

*Estratto*

# ARCHIVIO GIURIDICO

*Filippo Serafini*

*dal 1868*

*Direttori*

GIUSEPPE DALLA TORRE  
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI  
Ord. Università di Bologna

*Comitato Direttivo*

MARIO CARAVALE  
Prof. Em. Università  
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA  
Pres. Em.  
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO  
Prof. Em. Università  
di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI  
Prof. Em. Università  
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI  
Ord. Università di  
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA  
Prof. Em. Università  
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO  
Ord. Università della  
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI  
Ord. Università  
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI  
Prof. Em. Università  
di Firenze

PAOLO MENGOZZI  
Prof. Em. Università  
di Bologna

ALBERTO ROMANO  
Prof. Em. Università  
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO  
Ord. Università  
di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

# ARCHIVIO GIURIDICO

*Filippo Serafini*

*dal 1868*

*Direttori*

GIUSEPPE DALLA TORRE  
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI  
Ord. Università di Bologna

*Comitato Direttivo*

MARIO CARVALE  
Prof. Em. Università  
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA  
Pres. Em.  
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO  
Prof. Em. Università  
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI  
Prof. Em. Università  
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI  
Ord. Università di  
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA  
Prof. Em. Università  
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO  
Ord. Università della  
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI  
Ord. Università  
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI  
Prof. Em. Università  
di Firenze

PAOLO MENGOZZI  
Prof. Em. Università  
di Bologna

ALBERTO ROMANO  
Prof. Em. Università  
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO  
Ord. Università  
di Roma "La Sapienza"

Anno CLI - Fascicolo 1 2019



STEM Mucchi Editore

Amministrazione: STEM Mucchi Editore S.r.l.  
Direzione, Redazione: Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma  
Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957  
Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia.....	€ 114,00
Formato cartaceo estero .....	164,00
Formato digitale (con login).....	98,00
Formato digitale (con ip) .....	107,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con login).....	136,00
Formato cartaceo estero + digitale (con login) .....	185,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con ip) .....	145,00
Formato cartaceo estero + digitale (con ip).....	194,00
Fascicolo singolo cartaceo* .....	30,00
Fascicolo singolo digitale .....	25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. \*Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a [info@mucchieditore.it](mailto:info@mucchieditore.it)) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a [info@pec.mucchieditore.it](mailto:info@pec.mucchieditore.it) entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese S.r.l.

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie, per uso personale del lettore, possono essere effettuate, nel limite del 15% di ciascun fascicolo del periodico, dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Stem Mucchi Editore - Via Emilia est, 1741 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94  
[info@mucchieditore.it](mailto:info@mucchieditore.it) [info@pec.mucchieditore.it](mailto:info@pec.mucchieditore.it)  
[www.mucchieditore.it](http://www.mucchieditore.it)  
[facebook.com/mucchieditore](https://facebook.com/mucchieditore)  
[twitter.com/mucchieditore](https://twitter.com/mucchieditore)  
[instagram.com/mucchi\\_editore](https://instagram.com/mucchi_editore)

Tipografia e impaginazione Mucchi Editore (MO), stampa Legodigit (TN).  
Finito di stampare nel mese di marzo del 2019.

### ***Direttori***

Giuseppe Dalla Torre – Prof. Em. “Lumsa” di Roma

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

### ***Comitato Direttivo***

Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Prof. Em. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Massimo Stipo – Ord. Università di Roma “La Sapienza”

### ***Comitato Scientifico***

Enrico Al Mureden – Università di Bologna

Salvatore Amato – Università di Catania

Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma

Christian Baldus – Università di Heidelberg

Michele Belletti – Università di Bologna

Michele Caianiello – Università di Bologna

Marco Cavina – Università di Bologna

Olivier Echappé – Université de Lyon 3

Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore

Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano

Herbert Kronke – Università di Heidelberg

Francesco Morandi – Università di Sassari

Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid

Paolo Papanti Pelletier – Università Di Roma “Tor Vergata”

Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne

Angelo Rinella – “Lumsa” Di Roma

Nicoletta Sarti – Università di Bologna

### ***Redazione***

Dott.ssa Anna Acquaviva

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum

Dott.ssa Maria Teresa Capozza

Dott. Matteo Carnì

Dott. Manuel Ganarin

Prof.ssa Alessia Legnani Annichini

## ***Norme e criteri redazionali***

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. GELLIO); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"); "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010<sup>4</sup>).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscoletto separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).



Elena Ferioli

## **LA SEPARAZIONE FRA LEGISLATIVO ED ESECUTIVO NELL'ITALIA PREREPUBBLI- CANA: SPUNTI DI RIFLESSIONE DALL'ARCHIVIO GIURIDICO\***

SOMMARIO: 1. L'importanza degli spunti provenienti dall'*Archivio*. – 2. La divisione dei poteri di stampo liberale e le sue garanzie. – 3. La definizione delle prerogative parlamentari e dell'autonomia delle camere. – 4. Il primato del fatto sul diritto: l'oscuramento del regime democratico. – 5. L'eclissi della separazione dei poteri: la 'neutralizzazione' del potere legislativo da parte del potere esecutivo. – 6. La divisione dei poteri nello Stato interventista e sociale.

### *1. L'importanza degli spunti provenienti dall'Archivio*

L'interesse rivolto alla complessiva evoluzione della forma di Stato italiana è stata una delle cifre distintive dell'*Archivio giuridico*. Decenni di studi, recensioni, rassegne legislative e giurisprudenziali (spesso rivolte a ordinamenti stranieri), hanno osservato la geometria della divisione dei poteri nelle diverse fasi del consolidamento dello Stato di diritto e della forma di governo parlamentare codificati dallo Statuto albertino, della trasfigurazione ordinamentale indotta dalla legislazione fascista, dell'adozione e dell'attuazione della Costituzione repubblicana, così come dei numerosi mutamenti costituzionali 'informali' indotti dalla giurisprudenza e dalla legislazione ordinaria e sovranazionale nel corso del tempo.

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

La consistenza e la durezza di questo interesse sono tali da renderne difficile una ragionata ed efficace sistematizzazione. Nella necessità di circoscrivere spazio temporale ed oggetto dell'indagine, sono d'aiuto le parole con cui Arturo Carlo Jemolo, presentando il volume sul centenario del periodico, individuava nella consultazione dell'*Archivio* la strada per capire «quante cose che oggi appaiono nuove fossero già allora dette in un linguaggio desueto e vaticinante»<sup>1</sup>.

Quanto allo spazio temporale, merita soffermarsi sul periodo avanguardistico della Rivista, ovvero l'arco 1897-1943. Quello in cui l'essere pioniera nell'ambito delle pubblicazioni periodiche dedicate al diritto, ha consentito all'*Archivio* di offrire visibilità ai migliori pensatori del tempo e di contrastare un'atmosfera socio-politica vischiosa dove, nella contrapposizione fra «gli irrequieti che vorrebbero la perpetua rivolta e gli stanchi che dormono sugli allori», si muoveva con disagio «un popolo inerte ma sobrio, temperato e longanime che vuole essere italiano senza però essere fellone, ingiusto e ateo e che ha diritto di essere ben retto» e dove «per via della parzialità che tutto avvolge, perverte e snatura, siavi una cospirazione di maldicenza e turpiloquio che rende ai migliori molesto il conversare, penoso l'agire e conturbato il vivere»<sup>2</sup>. E, soprattutto, quello in cui la dottrina giuspubblicistica ha contribuito all'evoluzione della forma di Stato albertina nel passaggio dalla monarchia costituzionale alla monarchia parlamentare, per poi assistere, alternando consensi a dissensi, al passaggio dal regime democratico a quello fascista malgrado la formale continuità dell'ordinamento giuridico statutario<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> A.C. JEMOLO, *Presentazione*, in *Archivio giuridico*, 1968, p. 5 ss.

<sup>2</sup> P. ELLERO, *Manifesto dell'Archivio giuridico*, in *Archivio giuridico*, 1868, sp. p. 1 e p. 8.

<sup>3</sup> Come ricorda A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, p. 263 ss., per quanti sforzi siano stati fatti «non sono risultati convincenti i tentativi di quanti nel ventennio fascista hanno continuato a individuare nello Statuto albertino la fonte del diritto costituzionale» poiché «dietro il simulacro albertino, le varie leggi fasciste hanno trasformato l'ordinamento costituzionale» a prescindere

Quanto all'oggetto, risultano particolarmente suggestive sia alcune delle riflessioni dedicate alla separazione fra legislativo ed esecutivo (consolidatasi in epoca statutaria anche grazie alla restaurazione degli studi giuridici veicolata proprio dalla Rivista con estrema vitalità), sia alcuni studi sul principio della divisione dei poteri in sé.

Nell'ambito di questo perimetro, vale inoltre la pena evidenziare il diffuso approccio comparativo. Il ricorso all'analisi comparata si è spesso affiancato all'analisi diacronica e filosofica come filo conduttore metodologico di molti autori dell'*Archivio*. Ciò ha garantito una proficua consapevolezza storica, capace di collocare il caso italiano nel quadro complessivo delle trasformazioni novecentesche dello Stato moderno<sup>4</sup>. Trasformazioni che, senza dubbio, hanno intrapreso una direzione 'post-liberale', tanto da convogliare le valutazioni sul superamento del modello dualistico parlamentare in un vero e proprio dibattito sull'adeguatezza della stessa forma di Stato liberale. Ma che, nelle pagine dell'*Archivio*, hanno documentato una solida resilienza verso pulsioni illiberali, attraverso il costante riferimento a un modello di Stato dove la 'impersonalità del potere' è un parametro irrinunciabile di cui gli stessi giuristi si sentono custodi.

## *2. La divisione dei poteri di stampo liberale e le sue garanzie*

Come noto, l'interesse verso esigenze di garanzia e differenziazione nell'esercizio del potere politico risale all'età classica e a quella medievale. Eppure, in base a condivisa

---

dalla puntuale antinomia con le norme elastiche dello Statuto. Similmente, *ex multis*, G. DALLA TORRE, *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, in *Archivio giuridico*, 1982, 1, p. 206 e p. 208, C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848/1948*, Bari, 1998 e G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, 2017, sp. p. 128 ss.

<sup>4</sup> Sulla scia dell'auspicio inaugurale di Ellero, secondo il quale «noi vogliamo altezza e ampiezza di vedute, ma non astrattezze chimeriche» e perciò «i compilatori troveranno in essa [nella Rivista, n.d.r.] una libera palestra ai loro studi» (P. ELLERO, *op. cit.*, rispettivamente p. 5 e p. 7).

ammissione dottrinale, tale interesse acquista spessore giuridico soltanto negli studi di Locke mediante la distinzione fra funzione legislativa, esecutiva e federativa. Una distinzione ripercorsa e completata da Montesquieu, che incluse una modesta autonomia del potere giudiziario e riconobbe espressamente la 'tendenziale corrispondenza fra organo e classe sociale', individuando nella divisione dei poteri e nel loro reciproco bilanciamento lo strumento primario di composizione pacifica delle tensioni sociali<sup>5</sup>.

In un differente ordine di idee si erano mossi quanti facevano della sovranità popolare e della funzione legislativa il baricentro dell'organizzazione politica, con ciò allontanandosi dagli schemi liberali del 'governo misto' e ponendo le basi del pensiero democratico e liberaldemocratico<sup>6</sup>. Una proposta di sintesi fra il costituzionalismo moderato e quello democratico fu poi teorizzata da Kant riconducendo alla tripartizione dei poteri la necessaria biunivoca corrispondenza fra tre organi e tre funzioni, sul presupposto della prevalenza del potere legislativo per via della sua diretta legittimazione popolare (seppur ancora fondata sul suffragio ristretto) e della limitata sindacabilità degli atti dell'esecutivo<sup>7</sup>. Nel corso dell'Ottocento, il dibattito sul tema rafforzò lo spessore giuridico e, quindi, prese coscienza delle difficoltà realizzative del modello; ecco allora farsi largo la c.d. 'teoria formale-sostanziale', che distingueva atti formalmente e sostanzialmente

---

<sup>5</sup> J. LOCKE, *Two treatises on government* (1689-1690), trad. it., Torino, 1948 e C.L., MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Parigi, 1748. La struttura fondamentale del pensiero montesquieuiano sarà successivamente accolta dal conservatorismo liberale francese della restaurazione (cfr. B. CONSTANT, *Réflexion sur les constitutions, la distribution des pouvoirs et les garanties dans une monarchie constitutionnelle*, (1814), trad. it., Roma, 1999) e dal pensiero federalista nordamericano, che alla funzione garantista della separazione orizzontale dei poteri affiancava quella della separazione verticale, potendosi sviluppare in un contesto sociale privo di ceti propriamente 'tradizionali' (cfr. A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist*, (1787-1788), trad. it., Pisa, 1955).

<sup>6</sup> Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Amsterdam, 1762.

<sup>7</sup> I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto* (1797), in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, 1956.

esecutivi, legislativi e giudiziari a seconda che il procedimento seguito corrispondesse o meno alla funzione esercitata<sup>8</sup>.

È dunque in tale cornice che si inserivano i contributi dell'*Archivio* qui segnalati. Nel periodo intercorso fra l'avvio della Rivista e l'avvento del regime fascista, la scienza giuridica italiana coltivava la nascita del diritto amministrativo 'unitario' e, più in generale, del diritto pubblico. Durante questo fecondo momento, il principio della divisione dei poteri non è stato oggetto di puntuali elaborazioni teoriche, bensì di numerose indagini distintamente rivolte alle modalità di esercizio dei poteri esecutivo e legislativo; indagini atte a testimoniare il definitivo superamento della monarchia costituzionale sia tramite una rigorosa valorizzazione del principio di legalità come limite all'agire dell'esecutivo e della pubblica amministrazione, sia tramite una altrettanto rigorosa stabilizzazione dell'autonomia delle camere parlamentari e di un progressivo ruolo di indirizzo nei confronti delle politiche governative<sup>9</sup>.

Con specifico riferimento al principio di legalità, si deve segnalare il corposo saggio del 1873 di Giovanni de Gioannis Gianquinto sulla riforma dei conflitti di attribuzione. Sag-

---

<sup>8</sup> La paternità di questa teoria è generalmente ascritta a P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tübingen, (1876-1882) e a G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1914. Una delle sue più significative implicazioni era la centralità/supremazia della funzione amministrativa rispetto alle altre funzioni statali, sul presupposto che il governo fosse il primo momento di manifestazione dell'esistenza dello Stato (sulla sostanza 'ideologica' della teoria in parola cfr. G. SILVESTRI, voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIV, Milano, 1985, sp. pp. 682-688.

<sup>9</sup> La natura sintetica del ragionamento qui in corso mal si concilia con l'indagine sul contesto storico e dottrinale di quel momento. Si rinvia, pertanto, per il primo a R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2011)*, Roma, 2002 e, per il secondo, a V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, in *Archivio giuridico*, XXXVI, 1886, p. 1 ss., F. RACCIOPPI, *Forme di Stato e forme di Governo*, Roma, 1898, G. ARANGIO-RUIZ, *Governo parlamentare o Governo costituzionale?*, in *Il Filangieri*, 1899, p. 484 ss. Una ricostruzione particolarmente attenta e originale del passaggio storico istituzionale in parola è quella di M. BELLETTI, *Forma di governo parlamentare e scioglimento delle camere. Dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana*, Padova, 2008.

gio in cui, dopo argomentate considerazioni sull'importanza di un efficace sistema di risoluzione di conflitti fra poteri come garanzia di un'effettiva separazione fra i medesimi, si raffiguravano le soluzioni individuate da altri ordinamenti<sup>10</sup>. Se la competenza del potere giudiziario ordinario (accolta da Stati Uniti, Inghilterra, Olanda e Belgio) non persuadeva l'Autore per via di una temuta sovrapposizione fra conflitti di attribuzione e conflitti di giurisdizione, la competenza del potere legislativo praticata dalla Svizzera sollevava perplessità ancora maggiori in quanto fondata su atti privi di una forma adeguata alla risoluzione di conflitti concreti; come pure non persuadeva la competenza binaria del Re e del Consiglio di Stato (praticata dallo stesso Regno d'Italia fra il 1859 e il 1865, nonché da Austria e Germania), da ripudiarsi per via della figura di un 're giudice' evocante formule assolutistiche prive di reali garanzie verso i diritti dei cittadini. La competenza del solo Consiglio di Stato, formula appunto vigente nel sistema italiano dal 1865, era parimenti accolta con scarso entusiasmo a causa della incerta imparzialità dell'organo, concludendosi per una netta preferenza verso il modello del tribunale speciale dei conflitti adottato in Sassonia, Prussia e Baviera nelle carte costituzionali di metà Ottocento<sup>11</sup>.

A prescindere dalla persuasività delle conclusioni – nonché dai successivi esiti della disciplina costituzionale italiana che, come noto, avrebbe infine optato per l'attribuzione di tali conflitti alla Corte costituzionale – lo studio merita menzione per due ordini di ragioni: da un lato per la completezza metodologica, dall'altro perché, seppur muovendo dalle consolidate eredità della dottrina amministrativistica francese, attestava il trionfo dell'influsso della cultura giuridica tede-

---

<sup>10</sup> G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Proposte di riforme intorno al sistema organico dei conflitti di attribuzioni stabilito con la legge 20 novembre 1859 e con la legge 20 marzo 1865*, in *Archivio giuridico*, 1873, p. 45 ss.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 58.

sca e l'apprezzamento delle soluzioni da questa accolte nei meccanismi di garanzia della divisione dei poteri<sup>12</sup>.

Nel 1897 veniva pubblicata l'imponente *Introduzione storico-critica allo studio delle leggi sulla giustizia amministrativa* di Gino Macchioro<sup>13</sup>. Questa ricerca testimonia il ruolo nobile del diritto amministrativo nel panorama del diritto pubblico del tempo, tanto da dedicare una lunga premessa ai *Prolegomeni filosofici sui rapporti fra l'individuo e lo Stato*, ovvero all'analisi degli opposti paradigmi del socialismo e dell'individualismo, le cui progressive convergenze avrebbero esorcizzato l'antitesi fra Stato e individuo ponendo le corrette basi per un sistema repressivo degli eventuali abusi del potere amministrativo<sup>14</sup>. Anche qui, la rassegna delle possibili strategie poggiava su valutazioni comparative raffinate, che sfociavano nella disapprovazione dell'ipotesi di un apodittico trapianto della soluzione anglosassone della garanzia mediante 'autogoverno' sottolineando come il diritto non fosse «una creazione arbitraria, ma l'espressione della coscienza giuridica di un popolo determinato che si esplica ed incivilisce con l'esplicarsi e l'incivilirsi del popolo stesso: perciò non è conveniente trapiantare un'istituzione dal popolo presso cui è nata e si è svolta ad un altro di diverse consuetudini»<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Per un riepilogo delle opinioni sul concetto di 'controversia costituzionale' nella dottrina germanica v. A. PENSOVECCHIO LI BASSI, voce *Conflitto*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, Milano, 1961, sp. p. 998 ss.

<sup>13</sup> G. MACCHIORO, *Introduzione storico-critica allo studio delle leggi sulla giustizia amministrativa*, in *Archivio giuridico*, LVIII, 1897, p. 3 ss.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 4. In questa parte dello studio, l'Autore faceva essenzialmente riferimento alla contrapposizione fra le dottrine spenceriane sulla cooperazione individuale volontaria come base della coesione sociale e le dottrine sull'interventismo statale come unico strumento di garanzia della medesima, la cui conciliabilità era stata dimostrata con particolare efficacia dalle argomentazioni rousseauiane del contratto sociale e da quelle orlandiane (cfr. rispettivamente J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, cit. e V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, Torino, 1890).

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 29, dove l'Autore aggiungeva serie perplessità verso un modello che, persino nella patria d'origine, sembrava avere spostato, anziché prevenuto, il luogo di consumazione degli abusi amministrativi e che, consistendo nella partecipazione continua e gratuita dei cittadini alla gestione della cosa pubblica, aveva ostacolato la realizzazione del principio democratico

Una volta optato per la diversa soluzione del controllo operato da veri e propri funzionari statali, l'incisività della repressione degli abusi avrebbe poi dovuto essere supportata da un ampliamento delle leggi recanti limitazioni all'esercizio del potere esecutivo, dall'affiancamento della tutela degli interessi alla tutela dei diritti e, infine, dal contestuale affidamento alla Corte di Cassazione dei conflitti di attribuzione fra giudice ordinario e giudice amministrativo<sup>16</sup>.

Alla dottrina dei reati ministeriali è stato rivolto nel 1900 un corposo saggio di Emanuele Gianturco, allora Ministro di Grazia e Giustizia<sup>17</sup>. Dopo un esaustivo, benché rapido, riepilogo del diritto vigente in altri ordinamenti, l'Autore propugnava la specialità dell'organo giudicante invocando la nota massima di Victor Cousin per cui «l'eguaglianza consiste non già nel trattare ugualmente tutte le cose, ma solo nel trattare disegualmente cose diseguali». Secondo quest'ordine di pensiero, la corretta interpretazione dello scarno dettato statutario (artt. 36 e 47) doveva indurre a interpretare la legalità come principio in certo qual modo recessivo, poiché «per la salvezza di tutto un popolo un ministro può ben sacrificare una disposizione di legge e seguire la dura ispirazione della necessità politica»<sup>18</sup>. Nell'attesa di una specifica legge in materia, la differenziazione fra reato ministeriale e reato comune avrebbe dovuto realizzarsi in base al fine pubblico o pri-

---

per via dell'esercizio di numerose funzioni statali da parte delle sole classi abienti (come riconosciuto anche da un suo sostenitore quale M. MINGHETTI, *I partiti politici e la loro ingerenza nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, 1881, p. 174).

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 38 ss, dove Macchioro dedicava minuziose riflessioni alla necessità di distinguere la lesione dei diritti da quella degli interessi, con molteplici raffronti fra la dottrina tedesca e quella italiana. Si tratta, d'altronde, di un dibattito che ha lungamente impegnato la letteratura amministrativistica, della cui struttura può aversi contezza in F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1901, p. 365 ss, e S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Milano, 1907, p. 1169 ss.

<sup>17</sup> E. GIANTURCO, *Contributo alla dottrina dei reati ministeriali*, in *Archivio giuridico*, LXIV, 1900, p. 401 ss.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 408.

vato del comportamento illecito, con libertà di valutazione da parte dell'organo incaricato all'accusa (Camera) e di quello investito del giudizio (Senato)<sup>19</sup>.

Rispetto al pensiero di Macchioro, promotore di un potere esecutivo sempre più limitato dal potere legislativo e suscettibile di controlli da parte del potere giurisdizionale, quello di Gianturco esprimeva piuttosto la persistente affezione ad una sorta di 'ragion di Stato' idonea ad escludere una valutazione delle responsabilità ministeriali estranea agli organi di indirizzo politico: «Necessariamente, per la natura stessa del loro ufficio i ministri debbono calpestare interessi e farsi dei nemici. Si comprende chiaramente che non è possibile soddisfare tutte le pretese i desideri, per quanto si sia animati dalle migliori intenzioni di fare del bene. Di qui biasimi, ire, sdegni, odi e minacce. Ora, se a tutti coloro lesi nelle proprie aspettative fosse dato il diritto di accusare e tradurre innanzi ai magistrati ordinari i ministri, i processi contro di questi sarebbero continua occasione di scandali e di crisi politiche. E i magistrati? Sottomessi alla sorveglianza del loro capo gerarchico, il Ministro di Grazia e Giustizia, per quanto inamovibili come potrebbero in ogni caso conservare la loro indipendenza di rincontro ai Ministri? Anche quando si possano prendere tutte le precauzioni immaginate da Socrate e da Platone per farne degli Aristidi instancabili ed incor-

---

<sup>19</sup> «Il Ministro degli Interni che prendesse a viva forza danaro da una Banca pubblica e se ne servisse per pagare debiti suoi privati, commetterebbe, non vi è chi possa dubitarne, un reato comune. Ma se di quel danaro egli si serve per fare fronte a vivi e nuovi bisogni dello Stato, per pagare, ammettiamo, classi di uomini richiamati sotto le armi per ristabilire l'ordine pubblico, o per una guerra, ciò costituirebbe un reato ministeriale», *ibidem*, p. 422. Nonostante uno stile artatamente retorico, il contributo non trascurava una dettagliata panoramica delle potenziali alternative al suddetto criterio (ovvero il riferimento al cattivo uso del potere legale, quello all'abuso di potere o quello al tradimento e alla concussione), nonché dei profili strettamente processuali. Sappiamo che la preferenza verso un giudice 'speciale' sarebbe stata accolta dall'art. 96 della costituzione repubblicana sino alla riforma del 1989 (cfr. diffusamente T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, 2005).

ruttibili, vi sarà sempre del pericolo perché i magistrati sono uomini»<sup>20</sup>.

Tranne questa isolata posizione, verosimilmente condizionata dall'incarico ministeriale dello studioso, negli anni a seguire si sarebbero alzate numerose altre voci in favore del rafforzamento del principio di legalità e dei relativi strumenti di garanzia, fra cui lo scritto di Guido Zanobini del 1922 *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*<sup>21</sup>. La chiave di volta del suo itinerario argomentativo era la contrapposizione fra la dottrina italiana, che individuava simile fondamento nel potere discrezionale dell'autorità amministrativa, e le dottrine tedesca e francese che, al contrario, lo individuavano nell'esistenza di una delega parlamentare. Senza nascondere la convinzione che la teorica nazionale sbagliasse nel reputare equivalenti il potere discrezionale e quello regolamentare, l'Autore esecrava la violazione del principio di legalità e suggeriva di ricondurre la legittimità dei regolamenti, quale che ne fosse la funzione, all'esistenza di una delegazione manifestata dalla costituzione o dalla legge<sup>22</sup>.

Lo schema teorico rappresentato negli studi sinora evidenziati si colloca, dunque, nel quadro organizzativo delle strutture statali promosso dal liberalismo di prima generazione. Un contesto che predicava la divisione dei poteri come primario strumento di garanzia dello Stato di diritto, al li-

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 407.

<sup>21</sup> G. ZANOBINI, *Sul fondamento della potestà regolamentare*, in *Archivio giuridico*, LXXXVII, 1902, p. 17 ss.

<sup>22</sup> L'approccio rigorosamente positivista è evidente in vari passaggi del saggio: «la realtà del diritto positivo non solo ci dimostra che il possesso di un certo potere discrezionale non è sufficiente a determinare un corrispondente potere regolamentare, ma che quello non sempre è a quest'oggetto neppure necessario», *ibidem*, p. 24; «la competenza ad emanare leggi in senso materiale non è per gli organi amministrativi una competenza originaria, perché la competenza originaria di questi organi è soltanto di esercitare attività amministrativa: di qui si capisce la necessità di un'attribuzione esplicita fatta dalla costituzione o da altre leggi», *ibidem*, p. 25. Né tale principio poteva considerarsi smentito dal potere regolamentare generale del monarca, come provato da S. ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, vol. I, Roma, 1918, p. 150.

mitato fine di offrire legittimazione giuridica alle rivendicazioni borghesi nei confronti delle aristocrazie monarchiche, con ciò stereotipando un modello di 'società separata' di fatto basata sull'equivalenza fra potere economico e potere politico. Sicché l'esaltazione del ruolo privilegiato del potere legislativo e della legge nella costellazione dei poteri dello Stato e delle fonti del diritto, finiva con il perdere il requisito della egualitaria universalità di contenuto che, secondo il costituzionalismo democratico, giustificava la distinzione fra un corpo legislativo sovrano e un governo strumentale alla sua realizzazione<sup>23</sup>. Pertanto, in un simile quadro l'espressione della sovranità popolare era da circoscriversi al momento costituente e a quello elettorale, senza aprirsi a formule decisionali popolari dirette in grado di concorrere con gli strumenti rappresentativi nella garanzia di un separato esercizio dei poteri statali<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> In questo senso A. CERRI, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIII, Roma, 1990, p. 4 e G. BOGNETTI, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. XI, Torino, 1996, p. 372 ss.

<sup>24</sup> È quanto emerge dalle parole che Alberto Morelli destinava alla prima 'vera' cattedra di diritto costituzionale, ossia all'insegnamento di Diritto costituzionale cispadano e giuspubblico universale tenuto nel 1797 da Giuseppe Compagnoni e i cui contenuti erano stati affidati al testo *Elementi di diritto costituzionale democratico*. Morelli formulava puntuali critiche alla ricostruzione storica del costituzionalismo elaborata dal Compagnoni in epoca immediatamente post-rivoluzionaria, sottolineandone il fallace tentativo di conciliare democrazia rappresentativa, volontà generale e divisione dei poteri: infatti, se il progetto di costituzionalizzazione della democrazia proposto da Compagnoni convinceva nella proposta di misurare il grado di civiltà degli ordinamenti politici, sociali e giuridici in base al grado di rispetto e garanzia dei diritti individuali e di affidare alla sovranità popolare il compito di delimitare le funzioni di ogni potere per emancipare la società dalla logica del dominio, esso non persuadeva affatto nel minimizzare l'alternatività fra diritti individuali e volontà generale al fine di ipotizzare una continuativa sintesi istituzionale fra direzione individuale e direzione popolare (A. MORELLI, *La prima cattedra di diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico*, LXI, 1898, p. 63 ss.).

3. *La definizione delle prerogative parlamentari e dell'autonomia delle camere*

Un ulteriore filone di analisi riguardante la garanzia della divisione dei poteri è quello sull'assestamento dei poteri e sulle prerogative del parlamento. Fra i molteplici studi apparsi nell'*Archivio*, due sembrano particolarmente utili alla percezione dell'orientamento della scienza giuridica del periodo.

Il primo è quello di Luigi Rossi del 1897 sulle immunità dei deputati, dove un sapiente ricorso all'osservazione comparativa permetteva all'Autore di identificare le possibili interpretazioni sul fondamento delle immunità nella teoria difensiva (tipica del costituzionalismo incipiente, nel cui ambito il legislativo necessita di meccanismi protettivi nei confronti dell'esecutivo e cara alla dottrina anglosassone), nella teoria della funzionalità dell'organo legislativo (cara alla dottrina francese) e nella teoria del mutuo rispetto costituzionale dei corpi dello Stato<sup>25</sup>. È a quest'ultima che Rossi rivolgeva un convinto apprezzamento, definendola come quella per cui «ogni corpo costituzionale ha una speciale autonomia e autoctonia che quasi nessuno può toccare ed un geloso ambito di pensiero e di azione a lui interamente riservato» e giustificandone la preferibilità rispetto alle altre poiché «attribuire l'immunità al corpo indipendentemente dalla funzione è un diritto feudale rimodernato; alla funzione indipendentemente dal corpo è salire ad un principio troppo metafisico e inconsistente»<sup>26</sup>. Poste così le basi argomen-

---

<sup>25</sup> L. ROSSI, *L'immunità dei Deputati. In sé e nella sua applicazione ai militari in tempo di guerra*, in *Archivio giuridico*, LVIII, 1897, p. 225 ss. Teorie di cui Rossi, peraltro, sembrava ammettere una sostanziale relatività: «l'immunità parlamentare è, a nostro sommesso avviso, un istituto giuridico che non ha una base specificamente esclusiva, ma si riannoda ad un principio più largo della coesistenza costituzionale dei corpi di Stato» e «perocché l'immunità può esservi o non esservi, si possono trovare dei migliori surrogati ad essa in altre garanzie, può mostrarsi superflua in un dato tempo, può variare secondo l'opportunità dei diversi momenti storici», p. 240.

<sup>26</sup> *Ibidem*, rispettivamente p. 229 e p. 231.

tative dell'equivalenza fra la difesa dell'organo e la difesa della funzione, la seconda parte dell'indagine si concentrava sull'effettività delle guarentigie per i parlamentari militari, con espresso riferimento ad alcuni casi concreti che, all'epoca, avevano destato molto interesse nella pubblica opinione e nelle istituzioni. E la conclusione di Rossi era pienamente coerente al principio di legalità e dello Stato di diritto nell'affermare che la specialità dei tribunali militari potesse valere nei confronti dei tribunali ordinari, ma non in quelli di un corpo costituzionale dello Stato<sup>27</sup>. In realtà, sullo sfondo della difesa dei privilegi parlamentari si intravede un obiettivo più ampio, ossia quello di frenare «una tendenza molto ornata, ma altrettanto pericolosa e funesta» per cui «quando il diritto dava noia alla politica si cercavano tutti i pretesti per eluderlo»<sup>28</sup>.

Il secondo è quello di Santi Romano *Sulla natura dei regolamenti delle camere parlamentari*, uno dei maggiori contributi organici offerti dal diritto costituzionale ottocentesco in tema di organizzazione interna delle camere e di configurazione della sovranità secondo la netta distinzione fra sovranità generale e sovranità degli organi statali<sup>29</sup>. Ai nostri

---

<sup>27</sup> «La giurisdizione adunque del potere militare è una giurisdizione eccezionale di fronte ai Tribunali ordinari, non di fronte ad un corpo costituzionale dello Stato, che in questa sua qualità ha pure una giurisdizione eccezionale. E davanti a due giurisdizioni eccezionali, quella del potere militare e quella della Camera, davanti ad una legge ordinaria come il codice militare e ad una legge costituzionale come lo Statuto, prevarrà l'istituzione e la giurisdizione più forte e più assorbente, cioè lo Stato», *ibidem*, p. 255.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>29</sup> S. ROMANO, *Sulla natura dei Regolamenti delle camere parlamentari*, in *Archivio giuridico*, LXXV, 1905, p. 4 ss. Nell'argomentare l'inidoneità dei regolamenti parlamentari alla produzione di norme giuridiche generali e innovative, Romano tracciava le coordinate attorno alle quali si sarebbe sviluppato il successivo dibattito sulla loro sindacabilità (sul cui andamento nella fase repubblicana v.: T. MARTINES, *Sulla natura giuridica dei regolamenti parlamentari*, Pavia, 1952; M. BON VALVASSINA, *Sui regolamenti parlamentari*, Padova, 1955; M. MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Milano, 1990; A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna, 2003). Su linee ricostruttive coeve e in parte convergenti rispetto a quelle di Romano, la Rivista pubblicava anche P. CHIMENTI, *Il principio rappresentativo*, in *Archivio giuridico*, LXXVIII,

fini, questo saggio merita rilievo non tanto per la cartesiana lucidità con cui Romano precisa, da un lato, la differenza fra potere organico dello Stato e diritto di sovranità generale e, dall'altro, fra natura giuridica dei regolamenti parlamentari rispetto a quelli dell'esecutivo, quanto perché registrava l'apice del riconoscimento di quelle libertà ed autonomia delle camere che si sarebbero a breve rovesciate in un fattore di grave isolamento. Isolamento senz'altro favorito dal 'parlamentarismo', inteso come degenerazione del sistema derivante dalla fallita trasformazione dei conflitti sociali in conflitti politici e foriera di quella cristallizzazione della maggioranza di governo che avrebbe alimentato le tesi 'antiparlamentariste' strumentalizzate dal regime fascista al fine di giustificare la propria avversione all'istituzione rappresentativa<sup>30</sup>.

Al medesimo fine avrebbe condotto la denuncia della debolezza della posizione istituzionale del governo in parlamento, ciclicamente riemergente nell'esperienza statutaria e acutizzatasi negli anni immediatamente successivi alla fine della prima guerra mondiale. Ciò permetterà al fascismo di presentare le proprie riforme costituzionali come una variante della restaurazione dei caratteri 'autentici' della mo-

---

1907, p. 147 ss e E. PAGLIANO, *Il Senato e la nomina dei senatori*, *ivi*, LXXVI, 1906, p. 369 ss. (i quali, con esplicito riferimento alle dinamiche istituzionali, analizzavano l'autonomia del parlamento segnalando il pericolo della rivalità tra i due rami dell'assemblea legislativa italiana; rivalità sulla quale Mussolini, infatti, fece leva per la progressiva esclusione della camera bassa dal circuito di indirizzo politico seppur 'lusingando' il Senato mentre procedeva a stravolgerne la composizione mediante nomine di soggetti compiacenti al regime).

<sup>30</sup> Sui presupposti di tale processo, cfr. F. CAMMARANO, *Storia politica dell'Italia liberale. L'età del liberalismo classico 1861-1901*, Roma-Bari, 1999, sp. p. 520 ss. Sugli esiti, cfr. ancora M. BELLETTI, *Forma di governo parlamentare e scioglimento delle camere*, *cit.*, sp. p. 84 ss. Come incisivamente dimostrato da T.E. FROSINI, *L'antiparlamentarismo e i suoi interpreti*, in *Rassegna parlamentare*, 2008, 4, p. 854 ss., l'antiparlamentarismo italiano ebbe origini storiche, politiche e istituzionali precise e antecedenti il fascismo, così come autorevoli supporti dottrinali che mai presero in considerazione «l'ipotesi rivoluzionaria della sostituzione dell'istituto parlamentare con una dittatura» che veniva, invece, avanzata dalle correnti extraparlamentari di opposizione.

narchia rappresentativa, a fronte della brutalizzazione della pratica del regime parlamentare operata dalle «sabbie mobili delle maggioranze parlamentari mosse e sconvolte dal vento delle passioni e degli interessi elettorali dei partiti e fazioni senza programmi»<sup>31</sup>.

#### 4. *Il primato del fatto sul diritto: l'oscuramento del regime democratico*

Nelle annate che intercorrono fra la marcia su Roma e la fine del secondo conflitto mondiale, nella letteratura giurispubblicistica ospitata dall'*Archivio* emergono due distinte anime, la cui convivenza testimonia il pluralismo culturale, oltre che giuridico, della Rivista.

La prima è quella documentata dai contributi che hanno perseverato nella speculazione sullo Stato di diritto, sulle funzioni e sui metodi della scienza giuridica, sulla centralità del diritto costituzionale nella conformazione dell'ordinamento giuridico statale, senza espressi riferimenti alle dina-

---

<sup>31</sup> P. CHIMIENTI, *Di due regimi politici della forma monarchica rappresentativa*, in *Scritti in onore di S. Romano*, vol. I, Padova, 1940, p. 435. Di recente E. GIANFRANCESCO, *Parlamento e regolamenti parlamentari in epoca fascista*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2008, p. 1 ss., ha sottolineato la capacità del fascismo di «insinuarsi nelle fessure e nelle vistose crepe di un parlamentarismo quanto mai bisognoso di razionalizzazione», poiché non sfuggiva al senso politico di Mussolini che «la via maestra per comprimere le libertà civili e spazzare via quelle politiche doveva passare, se non partire, dal controllo e dal successivo esautoramento dell'istituzione parlamentare» e che, nell'Europa del ventesimo secolo, «la realizzazione del regime non poteva prescindere dallo smantellamento del principio democratico dall'interno, tramite applicazione del principio stesso». Si trattava, insomma, non solo di asservire il parlamento agli indirizzi governativi (P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il Fascismo*, in *Il centenario del Parlamento*, Roma, 1948, p. 272), bensì di travolgere il principio maggioritario-minoritario posto da Kelsen a base della democrazia e la necessaria possibile alternanza ed interscambiabilità tra posizione di governo e di opposizione per ogni forza politica (sulla funzione di opposizione cfr. G. DE VERGOTTINI, *Lo "Shadow Cabinet". Saggio comparativo sul rilievo costituzionale dell'opposizione nel regime parlamentare britannico*, Milano, 1973).

niche istituzionali del momento e, tuttavia, senza nascondere seria preoccupazione per l'indebolimento del valore delle ragioni del diritto rispetto a quelle del fatto.

Esemplare l'allarme diffuso da Jemolo nel 1932 con il saggio intitolato *Il nostro tempo ed il diritto*<sup>32</sup>. Il senso del ragionamento proposto era molto semplice. A differenza da quanto sostenuto da altri studiosi, secondo lui i radicali sovvertimenti sociali e politici verificatisi in Russia e sfociati nell'instaurazione dell'ordinamento sovietico avrebbero potuto replicarsi anche in ordinamenti diversi, visto che la «rottura del vecchio equilibrio appare una tendenza del secolo: più o meno forte, crepaccio o semplice incrinatura del terreno, essa si manifesta dovunque»<sup>33</sup>. In base al messaggio pedagogico veicolato dal contributo, a tratti persino più intenso di quello giuridico, la comprensione dei rispettivi ordinamenti da parte dei giuristi nazionali avrebbe dovuto, anzitutto, partire da una realistica conoscenza e coscienza del quadro storico complessivo e delle altrui esperienze; poiché «avviene spesso che a chi guarda il proprio tempo sembri di scorgere diversità profonde a separare l'uno dall'altro paesi, gruppi sociali, tendenze politiche, scuole filosofiche, metodi scientifici, correnti di pensiero: ma che queste diversità appaiano invece esigue viste a secoli di distanza; ed altrettanto spesso avviene che sfugga all'opposto ai contemporanei una serie di caratteri che sono comuni a tutti loro, pure se operino in paesi diversi o seguendo correnti ideologiche diverse»<sup>34</sup>.

Pur ammettendo la validità dei molti pregressi studi sul contrasto fra fatto e diritto, l'Autore giustificava l'urgenza di un supplemento di indagine a causa dell'intensificarsi quantitativo di fenomeni in sé eterni: se l'Ottocento era stato il secolo della lotta politica – elettorale o rivoluzionaria – di una 'minoranza borghese' che si era mossa agevolmente nella redistribuzione del potere economico e politico coniata

---

<sup>32</sup> A.C. JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, in *Archivio giuridico*, CVII, 1932, p. 129 ss.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 129.

dalle strutture assolutistiche grazie alla sostanziale esclusione della gran parte della popolazione, il Novecento segnava ovunque «l'avvento decisivo e definitivo delle masse nella scena politica»<sup>35</sup>. E quando la vita politica diviene 'vita di masse', il principio di legalità stenta ad essere metabolizzato da «masse che non hanno la passione della legalità», poiché «l'ideale delle masse resta sempre quello del buon re della leggenda che sotto l'albero fiorito rende giustizia obbedendo ai dettami della sua coscienza, specchio fedele del giusto»<sup>36</sup>. Per quanto la sfiducia di Jemolo verso l'apprezzamento della legalità da parte delle masse sconfinasse nell'elitarismo culturale quando paragonata a quello da parte 'dei semplici, dei bambini e delle donne', risultano di particolare attualità due tracce. Da un lato, il quadro argomentativo offerto all'idea che le prime decadi del Novecento fossero un contesto ostile alla sovranità del diritto dacché «quando la necessità batte alle porte, gli uomini hanno sempre avuto scarsa preoccupazione del diritto». Dall'altro, quello offerto all'idea che «nella vita quotidiana, fitta serie di maglie che formano il tessuto della storia, la giustizia non ha ancora trovato ancella più fida, operosa e devota che non sia la legalità»<sup>37</sup>.

Nel 1931, anche Francesco Messineo si era impegnato nell'analisi delle caratteristiche metodologiche degli studi giuridici, con speciale premura nei confronti di natura, funzioni e prospettive del diritto comparato in Italia, Francia e Germania<sup>38</sup>. Si tratta di un'indagine felicemente predittiva sotto molteplici profili e che ruotava attorno alla distinzione fra diritto comparato e conoscenza di un complesso di diritti stranieri. L'itinerario investigativo muoveva dalla premessa che «non può aversi conoscenza del concreto se non fissando un rapporto di identità o di analogia o di differenza fra un dato oggetto particolare ed altri oggetti» e che, per-

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>38</sup> F. MESSINEO, *L'indagine comparativa negli studi giuridici*, in *Archivio giuridico*, CV, 1931, p. 3 ss.

tanto, «l'attività comparatistica non è di esclusivo dominio dei giuristi»<sup>39</sup>. Ecco per quale ragione, nonostante la paternità del metodo risalga a studi storico-filosofici, i suoi sviluppi hanno cercato di rendere il diritto comparato qualcosa di diverso da una disciplina a sfondo storico o filosofico, assecondando la confluenza in esso di esigenze sia speculative sia pratiche<sup>40</sup>. E, soprattutto, di guardare ed esso come ad un metodo capace di descrivere e spiegare le 'manifestazioni giuridiche parallele' delle singole istituzioni. La graduale emancipazione dalle questioni meramente teoriche avrebbe, inoltre, favorito l'affermazione del maggiore vantaggio che viene dalla pratica del diritto comparato, vale a dire il superamento del dominio dei concetti giuridici romani derivante dal contatto con ideologie giuridiche extra-romanistiche o extraeuropee; in modo tale che «la ricerca comparativa diventi il mezzo attraverso cui il giurista riesce ad evadere dal suo mondo circoscritto, a slargare i propri orizzonti, a riconoscere la indefinita varietà dei diritti e, in breve, a riprendere contatto con la realtà»<sup>41</sup>. Certamente l'incoraggiamento di Messineo all'uso della comparazione per una migliore comprensione della realtà del momento appariva meno accorato in confronto a quello di Jemolo; ma non per questo meno efficace.

Sempre a proposito di metodo, merita segnalare anche l'intervento con cui Pietro Chimienti (in occasione della conclusione al corso di Legislazione costituzionale positiva italia-

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>40</sup> Per Messineo, il problema più delicato sembrava essere quello della posizione del diritto comparato rispetto alla filosofia, da risolversi nel senso di una subordinazione logica del primo rispetto alla seconda, malgrado taluni tentativi della dottrina tedesca di «infondere alla comparazione giuridica un soffio di ispirazione filosofica e di sollevarla al rango di disciplina che vada oltre lo studio delle concordanze e delle antitesi fra i sistemi giuridici», *ibidem*, p. 12.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 20. Il saggio si concludeva con il rilievo che la scienza comparatista italiana non avesse nulla da invidiare a quelle tedesca e francese quanto a 'disposizione spirituale e attitudine', ma che in Italia fosse in effetti ancora immaturo lo sviluppo di apparati congrui all'applicazione e alla divulgazione della scienza medesima.

na all'Università di Roma del 1927), raccontava i passaggi essenziali della letteratura giuridica sulla sovranità statale. A suo dire, restava intatta la fedeltà alla «orientazione scientifica e politica sotto cui si costituì», malgrado la significativa metamorfosi metodologica indotta dal desiderio di prevenire le esagerazioni della ricerca puramente dogmatica e dall'ammissione orlandiana della incompiutezza del metodo esclusivamente giuridico<sup>42</sup>. Di conseguenza, si felicitava dell'affermarsi della scuola realistica europea, fra i cui principali esponenti annoverava Duguit e Kelsen in quanto accomunati dal ripudio delle dottrine del contratto sociale e dei diritti innati. Nel percorso teorico dell'Autore, la valorizzazione dell'approccio realistico apriva la strada alla rilevanza della 'funzione sociale' del fenomeno giuridico e della relatività storica degli equilibri fra Stato ed altri ordinamenti giuridici (definite 'unità di scopo' in evidente omaggio alle 'unioni sociali' già note al diritto romano-cristiano); rilevanza che, tuttavia, non avrebbe dovuto «riaprire le porte della nostra disciplina ai dilettanti di letteratura politica e di sociologismo, privandola così dei vantaggi che ad essa ha assicurato l'opera di mezzo secolo della scuola giuridica nazionale»<sup>43</sup>. Un punto di vista assai differente da quello di Jemolo e di Mes-sineo; un punto di vista che, al di là del tono pacato e di alcune dichiarate convergenze rispetto alle tesi positiviste ottocentesche, aveva come obiettivo la legittimazione di ordinamenti giuridici fondati su meccanismi di normogenesi alternativi al procedimento legislativo, in virtù del principio per

---

<sup>42</sup> P. CHIMIENTI, *Diritto, stato, sovranità nella dottrina costituzionale italiana*, in *Archivio giuridico*, XCVII, 1927, p. 154 ss. I riferimenti metodologici cui alludeva Chimienti erano quelli illustrati in V.E. ORLANDO, *Sulla necessità di una ricostruzione giuridica del diritto costituzionale*, Prolusione tenuta presso la Regia Università di Messina, 12 dicembre 1886 e in V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Prolusione tenuta presso la Regia Università di Palermo, 8 gennaio 1889, *ivi*, LXII, 1889, p. 107 ss.

<sup>43</sup> P. CHIMIENTI, *op. cit.*, p. 179. Occorre sottolineare come il richiamo alle tesi di Duguit e di Kelsen fosse alquanto generico e, in ultima battuta, sembrasse finalizzato alla formulazione di conclusioni sul rapporto fra ordinamento giuridico e Stato sostanzialmente difforni da quelle di entrambi gli studiosi citati.

cui «tutti i corpi costituiti, statali, parastatali e liberi, tutte le unioni sociali debbono discutere i loro interessi per giungere alle loro deliberazioni, cioè agli atti collettivi della loro volontà»<sup>44</sup>.

5. *L'eclissi della separazione dei poteri: la 'neutralizzazione' del potere legislativo da parte del potere esecutivo*

La seconda delle anime che ha contrassegnato la funzione di privilegiato osservatorio giuridico svolta dall'*Archivio* negli anni del regime fascista, è quella documentata, da un lato, in alcune dirette teorizzazioni sulla mutata fisionomia della divisione dei poteri e, dall'altro, in alcuni dibattiti che toccavano la separazione dei poteri attraverso l'analisi della mutata fisionomia dei meccanismi di produzione delle norme giuridiche e, quindi, dell'abbandono dei criteri di differenziazione funzionale fra potere legislativo e potere esecutivo codificati nelle cornici costituzionali di impronta liberal-democratica.

I contributi espressamente dedicati alla separazione dei poteri sono due e furono pubblicati in una fase di avanzata maturazione del regime. Uno è quello di Giuseppe Lo Verde del 1935 intitolato *L'applicazione del principio della divisione dei poteri come mezzo per isolare un potere dello Stato*<sup>45</sup>. La costruzione teorica dell'Autore gravitava attorno alla demolizione della dicotomia di matrice statunitense fra 'go-

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 178. L'apertura di Chimienti a circuiti di produzione giuridica extra-legislativi era un chiaro segno del suo avvicinamento ideologico all'antiparlamentarismo fascista e alla graduale marginalizzazione delle camere rappresentative. Pochi anni dopo, Emilio Crosa affermerà che per il fascismo la tendenza associativa si realizza nel partito, da cui procede la rappresentanza che diviene 'rappresentanza integrale' nel supremo organo dello Stato, cioè il Governo del Re (v. E. CROSA, *Rappresentanza*, in *PNF, Dizionario di politica*, vol. IV, Roma, 1940, p. 18 ss.).

<sup>45</sup> G. LO VERDE, *L'applicazione del principio della divisione dei poteri come mezzo per isolare un potere dello stato*, in *Archivio giuridico*, XXIX, 1935, p. 170 ss.

vernment of laws' e 'government of men', elemento chiave del costituzionalismo liberale nel mosaico sollecitato dalla necessaria coabitazione fra i principi della divisione dei poteri e della legalità<sup>46</sup>. Dopo una semplicistica rassegna delle ragioni teoriche promotrici dell'ideale politico di una legittimazione democratica del testo costituzionale da parte dei soggetti destinati ad essere i protagonisti dell'attuazione del testo medesimo, Lo Verde insisteva sulla contraddizione di un sistema che, di fatto, aveva affidato la garanzia della *Rule of Law* all'opera di un potere giudiziario esso stesso composto da uomini, peraltro non sempre abilitati alla funzione tramite percorsi di legittimazione popolare: «ciò che può sembrare più sorprendente in questo 'government of laws' è che mentre si è voluto evitare ad ogni costo che pubblici poteri potessero essere esercitati altro che nei limiti segnati dalle regole fondamentali contenute nella costituzione, d'altro canto i giudici attraverso la loro funzione di decidere se gli atti degli organi dello Stato siano conformi o meno a quelle regole fondamentali, danno non soltanto nuova vita al diritto, ma lo sviluppano e anche lo creano, in evidente contraddizione col principio stesso del 'government of laws'».

Di per sé, la contraddizione segnalata dall'Autore si inseriva nella nota *querelle* teorica sull'ammissibilità di limiti, formali o materiali, al potere legislativo e, dunque, di una qualche forma di controllo di costituzionalità diffuso o accentrato; e malgrado i numerosi riferimenti alla dottrina anglosassone e a quella germanica, le argomentazioni addotte erano di scarsa originalità, parafrasando in larga parte le resistenze orlandiane all'idea di un controllo di costituzionalità esterno al circuito di indirizzo politico<sup>47</sup>. La parte scientifica-

---

<sup>46</sup> Per i dettagli di tale coabitazione cfr. F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1965, p. 17 ss. e F. MODUGNO, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XIII, Torino, 1968, p. 473 ss.

<sup>47</sup> Per chiarimenti sulla tesi orlandiana v. V.E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1889. Per una completa panoramica sull'evoluzione dei modelli di giustizia costituzionale cfr. *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, a cura di L. MEZZETTI, vol. I, Padova, 2009 e vol. II, Padova, 2011.

mente fragile dello studio sembra, piuttosto, quella sulle possibili forme di convivenza fra diritto positivo e diritto naturale, dove la preliminare esclusione dell'ipotesi che una sistematica valorizzazione dell'opinione pubblica potesse recare beneficio alla certezza del diritto (in apparente coerenza alle tesi fatte proprie dal garantismo liberale), risultava accompagnata dalla conclusione per cui «lo affidar la protezione del cittadino contro gli arbitri dello stesso potere legislativo al potere giurisdizionale costituisce pur nondimeno una espansione della competenza dei giudici per cui questi potrebbero divenire dei fattori di potenza politica e per conseguenza dei giudici in cosa propria»<sup>48</sup>.

Allora, come garantire simultaneamente l'equilibrio fra poteri statali e un sano rapporto fra popolo e autorità? Forse in base al presupposto che «dalla formula dello Stato etico fascista si ricava per pura logica giuridica, senza possibilità di incertezze o di dubbi, che al potere legislativo sia imposto il freno delle leggi morali e che questo sia così liberato da quell'isolamento nel quale era stato merito principale della dottrina costituzionale di averlo collocato; per cui in regime fascista comandi giuridici astratti possono anche essere dati da organi o enti inferiori i quali vivono a contatto più intimo e continuo coi singoli, quali la corporazione, il tribunale del lavoro e lo stesso sindacato»<sup>49</sup>.

In realtà, il principale traguardo teorico dell'Autore non sembrava tanto essere quello di una produzione normativa maggiormente 'partecipata' dal corpo sociale, bensì quello della emarginazione del parlamento e della parallela legittimazione del gradualismo fascista nel sostanziale annullamento della divisione dei poteri. Sotto il profilo teorico, cercando di dimostrare come lo Stato di diritto fosse «soltanto uno fra i tanti modi di concretarsi della idea della supremazia del diritto, e precisamente quello che ha per base materiale i principi liberali» e che «l'equilibrio prodotto da una assoluta separazione non poteva se non arrestare la vita dello

---

<sup>48</sup> G. LO VERDE, *op. cit.*, p. 194.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 199.

Stato, condannandolo alla inazione nel caso di un conflitto fra i poteri medesimi; sicché lo stesso Montesquieu fu costretto ad attribuire una preponderanza ad uno di essi e, sotto l'influsso delle idee allora dominanti sulla rappresentanza, egli si decise ad ammettere quella del potere legislativo»<sup>50</sup>. Sotto il profilo empirico, la critica nei confronti della collocazione esclusiva delle competenze sovrane nella sfera della funzione legislativa si traduceva nel supporto ad un potere monarchico di nomina e revoca del Primo Ministro validamente esercitabile a prescindere dalle pregresse regole procedurali e sostanziali in materia di formazione del governo: «la formula dello Stato etico e la rigorosa distinzione del potere di nomina del Primo Ministro da tutti gli altri poteri dello Stato rappresentano perciò i capisaldi della nuova dottrina costituzionale fascista»<sup>51</sup>.

Nel 1943 compariva il saggio di Ciro Lipartiti *Considerazioni generali sulla funzione normativa nello Stato e sul-*

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 187. In questo passaggio argomentativo, Lo Verde strumentalizzava le critiche orlandiane rivolte al parlamentarismo circa la 'degenerazione della teoria del governo rappresentativo' recata dalla subordinazione dei poteri pubblici al potere legislativo e dalla sua potenziale idoneità al fondamento del dispotismo di una mera maggioranza numerica. E sebbene solo sommariamente motivato, era manifesto il ripudio delle tesi kelseniane sul superamento del dualismo fra diritto naturale e diritto positivo, sulla costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico e sulla conseguente prospettiva di limiti costituzionali al potere legislativo, sulla riconduzione della funzione giurisdizionale nell'alveo di quella esecutiva in virtù della bipartizione fra la posizione del comando e la sua applicazione/esecuzione. Erano tesi in parte formulate nella *Dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali* e pubblicate nel 1933 proprio sulle pagine dell'*Archivio* nella traduzione di Renato Treves, in parte condotte a completo svolgimento nella *Teoria generale del diritto e dello Stato* del 1945. Ben si comprende l'avversione di Lo Verde nei confronti della teoria che avrebbe segnato una tappa decisiva nella modernizzazione del principio di separazione, da un lato mediante una puntuale analisi delle carenze di una recezione rigida della teoria ai fini di una effettiva garanzia del principio di legalità, dall'altro mediante la contestazione della onnipotenza parlamentare insita nell'idea di un controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi diverso da quello diffuso di matrice anglosassone (che, nel pensiero di Kelsen, aveva la pecca di esaurirsi nel circuito dei controlli reciproci fra poteri separati).

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 203.

la *Teoria della divisione dei poteri*<sup>52</sup>. Un'architettura teorica che esasperava la forzatura scientifica già intrapresa da Lo Verde per giustificare l'esercizio unitario del potere di indirizzo politico e legislativo da parte del governo, ma che poggiava sulle intrinseche criticità e contraddizioni del principio di separazione già messe in luce da varie voci: le esigenze di specializzazione e di efficacia della produzione normativa nell'ambito di ordinamenti statali sempre più 'interventisti' (esigenze meglio soddisfabili dalle strutture ministeriali che da quelle delle assemblee legislative); la disarticolazione del potere come esigenza di contesti socio-politici oramai oltrepassati; la marginalità dei Capi di Stato monarchici in quanto privi di investitura popolare e la conseguente 'indivisibilità' della funzione di indirizzo politico di governo e parlamento; la scarsa utilità di tesi meramente accademiche sull'interpretazione del diritto e delle sue manifestazioni, visto che «la dottrina, spesso antesignana, talvolta si attarda su posizioni o per deficiente sistemazione degli schemi generali confusi con taluni temi istituzionali particolari o per soggettiva inclinazione a sistemi e metodi politici determinati»<sup>53</sup>.

Tutto ciò sfociava nella legittimazione della matrice extra-statuale del diritto, in virtù della quale «che si diano sviluppi normativi paralleli allo Stato e di origine anche più remota dello Stato non può meravigliare se si considera che lo Stato ha, come ogni socialità, una sua formazione progressiva onde necessariamente altre energie sociali organicamente costituite hanno dovuto esibirsi in via sussidiaria di collaborazione con lo Stato e talvolta anche in opposizione con lo Stato suscitate dal tornaconto di individui o di gruppi per la tutela di interessi particolari di categoria, dato che i vincoli più prossimi si fanno sentire ovviamente in priorità di tempo e con maggiore vigore di quelli lontani e più generali del-

---

<sup>52</sup> C. LIPARTITI, *Considerazioni generali sulla funzione normativa nello Stato e sulla Teoria della divisione dei poteri*, in *Archivio giuridico*, CXXIX, 1943, p. 150 ss.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 158.

lo Stato»<sup>54</sup>. Ne sarebbe così dovuta discendere, come inevitabile conseguenza logica, la naturale «unicità di direttiva e di comando dello Stato, che ordinariamente si asside sopra un sistema di forze sociali dominanti che suppongono dissensi e forze avverse contenuti, richiede una struttura conforme allo scopo che si vuole raggiungere e possibilmente nella medesimezza di indirizzo politico»<sup>55</sup>.

Al di là della sporadica divulgazione di saggi dove il rigore metodologico cedeva il passo alla propaganda di un regime dichiaratamente antiliberal, l'*Archivio* ha per lo più ospitato dibattiti in grado di analizzare la deformazione fascista del potere normativo e della struttura dell'esecutivo in termini strettamente giuridici. Ne è paradigma quello relativo alla decretazione d'urgenza svoltosi fra Vittorio Scialoja e Alfredo Rocco.

Nel 1923 fu pubblicata la Relazione presentata da Scialoja al Senato regio *Sulla conversione in legge dei decreti legge*, contenente una dettagliata indagine sulla prassi statutaria in materia di decreti legge che aveva alimentato quella complessa catena di ambiguità teoriche e pratiche poi transitata nell'ordinamento repubblicano: prima fra tutte, la mortificazione della riserva di legge come criterio regolatore dei rapporti fra poteri derivante dall'utilizzo sistematico dei decreti per la ratifica di trattati internazionali tutt'altro che routinari e dalla inesistenza di settori del diritto pubblico e privato immuni dalla disciplina per decreto<sup>56</sup>. Vale la pena

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>56</sup> V. SCIALOJA, *Sulla conversione in legge dei decreti legge*, in *Archivio giuridico*, LXXXIX, 1923, sp. p. 15: «i decreti furono presentati al Parlamento, nei primi anni della costituzione, immediatamente; ma coll'andare del tempo non si osservò in proposito regola alcuna, sicché più volte tra la pubblicazione del decreto e la sua presentazione per la conversione l'intervallo fu lunghissimo»; «le Camere si mostrarono tollerantissime e poche volte la ratifica fu negata; nel massimo numero dei casi l'approvazione fu data senza discutere: quando discussione vi fu, questa riguardò il contenuto dell'atto, non la forma; [...] parve quasi che il Governo fosse autorizzato ad emanare decreti-legge purché il Parlamento non sedesse; [...] eccetto qualche rarissimo caso, in cui non fu neppure negato il valore legale dei decreti-legge, la nostra magi-

sottolineare che la contrarietà dell'Autore non era limitata al sistematico ricorso governativo alla decretazione per aggirare l'assenza di preve deleghe legislative, ma si estendeva all'inerzia parlamentare di fronte all'erosione di competenze normative (ancora) formalmente attribuite alle camere; erosione cui l'eventuale sindacato dell'autorità giudiziaria sui presupposti di necessità e urgenza avrebbe potuto offrire un rimedio straordinario, poco efficace e di dubbia opportunità proprio sotto il profilo della separazione dei poteri<sup>57</sup>. Vista la natura istituzionale dello studio, nella parte conclusiva Scialoja raccomandava l'introduzione di un maggior rigore procedimentale sia nei tempi di presentazione dei decreti ad entrambe le camere, sia nella tendenziale retroattività della decadenza dei decreti non convertiti, sia infine nell'utilizzo di migliori tecniche legislative in sede di formulazione dei disegni di legge di conversione<sup>58</sup>.

A distanza di un anno, appariva sull'*Archivio* la speculare Relazione tenuta alla Camera dei Deputati da Alfredo Rocco (allora Ministro di Grazia, Giustizia e Affari di culto) *Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche*<sup>59</sup>.

---

struttura li ha applicati come leggi [...] persino quando per decreto si modificavano le competenze e si creavano giurisdizioni speciali».

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 50: «si pensò pure a dichiarare che la magistratura non dovesse riconoscere il valore di legge di tali decreti, ma solo dovesse sospendere durante un congruo tempo i giudizi per dar modo al Parlamento di ratificare o disapprovare il decreto; ma questo rimedio, che probabilmente avrebbe potuto molto giovare da principio, oggi, dopo il longevo uso contrario, produrrebbe in alcuni casi un troppo rapido sovvertimento di quanto si è venuto costituendo, e in numerosissimi altri casi sarebbe di per sé insufficiente perché la più gran parte dei decreti-legge non dà luogo a controversie giudiziarie».

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 44 ss. La fiducia di Scialoja nell'effettività del principio di separazione dei poteri e, quindi, nel recupero di un'attività parlamentare capace di emanciparsi dalla incombente eterodirezione governativa, era confermato dalla radicale ostilità all'ipotesi di approvazione dei decreti previa consultazione (non vincolante) delle commissioni parlamentari competenti per materia (ipotesi suggerita alla Camera dei Deputati dal Ministro Luigi Rossi nel maggio 1922).

<sup>59</sup> A. Rocco, *Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche*, in *Archivio giuridico*, XCIV, 1925, p. 177 ss. È risaputo che molte delle operazioni riformatrici del regime fascista furono assistite dalla consulenza di intelletti di grande spessore tra i quali primeggiava, appunto, Alfredo Roc-

L'ouverture della Relazione era netta: «il principio della separazione dei poteri, che è certo fondamentale nell'ordinamento dello Stato moderno, non è però assoluto né inderogabile. E ciò si comprende. La distribuzione della competenza per l'esercizio delle diverse attività statali fra organi diversi dello Stato, risponde alla necessità di garantire agli individui e agli enti minori quella sfera di libertà che lo Stato ritiene opportuno riservare loro, nell'interesse di un compiuto ed armonico sviluppo di tutte le forze e di tutti gli elementi della vita sociale affinché essi non abbiano, di regola a trovarsi di fronte ad un potere assoluto e soverchiante. Ma tale necessità non può distruggere l'unità organizzativa dello Stato e della sua sovranità, e deve, in ogni caso, trovare un limite nell'altra, più alta e più assoluta necessità di garantire allo Stato le condizioni essenziali della sua vita e del suo sviluppo»<sup>60</sup>.

In linea con questa premessa, Rocco abbracciava la 'teoria formale-sostanziale' delle norme giuridiche, grazie alla quale il ricorso a leggi in senso formale avrebbe dovuto essere circoscritto alle sole materie estranee alla competenza regolamentare del governo. Seguiva una rassegna legislativa, dottrinale e giurisprudenziale volta ad affermare come lo stato di necessità e la consuetudine fossero ritenuti dalla dottrina prevalente una sufficiente giustificazione teorica all'uso dei decreti-legge. La via per arginare l'abuso della decretazione d'urgenza, allora, non era quella di facilitare il coinvolgimento parlamentare nella fase della conversione, quanto quella di creare una sorta di 'riserva di regolamento', rileggendo in chiave di competenza anziché di gerarchia i rapporti fra fonti parlamentari e fonti governative<sup>61</sup>.

---

co; tant'è che la proposta in esame divenne parte della l. n. 100 del 1926, nota per essere stata una delle riforme legislative che contribuirono a formalizzare la svolta illiberale del regime fascista.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>61</sup> Le idee di Rocco legittimarono l'adozione di atti governativi contenenti «norme per tutti obbligatorie» per disciplinare l'esecuzione delle leggi, l'uso delle facoltà deferite al potere esecutivo da leggi o da consuetudini, l'orga-

Negli anni successivi – vuoi per la irregolarità editoriale derivante dalla guerra, vuoi per la prevalenza del fatto rispetto al diritto che aveva contrassegnato i percorsi dell'ordinamento italiano dopo il primo conflitto mondiale – l'attenzione della Rivista nei confronti delle dinamiche istituzionali della forma di governo si ridusse. Poi, in uno stadio oramai terminale del fascismo, la Rivista accolse un dialogo fra Costantino Mortati e Paolo Biscaretti di Ruffia sulla natura giuridica degli atti di indirizzo politico del Gran Consiglio del Fascismo e sui relativi limiti, nell'ambito del quale si valutava la legittimità di eventuali deliberazioni del Gran Consiglio adottate su istanza del Re a prescindere dalla volontà del Capo del governo<sup>62</sup>. E con quel dibattito, sebbene in apparenza assai tecnico, si riattivava la funzione dell'*Archivio* come motore della cultura giuridica liberal-democratica del paese.

## 6. *La divisione dei poteri nello Stato interventista e sociale*

Nella fase che precede l'adozione della costituzione repubblicana, l'attenzione rivolta dall'*Archivio* al principio della separazione dei poteri attraverso i contributi qui segnalati è stata profonda e costante. Inoltre, essa ha avuto il pregio di rispecchiare fedelmente la radicale trasformazione dei para-

---

nizzazione e il funzionamento dei pubblici uffici, servizi e istituti (cfr. art. 1, l. n. 100 del 1926).

<sup>62</sup> Per la sequenza del dibattito cfr: P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo*, Milano, 1940; C. MORTATI, *Sulle attribuzioni del Gran Consiglio*, in *Archivio giuridico*, CXXV, 1941, p. 96 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo secondo la dottrina e la prassi più recente*, *ivi*, CXXVI, 1941, p. 121 ss.; C. MORTATI, *Sulla partecipazione del Gran Consiglio alla determinazione dell'indirizzo politico*, *ivi*, CXXVIII, 1942, p. 61 ss. Malgrado la condivisa ammissione della natura deliberativa delle attribuzioni del Gran Consiglio nella determinazione dell'indirizzo politico governativo, i due studiosi divergevano a proposito della intensità del vincolo giuridico derivante da tale indirizzo nei confronti degli altri organi costituzionali.

metri della divisione liberale dei poteri indotta dall'interventismo dello Stato novecentesco.

Nel corso della fase ascendente del principio, le riflessioni apparse sulla Rivista si sono concentrate sulla dimostrazione del fatto che il potere legale, se frazionato, asseconda la realizzazione di società democratiche più di quanto non faccia quando risulta concentrato, così come sulla considerazione delle possibili declinazioni del principio, riconducibili ora al modello della separazione non specializzata, ora a quello della separazione specializzata, ma essenzialmente tutte più o meno rispettose della centralità del potere legislativo<sup>63</sup>. Una centralità, tuttavia, destinata a subire il contraccolpo dell'incremento nei flussi normativi e contenziosi recata dall'accresciuto intervento statale e della conseguente insostenibilità della concentrazione della funzione normativa in mano al parlamento. Da qui l'esigenza di affidare sia una crescente autonomia decisionale al potere esecutivo e alla pubblica amministrazione, sia un determinante ruolo interpretativo al potere giudiziario in sede di corretta applicazione delle norme. E sempre da qui, l'esigenza di ripensare la separazione dei poteri di stampo liberale.

Lo sgretolamento del principio è stato disomogeneo nel tempo e nello spazio. Come, appunto, testimoniato dagli studi pubblicati sull'*Archivio* nel corso della sua fase discendente del primo Novecento, dai quali emergeva il dilemma fra la prospettiva della dissoluzione e quella della rigenerazione. La prima esprimeva la convinzione della sostanziale indivisibilità del potere e della irrisolvibile conflittualità istituzio-

---

<sup>63</sup> In base al primo modello, tipico degli ordinamenti di *common law*, l'equilibrio istituzionale è raggiungibile mediante una qualsiasi tecnica di frazionamento del potere legale che si ritenga idonea allo scopo; in base al secondo, diffuso nei sistemi di *civil law*, l'equilibrio fra gli organi sovrani si realizza solo attraverso la specializzazione funzionale (nello specifico v. G.U. RESCIGNO, *Divisione dei poteri*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di C. DONATI, Milano, 1980, p. 94 ss.; G. SILVESTRI, voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 670 ss.; A. CERRI, voce *Poteri (divisione dei)*, cit., p. 1 ss.; M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, Torino, 2004, p. 1 ss.).

nale derivante dalla sua ripartizione; ad essa facevano riferimento le molte teorie secondo cui l'inefficienza dello schema divisorio liberale, lungi dal trovare soluzione in semplici ripensamenti dei rapporti fra poteri, poteva essere superata solo individuando una 'classe guida' e/o un 'potere-guida' cui affidare l'indirizzo politico dell'ordinamento<sup>64</sup>. La seconda, invece, ribadiva la convinzione che una sovranità unitaria potesse esercitarsi mediante la disarticolazione dei poteri e delle garanzie e che il pluralismo sociale, elemento indefettibile delle società moderne, andasse protetto e incoraggiato dall'ordinamento giuridico.

Alla seconda sembra potersi ricondurre 'il ritmo della vita del diritto' contenuto nel progetto culturale e giuridico della Rivista, secondo cui il divieto di aggregazione del potere statale rappresentava una conquista irreversibile della forma di Stato italiana solo transitoriamente derogabile da 'una certa benefica anarchia' fra poteri e adeguatamente tutelabile attraverso soluzioni istituzionali conformi sia al diritto positivo che alle concrete esigenze socio-politiche dell'ordinamento<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> A. CERRI, voce *Poteri (divisione dei)*, cit., p. 5, ci ricorda che in queste teorie trovavano eco i suggerimenti di Machiavelli e di Hobbes sull'ordine sociale e che esse si diversificarono tanto nella classe alla quale attribuire la guida, quanto nel soggetto al quale attribuire la sovranità. Per il punto di vista dei giuristi del primo Novecento sulle diverse possibili deduzioni ricavabili dalla teoria della separazione e sulle loro reciproche contraddizioni v. C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it., Milano, 1984, sp. p. 250 ss.

<sup>65</sup> Il virgolettato è ancora di A.C. JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, cit., p. 166. In altre parole, l'impressione è che alcuni studiosi dell'*Archivio* siano stati in grado di anticipare quel flessibile approccio dottrinale che, negli anni a seguire, avrebbe trovato nel modello di separazione 'a geometria variabile' una funzionale mediazione fra la dottrina della separazione-bilanciamento e quella della separazione specializzata (sulla quale cfr. G. SILVESTRI, voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., sp. p. 714 ss.).

**ELENA FERIOLI, La separazione fra legislativo ed esecutivo nell'Italia prerepubblicana: spunti di riflessione dall'*Archivio giuridico***

Il contributo ripercorre alcune delle principali riflessioni dottrinali sul principio della separazione dei poteri pubblicate nelle pagine dell'*Archivio giuridico* durante la fase costituzionale 'statutaria'. Nel corso dell'Ottocento, tali riflessioni furono espresse sia aderendo alla ormai collaudata consapevolezza che il potere legale, se frazionato, meno facilmente potesse degenerare in dispotismo rispetto a quando risultasse concentrato (nella scia delle proto-liberali esigenze di di offrire rilevanza costituzionale alla contrapposizione sociale fra borghesia e aristocrazia), sia mediante dettagliate analisi delle possibili declinazioni del principio (convenzionalmente riconducibili al modello della separazione non specializzata di matrice anglosassone e a quello della separazione specializzata di matrice europeo-continentale). Nel corso della prima metà del Novecento, gli studi apparsi nella Rivista affrontarono le criticità del principio di separazione manifestatesi in alcune esperienze nazionali per via della intermittente adeguatezza alle gestione del potere statale in momenti di grave instabilità politico-economica. Nel complesso, tali riflessioni evidenziano una convergente fiducia sulla sostanziale irreversibilità del divieto di aggregazione del potere statale nella forma di stato italiana, così come sulla necessità di soluzioni istituzionali 'flessibili' idonee a garantirlo, simultaneamente fedeli al diritto positivo e congrue alle concrete esigenze socio-politiche dell'ordinamento.

**Parole chiave:** costituzionalismo liberale, separazione dei poteri, Statuto albertino, principio di legalità.

**ELENA FERIOLI, The separation between legislative and executive in the prerepublican Italian constitutional framework: cause for reflection from *Archivio giuridico***

The essay recalls the main scholar thinkings on separation of powers which have been published in *Archivio giuridico* before the adoption of the Italian republican Constitution. During the 1800s, by persuasively and insistently arguing that legal power, when divided, degenerates into despotism less easily, as well as by assessing the different ways to improve separation, basically linked to the distinction between 'check and balances model' (which advocates that

*Abstract*

each of the branches has the power to limit or check the others and so inducing that the ambitions of one branch prevent that one of the others become supreme) and 'separation stricto sensu' (which relies on a formal and functional ascription of powers that generally excludes interferences between the different branches, with main regard to the separation between legislative and judiciary). During the first half of the 1900s, by observing the negative outcomes which somewhere the division of powers in different areas of responsibility had showed with regard to efficiency of governance over periods of economic and political instability. On the whole, these thinkings show a converging trust in steadiness and relevance of the ban on concentration of powers in the Italian constitutional framework, as much in the opportunity of adaptive institutional answers to the necessity of protecting the separation of powers.

**Key words:** liberal constitutionalism, separation of powers, Statuto albertino, Rule of Law.

## INDICE DEL FASCICOLO 1 2019

*Giuseppe Dalla Torre, Geraldina Boni, CL* ..... 1

### *Atti del Convegno di studi*

*150 della Rivista Archivio giuridico Filippo Serafini (1868-2018)*

*Alma Mater Studiorum, Bologna, 24 ottobre 2018*

*Giuseppe Dalla Torre, Per i 150 dell'Archivio giuridico.*

*Quale passato, quali prospettive*..... 5

*Andrea Zanotti, Il significato e il valore di una rivista  
interdisciplinare per il recupero dell'unità della cultura e  
dell'esperienza giuridica* ..... 25

*Alessia Legnani Annichini, Figure e percorsi storico-giuridici:  
i primi 100 anni dell'Archivio giuridico* ..... 41

*Nicoletta Sarti, Cinquant'anni di storia e diritto nelle pagine  
dell'Archivio giuridico (1968-2018)* ..... 61

*Elena Ferioli, La separazione fra legislativo ed esecutivo  
nell'Italia prerepubblicana: spunti di riflessione dall'Archivio  
giuridico*..... 75

*Ivano Pontoriero, L'Archivio giuridico e il diritto romano:  
figure e itinerari di ricerca* ..... 107

*Leonardo Nepi, Pluralismo etico e biodiritto: il contributo  
al dibattito biogiuridico dalle pagine dell'Archivio giuridico  
Filippo Serafini* ..... 131

*Costantino M.-Fabris, Diritto della Chiesa e diritto dello  
Stato in un dibattito tra Jemolo e Scaduto sulle pagine  
di Archivio giuridico* ..... 143

*Matteo Carnì, La nascita di una nuova disciplina.  
L'Archivio e il diritto vaticano*..... 169

*Alberto Tomer, Il Collegio dei Fiamminghi Jean Jacobs  
e l'Archivio giuridico: un rapporto secolare*..... 185

*Geraldina Boni, L'Archivio come 'ponte' tra scienze  
giuridiche secolari e scienza canonistica* ..... 205

# ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868  
*Pubblicazione trimestrale*

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-bind peer review*.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, 'estratto' degli articoli in formato elettronico pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: [info@muchieditore.it](mailto:info@muchieditore.it).

***Recensioni e segnalazioni bibliografiche:*** gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'Archivio giuridico. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.