedesca non esita a qualificare quest'eccezione all'accordo generale « *einen absolutistischen Ueberrest* <sup>(48)</sup> » cioè « *un avanzo d'assolutismo.* » Perfino in Francia, non ostante che tutto l'ordinamento del contenzioso abbia avuto origine dal sospetto verso l'ingerenza dei magistrati ordinari, si è finito col riconoscere all'autorità

giudiziaria il diritto di sindacare la legalità dei regolamenti; per l'art. 471 § 15 del Codice penale sono puniti di un'ammenda « *ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative* »; ma quel diritto esiste anche in materia civile, non avendo il Codice penale fatto altro che consacrare una regola preesistente e superiore (49). Si capisce tuttavia che, data l'organizzazione del contenzioso per cui è sottratto un numero considerevolissimo di controversie alla magistratura ordinaria, il sindacato giudiziario non possa ricevere in Francia che un'applicazione assai limitata, come scarsissimi sono infatti gli esempi che si sogliono addurre in proposito (50). Dove invece, come in Italia, in Belgio, in Danimarca, in Svezia, in Norvegia e in Olanda, è attribuita alla magistratura ordinaria la competenza per le controversie in cui si agiti un diritto individuale, il controllo giudiziario sui regolamenti riceve una larga applicazione, non essendo esso in sostanza che la naturale e legittima conseguenza dell'abolizione del contenzioso in fatto di amministrazione (51). — Certo fu indiscutibile progresso l'aver la legge italiana 20 marzo 1865, all. E attribuito alla competenza dell'autorità giudiziaria tutte le materie

in cui facciasi questione di un vero diritto, ma l'espressione della legge fu, come argutamente osservò il De Gioannis, « *più ampia del suo spirito, perchè essa importerebbe una soppressione assoluta della giurisdizione amministrativa* <sup>(52)</sup> »; invece la legge aboliva di fatto soltanto la giurisdizione amministrativa *ordinaria*, cioè i Consigli di Prefettura come tribunali di prima istanza ed il Consiglio di Stato come tribunale d'appello, lasciando sussistere, sia pure a modo d'eccezione, attribuzioni giurisdizionali in materia di veri diritti alla Corte dei Conti, al Consiglio di Stato medesimo e ad altri corpi o collegi contemplati da leggi speciali. Le quali giurisdizioni amministrative eccezionali (in quanto costituiscono una violazione alla competenza dell'autorità giudiziaria) una volta che fossero abolite e che la giurisprudenza non si lasciasse invadere qualche volta da uno spirito di reazione fiscale, il criterio della competenza proclamato dal nostro legislatore (di deferire cioè all'autorità giudiziaria la reintegrazione di ogni *diritto* leso) sarebbe espresso in modo così chiaro da non lasciare nulla a desiderare <sup>(53)</sup>.

Ma il sindacato dell'autorità giudiziaria si applicherà a ogni sorta di decreti e regolamenti? Che si possa discutere intorno l'applicazione di

questo sindacato sui decreti che il governo prende in via d'urgenza anche contro la vita normale della Costituzione lo riconosciamo senza esitare, perchè si tratta in genere di provvedimenti giustificati da una ragione politica tutta particolare (come, ad es., avviene nei così detti *catenacci*) o adottati in momenti in cui la conservazione dello Stato, come legge suprema, deve prevalere di fronte a tutte le altre leggi. Ecco perchè senza essere proclivi per i regimi eccezionali non ci sentiamo di condannare *a priori* qualsiasi energico provvedimento preso dal governo sotto la propria responsabilità (e sempre quindi soggetto al controllo e alla sanzione anche penale contro i ministri da parte delle Camere) in un momento di convulsione e di disordine e di negargli ogni efficacia giuridica. Orbene, secondo una teoria, l'autorità giudiziaria, prima della ratifica, dovrebbe sempre ed in ogni caso rifiutarsi ad applicare i 'decreti d'urgenza, qualunque fosse la loro natura; ma ciò equivale ad escludere *a priori* la necessità di Stato; un'altra teoria invece vorrebbe che l'autorità giudiziaria riconoscesse sempre ed in ogni caso la legittimità dei decreti d'urgenza; ma tanto varrebbe a dar corso alle più strane illegalità che il governo potesse commettere; c'è infine, fra le due ten-

denze estreme, chi vorrebbe affidare all' autorità giudiziaria il compito di giudicare dell' esistenza o meno della necessità ed urgenza; ma questa teoria intermedia è forse peggiore delle altre perchè mira a sostituire l' arbitrio del giudice a quello dell' amministratore, disconoscendo così, anzi travisando, il carattere essenziale della funzione giudiziaria (54).

Per noi l' unico ed efficace rimedio giuridico all' abuso dei decreti d' urgenza non può derivare che da una legge speciale a simiglianza di quella che vige, per es., in Austria che in questo argomento è informata a rette norme costituzionali più che altre nazioni (55). La legge austriaca, dopo aver dettato precise disposizioni circa la forma e la sostanza dei decreti d' urgenza non che circa il termine entro cui essi debbono essere presentati al parlamento per la loro conversione in legge, stabilisce che per la omessa presentazione nel termine o per il rigetto da parte d' una delle Camere, perdono *ipso iure* il loro vigore. L' autorità giudiziaria ha dunque così la via tracciata davanti a sè, e il governo un freno potente per non commettere violazioni del diritto.

Tutto ciò sia detto per incidenza in relazione ai casi nei quali il governo emana decreti e re-

golamenti in via d'urgenza sostituendosi al legislatore. Ma allorchè alla parola regolamento si attribuisca il significato corretto di norma posta dal governo in forza della sua facoltà discrezionale (dato pure che questa norma sia emanata dietro speciale autorizzazione del parlamento) la questione non può essere teoricamente grave, perchè la regola da seguirsi e che scaturisce da quanto è stato fin qui detto, risulta abbastanza semplice. Se la norma emanata dal governo, in seguito a speciale autorizzazione del parlamento, ha il valore di legge, non potrà essere mutata che per legge e non sarà soggetta al sindacato giudiziario. Ciò potrà appunto verificarsi in pratica, quando, per es., il parlamento autorizzi il governo a dettare delle norme in una materia particolarmente indicata, ma per una volta tanto; nel qual caso il decreto emanato dal governo ha forza di legge per esplicita determinazione del parlamento stesso, che con l'autorizzazione data nei detti termini, mostra, in sostanza, di ritenere la materia di competenza legislativa, e di essere ricorso al governo soltanto per avere le norme con prontezza e sollecitudine. Se, per per contrario, la norma stabilita dal governo, dietro autorizzazione parlamentare, ha il valore di regolamento, potrà essere mutata per mezzo

di regolamento e sarà soggetta al sindacato giudiziario. Quando pertanto nella legge sia, mediante una clausola, riconosciuta al governo una sfera regolamentare rispetto ad un oggetto specifico, il regolamento che ne segue sarà, come ogni altro regolamento, suscettibile di controllo da parte della magistratura ordinaria, la quale avrà sempre diritto di non applicarlo al caso concreto a lei sottoposto qualora oltrepassasse i confini di quel campo d'azione regolamentare che la legge ha voluto riconoscere al governo (56).

Tutto ciò semplifica la grave questione circa l'applicabilità o meno del controllo dell'autorità giudiziaria sui così detti regolamenti *delegati*, questione resa ancora più grave dal fatto che qualche autore, credendo riscontrare senz'altro una *delegazione* del potere legislativo all'esecutivo in tutti i casi ove esiste una clausola che dà facoltà al governo di emanare un regolamento, ha conchiuso in tutti questi casi col dichiarare il sindacato giudiziario inapplicabile (57), senza affatto prevedere le disastrose conseguenze alle quali, muovendo da simili principî, si sarebbe facilmente pervenuti. Il Demurtas Zichina (58), per es., nega all'autorità giudiziaria il diritto di spingere le sue indagini sino ad esaminare la legalità di quei regolamenti che il potere esecu-

tivo forma per l'esecuzione delle leggi in virtù di facoltà in modo speciale accordatagli dalle leggi stesse. Ora, poichè in pratica non vi è legge che non contenga qualche clausola in cui si autorizzi il governo a provvedere alla tale o tal' altra materia per decreto o regolamento, si potrebbe dalla teoria del *Demurtas Zichina* trarre ragionevolmente la conseguenza che tutti i decreti e regolamenti del governo siano insindacabili dall'autorità giudiziaria, e allora il cittadino al quale si volesse applicare una norma regolamentare contraria alla legge, inutilmente ricorrerebbe ai tribunali ordinari, giacchè, quando il regolamento fatto dal governo fosse insindacabile, il magistrato sarebbe costretto a dichiarare l'applicabilità della disposizione regolamentare al caso concreto, anche se detta disposizione fosse contraria alla legge!

Ciò che insomma fa d'uopo assolutamente allontanare è il principio di una netta e recisa divisione dei poteri pubblici e il concetto conseguente della delegazione, per cui si tende a considerare il governo come il mandatario del potere legislativo. Scartato questo fallace principio, se ne eviteranno le disastrose deduzioni e cioè, innanzi tutto, che la facoltà regolamentare sia delegata anzichè insita nella natura del governo,

e che perciò i decreti e regolamenti non siano modificabili per mezzo di decreti e regolamenti; in secondo luogo, che detta facoltà debba essere sottratta al sindacato dell' autorità giudiziaria; la quale ultima conseguenza sarebbe, a dir vero, enorme mettendo essa evidentemente in pericolo le guarentigie dei diritti dei cittadini.

E tali guarentigie dei cittadini in relazione con una giuridica costruzione del potere governativo saranno nel presente corso da noi sempre rispettate e coltivate. Così contribuiremo, secondo le nostre forze, allo svolgimento di quel maggiore ideale che lo Stato moderno deve prefiggersi, e cui, soprattutto nel nostro giovane Stato, è dovere d' ognuno portare la modesta opera sua.

---

NOTE



(1) Cfr. *Maiorana*. Il sistema dello Stato giuridico, Roma, 1889, pag. 167 e *Orlando*. Principi di diritto costituzionale, Firenze 1890, pag. 181.

(2) Alle Costituzioni ricordate nel testo, aggiungiamo quella dei *Paesi bassi* (del 30 novembre 1887) art. 56; del *Lussemburgo* (17 ottobre 1868) art. 36; del *Wurtemberg* (25 settembre 1819) art. 89; della *Spagna* (30 giugno 1876) art. 54; del *Portogallo* (29 aprile 1826) art. 75 § 12; della *Grecia* (16-28 novembre 1864) art. 35. Per le Costituzioni citate in questo scritto cfr. *Dareste*, Les Constitutions modernes, Paris 1891, tomi due; e per le Costituzioni tedesche in particolare, cfr. *Stoerk*, Handbuch der Deutschen Verfassungen, Leipzig 1884.

(3) *Codacci Pisanelli*, Legge e regolamento, Napoli 1888, pag. 87.

(4) Cfr. Legge e regolamento, ediz. cit., pag. 1-5.

(5) La distinzione tra legge materiale e legge formale, posta, come è noto, dal *Laband* in un suo opuscolo « Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassungsurkunde Berlin, 1871 » e sviluppata poi in molti altri suoi scritti (Das Staatsrecht des Deutschen Reiches — Handbuch des Oeffentlichen Rechts II, 1, Freiburg i. B. und Leipzig 1894, pag. 75-79; e Das Staatsrecht des Deutschen Reiches 1° volume, Freiburg i. B. und Leipzig 1895, § 54, pag. 488-508 e § 56 pag. 540-546) fu seguita da una numerosissima schiera di illustri scrittori tedeschi come *Gareis* (Allgemeines Staatsrecht in Marquardsen's Handbuch des Oeffentlichen Rechts, Freiburg i. B. 1883, pag. 76 e 77), *Gerber* (Grundzüge des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1880, pag. 147 e 148 e specialmente la nota a pag. 147), *Gneist* (Gesetz und Budget, Berlin 1879), *Jellinek*

(Gesetz und Verordnung, Freiburg i. B. 1887), *Meyer* (Der Antheil der Reichsorgane an der Reichsgesetzgebung, Iena 1889 e Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, Leipzig, 1891, § 155, pag. 456-462), *Rosin* (Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen, Breslau 1882, pag. 1 e seg.), *Sarwey* (Allgemeines Verwaltungsrecht in Marquardsen's Handbuch des Oeffentlichen Rechts, Freiburg. i. B. 1887, pag. 24-27), *Seligmann* (Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne, Berlin und Leipzig 1886), *Seydel* (Bayerisches Staatsrecht, Vol. 2°, Freiburg i. B. und Leipzig, 1896, § 200, pag. 307-308 e § 201, pag. 308 e seg.), *Stengel* (Das Staatsrecht des Königreichs Preussen—Handbuch des Oeffentlichen Rechts II. 3, Freiburg i. B. und Leipzig 1894, § 47, pag. 167 e seg.) ecc., e combattuta nella stessa Germania da scrittori non meno illustri come *Martitz* (Ueber den constitutionellen Begriff des Gesetzes nach Deutschem Staatsrechte in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Vol. XXXVI, 1880, pag. 241 e seg. e, come estratto, Tübingen 1880), *Seidler* (Budget und Budgetrecht, Wien 1885), *Klöppel* (Gesetz und Obrigkeit, Leipzig 1891), *Zorn* (Das Reichs-Staatsrecht, 2° Vol. Berlin und Leipzig 1883, pag. 329 e seg. e 1° Vol. Berlin und Leipzig 1880, pag. 108 e 118), *Bornhak* (voce Gesetz nel Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts di Stengel, Freiburg i. B. 1890, Vol. 1°, pag. 578 e 579), *Hänel* (Studien zum deutschen Staatsrecht, Leipzig 1888, Vol. 2°, pag. 99 e seg.) ecc. La distinzione tra legge materiale e legge formale sollevò poi anche dispute nell' Archivio di Tübinga, alle quali presero parte, oltre il *Laband* (Zur Lehre vom Budgetrecht. — Archiv für öffentliches Recht, Vol. 1°, pag. 172 e seg.), il *Pražák* (Beiträge zum Budgetrecht und zur Lehre von den formellen Gesetzen. — Archiv für öffentliches Recht., Vol. II, pag. 441 e seg.), il *Brie* (Zur Theorie des Konstitutionellen Staatsrechtes. — Archiv für öffentliches Recht, Vol. IV, pag. 1 e seg.), il *Thon* (Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne. — Archiv für öffentliches Recht, Vol. V, pag. 149 e seg.) ecc. ecc. Fra i favorevoli alla distinzione germanica notiamo, per l' Olanda, il *De Hartog* (Das Staatsrecht des Königreichs der Niederlande in Marquardsen's Handbuch des Oeffentlichen Rechts, Freiburg. i. B. 1890, pag. 45-46) e, per la sua applicazione in Russia, l' *Engelmann* (Das Staatsrecht des Kaiserthums Russland, in Marquardsen's Handbuch des Oeffentlichen Rechts, Freiburg i. B. 1889,

pag. 143 e seg.). In Italia, la distinzione è stata accettata nelle sue linee fondamentali dal *Del Giudice* (Enciclopedia giuridica ad uso delle scuole, Milano 1880, pag. 207, § 97), dall'*Orlando* (Studi giuridici sul governo parlamentare, Bologna 1886, §§ 5, 6 e 7; Principi di diritto costituzionale, ediz. cit., pag. 119 e seg.; Principi di diritto amministrativo, Firenze, 1892, pag. 231-232), dal *Filomusi-Guelfi* (Enciclopedia giuridica ad uso di lezioni, Napoli, 1885, pag. 248, nota 1<sup>a</sup>, e Foro italiano, Vol. XV<sup>o</sup>, 1890, fasc. 23<sup>o</sup>, pag. 1227, nota 3<sup>a</sup>), dal *Codacci Pisanelli* (Legge e regolamento, ediz. cit.), ed è stata combattuta dal *Miraglia* (La legge materiale e la legge formale nel diritto pubblico, Napoli 1890) e dall'*Arangio Rui* (Legge materiale e legge formale, nella Rassegna di scienze sociali e politiche, anno VIII, Vol. II, fasc. 15 ottobre 1890, pag. 153-172).

(6) Tracce della distinzione tra legge materiale e legge formale si rinvencono anche in antichi scrittori francesi; per es., in *Berriat Saint-Prix* (Théorie du droit constitutionnel français, Paris 1851-1853, n.º 724, pag. 347-348), in *Merlin* (Repertorio alla voce *Loi*, § 2, n.º 3) citato e seguito da *Hello* (Del regime costituzionale, Versione Vecchi, Firenze 1860, Tomo II, pag. 85). Del resto se ne vogliono trovare le origini nel Contratto sociale di *G. G. Rousseau* (I. II, c. 6) e nella formula proposta da Mirabeau alla Costituente nella seduta del 17 agosto 1789: « La legge, essendo l'espressione della volontà generale, deve essere generale anche nel suo oggetto »; e perfino nella distinzione Aristotelica tra νόμος (che corrisponderebbe alla legge materiale) e ψήφισμα (che corrisponderebbe alla legge meramente formale). Cfr. *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, Freiburg, i. B. 1887, pag. 37-38.

(7) Cfr. *Bornhak*, voce Gesetz nel Wörterbuch des Deut. Verwalt. r. di Stengel, Freiburg. i. B. 1890, Vol. I, pag. 578.

(8) Cfr. *L. Rossi*, La letteratura del diritto pubblico a proposito di recenti pubblicazioni (estratto dall'Archivio di diritto pubblico, anno III, fascicolo III) pag. 9.

(9) Cfr. La scienza della pubblica amministrazione secondo *Stein* (compendio del manuale di scienza della pubblica amministrazione di *L. von Stein*) nella Biblioteca di scienze politiche ed amministrative diretta dal *Brunialti* — Serie II<sup>a</sup> Vol. I, 1892, n.º 308, pag. 448 e 449.

(10) Il *Gneist* (Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleichung mit den Deutschen Verwaltungssystemen, Vol. I, Berlin 1883, § 12, pag. 127-128) riconosce nella Corona inglese un indipendente diritto d'ordinanza, il cui contenuto non è determinato mediante leggi, ma da queste limitato; cosicchè in Inghilterra il governo del Re sarebbe bensì un governo secondo la legge, ma la legge costituirebbe solamente il limite alla potenza regia e non già la presupposizione di ciascun atto regio di governo in generale. L'opinione del *Gneist* non parve decisiva al *Jellinek* (Gesetz und Verordnung, ediz. cit. pag. 24, 25, 26) secondo cui la dottrina del diritto indipendente d'ordinanza del Re d'Inghilterra può soltanto avere questo significato che cioè il Re può emettere ordinanze non soltanto in virtù di determinazione esplicita di uno statuto del parlamento, ma anche per virtù della *common law*. Ora quanto all'eguaglianza del valore di *common law* e di *statute law* vige, secondo l'idea del diritto inglese, la massima che ogni ordinanza, per ciò che concerne la sua efficacia giuridica, debba lasciarsi ricondurre ad una *regula juris* e che non vi sia un'ordinanza la quale, come forma generale di espressione della volontà dello Stato, stia accanto alla legge. Esaminati pertanto gli esempi di *selbständige Verordnungen* che offre il *Gneist*, giunge il *Jellinek* a concludere che il Re quale più alto signore della guerra potrà, è vero, emanare proclami per una dichiarazione di guerra, annunciare una conclusione di pace, porre un *embargo* in tempo di guerra, limitare il commercio durante la guerra, ma che i proclami di tal specie non sono indipendenti nel senso di ordinanze *praeter legem*, bensì che la loro obbligatorietà giuridica è *grounded upon the laws of the realm* (fondata sulle leggi del regno). E già molto tempo prima il *Blackstone* aveva scritto che « i proclami hanno forza obbligatoria allorchè essi sono fondati sulle leggi del regno ed hanno per oggetto la loro esecuzione, come osserva *Ed. Coke* (3 Inst. 162). » (*Blackstone*, Commentaires sur les lois anglaises, tomo I°. Paris 1822, pag. 493). Tali argomentazioni hanno, senza dubbio, a primo aspetto, molto valore; ma il *Codacci Pisanelli* (Legge e regolamento, ediz. cit., pag. 92 in nota) fa giustamente osservare che quanto *Blackstone* e *Jellinek* riferiscono da *Coke* non si riduce letteralmente che alla seguente frase: « Proclamations are of great force, which are grounded upon the laws of the realm » vale a dire che « hanno gran forza quei proclami

i quali si fondano sulle leggi del regno ». Ora, dice il *Codacci Pisanelli* « aver gran forza è qualcosa di più che la semplice obbligatorietà e *the laws of the realm* non sono soltanto le leggi scritte », appunto perchè, possiamo aggiungere, in Inghilterra la parola legge non ha solamente il significato formale che ha negli stati continentali, cioè di atto emanante dal potere legislativo (*statute law*), ma anche quello di diritto non scritto o consuetudine (*common law*). Se adunque in Inghilterra « hanno gran forza le ordinanze fondate sulle leggi (scritte o non scritte) del regno » vuol dire che non è esclusa la possibilità, ammessa dal *Gneist*, di ordinanze obbligatorie, il contenuto delle quali senza essere determinato espressamente dalle leggi sia nei limiti di queste circoscritto. Riconosciuta, ad ogni modo, la distinzione inglese fra *statute law* e *common law*, ci sembra ch'essa poco giovi a chi ritiene in genere la facoltà regolamentare strettamente esecutiva della legge (intesa questa nel senso formale della parola), il che è tanto vero che uno dei più tenaci oppositori alla differenza tra legge materiale e formale, l'*Arangio Rui*, a proposito del doppio significato della parola *law*, si contenta di affermare che « non val proprio la pena di sottillizzare sulle parole per distinguere cosa che è così comunemente ed anche facilmente distinta » (Legge materiale e legge formale, ediz. cit., pag. 157) mostrando così implicitamente che l'esempio inglese è sfavorevole alla tesi ch'egli vuole sostenere.

In Francia dove è prevalente il criterio di adottare il concetto di *potere esecutivo*, come elemento capitale della definizione del diritto amministrativo, non è a meravigliare se la dottrina tenda a considerare la facoltà regolamentare in un senso di subordinazione più positiva che negativa alle leggi. Il *Moreau* (*Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris 1892, pag. 340) osserva peraltro che l'attuale formula dell'art. 3 della legge 25 febbraio 1875 cioè che il Capo dello Stato « sorveglia ed assicura l'esecuzione delle leggi » è assai larga ed autorizza a prendere tutte le misure tendenti allo scopo proposto.

Venendo all'Italia, non manca neppur qui chi abbia preso alla lettera la frase che: Il Re fa i decreti e regolamenti per l'esecuzione delle leggi; così, per es., il *Casanova* (*Del diritto costituzionale, lezioni*, Vol. II°, Firenze 1869, pag. 76); il *Meucci* (*Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino 1892, pag. 49-50) e, sostanzialmente anche il *De Gioannis Gianquinto* (*Corso di diritto pubblico ammini-*

strativo, Firenze, 1881, Vol. III, parte 2<sup>a</sup>, pag. 655). Un'idea meno ristretta della facoltà regolamentare ci sembra riscontrare in *Manna* (Partizioni teoretiche del diritto amministrativo, Napoli 1860, pag. 148-149, e Principi di diritto amministrativo, edizione del Telesio, Napoli 1876, Vol. I, pag. 336 e 337), in *Garelli* (Il diritto amministrativo italiano, Torino 1885, pag. 58), e in *Persico* (Principi di diritto amministrativo, Napoli 1890, Vol. I, pag. 59). Lo *Scolari* (Del diritto amministrativo, Pisa 1866, pag. 104) ammette poi la possibilità di decreti che non sono diretta ed immediata conseguenza di una data legge; ravvisando così in essi un atto emanante dalla spontanea volontà del potere esecutivo, il quale con esso provvede a cose di governo o d'amministrazione. È vero che lo *Scolari* parla veramente di decreti e non di regolamenti, ma fa d'uopo osservare che una differenza intrinsecamente scientifica tra decreto e regolamento non esiste, tanto è vero che lo *Scolari*, al luogo citato, osserva che il criterio adottato per distinguere i regolamenti dai decreti (cioè semplicemente esecutivi delle leggi i primi, spontanei e liberissimi i secondi) in pratica non ha valore; cosicchè negli atti dell'autorità amministrativa conviene badare più che alla intitolazione loro, alla qualità delle risoluzioni che essi contengono. Del resto che il rapporto di subordinazione tra legge e regolamento non si concepisca sempre in modo positivo, bensì invece spesso in modo negativo, si ricava e deduce da molti scrittori e dalla stessa giurisprudenza. Così il *Del Giudice* (Enciclopedia giuridica, Milano 1880, pag. 210) scrive che « l'amministrazione non è semplice esecuzione delle leggi, come farebbe credere l'appellativo improprio di *esecutivo* dato al potere che ha il compito d'amministrare; ma essa, oltre alla parte esecutiva, compie liberamente una serie di atti in una larga sfera non regolata ma solo circoscritta dalle leggi. E questa diversa attinenza risulta dalla stessa specialità delle leggi »; l'*Orlando* (Principi di diritto costituzionale, ediz. cit., pag. 181-182, in nota), a proposito dell'art. 6 dello Statuto del Regno, avverte che « il concetto dello Statuto, secondo cui il decreto partebbe non servire ad altro che a rendere possibile l'esecuzione delle leggi, è affatto insufficiente, essendo nel fatto, indiscutibilmente, assai più larga la portata del decreto stesso »; il *De Falco* (Discorso inaugurale presso la Corte di cassazione di Roma nella assemblea generale del 2 gennaio 1877, Roma 1877, pag. 25) parla della ineffi-

cacia giuridica dei decreti e dei regolamenti che vengono per avventura in opposizione con la legge; il *La Pegna* (Codice politico, Napoli 1871, pag. 125) attesta che « in generale è prevalso il principio, che i regolamenti, le istruzioni o i decreti emanati dal potere esecutivo per l'esecuzione od in esecuzione di una legge, debbono intendersi obbligatori tuttavolta che non trovansi evidentemente a questa contrari »; il *Francone* (Introduzione al diritto pubblico amministrativo, Milano 1889, pag. 304) riconosce che: « al pari delle leggi, i regolamenti e decreti sono sorgenti di diritto pubblico amministrativo in tutto che non si oppongono alle leggi; poichè tanto le une quanto gli altri emanano dalla sovranità, dalla quale si deriva ogni efficacia giuridica coattiva ». Fra le sentenze notevoli, ricordiamo: C. cass. di Napoli, 12 dicembre 1874 (Berlingeri c. demanio dello Stato) « I regolamenti non debbonsi osservare dall' autorità giudiziaria quando contraddicono alla legge » v. *Legge*, 1875, II, 154; C. cass. di Firenze, 24 gennaio 1879 (ric. Agugiaro) « Quando i regolamenti per la esecuzione delle leggi non sono a queste contrarii, non possono attaccarsi d' incostituzionalità, ma debbono al pari delle leggi stesse essere osservati ed eseguiti » v. *Legge*, 1879, I, 498; C. cass. di Torino, 12 agosto 1887 (Massuero c. Degiovanni) « I decreti e i regolamenti sono obbligatori al pari della legge quando non alterino o modificino o violino la legge stessa » v. *Legge*, 1888, I, 111-12. Quanto alle monografie speciali intorno ai rapporti tra legge e regolamento, in Italia, si veda oltre la più volte ricordata opera del *Codacci Pisanelli* (dalla quale abbiamo attinto le idee informatrici di questo nostro modesto scritto), quella del *Cammeo*, Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo, stampata nel Vol. III del primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, che si pubblica sotto la direzione dell' *Orlando*.

(<sup>11</sup>) Cfr. *Brunialti*, prefazione: La legge nello Stato moderno (nel Volume IV, parte 1<sup>a</sup> della Biblioteca di scienze politiche, Torino 1888) pag. CCXXI.

(<sup>12</sup>) La constitution anglaise, trad. Gaulhiac, Paris, 1869, pag. 14. Scrive poi acutamente il *Gneist* (Lo Stato secondo il diritto, trad. Artom, Bologna 1884, pag. 54) che in Inghilterra il complessivo organismo giuridico dello Stato ha per base non già una concettuale *Divisione dei poteri* ma l'unità del potere politico che chiama le classi

sociali a prender parte tanto all' *esecuzione autonoma* delle leggi quanto alla loro formazione.

(13) *L. Rossi* nella Memoria del Consiglio ospitaliero di Verona in difesa del suo ricorso contro la R. Amministrazione dello Stato, Verona 1806, pag. 52-53.

(14) La funzione limitatrice, anzichè esclusivamente determinatrice della legge è messa in evidenza anche dal *Maiorana* (Il sistema dello Stato giuridico, ediz. cit., pag. 163) cosicchè anch'egli accetta, senza esagerarlo, il concetto di *Stahl* in *Gerber* (Grundzüge des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1880, pag. 187, in nota) secondo cui il diritto che per la giustizia è scopo, per l'amministrazione è limite (für die Gerichte das Recht Zweck, für die Verwaltung Schranke ist).

(15) Per questo concetto di potere esecutivo, cfr. *Paternostro*, Diritto costituzionale, patrio e comparato, Napoli, 1879, pag. 220-221 e *Bluntschli*, Diritto pubblico universale, trad. Trono, Napoli 1875, Vol. II, Cap. XV, n.° 3, pag. 88.

(16) Questa divisione, è, per es., ammessa dall' *Esmein* (Éléments de droit constitutionnel, Paris 1896, pag. 500-501). L' *Esmein* tratta poi del potere *regolamentare* da pag. 501 a pag. 515, e dei poteri *discrezionali* del Presidente da pag. 516 a pag. 589, dividendo questi ultimi in tre gruppi, secondo che cioè si riferiscono al governo interno, ai rapporti con le Camere, ai rapporti della Francia con le potenze straniere.

(17) Cfr. *Codacci Pisanelli*, Legge e regolamento, ediz. cit., pag. 41 e *L. Rossi*, La letteratura del diritto pubblico a proposito di recenti pubblicazioni (estratto dall' Archivio di diritto pubblico, anno III, fasc. III, pag. 8).

(18) Il *Gneist* appunto (Das englische Verwaltungsrecht ecc., ediz. cit. Vol. I, pag. 127) vicino alla categoria delle *Ausführungsverordnungen* (il cui compito sarebbe lo speciale regolamento delle norme generali espresse già per mezzo della legge) pone la categoria delle *selbständige Verordnungen*, sotto le quali, secondo il concetto di *Gneist*, rientrerebbero le norme relative a tutte quelle forme dell'amministrazione sulle quali la legislazione non si è ancora pronunciata. La serie delle ordinanze *per se stanti*, è, con qualche osservazione, ammessa da *Stengel* (Das Staatsrecht des Königreichs Preussen, ediz. cit., § 48, pag. 172-173) il quale appunto separa, secondo il contenuto, le

ordinanze *amministrative* dalle ordinanze *giuridiche* suddividendo poi queste ultime in quattro categorie: ordinanze *esecutive*, ordinanze *di polizia*, ordinanze *d'urgenza*, ordinanze *per sè stanti*. — Bornhak alla voce *Verordnung* (nel *Wörterbuch des Deut. Verwalt. r.* di *Stengel*, Freiburg i. B. 1890, Vol. II, pag. 696-699) distingue le ordinanze in tre classi: *per sè stanti*, *esecutive*, *d'urgenza*.

(19) *Maiorana* (Il sistema dello Stato giuridico ediz. cit. pag. 170) parlando della *prerogativa*, scrive assennatamente che « la si restringe al monarca; mentre invece è propria di tutto il governo ».

(20) *Legge e regolamento*, ediz. cit., pag. 88.

(21) *P. Ellero* (La riforma civile, Bologna, 1879, pag. 357) scrive: « . . . La seconda potestà, alquanto somigliante a quella oggidì detta malamente esecutiva, e in buona parte oggidì affidata a' così detti ministeri, è quella press' a poco esercitata da' senati romano e veneto e da' consigli ristretti o di credenza negli altri comuni. E poichè questa in sostanza è la potestà di trattare le faccende di Stato, sì interne, che esterne, veramente tali, e costituisce in proprio senso il governo; così la diremo governativa ». Cfr. poi specialmente: *Del Giudice*, Enciclopedia giuridica, ediz. cit., pag. 209 e seg.; *Filomusi Guelfi*, Enciclopedia giuridica, Napoli 1885, pag. 273 e seg.; *Maiorana*, Il sistema dello Stato giuridico, ediz. cit., pag. 162 e seg.

(22) L'idea è anche del *Garelli* (Il diritto amministrativo italiano, ediz. cit., pag. 58).

L'origine e la base della facoltà regolamentare nella monarchia inglese, è così, sinteticamente, tratteggiata dal *Gneist*: « . . . Il governo conserva il diritto di comandare e di inibire, di dar esecuzione coattiva ai suoi ordini . . . Dal diritto di comando e di proibizione ne segue il diritto di *far regolamenti*: ciò che il governo può obbligare a fare in ciascun caso, esso può pure prescriverlo per una serie di casi simili mediante regolamenti. Questi hanno quindi valore obbligatorio pei sudditi. Più tardi si farà la riserva che il regolamento o decreto non abbia *nulla di contrario* agli statuti del parlamento ». (Lo Stato secondo il diritto, trad. Artom., ediz. cit., pag. 36).

(23) Dalla teoria che facciamo nostra, nessun pericolo od attentato deriva alla libertà dei cittadini. Il diritto nazionale varia da Stato a Stato; ora noi non abbiamo difficoltà ad ammettere col *Cammeo* (Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto

amministrativo, cit., pag. 143 e 144) che esso in Italia sia costituito non solo dalle libertà fondamentali enunciate dallo Statuto, agli art. 24 e seg., ma dalla libertà individuale in genere, la quale perciò non potrebbe essere limitata che per legge. Ma il *Cammeo* che è avversario della teoria da noi appoggiata, pur riconoscendo che anche partendo da questa si arriva alla conclusione che la libertà dei cittadini non può essere ristretta da regolamenti del governo, ritiene che anche nell'ipotesi che si trattasse di ampliarla, ciò non possa farsi col mezzo di decreti senza alterare il diritto nazionale. Rispondiamo che quando si tratti in genere delle facoltà regolamentare sarà da giudicarsi caso per caso se la norma introdotta dal governo sia semplicemente innovatrice oppure alteratrice del diritto vigente; certo la distinzione è sottile, ma tutto il diritto è pieno di queste sottigliezze. Ad ogni modo l'esempio del *Cammeo* (loc. cit.) non ci convince. Egli dice, infatti, che per mezzo di semplice decreto non si sarebbe potuto rendere elettiva la nomina dei sindaci in tutti i comuni; e sta bene; ma ciò non prova nulla, perchè il decreto 15 marzo 1896, stabilendo che la nomina dei sindaci non elettivi dovesse essere preceduta da una deliberazione del consiglio comunale, la quale designasse la persona di fiducia della maggioranza del consiglio ed avente in sè i requisiti tutti per esercitare la carica di sindaco, introduceva bensì una norma in senso liberale, ma la legge restava sostanzialmente e formalmente intatta, perchè il decreto non imponeva al governo l'obbligo di nominare sindaco chi era designato dalla maggioranza del consiglio; laddove un diritto che il governo avesse voluto concedere a tutti i consigli comunali di eleggersi il sindaco, avrebbe costituito una esplicita modificazione dell'art. 123 della legge com. e prov. 10 febbraio 1889 e perciò era necessaria una legge, che, come si sa, è stata fatta più tardi (legge 29 luglio 1896).

L'*Arangio Rui* (Legge materiale e legge formale, pag. 167) dice che « il principio, secondo cui il regolamento non può esser mai contrario al diritto nazionale, è giusto, ma che ha valore pei regolamenti locali di pubblica amministrazione, non pei regolamenti generali che, esplicando una legge contraria ai principi del diritto nazionale, hanno la identica validità della legge, unico limite per essi ». Ora se mal non ci apponiamo, l'*Arangio Rui*, nel voler combattere il *Codacci Pisanelli*, viene a confermare quanto vorrebbe in-

vece negare. Se infatti (per usare le stesse parole dell'*Arangio*) un regolamento esplica una legge contraria ai principi del diritto nazionale, vuol dire che è appunto sempre e soltanto la legge che può modificare o alterare i principi del diritto nazionale, e non mai il regolamento come tale.

(<sup>24</sup>) *Bornhak*, voce *Gesetz* nel *Wörterbuch*, ecc. Vol. I, pag. 579: so können auch sämtliche Verwaltungsrechtsnormen nur im Wege der Gesetzgebung ergehen, da das materielle Gesetz mit Notwendigkeit auch ein formelles sein soll ».

(<sup>25</sup>) . . . so bleibt der Rest des Verwaltungsrechts, soweit er durch die Verfassungsurkunde nicht ausdrücklich der gesetzlichen Regelung vorbehalten oder bereits durch formelles Gesetz normiert ist, der Regelung durch landesherrliche Verordnungen überlassen (Voce *Gesetz*, nel *Wörterbuch* ecc. pag. 579).

(<sup>26</sup>) Fra i decreti-leggi vanno ricordati in modo speciale i così detti *catenacci* cioè le imposizioni o gli aumenti dei dazi di confine, applicati improvvisamente dal governo mediante decreto per impedire che la speculazione profitti della differenza nei prezzi; cioè senza dubbio si verificherebbe se l'aumento del dazio doganale fosse applicato per mezzo di leggi, giacchè per discutere e votare le leggi occorre sempre un certo lasso di tempo. Si potrà, è vero, discutere in teoria se l'imposizione di tributi costituisca una vera e propria funzione legislativa (ne ha discusso, ad es., l'*Orlando* nei suoi studi giuridici sul governo parlamentare, Bologna 1886, § 7); ma una volta statutariamente riconosciuta ai parlamenti la prerogativa del sindacato finanziario, come diretta conseguenza della facoltà principale che essi in origine ebbero di concedere o negare i fondi di cui la Corona abbisognava per sopperire alle pubbliche spese, è logico che le Camere odierne s'ingeriscano in tutti quegli atti che abbiano conseguenze in fatto di bilancio; ed ecco perchè l'imposizione di tributi applicata per semplice decreto regio, è un' *illegalità*, che deve essere sanata dal voto del parlamento, e se il parlamento negasse il *bill* d'indennità al decreto che ha imposto dei dazi di confine, questi dovrebbero essere restituiti a chi li ha pagati.

(<sup>27</sup>) Per negare, in genere, che la facoltà regolamentare derivi scientificamente dalla facoltà di provvedimento, è stato osservato dall'*Arangio Ruzi* (Legge materiale e legge formale, pag. 166-167) che

« il governo potrà bensì sciogliere con decreto reale tutte le associazioni che si trovino in date circostanze particolari o con decreto proclamare lo stato d'assedio, ma che non potrà mai con un regolamento stabilire i limiti del diritto d'associazione o i casi nei quali potrebbe lo stato d'assedio proclamarsi o dettar le norme che dovrebbero reggerlo »; ma, quanto allo stato d'assedio, lo stesso *Arangio Ruiu*, mentre ammette che sia competente il governo a dichiararlo (Assedio politico, nell'Enciclopedia giuridica italiana, Vol. I, parte IV, fasc. 85, pag. 181; e Legge materiale e formale, cit., pag. 167), ritiene indispensabile il *bill* d'indennità (Assedio politico nell'Encic. giurid. ital. Vol. I, parte IV, fasc. 85°, pag. 179 e 209). Quanto poi alle associazioni, altro è limitarne il diritto e altro è sciogliere le sovversive. Ora quantunque in Italia la libertà d'associazione possa dirsi piena, non è lecito, in massima, ricostituire le associazioni che il governo ha sciolto, giacchè esse verrebbero dal governo sciolte nuovamente. Circa poi l'opportunità di regolare per legge i limiti del diritto di associazione in Italia, cfr., fra gli altri, *Minghetti*, I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione, Bologna, 1881, pag. 294; e *Orlando*, Principi di diritto costituzionale, ediz. cit., pag. 248-253.

(28) Cfr. *Codacci Pisanelli*, Legge e regolamento, ediz. cit. p. 72-73.

(29) Così *Stein* (Handbuch der Verwaltungslehre, Stuttgart 1888, parte prima; pag. 104-107) distingue le ordinanze in tre classi: *esecutive*, *amministrative* e *d'urgenza* (Nothverordnungen). Così *Meyer* (Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, Leipzig 1891, § 159, pag. 473). Analogamente fanno *Stengel* (Das Staatsrecht des Königreichs Preussen, ediz. cit., § 48) e *Bornhak* (voce Verordnung nel Wörterbuch ecc., Vol. II, pag. 696-699).

(30) Cfr. *Saredo*, Dei regolamenti emanati dal potere esecutivo per mandato legislativo, *Legge*, a. 1881, Vol. I, pag. 68.

(31) Fra questi è il *Gianturco*, Sistema di diritto civile italiano. Parte generale, Vol. I, Napoli 1894, pag. 4.

(32) Das englische Verwaltungsrecht ecc. Vol. I, ediz. cit. § 12, pag. 127.

(33) Corso di diritto pubblico amministrativo, ediz. cit., Vol. III, parte 2°, pag. 666-667.

(34) Legge e regolamento, ediz. cit., pag. 78.

(35) *Gneist* (Das englische Verwaltungsrecht ecc. Vol. I, ediz. cit.,

§ 12, pag. 129) scrive che la categoria delle ordinanze riservate ha avuto, appunto, nell'odierna Inghilterra uno straordinario sviluppo, da quando la legislazione (la quale prima aveva inceppato il cammino all'amministrazione con i più minuziosi e dettagliati particolari, in modo da rendere necessario uno statuto parlamentare per ogni più piccolo mutamento nell'amministrazione medesima) ricostituì al diritto d'ordinanza la sfera che gli competeva, mediante le clausole autorizzatrici. La Corona cioè è ora autorizzata (empowered) da uno statuto parlamentare ad emanare con un *Order in Council* le norme obbligatorie dell'amministrazione, e possono essere autorizzati direttamente all'emanazione di siffatte norme i singoli dicasteri ministeriali o le autorità centrali.

(36) La proclamazione degli *Orders in Council* avviene 1°) in tutto quanto riguarda l'esercizio della sovranità dello Stato così all'interno come all'estero, per le materie che non possono nè devono essere regolate per statuti dal parlamento; 2°) nei rapporti dello Stato con le colonie, salvo ove esistano norme stabilite per statuti parlamentari, nel qual caso ogni mutamento rientra nella competenza legislativa; 3°) in quanto concerne in genere lo sviluppo e l'esecuzione delle leggi (v. *Arcoleo*, Il Gabinetto nei governi parlamentari, Napoli 1881, pag. 109).

(37) Così *Gneist* (*Das englische Verwaltungsrecht*, Vol. I, ediz. cit., § 12, pag. 130-131) il quale ricorda che furono indenizzati gli *Orders* del 1807 e 1808 sulla dichiarazione dello stato di blocco contro la Francia, gli *orders* per i quali era permessa una libera importazione del grano in contraddizione con le leggi sui cereali, la sospensione del *Bank Charter Act* del 1844 ecc.

(38) La legge italiana 19 luglio 1880, all. E, per es., autorizzava il governo 1°) « a determinare in quali casi e sotto quali condizioni possono permettersi le eccezioni al divieto delle lotterie pubbliche e a determinare pure quali siano le speculazioni aleatorie assimilate alle pubbliche lotterie »; 2°) « a stabilire entro i limiti delle leggi e dei decreti esistenti le sanzioni penali per ogni specie di contravvenzione al divieto delle lotterie pubbliche e alla privativa dello Stato », ma aggiungeva: « i detti provvedimenti verranno emanati con decreto reale, che farà parte della presente legge, e dovrà essere pubblicato entro l'anno corrente ». In questo caso si tratta evidentemente di un *de-*

*creto-legge*, e non di un regolamento; mentre se il governo avesse facoltà di stabilire sanzioni penali con regolamenti, senza che la legge esplicitamente dichiarasse che i detti provvedimenti faranno parte di essa legge, si dovrebbe ritenere che i regolamenti relativi conservino sempre il loro intrinseco carattere, di essere cioè mutabili e revocabili dal governo medesimo. Così ammette il *Saredo* (Dei regolamenti emanati dal potere esecutivo per mandato legislativo, *Legge*, a. 1881; Vol. I, pag. 70), il quale in questo modo risolve correttamente una questione spostata da quegli autori e magistrati che considerando senz'altro come funzione legislativa lo stabilire pene per contravvenzioni alle leggi, hanno conchiuso con l'ammettere che ci sia una vera e propria delegazione in tutti i casi nei quali la legge conferisca detta facoltà al governo. In questi casi, se mal non ci apponiamo (ed è qui che appare in tutta la sua importanza ed in tutto il suo valore, la distinzione del *Codacci Pisanelli*) non è il regolamento per sè stesso che vada contro alle leggi vigenti, ma è la legge che rispetto ad un dato oggetto specifico toglie alle leggi vigenti la loro efficacia, riconoscendo per quello adatta una facoltà regolamentare.

(39) Corso di diritto pubblico amministrativo, ediz. cit., Vol. III, parte 2<sup>a</sup>, pag. 666-667.

(40) Cfr. nello stesso senso anche *Francone*, Introduzione al diritto pubblico amministrativo, ediz. cit., pag. 294. Mi piace di notare a questo proposito, una sentenza della Corte d'appello di Venezia, 7 febbraio 1896 (nella causa civile tra la R. Amministrazione dello Stato e il Consiglio ospitaliero di Verona) la quale riconosce pienamente la costituzionalità così del Decreto 2 settembre 1871 n.° 465 e regolamento relativo come del Decreto 29 marzo 1888 n.° 5332 (che abrogava il primo) avendo entrambi radice nell'art. 86 della Legge di P. S. 20 marzo 1865, all. B, che investiva il governo della facoltà di fare, nell'interesse dell'ordine pubblico e del costume, regolamenti relativi alle donne che si abbandonano al meretricio ecc. Cfr. Memoria del Consiglio ospitaliero di Verona ecc., cit., Verona 1896.

(41) Contro queste erronee tendenze della dottrina e della giurisprudenza cfr. *Saredo*, Dei regolamenti emanati dal potere esecutivo per mandato legislativo, *Legge*, a. 1881, Vol. I, pag. 68-71; e *Leggi e regolamenti*, *Legge*, a. 1894, Vol. II, pag. 715.

(42) Per gli esempi di modificazioni apportate successivamente ai

regolamenti fatti per l'esecuzione delle leggi, cfr. *Saredo*, Dei regolamenti emanati dal potere esecutivo per mandato legislativo, loc. cit., pag. 70-71.

(43) Cfr. *Saredo*, Leggi e regolamenti, *Legge*, a. 1894, Vol. II, pag. 715-720.

Una questione che si pone dagli autori in fatto di materia regolamentare, è quella che si riferisce alla competenza del governo di modificare quei regolamenti organici, coi quali essendo venuta a contatto una legge in una data circostanza, si possono ritenere innalzati al livello di leggi essi stessi, come, per es., sarebbe avvenuto in Italia per il Ministero d'Agricoltura, Industria e Commercio che creato con R. Decreto 22 agosto 1850, soppresso con R. Decreto 26 febbraio 1852, e ricostituito nel 1860, si trovava nel 26 dicembre 1877 (quando lo si abolì di nuovo con R. Decreto) a ristretto contatto con le leggi che avevano organizzata la maggior parte dei pubblici servizi. In Italia si era questionato se la costituzione dei ministeri e quindi la loro modificazione o soppressione dovesse spettare al potere legislativo o al governo, e la questione aveva ricevuto soluzioni pratiche diverse, perchè non mancavano esempi di ministeri costituiti o soppressi tanto per mezzo di decreti (per es. il R. Decreto 26 dicembre 1877 che aboliva il Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio e costituiva quello del Tesoro) quanto per mezzo di leggi (per es., la legge 30 giugno 1878 che ricostituiva il Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio) ecc. Ora è vero che la legge 12 febbraio 1888 sul riordinamento dell'amministrazione centrale dello Stato, avendo disposto all'art. 1 che « *il numero e le attribuzioni dei ministeri sono determinati con decreti reali* » ha sciolta la questione principale in favore della competenza del governo, ma rimane sempre a sciogliersi l'altra questione, capitale anch'essa, se cioè col mezzo di semplice decreto si possa poi sopprimere un ministero istituito con decreto, dopo che leggi posteriori abbiano attribuito a quel ministero date funzioni. Senza entrare in una disamina dei vari criteri proposti dagli autori, ci sembra che la regola più semplice e più corretta da seguirsi sia una sola: ciò che fu fatto per legge non può essere mutato per decreto, ma soltanto per legge; quindi se una norma d'organizzazione di un ministero fosse contenuta in una legge, occorrerebbe una legge per mutarla. Questo in coerenza dell'aver noi sempre fatta astrazione dalla

natura intrinseca della legge, alla quale negli odierni Stati costituzionali l'efficacia deriva in modo assoluto dalla *forma* (cioè dal fatto dell'approvazione delle Camere e della sanzione del Capo dello Stato). Un'eccezione che tutti sentono debba farsi è relativa al *bilancio*, dato il suo carattere di legge *sui generis*. Perciò se un regolamento organico viene in contatto con la legge del bilancio, non è lecito ritenere che questo semplice contatto abbia la forza di attribuire alle norme regolamentari valore di norme legislative. Se così si ammettesse, poichè tutti i regolamenti organici si trovano in qualche relazione col bilancio, si verrebbe a distruggere *ab imis fundamentis* la facoltà organizzatrice del governo. Così giustamente ritiene il *Cammeo* (Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo, cit. pag. 166-167), il quale pone soltanto, come eccezione, il caso che un regolamento organico fosse espressamente approvato dal parlamento, sia pure come parte integrante della legge del bilancio; nel qual caso il regolamento medesimo non potrebbe essere mutato che con atto del parlamento. Per tutte le questioni qui accennate cfr. anche *Gneist*, Gesetz und Budget, Berlin 1879, pag. 36-69; *Spaventa*, Discorso alla Camera dei deputati nella tornata 4 giugno 1878, negli Atti parlamentari; *Arcoleo*, Il Gabinetto nei governi parlamentari, ediz. cit., pag. 129 e seg. e il bilancio dello Stato ed il sindacato parlamentare, Napoli, 1880, pag. 70-85; *Codacci Pisanelli*, Legge e regolamento, ediz. cit. pag. 82-84, ecc.

(44) La distinzione tra regolamenti *indipendenti, di esecuzione e delegati* è adottata pure dal *Cammeo* (Della manifestazione della volontà dello Stato ecc., cit., pag. 157 e seg.); peraltro anch'egli afferma l'identità sostanziale di tutti i regolamenti (pag. 156).

(45) La disposizione dell'art. 28 del cessato Regolamento sul Consiglio di Stato, è riprodotta testualmente dall'art. 27 del vigente Regolamento 17 ottobre 1889 per l'*esecuzione* della legge sul Consiglio di Stato 2 giugno 1889. L'esempio riferito nel testo è accennato dal *Codacci Pisanelli*, Legge e regolamento, ediz. cit., pag. 90.

(46) Cfr. *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, ediz. cit., pag. 408.

(47) Granducato di Oldenburgo, legge fondamentale (riveduta) del 22 novembre 1852, art. 141, § 2 . . . . die Prüfung der Rechtsbeständigkeit gehörig verkündeter Gesetze und Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur dem Landtage zu »; Principato di Wal-

deck, Carta costituzionale del 17 agosto 1852, § 94: « Gesetze und Verordnungen sind verbindlich ecc. . . . Im Uebrigen steht die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter Gesetze und Verordnungen nur dem Landtage zu »; Principato di Reuss nuova linea, legge fondamentale (riveduta) del 14 aprile 1852, § 107, « . . . so dass nur der Landesvertretung vorbehalten bleibt, im Betreff der Frage über die Rechtsbeständigkeit erlassener Verordnungen mit der Regierung in Verhandlung zu treten ». (V. *Stoerk*, Handbuch der Deutschen Verfassungen, Leipzig 1884, pag. 315, 505, 546).

(48) Cfr. *Schulze*, Preuss. Staatsrecht, II, pag. 247, citato da *Jellinek* in Gesetz und Verordnung, ediz. cit., pag. 409.

(49) Cfr. *Ducrocq*, Cours de droit administratif, Paris, 1881, tomo I°, pag. 611.

(50) Così il *Ducrocq*, loc. cit., nota il caso di alcuni decreti emessi dall'imperatore Napoleone I, su certe materie riservate al potere legislativo, l'esecuzione dei quali fu contestata dopo il 1814 per causa d'incostituzionalità, ma sui quali la Corte di cassazione si pronunciò per la legalità, laddove la Corte medesima ha ritenuto illegale il decreto 12 febbraio 1814, emanato dall'imperatrice reggente Maria Luigia per prescrivere certe formalità circa la pubblicazione degli atti delle società commerciali.

(51) Per l'*Italia* cfr. legge 20 marzo 1865, All. E, art. 5; per il *Belgio*, Costituzione art. 107; per la *Danimarca*, Costituzione (del 5 giugno 1849, revisione promulgata il 28 luglio 1866) art. 73; per la *Svezia*, Costituzione (del 6 giugno 1809) art. 47 e *Ascheoug* (Das Staatsrecht der vereinigten Königreiche Schweden und Norwegen in Marquardsen's Handbuch des Oeffentlichen Rechts, Freiburg i. B. 1886, pag. 107-108); per la *Norvegia*, cfr. *Ascheoug*, Das Staatsrecht der vereinigten ecc. ediz. cit., pag. 193-194; per l'*Olanda*, cfr. *De Hartog*, Das Staatsrecht des Königreichs der Niederlande in Marquardsen's Handbuch des Oeffentlichen Rechts, Freiburg, i. B. 1890, pag. 52 e 53.

(52) Corso di diritto pubblico amministrativo, ediz. cit., Vol. III, parte 2.ª, pag. 567.

(53) Cfr. *Orlando*, Principi di diritto amministrativo, ediz. cit., pag. 325.

Un caso importantissimo è stato recentemente risolto dalla Corte di

Cassazione di Roma (Sezioni riunite) con sentenza 22 luglio 1899 (Cremona, 1899, Tip. Sociale) nella causa vertente tra la Congregazione di Carità di Cremona e l'Amministrazione del Tesoro per rimborso all'Erario dello Stato di somme da questo anticipate per il mantenimento degli inabili al lavoro negli esercizi dal 1890 al 1894. La Suprema Corte osserva che la controversia, che sorge intorno all'essere o no dovuto il rimborso di una spesa anticipata dall'Erario dello Stato per conto di altri Enti tenuti a sostenerla, in sè stessa considerata riguarda un diritto civile e rientra nell'art. 2 delle legge sul contenzioso amministrativo; ed intanto viene sottratta alla giurisdizione ordinaria, in quanto per la legge speciale sia devoluta ad altro corpo o collegio speciale, legge che per ciò ha il carattere di eccezione alla regola generale della competenza ordinaria e che conseguentemente deve essere applicata solo quando concorrano tutti gli estremi da essa voluti, mancando anche uno solo dei quali, vien meno l'eccezione e riprende il suo impero la regola della competenza giudiziaria. Ora poichè l'Intendente di Finanza di Cremona notificò alla Congregazione di Carità nel 1896 deliberazioni riguardanti gli esercizi 1890 al 1894, e pretendendone il pagamento immediato *viene a colpire non le rendite come la legge vuole* (v. art. 15-26 del Decreto-legge 19 novembre 1889 combinati insieme) *ma il patrimonio contro la volontà del legislatore*, così non verificandosi appunto l'ipotesi dell'art. 26 del detto Decreto-legge la Corte dichiara che la causa è *di competenza dell'autorità giudiziaria*.

(54) Cfr. *Cammeo*, Della manifestazione della volontà dello Stato ecc., cit., pag. 201.

(55) Le ordinanze d'urgenza oltrechè in Austria (dalla legge costituzionale 21 dicembre 1867 modificante la legge del 26 febbraio 1861 sulla rappresentanza dell'impero, art. 14) sono esplicitamente considerate dalla Costituzione *prussiana*, art. 63; dalla Costituzione *sassone*, art. 88; dalla Costituzione *würtemberghese*, art. 89; dalla Costituzione *badese*, art. 66. — Cfr. *Dareste*, Les Constitutions modernes, ediz. cit., tomo I.<sup>o</sup>, pag. 191, 236, 262, 298, 401. — Per lo stato d'assedio in Austria vedi poi la legge 5 maggio 1869.

(56) Cfr. *Codacci Pisanelli*, Legge e regolamento, ediz. cit., pag. 99.

La legge 15 agosto 1867 sulla liquidazione dell'asse ecclesiastico all'art. 8 disponeva che le alienazioni dei beni derivanti dall'asse

ecclesiastico dovessero farsi secondo le norme stabilite da essa legge e nel successivo Regolamento da approvarsi con R. Decreto. Ora l'art. 97 del Regolamento 22 agosto 1867 per la esecuzione di detta legge stabilendo che in queste alienazioni, l'offerente fosse sempre garante solidale della persona da nominarsi, introduceva una garanzia per la serietà delle offerte, di cui nella legge non era certo fatta parola. La Cass. di Roma con sentenza 4 ottobre 1898 (Sacerdoti c. Demanio), *Legge*, a. 1898, Vol. II, pag. 649, si è limitata a riconoscere che il Regolamento 22 agosto 1867, *essendo stato fatto in seguito a mandato legislativo, ha la stessa efficacia della legge*. Molto più correttamente invece la Corte d'appello di Lucca con sentenza (che non abbiamo trovata in alcun giornale giuridico, ma di cui abbiamo potuto prendere visione personalmente) 24 febbraio - 2 marzo 1898, nella causa Bachicchi c. Intendente di Finanza, entrando ad esaminare la facoltà di regolamento come insita nella natura del governo e non come delegatagli dalle Camere, ha riconosciuto la costituzionalità dell'art. 97 del Regolamento ricordato. Questo art. 97 — così la Corte di Lucca — non viola l'art. 678 Cod. Proc. Civ. perchè la ragione della legge, onde fu ispirato l'art. 678 vuolsi riscontrare in quella grande garanzia che per la qualità loro offrono i procuratori legalmente esercenti, i soli che per l'art. 672 di detto Codice hanno facoltà di offrire all'incanto agli ordinari giudizi di spropriazione, per conto di persona da dichiararsi, mentre nelle alienazioni di beni, derivanti dall'asse ecclesiastico, essendo permesso a chiunque di offrire per persona da nominarsi, nel difetto di ogni garanzia e quindi nella tema che le offerte potessero non essere serie fu sanzionato, col ripetuto art. 97, che l'offerente fosse sempre garante solidale della persona da nominarsi. Laonde non può esservi contraddizione fra i due articoli, la diversità delle loro disposizioni essendo un conseguente necessario della diversità dei principi che li ispirano.

(57) Contro questa teoria sono il *Grippe*, Il potere giudiziario in rapporto alla costituzione dello Stato, Napoli 1881, pag. 304-308; il *Francone*, Introduzione al diritto pubblico amministrativo, ediz. cit., pag. 295-296; il *Saredo*, nei due articoli pubblicati nel giornale *La Legge*, più volte citati.

(58) La giustizia amministrativa in Italia, Torino 1883, pag. 133-134.

Il *De Falco*, (Discorso inaugurale alla Corte di cassazione di Roma

per l'anno 1877, cit., pag. 26) pur ispirandosi alla teoria del mandato, lodava la Corte di cassazione di Roma perchè questa in due sentenze (del 22 luglio 1876, Finanze dello Stato e Balbo, e Finanze dello Stato e Somaini) *si era fatta a ricercare con scrupolosa indagine, i termini e l'estensione del mandato medesimo.*

In questo modo la giurisprudenza, quantunque muovesse da un principio erroneo, arrivava ad allontanarne le gravi conseguenze pratiche. Ma pur troppo non avviene nè può avvenire sempre così, perchè partendo dalla solita idea della *delegazione*, l'autorità giudiziaria è facilmente tratta a vedere nei regolamenti governativi delle vere e proprie leggi e perciò a ritenere ch'essi debbano sfuggire al di lei controllo.

---



