

395
2/3

CARLO ALBERTO BIGGINI

La Legislazione Costituzionale
nel Nuovo Diritto Pubblico Italiano

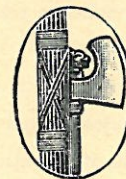


ARTI GRAFICHE - RAVENNA
1931-IX

Prezzo L. 15

CARLO ALBERTO BIGGINI

La Legislazione Costituzionale
nel Nuovo Diritto Pubblico Italiano



ARTI GRAFICHE - RAVENNA
1931-IX

SOMMARIO: I. Oggetto e limiti della trattazione. — II. Criteri per una distinzione giuridica tra legge costituzionale e legge ordinaria. — III. Se e come si debbano intendere i limiti giuridici sostanziali del potere legislativo ordinario. — IV. Limiti giuridici formali del potere legislativo ordinario. — V. Limiti giuridici del potere costituente in alcune moderne costituzioni. — VI. Caratteri giuridici capaci di distinguere una costituzione a tipo flessibile da una costituzione a tipo rigido. — VII. Se sia possibile una costituzione di tipo relativamente rigido. — VIII. Sindacato di costituzionalità: suo significato formale e sostanziale e corrispondente organizzazione. — IX. La legge costituzionale in Italia sino alla riforma introdotta colla legge sul Gran Consiglio del Fascismo del 9 dicembre 1928 n. 2693. — X. Esame dell'art. 12 di tale legge: 1° - distinzione giuridica fra legge costituzionale e legge ordinaria; 2° - procedura per la legislazione costituzionale; 3° - limiti del potere legislativo; 4° - possibilità di un controllo di costituzionalità e come deve essere inteso; 5° - valore della elencazione delle materie di carattere costituzionale. — XI. Influenza della distinzione fra legge costituzionale e legge ordinaria sul carattere formale della nostra costituzione. — XII. Scopo e valore della legislazione costituzionale nel nuovo diritto pubblico italiano.

I

Il diritto pubblico italiano, anteriore al regime fascista, o, più precisamente, sino alla legge 9 Dicembre 1928, n. 2693, sull'ordinamento e attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo, non modificata, nella parte che a noi interessa per il presente studio, dalla successiva legge* 14 Dicembre 1929, n. 2099, non aveva introdotto la differenza tra leggi costituzionali e leggi ordinarie, e perciò il potere legislativo ordinario, secondo l'opinione prevalente, aveva facoltà di emanare qualsiasi legge anche in riforma della legge fondamentale costituzionale, dello Statuto.

Cioè nello Stato costituzionale parlamentare italiano pure la dichiarazione di ogni norma giuridica di carattere costituzionale promanava soltanto dall'approvazione delle Camere rappresentative e dalla sanzione del Capo dello Stato, ed era, quindi, estranea alla nostra costituzione ogni nozione giuridica di legge costituzionale.

La nostra costituzione, così, si annoverava, non prevedendo speciali procedure o speciali organi delibe-

rativi per la modificazione o formazione delle leggi costituzionali, tra le flessibili, e si considerava suscettibile di modificazioni non attraverso la stessa via, che diede origine allo Statuto, cioè per elargizione regia, avendo perduto il Re, nell'atto stesso di emanare la costituzione, la esclusiva potestà legislativa ed essendo, ormai, la legge formalmente la risultante di più volontà concordi, emananti dai tre rami del Parlamento (il Re e le due Camere), non direttamente attraverso il popolo, ma attraverso lo stesso potere legislativo ordinario.

Occorre, però, prima di esaminare se nel diritto pubblico italiano abbia acquistata realmente rilevanza giuridica la distinzione fra leggi costituzionali e leggi ordinarie, e se, per riflesso di tale distinzione, sia o no mutato il carattere flessibile della nostra costituzione, determinare i criteri obbiettivi e i caratteri giuridici che distinguono, nella scienza del diritto pubblico, una legge costituzionale da una legge ordinaria, una costituzione a tipo flessibile da una a tipo rigido. Determinazione teorica preliminare che servirà a meglio chiarire il reale carattere assunto dalla nostra costituzione in seguito

alla trasformazione politica e giuridica operata, anche in questo campo, dal legislatore fascista.

Ma questa determinazione, per poter essere esauriente, implica pure l'esame del problema dei limiti formali e sostanziali del potere legislativo ordinario e dello stesso potere costituente e quello, non meno importante dal lato pratico, del sindacato di costituzionalità.

E tutte queste questioni sono, ⁱⁿvero, intimamente connesse tra di loro, perchè riguardanti un unico e centrale problema, quello di una solida ed efficace sistemazione giuridica dei rapporti tra costituzione e legge, cioè il problema della legislazione costituzionale.

Soltanto, quindi, dopo questa preliminare trattazione sarà possibile procedere ad una seria valutazione dei rapporti tra costituzione e legge, quali essi risultano nel nostro attuale sistema positivo in seguito alla riforma operata con l'art. 12 della legge sul Gran Consiglio.

Cioè esamineremo:

1°) se abbia acquistata rilevanza giuridica la distinzione fra leggi costituzionali e leggi ordinarie;

2°) se si sia dato vita ad un procedimento per la formazione delle leggi costituzionali più rigoroso e diverso da quello che si segue per la formazione delle leggi ordinarie;

3°) se esistano limiti giuridici del potere legislativo ordinario e in quale senso;

4°) se vi sia la possibilità di un controllo di costituzionalità e come debba essere inteso;

5°) quale valore giuridico abbia la elencazione delle materie di carattere costituzionale contenuta nell'art. 12.

Vedremo, poi, se, per influenza di tutti questi aspetti, sia mutato il carattere flessibile della nostra costituzione, ed, infine, diremo dello scopo e del valore della legislazione costituzionale nel nuovo diritto pubblico italiano.

II

La determinazione dei criteri obbiettivi e dei caratteri giuridici capaci di distinguere una legge costituzionale da una legge ordinaria, in uno Stato il cui

ordinamento costituzionale non preveda giuridicamente questa distinzione e che positivamente non stabilisca quali materie debbano considerarsi di carattere costituzionale e formare oggetto di relative leggi, presenta, senza dubbio, come ha perspicuamente osservato l'Orlando, delle difficoltà, dal punto di vista giuridico, insormontabili (1).

Si chiamano, in genere, nel diritto pubblico, costituzionali quelle leggi che hanno "un contenuto attinente agli organi ed alle funzioni fondamentali dello Stato, che sono, cioè, intimamente connesse alla sua vita costituzionale. E fra queste si annoverano le carte costituzionali, le leggi che rappresentano il logico sviluppo politico - giuridico di queste carte, ed anche quelle leggi che, per la loro indole, appaiono parti integranti di una determinata costituzione, la quale, nelle sue norme, consacra già la composizione fondamentale e la sfera d'azione dello Stato (2).

(1) ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1925, pagg. 145-150.

(2) Vedi per esempio GAIAC, *De la distinction des lois*

La *costituzione* di uno Stato è data, infatti, dall'insieme delle norme giuridiche che regolano, come scrive il Ranelletti, l'ordinamento fondamentale dello Stato, ne istituiscono gli organi costituzionali, e di questi regolano la formazione e la competenza: e poichè gli organi *costituzionali*, come organi primi ed essenziali per la vita e l'azione di uno Stato, sorgono fondamentalmente con lo stesso ordinarsi di un popolo a Stato, così risultano necessariamente istituiti dalla stessa *costituzione* dello Stato e in questa trovano immediatamente il fondamento della loro esistenza e delle loro attribuzioni (1).

Ma non tutta la costituzione di uno Stato è, se così si può dire, nella costituzione: cioè nella costituzione *primordiale*, che sorge con lo stesso ordinarsi di un popolo a Stato, poichè, col tempo, necessariamente,

ordinaires et des lois constitutionnelles, Bordeaux, 1905; JONA, *La riforma delle leggi costituzionali*, Torino, 1883; RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, vol. I, pag. 146 e bibliografia ivi citata.

(1) RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1931, II ed., pag. 168-169.

altre leggi di natura costituzionale completano, integrano o modificano la costituzione primordiale.

Appare, quindi, subito chiaro che le norme costituzionali vere proprie, nel loro complesso, sono suscettibili per sè stesse di una distinzione, a seconda che con esse ci si riferisca alla costituzione *primordiale* dello Stato, o alle norme costituzionali *successive*, colle quali si sono introdotte integrazioni o modificazioni nella costituzione originaria.

Le norme costituzionali successive presuppongono, come le norme legislative *ordinarie*, una procedura che disciplini, dal lato formale, l'attività legislativa, e, se tale procedura sarà la stessa, sia per l'attività legislativa costituzionale che per l'attività legislativa ordinaria, le norme costituzionali saranno sullo stesso piano giuridico di quelle ordinarie. Cioè *formalmente* non potranno distinguersi, anche se si vorrà, con una valutazione che non potrà mai avere un vero valore giuridico, tenerle distinte, per il loro *contenuto*, da quelle ordinarie.

Ogni nuova norma di carattere costituzionale viene ad aggiungersi, è vero, al complesso delle norme fon-

damentali della costituzione, acquista, in tale complesso inquadrandosi, lo stesso valore giuridico di questa, ma ogni distinzione tra legge costituzionale e legge ordinaria in ordine al punto che qui interessa precisare, cioè in ordine alla questione della esistenza o no di una vera gerarchia *giuridica* fra costituzione e legge, cosicchè la costituzione si affermi come legge d'ordine *superiore*, e, quindi, in certo modo, *limitatrice* della potestà statale nell'esercizio della funzione legislativa, non può avere alcuna *rilevanza giuridica* (1).

In concreto mancherà pur sempre l'elemento positivo capace di differenziare, con esattezza e con certezza, una legge costituzionale da una legge ordinaria, a parte la considerazione che la fisionomia, che può assumere un determinato testo di legge nel complesso

(1) Per il concetto di costituzione in senso *materiale*, come intero organismo delle norme fondamentali di organizzazione statale, in confronto al significato *formale* di essa e per il concetto di *consuetudine costituzionale*, che della costituzione rappresenta una parte integrativa vedi A. FERRACCIU, *Norme e riforme costituzionali in Italia*, in Studi di Dir. Pubblico in onore del Ranelletti - Padova, 1931, vol. I, pagg. 399-400, e pure del FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale*, I, Torino, 1913, pag. 9 e segg.

delle sue disposizioni, non è mai ben delimitata, tanto è vero che vi sono delle leggi, che, pur rientrando nel sistema di altri rami del diritto, contengono delle norme giuridiche d'indole essenzialmente costituzionale, ed a parte il fatto che in un ordinamento giuridico, che non stabilisce positivi criteri per differenziare una categoria di legislazione da un'altra, una legge non può essere considerata in un piano giuridico superiore, ma, bensì, deve essere ricondotta e ricollegata all'unico ed armonico sistema giuridico vigente.

In un ordinamento costituzionale, che non introduce positive distinzioni fra le diverse categorie di legislazione, ogni parziale raggruppamento di leggi, che tenga conto o della materia o della efficacia o dell'ambito o della fonte di queste leggi, sarà legittimo da un punto di vista giuridico generale e sistematico, ma non avrà alcuna rilevanza giuridica dal punto di vista costituzionale, poichè questi raggruppamenti, che potranno variare all'infinito, secondo i diversi punti di vista, non trovano alcun criterio obbiettivo differenziale in dottrina ed alcuna norma in diritto positivo.

Così, ritornando ai criteri obbiettivi ed ai caratteri giuridici capaci di distinguere una legge costituzionale da una legge ordinaria, si dichiarerà costituzionale tutto il diritto pubblico? Ma l'attività legislativa, ha scritto l'Orlando, in rapporto al diritto pubblico, è *continua* ed *ordinaria*, sicchè anche in tal caso la funzione costituzionale dovrebbe essere ordinaria, cioè non avrebbe più ragione d'essere, poichè in antitesi ad un potere legislativo ordinario (1).

Ed, escluso questo criterio, si dovrà seguire quello che attribuisce il carattere costituzionale a quelle norme che mirano a riformare le *leggi fondamentali* che gli Stati moderni si son date?

Anche questo criterio materiale non dà, come giustamente ritiene l'Orlando, una soluzione giuridica, poichè anche ammesso, in ipotesi, che le carte costituzionali siano tecnicamente perfette, non sarà, per questo, men vero che esse non potranno mai comprendere tutta la parte essenziale e vitale del diritto pubblico di uno Stato (2).

(1) ORLANDO, op. cit., pag. 146.

(2) ORLANDO, op. cit., pag. 147.

Così il criterio che volesse indicare, secondo noi, come costituzionali quelle leggi cui spetta propriamente di precisare *i punti fondamentali ed essenziali di tutto l'ordinamento giuridico*, cioè le competenze originarie degli organi pubblici e le capacità elementari dei cittadini, o, più precisamente, quelle che segnano le linee entro le quali si deve muovere ogni iniziativa pubblica e privata, sarebbe, pur sempre, un criterio non obbiettivamente esatto, non giuridico, poichè spazierebbe in tutto il vasto campo dell'ordinaria attività legislativa dello Stato per differenziare, con una valutazione giuridica discrezionalissima, le norme costituzionali da quelle che tali non devono ritenersi.

Perciò, dato che nessuna caratteristica obbiettiva giustifica giuridicamente l'esistenza di un'ipotetica categoria di leggi costituzionali, bisogna ritenere che, per ammettere questa categoria di legislazione nel sistema del diritto pubblico, occorre una norma positiva che la distinzione fra legge costituzionale e legge ordinaria introduca e che esplicitamente dica quali materie si debbano ritenere per costituzionali; cioè che fra legge

costituzionale e legge ordinaria, sulla base di un diverso procedimento, sulla base di speciali e più rigorose forme, si specifichi un *contenuto* e si stabilisca, in tal modo, una gerarchia di ordine giuridico tra le due categorie di norme.

La essenziale caratteristica giuridica capace di differenziare le leggi costituzionali da quelle ordinarie deve, quindi, riporsi esclusivamente, come concordano due degli scrittori più autorevoli di opposti indirizzi, lo Jellinek e il Duguit (1), nella più elevata forza *formale* di legge alle prime inerente, cioè nelle speciali e più difficili forme contemplate nella costituzione per la formazione e modificazione delle leggi costituzionali.

Ed il Kelsen, a parte qui la sua concezione di tutta una speciale gerarchia di norme giuridiche, ove la stessa costituzione è da lui intesa come una norma o un complesso concettuale di norme, che regolano la produzione di altre norme, scrive che solo per mezzo

(1) JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, ed. 1905, pagg. 520-521; DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, ed. 1923, III, pag. 640.

della costituzione in senso giuridico positivo può essere determinato che le modificazioni e integrazioni delle leggi riguardanti la costituzione debbano essere emanate diversamente dalle altre, sia in virtù di un organo costituente diverso dall'ordinario, sia in virtù di una procedura qualificata imposta all'organo ordinario (1).

Ed, appunto, in difetto di norme positive e di organi o procedimenti speciali giuridicamente ordinati alla revisione della costituzione, la più autorevole dottrina italiana ha sempre proclamato la "non esistenza di vere e proprie caratteristiche giuridiche capaci di differenziare le leggi costituzionali da quelle ordinarie e, per conseguenza, il principio della derogabilità delle prime attraverso leggi ordinarie ed attraverso ordinari organi legislativi (2).

(1) KELSEN, *Lineamenti di una teoria generale dello Stato*, in Nuovi Studi di Dir. Ec. e Polit., 1930, trad. di Maran e Volpicelli, pag. 326.

(2) Vedi ORLANDO, op. cit. pag. 145 e segg.; ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1926, pagg. 226-227; RANELLETTI, *Principi di dir* op. cit. pag. 146 e nota, e *Istituzioni di diritto pubblico*, op. cit. pagg. 294-295; CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato*, n. 32

Era, così, giustissimo ammettere nel nostro diritto costituzionale, anteriore alla riforma compiuta dal regime fascista con la legge sul Gran Consiglio, che il potere legislativo ordinario aveva facoltà di emanare qualsiasi legge, fosse pure diretta a riformare lo Statuto.

III

Però anche allora si cercò da parte di alcuni scrittori, e proprio da un punto di vista *giuridico*, di non porre su una vera linea di uguaglianza la legge costituzionale e la legge ordinaria, negando la possibilità giuridica di modificare per via ordinaria i lineamenti essenziali della costituzione ed affermando l'esistenza di *limiti giuridici sostanziali* al potere legislativo ordinario.

Ma mentre alcuni di questi scrittori hanno considerato tali limiti giuridici della funzione legislativa da un punto di vista teoretico formale, e sono, così, giunti alle più diverse conclusioni, cioè o ad ammetterli nu-

nel Trattato di diritto amministrativo diretto dall'Orlando, pag. 66 e segg., ed altri autorevoli scrittori.

merosi o a riconoscerli in un senso molto ristretto (1), invece altri li hanno valutati da un punto di vista positivo, considerando il problema in riguardo ad un singolo e determinato ordinamento costituzionale.

In questo senso ha impostato il problema il Romano sin dal 1902, e lo ha poi riaffermato ne « L'ordinamento giuridico », precisando che la questione dei limiti giuridici della funzione legislativa « deve risolversi non in astratto, ma secondo i vari diritti positivi » (2).

(1) Vedi CRISCUOLI, *La discrezionalità nelle funzioni costituzionali*, Roma, 1922, p. 53 e segg., ove è esaminato pure il problema dei rapporti tra Stato e diritto.

La numerosa bibliografia intorno a questa materia dei limiti è ricordata in D. DONATI, *La persona reale dello Stato*, estratto dalla rivista di Diritto Pubblico, 1921, pag. 5 e in DEL VECCHIO, *Sulla statualità del diritto*, estratto dalla Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1929, p. 36 e nota.

Per quanto riguarda il fondamento e la genesi della costituzione dello Stato vedi HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1923, p. 286; e per le varie teorie intorno al concetto di limitazione dello Stato vedi BIGGINI, *Il fondamento dei limiti dell'attività dello Stato*, Città di Castello, 1929, p. 79 e segg. e la bibliografia ivi ricordata.

(2) ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, p. 83; ma tale tesi, come si è detto, era stata dal ROMANO già affermata in un suo lontano studio, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, estratto dal-

E più recentemente da parte di alcuni scrittori, e specialmente, con finezza di indagini, da parte del Marchi (1), si è cercato di individuare, proprio in rapporto alla costituzione italiana, un contenuto specifico e sostanziale di essa, il quale, in mancanza di veri e propri limiti giuridici formali, dovrebbe rappresentare un limite al potere legislativo.

Tale punto è stato ripreso, con profondità di analisi e vastità di vedute, dal compianto Ferracciu, il quale ha giustamente visto che il problema della essenza della costituzione « ha un lato di riferimento alla dottrina giuridica generale dello Stato, ed un altro, invece, afferente in modo speciale a ciascun singolo ordinamento costituzionale » (2).

l'Archivio di Diritto Pubblico e Amm. Ital., vol. I, fasc. IV, 1902. Studio da noi precedentemente ed opportunamente messo in evidenza (vedi BIGGINI op. cit. p. 106 e nota 1).

(1) MARCHI, *Lo Statuto Albertino e il suo sviluppo storico*, in Riv. di Dir. Pubblico, 1926, I, pag. 187 e segg.; anzi, secondo lui, è possibile una distinzione fra le diverse norme statutarie, poichè alcune sarebbero veramente limitatrici della potestà del legislatore ordinario (op. cit. p. 192, 196 e segg.): vedi del MARCHI pure il precedente lavoro su *La cosiddetta onnipotenza parlamentare*, Cagliari, 1921.

(2) FERRACCIU, *Norme e riforme costituzionali in Italia*, in

E poichè si è spesso rilevato come sia esigenza assoluta ed *indeclinabile* di ogni Stato che sorge di avere una propria *costituzione*, che determini l'*organizzazione fondamentale* dei pubblici poteri, così, col costituirsi di un tale *ordinamento*, osserva il Ferracciu, si ha la prima originaria e suprema manifestazione di volontà statale, quella che dà veramente vita e forma giuridica allo Stato, la cui sovrana potestà diventa, per effetto di *autolimitazione*, vera e propria potestà giuridica e limitata, in quanto contenuta nella sfera di esso *ordinamento fondamentale*, che sta a rappresentare la parte basilare dell'*ordinamento giuridico generale* dello Stato stesso, il quale con ciò si dà, appunto, una disciplina giuridica.

Ed a questa prima manifestazione suprema di volontà, con cui l'ente statale si costituisce, si dà un *ordinamento*, si deve attribuire, secondo il Ferracciu, un valore *giuridico superiore* ad ogni altra manifestazione *ordinaria* di volontà legislativa dell'ente costituito, e, perciò, la *esistenza dell'ordinamento* si deve imporre

Studi di Diritto Pubblico in onore di O. Ranelletti, Padova, 1931, vol. I, p. 402 e 403.

come limite insuperabile alle ulteriori determinazioni di ogni volontà dello Stato (1).

Si deve, dunque, dire, seguendo il ragionamento del Ferracciu, che anche in un *ordinamento statale a costituzione non rigida*, la *costituzione* e le successive leggi costituzionali s'impongono come *limite giuridico* alla legge *ordinaria*?

Ci sono delle *norme*, anche in *tale* ordinamento, che il potere legislativo non solo debba osservare finchè non siano abrogate, ma *non possa nè modificare nè abrogare*?

Cioè, ci sono delle *norme*, che rappresentino per il potere legislativo ordinario dei *limiti sostanziali e assoluti*?

A noi sembra che non possa darsi risposta affermativa a questo problema, sia riguardandolo, sempre da un lato positivo e concreto, nel rapporto tra *Stato* e *ordinamento giuridico*, sia nel rapporto tra *Stato* e *ordinari organi legislativi*.

E' vero che con le norme costituzionali originarie

(1) FERRACCIU, op. cit. e loc. cit.

lo Stato si rivela nella pienezza della sua sovranità, in quanto, *constituendosi*, si dà gli organi supremi della produzione del diritto, ma è vero, soltanto in un senso molto relativo, che, nello stesso tempo, *si sottoponga ad esso diritto*.

Si può dire che l'*ordinamento giuridico*, rappresentato, in un primo tempo, dalle norme costituzionali originarie, sorge contemporaneamente allo Stato, il quale, raffigurato nel suo complesso unitario, non può certamente concepirsi al di fuori o al di sopra della sua costituzione; si può, pure, dire che la norma dallo Stato emanata, finchè vive ed è voluta dallo Stato, è logicamente norma per lo Stato medesimo; ma non si può affermare che la norma sia un imperativo, un obbligo che allo Stato s'imponga e lo limiti nella sua sovranità.

La personalità giuridica dello Stato, rileva opportunamente il Donati, incontra un limite nel senso di rimanerne escluso lo Stato in quanto organo sovrano, rispetto al quale non è possibile autolimitazione dello Stato (1).

(1) D. DONATI, *La persona reale dello Stato*, op. cit. nota

Ed ancora recentemente ha precisato il Falchi (1), che nessun ordinamento nuovo può dirsi extragiuridico, sempre che sia voluto dallo Stato, poichè « lo Stato non può volere fuori del diritto, mentre resta fuori del diritto ogni ordinamento o condotta che non realizzi una norma vigente, ossia una volizione perdurante, e perciò attuale dello Stato ».

Cioè non può mai considerarsi antigiuridica la con-

n. 5 pag. 4-5; e a pagina 4 scrive che è necessario determinare se l'appartenenza della sovranità e la qualità di fonte del diritto non impediscano allo Stato di essere soggetto di diritto ed in ogni caso non segnino ancora limiti sostanziali alla sua personalità giuridica.

Il RANELLETTI, (*Istituzioni di* op. cit. pagg. 101-105) sviluppa e precisa bene la concezione della Stato di Diritto e, invece di parlare di autolimitazione dello Stato, afferma, giustamente, che i limiti giuridici sono formali e non sostanziali e i limiti sociali e politici non giuridici, ma metagiuridici.

Ha rivendicato il principio di autolimitazione il MALBERG, *Contribution à la theorie générale de l'Etat*, Paris, 1920, I, pag. 231 e segg. Vedi, in senso contrario, le acute osservazioni dell'ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Modena, 1925, pag. 26 e segg.

(1) FALCHI, *La giuridicità della volizione statale e il concetto del diritto*, in Riv. di Scienze Politiche e Giuridiche « Lo Stato », febbraio 1931, pag. 87. Vedi pure del FALCHI, *I fini dello Stato e la funzione del potere*, Sassari, 1914.

dotta dello Stato « che tende a realizzare un fine, perchè il fine è elemento imprescindibile di ogni volizione concreta e in quanto essa realizza il fine, realizza appunto una sua volizione, ossia il diritto » (1). Si dirà allora che lo Stato è *al di fuori del diritto*?

Lo Stato può dirsi al di fuori e al di sopra di un determinato diritto, poichè non gli si può opporre la giuridicità di un ordinamento passato e non più voluto, che non solo non è più il suo ordinamento, ma non è più diritto, ma esso, come bene afferma il Falchi, non è in nessun momento fuori del diritto in generale (2).

Lo Stato, difatti, cessa di essere tale se si pone fuori del diritto e non è pensabile nè al di sopra nè al di fuori del diritto, poichè se la volontà è elemento

(1) In questa tesi è implicita l'affermazione che la giuridicità di una proposizione non riguarda il suo *contenuto*, ma si riferisce solo alla sua *forma*, ma, tuttavia, bene fa il FALCHI a chiarire (op. cit. pag. 89) che quando si parla di *giuridicità* e vi si oppone l'*antigiuridicità* non si pone un giudizio deontologico, un giudizio di valutazione etica o anche semplicemente economico o tecnico, ma si pone solo un giudizio di conformità o disformità da ciò che è il diritto, ossia *constatiamo tale rapporto*.

(2) FALCHI, op. cit. pag. 91.

essenziale della sua realtà, esso non può in nessun momento non esser volontà, non realizzarsi, cioè, attraverso atti volitivi, ossia attraverso il diritto.

Lo Stato fuori del diritto sarebbe, precisa il Falchi, come la mente al di fuori o al di sopra del pensiero, mentre il pensiero è la sua realtà e null'altro che un'astrazione essa sarebbe senza il pensiero (1).

Secondo noi, quindi, la sottoposizione dello Stato al diritto, o meglio la cosiddetta *autolimitazione* giuridica dello Stato, può concepirsi solo nel senso che la norma, finchè vive ed è voluta dallo Stato, è norma per lo Stato stesso: essa, derivando dal volere sovrano dello Stato, può essere sempre da esso mutata.

Nella realizzazione del diritto lo Stato, scrive il Bähr, realizza il primo germe della sua propria idea (2).

Ma se lo Stato deve attuare e garantire il diritto, deve anche essere sovranamente libero di mutarlo e modificarlo, per conformare le sue leggi al suo processo evolutivo.

(1) FALCHI, op. cit. pag. 92.

(2) BÄHR, *Lo Stato giuridico*, in *Bibl. di Scienze Politiche*, vol. VII, pag. 290.

Non può il diritto costituire un limite dell'attività dello Stato - la ragione della quale attività è pur sempre nella realizzazione giuridica di esigenze sociali - se è egli stesso, col manifestare la propria volontà, che crea continuamente il diritto, che non può volere che nella forma del diritto.

Come si può giuridicamente pensare che lo Stato con una norma, da esso esclusivamente emanante, possa porre una limitazione alla propria ulteriore attività?

Lo Stato dà a sè stesso delle norme, segna a sè stesso delle linee di condotta entro le quali vuole operare; ma tali norme, derivando sempre, e solamente, dal volere di esso Stato, non possono impegnarlo contro il suo volere, non possono vietargli di darsi delle norme nuove, ossia diverse dalle precedenti, quando ciò sia necessario per concretare la sua volontà e raggiungere i suoi fini.

Se lo Stato, per la sua sovranità, per la sua potestà d'impero, ha la capacità di determinarsi esclusivamente con la propria volontà, non può essere certamente limitato, e, quindi, giuridicamente obbligato,

da quell'ordinamento giuridico, che egli stesso stabilisce e può mutare.

Lo Stato rimane, è vero, come scrive il Romano, (1) « nell'orbita del diritto in tutti i suoi momenti, compreso quello in cui, sulla base dell'antico, emana un diritto nuovo », ma il carattere vero che distingue lo Stato è pur sempre la sovranità, la quale è tenuta all'osservanza delle norme giuridiche soltanto fino a quando non le abbia mutate.

E in questo senso soltanto si può parlare di sovranità giuridica, in quanto lo Stato deve manifestare la sua volontà contraria alla norma esistente, prima di poterla non osservare.

Ma la sovranità, come proprietà dello Stato o della potestà statale, non può essere qualificata da una realtà empirica (principe o popolo), ma soltanto dall'ordinamento giuridico: cioè la sovranità è la proprietà dello Stato di essere un ordinamento superiore, irriducibile, nel suo valore, ad alcun ordine più alto.

(1) ROMANO, *Corso di dir. costituzionale*, op. cit. pag. 42.

« Che lo Stato sia sovrano, teoricamente, secondo il Kelsen, non può significare altro se non che il sistema di norme, che si definisce come ordinamento statale, trova il suo ultimo fondamento di validità, e, quindi, la sua unità, in una norma, la quale venga presupposta come *ultima norma*, non più bisognevole di alcuna legittimazione o derivazione » (1).

Ma ciò, invero, non è completamente esatto, poichè l'*ordinamento statale*, come *ordinamento giuridico*, prima di essere un sistema di norme, nel senso del Kelsen, è un *organismo istituzionale* ed in questo consiste; onde la sovranità non può significare altro che l'*organismo istituzionale*, che si definisce come ordinamento statale o ordinamento giuridico, trova già il suo fondamento in sè stesso, poichè da nessun altro deriva e perchè, includendo tutto l'operare sociale, non ha limiti e lacune (2).

Lo Stato, quindi, osserva il diritto, perchè corri-

(1) KELSEN, *Lineamenti* ... op. cit. pag. 370-371.

(2) Vedi in questo senso VOLTICELLI, *Natura oggetto e limiti della dottrina generale dello Stato* in Nuovi Studi di Dir. Econ. e Politica, 1930, pag. 362.

sponde alla sua volontà: quando più non corrisponde non lo viola, ma lo modifica.

Ed in ciò consiste veramente la sua sovranità, la sua potestà, ossia la sua vita, pienamente e liberamente autonoma, senza della quale non c'è Stato, ma agglomerato meccanico d'individui e di forze (1).

Però, per così concludere, bisogna possedere quel concetto moderno della sovranità, da noi brevemente delineato, e non pensare che il fondamento di essa sia soltanto nel trasferimento dell'attività giuridica dello Stato dalla volontà unica del principe negli organi della potestà normativa, contemplati dalla organizzazione fondamentale dello Stato uscito dalla rivoluzione francese e perfezionato dalle successive rivoluzioni liberali.

Per un falso ed erroneo concetto si è posto puramente e semplicemente lo Stato al posto del principe, ossia si è visto lo Stato nel principe, senza riflettere sulla diversa portata dei due concetti e sulla diversa natura della loro autorità; si sono opposti dei limiti

(1) Per un più ampio sviluppo di questi concetti vedi BIGGINI, op. cit. pagg. 79-113 e la bibliografia ivi citata.

allo Stato come si sarebbero opposti al principe, e si si è, così, da parte dei primi teorici dello Stato di diritto, enunciato il principio della limitazione giuridica dell'attività dello Stato.

E tutto ciò, invero, è stato possibile enunciare e teorizzare, poichè la concezione autocratica della sovranità è rimasta, come ha perspicuamente osservato il Volpicelli (1), a fondamento e modello degli ordinamenti giuridici costituzionali, « i quali, immedesimando la sovranità con alcuni istituti competenti a porre individuare eseguire la norma giuridica, accoglievano pedissequamente il principio fondamentale stesso dell'autocrazia ».

Come, infatti, la sovranità, nel regime della monarchia assoluta, si immedesima nell'autocrazia con l'istituzione personale del principe, e si presenta, osserva il Volpicelli, dall'esterno imposta al corpo sociale, così, nel regime costituzionale, si immedesima con un complesso di istituzioni giuridiche, rappresentative e imper-

(1) VOLPICELLI, op. cit., pagg. 362-363.

sonali, ma pur sempre distinte ed opposte alla restante organizzazione giuridica e realtà sociale. E, inoltre, come la costituzione, nella monarchia assoluta, consiste, bene rileva il Kelsen, in questo solo principio, che ogni espressione della volontà del monarca è una norma giuridica obbligatoria (1), e non è, quindi, possibile una distinzione giuridica, teorica e pratica, tra legge costituzionale e legge ordinaria, così in un regime costituzionale, che non conosca differenze giuridiche, teoriche e pratiche, tra costituzione e legge, ogni espressione di volontà delle istituzioni giuridiche rappresentative è norma giuridica obbligatoria, che s'impone dall'esterno, con quei caratteri delineati dal Volpicelli, alla restante organizzazione giuridica e realtà sociale.

E ciò per voler far consistere ancora la sovranità soltanto in organi ed istituzioni determinate, per volerla vedere materializzata e contratta in un organo personale prima, in un complesso di organi rappresentativi e impersonali poi, mentre essa non solo non è distinta

(1) KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la constitution*, in *Revue du Droit Public*, 1928, pag. 202.

ed opposta al corpo sociale e all'ordinamento giuridico, ma è, bensì, essenziale e coestensiva ad essi.

Quindi, come non è possibile ammettere che lo Stato sia antecedente al diritto, così non si può sotmetterlo, più o meno spontaneamente, al diritto, al suo proprio diritto, renderlo, cioè, giuridicamente obbligato a sè stesso. Per noi Stato e diritto coesistono, Stato e ordinamento giuridico coincidono, cioè lo Stato, come originario organismo istituzionale, non è altro che la personificazione dell'ordinamento giuridico (1).

Esaminato il rapporto tra *Stato* e *ordinamento giuridico*, sia pure in termini generali, ma sufficienti a negare che lo Stato sia sottoposto al diritto neppure nelle sue norme costituzionali originarie, vediamo ora quello tra *Stato* e *ordinari organi legislativi*, sempre in relazione al problema se la legge costituzionale, anche in

(1) Vedi in questo senso KELSEN, *Lineamenti.....*, op. cit., pagg. 272-277 e specialmente pagg. 279-280; vedi anche VOLPICELLI, op. cit. pag. 362, per il quale ordinamento giuridico e ordinamento statale sono termini equivalenti.

un ordinamento statale a costituzione non rigida, s'imponga come *limite alla legge ordinaria*.

È chiaro, anzitutto, che se in un ordinamento statale così costituito, non esiste un potere legislativo superiore a quello ordinario, tale potere ha la facoltà di emanare tutte le leggi: e siccome non c'è parte dell'ordinamento statale che non possa formare oggetto delle sue disposizioni, sia per modificare o abrogare le norme esistenti, sia per introdurne delle nuove, così neppure la legge costituzionale, anche se riguardata dal lato *sostanziale*, può imporsi come limite alla legge ordinaria.

Difatti in tale sistema le *leggi*, che da esso derivano, si designano semplicemente col nome di *leggi*, oppure, volendo indicare la forma specifica - approvazione delle Camere e sanzione del Capo dello Stato - con cui il potere legislativo esercita le sue funzioni, col nome di *leggi ordinarie*, *leggi formali*.

Con ciò, però, non si deve assolutamente credere che il potere legislativo sia *legibus solutus*.

Abbiamo detto che lo Stato non può avere la sua

potestà, e, per conseguenza, la sua attività, limitata da alcuna norma imperativa, ma solo regolata da norme, che, dal suo volere create e dal suo volere sempre dipendenti, pone a sè stesso, fino a che rispondono alle esigenze della società, da esso Stato compresa, organizzata, personificata: ma gli organi, gli organi tutti, che sono sorti ed esistono per attuare, esprimendo la volontà dello Stato, le sue finalità, hanno la *loro attività giuridicamente limitata* da quel complesso di norme posto dallo Stato.

Perciò il potere degli organi dello Stato è sempre proporzionato e limitato alla funzione per cui, essi organi, sono costituiti: ogni organo statale ha quel tanto di potere che lo Stato gli attribuisce, ogni organo non può esprimere che il volere stesso dello Stato.

Una loro manifestazione di volontà, fuori dei limiti segnati dallo Stato, non è volere dello Stato, ma loro volere, e, quindi, non è valida, ossia è priva di autorità.

Gli organi tutti dello Stato, singolarmente presi e considerati, hanno, perciò, nell'esercizio delle loro fun-

zioni, dei limiti che devono osservare, dei limiti corrispondenti pur sempre alla competenza loro assegnata dallo Stato.

Gli stessi organi legislativi sono, così, vincolati nella loro azione da norme, ossia non possono agire giuridicamente se non in forme determinate.

Essi sono vincolati da quelle norme che si riferiscono alla procedura della funzione legislativa ed a quei caratteri, estrinseci o formali, che la legge deve rivestire, perchè possa considerarsi veramente tale.

Ma è evidente che questi limiti sono *formali* e non *sostanziali*: derivano, difatti, dalla *competenza* assegnata agli organi legislativi, dalla *procedura* che essi organi devono seguire, dal *carattere estrinseco* che deve contrassegnare i loro atti, ma non riguardano per nulla il *contenuto* della loro volontà.

Quindi se questi sono i termini del rapporto tra Stato, ordinamento giuridico e organi legislativi, in un ordinamento statale a costituzione non rigida e che non preveda un potere legislativo superiore a quello ordinario, non ci sembra che si possa parlare, da un punto

di vista veramente giuridico, della esistenza di norme costituzionali, che il potere legislativo non possa nè modificare nè abrogare, e che, perciò, rappresentino per esso dei *limiti sostanziali*.

Queste norme costituzionali, le quali hanno certamente un *carattere direttivo* per il potere legislativo, potranno consigliare, nel corso storico dello Stato, esso potere a mantenere fermi alcuni principî fondamentali in esse norme contenuti, almeno sino a quando non vengano politicamente meno i motivi che li hanno determinati, potranno implicitamente contenere l'obbligo, non dirò di osservarli, ma di tenerli presenti e di non modificarli o abrogarli se non per nuove e profonde esigenze e motivi, che si sprigionano dalla consociazione politica organizzata a Stato, ma non potranno mai obbligare nel senso vero e proprio, cioè giuridico, della parola, non potranno mai rappresentare un limite giuridico sostanziale al potere legislativo.

Così nel diritto pubblico italiano, anteriore alla legge sul Gran Consiglio, si è riconosciuta la competenza del potere legislativo ordinario a modificare le

norme costituzionali contenute nello Statuto, ma, nello stesso tempo, si è assegnato a tale competenza un *carattere diverso dall'ordinario*, in quanto che si è sempre esercitata con speciale prudenza e ponderazione.

E se questa considerazione può condurci a ritenere lo Statuto, almeno nelle sue disposizioni fondamentali, una *legge superiore*, non certamente dal punto di vista *formale*, ma da quello *sostanziale*, tuttavia a questa *superiorità sostanziale* di molte disposizioni contenute nello Statuto non si potrà mai dare, secondo noi, un *vero valore giuridico*, ma soltanto, come si disse, un *valore direttivo* per i poteri discrezionali degli organi legislativi (1).

(1) Per il CRISCUOLI (op. cit. pag. 139 nota 32) e per il FERRACIU (*Norme e riforme.....* op. cit. pag. 408) gran parte delle disposizioni contenute nello Statuto assumono valore *giuridico di legge d'ordine superiore* soltanto da un punto di vista *sostanziale e non formale*, mentre per il MARCHI (op. cit. pag. 195) lo Statuto deve considerarsi legge d'ordine superiore *pure formalmente*, poichè anche da tale punto di vista contiene un'autorità più grande di ogni altra legge. Ed, invero, se si dà a questa *superiorità sostanziale* non un semplice *valore direttivo*, ma un vero e proprio *valore giuridico*, come il Ferraciu e il Criscuoli, è logico giungere col Marchi anche alla *superiorità*

Si vede, quindi, che l'essenza giuridica del problema rimane in quei termini da noi precisati, e conserva quei caratteri, che abbiamo, sin qui, delineato.

IV

Ma pure ammesso, col Ferracciu e col Criscuoli, che la *costituzione* abbia implicita in sè l'idea di una superiore autorità, che, giuridicamente, le deriva dal suo *contenuto*, come complesso di regole basilari organizzative della struttura costituzionale dello Stato, non si può giungere ad affermare che tale superiorità si risolva in limiti giuridici, sia pure soltanto *sostanziali*, del potere legislativo.

Quando le leggi costituzionali sono modificabili attraverso la legislazione ordinaria, non si può giuridica-

formale. Difatti perchè questa superiorità abbia *vero* valore giuridico, cioè perchè sia capace d'imporsi come limite alla legge ordinaria, bisogna che sia tale non solo sostanzialmente ma anche formalmente: ed ecco perchè noi diamo a questa superiorità sostanziale un *valore direttivo*, nel senso sopradetto, e non un *valore giuridico*, ossia non un *vero* e proprio valore giuridico.

mente ammettere che la legge non possa toccare e modificare i lineamenti fondamentali, costituzionali dello Stato: si può, perciò, soltanto parlare, da un punto di vista strettamente e veramente giuridico, di *limiti formali e non sostanziali* del potere legislativo ordinario.

In tal senso sono orientate le costituzioni moderne, le quali, come esamineremo, sono sorte, è vero, come un sistema di limiti giuridici per tutti gli organi fondamentali dello Stato, ma, per ogni riforma o revisione costituzionale, creano e sistemano gli organi a ciò competenti, stabiliscono ed indicano le speciali procedure da seguire e prescrivono le garanzie da osservarsi.

Se limiti formali non sono posti al potere legislativo ordinario, sì da porre la legge costituzionale in un piano gerarchicamente superiore alla legge ordinaria, noi dobbiamo *giuridicamente* considerare la norma costituzionale e quella legislativa sullo stesso piano, quale espressione, l'una e l'altra, della volontà dello Stato attraverso un unico potere sovrano e sulla base di una uguale procedura.

In tale ordinamento statale le norme costituzionali

sia originarie che successive - per conseguenza la stessa *costituzione* dello Stato - sono, alla stregua di ogni altra legge, un atto di volontà dello Stato, e, come tali, non godono, rispetto ai principî di diritto in esse contenuti, una più alta autorità delle altre leggi (1): cioè in tale ordinamento statale non esiste una *caratteristica giuridica differenziale* tra costituzione e legge.

Quindi, perchè si possa giuridicamente distinguere la legge costituzionale dalla legge ordinaria, perchè la legge costituzionale, come legge d'ordine giuridico superiore, s'imponga, limitandola, alla legge ordinaria, e perchè, infine, il potere legislativo ordinario sia giuridicamente limitato, è necessario istituire degli organi o dei procedimenti speciali e diversi da quelli ordinari per la formazione e revisione delle leggi costituzionali.

Prima di essere sostanziali i limiti del potere legislativo ordinario devono essere *formali*, cioè si deve organizzare un *sistema positivo* per la *legislazione co-*

(1) Vedi in questo senso LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1911, II, pag. 39.

stituzionale, che sia capace di sistemare efficacemente i rapporti tra costituzione e legge.

Esistono, difatti, veri limiti giuridici al potere legislativo ordinario in tutte quelle costituzioni che prevedono una qualche formalità più rigorosa per la modificazione delle leggi costituzionali, che sistemano positivamente i rapporti tra costituzione e legge, che tracciano una differenza giuridica tra funzione ed attività legislativa costituzionale e funzione ed attività legislativa ordinaria.

Questo problema è, invero, intimamente legato a quello che riguarda la determinazione del carattere rigido o flessibile di una determinata costituzione, cioè l'esame e la precisazione dei caratteri giuridici capaci di distinguere una costituzione a tipo flessibile da una costituzione a tipo rigido, e sarà, quindi, ampiamente esaminato in sede opportuna. Per ora a noi è sufficiente aver precisato che i limiti del potere legislativo ordinario, perchè siano veri limiti giuridici, devono essere, anzitutto, *limiti formali*: ossia il potere legislativo ordinario trova un limite nella legge costituzionale sol-

tanto ed in quanto siano creati degli organi diversi per la funzione legislativa costituzionale o sia preveduto un diverso e più severo procedimento per la formazione della legge costituzionale.

V

In alcune moderne costituzioni ci sono delle norme costituzionali, che non solo s'impongono come *limite* al potere legislativo ordinario, ma anche allo stesso *potere costituente*.

In queste costituzioni la legislazione costituzionale è affidata ad un potere diverso da quello legislativo ordinario o agli stessi organi legislativi ordinari con speciali e più rigorose procedure, ma la stessa attività legislativa costituzionale di tali organi è giuridicamente limitata, in senso *formale*, da cautele e modi speciali di manifestazione, ed in senso *sostanziale*, da norme che impediscono a questi organi di modificare alcuni principî od istituti regolati e contenuti nelle norme costituzionali originarie.

In queste costituzioni, così, all'esigenza della ma-

nifestazione, in materia costituzionale, di un potere diverso da quello legislativo ordinario o dello stesso potere legislativo ordinario attraverso una più rigorosa procedura, si aggiungono limiti formali e sostanziali per la stessa attività legislativa *costituzionale* di questi organi.

In un sistema rigido, così organizzato, è rigorosamente precisata l'idea della supremazia giuridica della costituzione e si realizza positivamente quella tendenza che vuole rendere difficile una mutazione delle basi dell'ordinamento statale e che corrisponde, come osserva il Kelsen, al bisogno della stabilità e della sicurezza dello sviluppo giuridico (1).

Quindi in *tale* ordinamento statale il *potere legislativo straordinario*, consista esso in un vero e proprio potere costituente o nello stesso potere legislativo ordinario attraverso una più rigorosa procedura, non può modificare alcuni principî ed istituti fondamentali contenuti nella costituzione.

Così, ad esempio, in alcune costituzioni esso potere

(1) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, pag. 252.

non può modificare la forma di governo (1), in alcune altre le dichiarazioni dei diritti fondamentali di libertà e di eguaglianza (2), in altre le disposizioni che stabiliscono la proibizione della rielezione del Presidente e del Vice Presidente della Repubblica e la durata del periodo presidenziale (3), in altre le disposizioni relative alla forma rappresentativa e parlamentare (4), in altre, infine, le disposizioni fondamentali, in senso generico, della costituzione (5).

(1) Vedi DARESTE, *Les constitutions modernes*, IV ed., ad opera di DELPECH e LAFERRIÈRE, vol. I, Paris, 1928: FRANCIA, legge 25 Febbraio 1875 sulla organizzazione dei poteri pubblici, art. 8, dopo la modificazione legge 14 Agosto 1874, art. 2; Albania, costituzione del 7 Marzo 1925, art. 141. Vedi GIANNINI, appendice alla sua monografia intorno alla *Turchia* (Roma, 1925), 20 Aprile 1924, art. 102.

(2) Per la *Francia*, ove la dichiarazione dei diritti è posta al di sopra di tutte le altre leggi, vedi DUGUIT op. cit., pag. 639 e segg. e MIRKINE - GUETZEVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, in *Revue du droit public*, 1929, pag. 591-593. Per l'*Egitto* vedi GIANNINI, appendice alla sua monografia intorno a questo Stato (Roma, 1923), 19 Aprile 1923, art. 156.

(3) *Repubblica di Salvador* 13 Agosto 1886, art. 148: vedi in DARESTE, op. cit., però III ed., Paris, 1910.

(4) Vedi GIANNINI, op. cit. *Egitto*, 19 Aprile 1923, art. 156.

(5) Vedi DARESTE, op. cit. IV, Paris, 1928: *Grecia*, costituzione del 2 giugno 1927, art. 125.

Vi sono, poi, delle costituzioni che indicano espressamente certi articoli che non possono essere mai modificati (1), delle costituzioni che escludono qualunque modificazione alla costituzione per un primo periodo di tempo (2), e delle costituzioni che prescrivono che, prima di modificare la costituzione, deve essere posto in deliberazione se modificarla o no (3).

Fuori dei limiti del presente lavoro sarebbe l'esaminare tutti questi singoli casi, riportati al solo scopo di far vedere come la stessa funzione legislativa costituzionale sia limitata da alcune norme che non può toccare o modificare.

Ma a noi sembra che, anche in questi casi, si

(1) *Albania*, costituzione del 1 Dicembre 1928, gli art. 1 e 2 relativi al regno democratico parlamentare ereditario ed indivisibile, l'art. 6 relativo alla capitale Tirana, gli art. 50 e 51 relativi alle regole della successione al trono: STATI UNITI, costituzione del 17 Settembre 1787, per la quale mai potrà abrogarsi la disposizione che stabilisce che uno Stato non può essere privato della eguaglianza dei voti al Senato senza il suo consenso.

(2) Per es. delle costituzioni vigenti: *Grecia*, 2 Giugno 1927, art. 125; *Equatore*, 26 Marzo 1929, art. 164, e altre.

(3) Così per es. *Ginevra*, 24 Maggio 1874, art. 152; *Po-
lonia*, 17 Maggio 1921, art. 125.

possa parlare più che di un *potere costituente*, come un *potere a sè*, sostanzialmente illimitato, anche successivamente a quel momento originario in cui si afferma la volontà sovrana dello Stato, di una funzione costituente come funzione legislativa *straordinaria*, che a differenza di quella *ordinaria*, si esercita *originariamente* per stabilire ed organizzare l'*ordinamento fondamentale dello Stato*, e, *successivamente*, per procedere alla modificazione e formazione delle *norme costituzionali*, col *rispetto*, però, di alcuni *principi ed istituti fondamentali* contenuti nell'*ordinamento originario*, i quali, così, s'impongono come *limite* a questa stessa funzione legislativa straordinaria.

VI

Determinati i criteri obbiettivi e i caratteri giuridici che differenziano la legge costituzionale dalla legge ordinaria, esaminato il problema dei limiti giuridici formali e sostanziali del potere legislativo ordinario, e, in alcune costituzioni, dello stesso potere costituente,

limitatamente, però, ad alcune disposizioni fondamentali, dobbiamo ora dire dei *caratteri giuridici* capaci di distinguere una *costituzione a tipo flessibile* da una *costituzione a tipo rigido*.

Questioni tutte preliminari e fondamentali per una esatta interpretazione del nostro recente diritto positivo intorno alla legislazione costituzionale: diritto positivo che, certamente, non può essere adeguatamente valutato, e scientificamente sistemato nel sistema del nuovo diritto costituzionale italiano, senza la precisazione teorica dei *principi giuridici*, che presiedono a questo ordine di problemi, i quali toccano l'essenza e l'attività originaria e prima dello Stato.

Quali, dunque, i criteri obbiettivi e i caratteri giuridici che distinguono i due tipi di costituzioni, che, sulle tracce del Bryce e del Dicey (1), la dottrina ha chiamato, appunto, *rigide e flessibili*?

(1) BRYCE, *La République américaine*, ed. franc. 1900, vol. I, pag. 54; vedi anche traduzione ital., Torino, 1913. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, 1902, pag. 82 e 371.

Il Bryce, posta la distinzione tra costituzioni flessibili e costituzioni rigide, precisa che queste ultime sono quelle in cui « i patti scritti, posti a fondamento di un governo, derivano da un'autorità superiore a quella del parlamento ordinario » (1), ed il Dicey, sviluppando questi concetti, dice che mentre *flessibile* è quella costituzione in virtù della quale ogni legge, qualunque sia, può essere legalmente mutata, con la stessa facoltà e nella stessa maniera, da un solo e medesimo corpo, invece *rigida* è quella costituzione in cui « certe leggi, generalmente conosciute come leggi fondamentali o costituzionali, non possono essere mutate nella stessa maniera delle leggi ordinarie », ove l'insieme o le parti della costituzione « non possono essere cambiate che coll'impiego di qualche procedura straordinaria di legislazione » (2).

Semplici e chiari sembrano, quindi, i caratteri giuridici, indicati dal Bryce e sviluppati dal Dicey, capaci

(1) BRYCE, op. cit., traduz. ital., pag. 481.

(2) DICEY, op. cit. pag. 82 e pag. 112-113.

di distinguere una costituzione flessibile da una rigida; ma se, però, noi passiamo ad esaminare i casi positivi che, in ordine al problema della flessibilità o rigidità della costituzione, ci presenta, nelle varie carte costituzionali, il diritto comparato, riscontriamo, è vero, che la rigidità è accolta dalla grande maggioranza degli Stati, ma che molteplici, e tra loro diversi, sono i sistemi adottati per assicurare il carattere rigido della costituzione.

Poche sono le costituzioni flessibili, cioè quelle che non prevedono speciali formalità per la modificazione delle leggi costituzionali, le quali, così, possono essere modificate dal potere legislativo con la procedura ordinaria: tutte le altre prevedono organi speciali o procedure e formalità, *più o meno rigorose*, per la formazione e modificazione delle leggi costituzionali (1).

(1) Vedi il testo delle principali costituzioni in DARESTE, op. cit., Paris, III ed., 1910 e IV ed., 1928; in MIRKINE-GUETZEVITCH *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris, 1928; e in GIANNINI, *Le costituzioni degli Stati dell'Europa Orientale*, Vol. due, Roma, 1929. Ma, soprattutto, ho seguito il LIUZZI, il quale, nel suo studio, *Sulle leggi costituzionali di cui all'art. 12 della legge sul Gran Consiglio*, (in Annali dell'Università di Camerino,

Alcune assegnano la competenza a conoscere e deliberare intorno alle leggi di carattere costituzionale ad un organo diverso da quello legislativo ordinario; e quest'organo speciale, con funzioni legislative costituzionali, può essere costituito o da una assemblea formata dalla riunione delle due Camere (1), o da una assemblea speciale (2), o da una assemblea speciale composta di un numero di membri doppio di quello della Camera o delle Camere (3), o direttamente dall'insieme dei cittadini (4).

Cortona, 1929) ha, con una analitica e precisa esposizione, sistemato, in una *appendice* (pag. 142 e segg.) e in un annesso *prospetto*, i diversi sistemi costituzionali.

(1) Secondo il prospetto cit. del LIUZZI, la FRANCIA, legge 25 Febbraio 1875 sulla organizzazione dei pubblici poteri, art. 8; la *Polonia*, 17 Marzo 1921, art. 125; la *Romania*, 29 Marzo 1923, art. 29; la *Grecia*, 3 Giugno 1927, art. 125, solo, come si è detto, per la revisione delle disposizioni non fondamentali.

(2) Per es. *Argentina*, 25 Settembre 1860, art. 30; *Paraguay*, 25 Novembre 1870, art. 123; *Ginevra*, 24 Maggio 1847, art. 153 per la revisione totale quindicennale, se il popolo decide la revisione.

(3) Per es. *Grecia*, 28 Novembre 1864, art. 107; *Bulgaria*, 28 Aprile 1879, art. 141 e 169; *Uruguay*, 10 Settembre 1829, art. 159.

(4) Per es. *Ginevra*, 24 Maggio 1847, art. 152 e 153; *Sviz-*

In alcune costituzioni di Stati federali, invece, alla manifestazione degli organi legislativi ordinari si deve aggiungere una speciale manifestazione degli Stati membri (1).

Altre costituzioni, poi, al posto di un organo diverso da quello legislativo ordinario, prescrivono speciali e più rigorose procedure nella manifestazione di volontà degli organi legislativi ordinari per tutte le leggi di carattere costituzionale. Cioè votazione della modificazione della legge costituzionale con una maggioranza speciale superiore alla normale o con un « quorum » speciale superiore al normale; votazione ripetuta in sedute successive o in due sessioni o in due legislature; scioglimento delle Camere dopo una prima approvazione delle proposte

zera, 29 Maggio 1874, art. 123 accettazione della maggioranza degli elettori che prendono parte al referendum e maggioranza degli elettori che prendono parte ecc. nella maggioranza dei cantoni; *Berna*, 4 Giugno 1893, art. 93 e segg. per la revisione totale; *Australia*, 9 Luglio 1900, art. 128 accettazione della maggioranza dei partecipanti al referendum e maggioranza dei partecipanti nella maggioranza degli Stati membri; *Danimarca*, 5 Giugno 1915, art. 94; *Austria*, 1 Ottobre 1920, art. 44 per la revisione totale.

(1) Per es. *Stati Uniti*, 17 Settembre 1787, art. V; *Messico*, 5 Febbraio 1917, art. 135; *Venezuela*, 22 Maggio 1928, art. 127.

di modificazione; approvazione dopo due o tre letture; votazione ritardata, ossia un determinato intervallo tra presentazione della proposta, discussione e votazione; sottoscrizione della proposta da parte di un numero speciale di membri delle assemblee rappresentative (1).

Ma mentre per quelle costituzioni, che prevedono organi diversi da quelli legislativi ordinari per la formazione delle leggi costituzionali, il carattere rigido non può essere messo in dubbio, invece per quelle costituzioni, che prescrivono, nella formazione delle leggi di carattere costituzionale, procedure e formalità più rigorose e diverse, da quelle che si seguono per le leggi di carattere ordinario, la rigidità può, in alcune di esse, non apparire altrettanto certa.

Difatti, come si è detto, alcune di queste costituzioni prevedono sistemi procedurali rigorosi e veramente diversi da quelli che si seguono per le leggi ordinarie,

(1) Per tutti questi sistemi vedi il *prospetto* cit. del *Liuzzi*, ove le costituzioni, corrispondenti ai casi ricordati, son ben sistemate e raggruppate.

ed in queste, pure, il carattere rigido è evidente; altre, viceversa, si accontentano di formalità procedurali *lievemente* diverse da quelle ordinarie, e, per queste, la rigidità non è, almeno a prima vista, evidente e certa.

Così, per esempio, il caso di un determinato intervallo tra la presentazione della proposta e la discussione seguita dall'approvazione; così il sistema delle due o tre letture; così, infine, il caso della sottoscrizione della proposta da parte di un numero speciale di membri delle Camere.

Però se adottiamo, come caratteri giuridici differenziali tra i due tipi di costituzioni, le rigide e le flessibili, quelli formulati dal Bryce e sviluppati dal Dicey, non possiamo non annoverare tra le rigide anche quelle costituzioni, che prevedono, per le leggi costituzionali, i sistemi procedurali ora messi in dubbio. Rigide, difatti, per tali autori, sono tutte quelle costituzioni nelle quali le leggi costituzionali *non possono essere mutate nella stessa maniera delle leggi ordinarie*.

E tali criteri giuridici, invero non molto restrittivi, come avremo modo di rilevare fra poco più ampiamente,

sono seguiti da una corrente dottrinale, che può, ormai, dirsi tradizionale.

L'Esmein (1) e il Duguit (2) includono tra le costituzioni rigide tutti quei casi, in cui gli organi legislativi ordinari devono, per le leggi costituzionali, manifestare la loro volontà *secondo condizioni determinate o secondo determinate procedure*.

Il Kelsen, posta la norma costituzionale al più alto grado nella sua teoria della scala gerarchica di produzione delle norme giuridiche (3), con un concetto, capace di abbracciare l'elemento giuridico comune ai diversi e vari casi che le costituzioni presentano, parla di rigidità tutte le volte che la modificazione delle norme costituzionali da parte degli organi legislativi ordinari sia *difficoltata* (4).

Così l'Hauriou (5) considera rigide tutte quelle co-

(1) ESMEIN, *Elements de droit constitutionnel*, ed. VII, 1927, vol. I, pagg. 612-617.

(2) DUGUIT, op. cit. vol. III, pag. 639.

(3) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, op. cit. pag. 230 e segg. e pag. 234.

(4) KELSEN, op. cit. pag. 253.

(5) HAURIOU, op. cit. pag. 276.

stituzioni che contengono *disposizioni limitative*, in ordine alle riforme costituzionali, del potere legislativo, e il Barthélémy (1) scrive che il carattere rigido è dato dal *limite giuridico formale* che la costituzione pone per il potere legislativo.

Ed, indirettamente, così pure afferma Jellinek (2), riponendo la essenziale caratteristica giuridica delle leggi costituzionali esclusivamente nella più elevata forza *formale* di legge ad esse inerente, onde nessun superiore significato pratico spetta alle norme costituzionali in quegli Stati, che non contemplan speciali e più difficili forme per la formazione delle leggi di carattere costituzionale.

La dottrina tradizionale considera, quindi, *flessibili* quelle costituzioni nelle quali la formazione delle leggi costituzionali avviene da parte degli ordinari organi legislativi, i quali, anche nel campo costituzionale, operano con la procedura ordinaria; e *rigide*, invece, quelle co-

(1) BARTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1926, pag. 190, e pag. 191-194.

(2) JELLINEK, op. cit. pag. 520-521.

stituzioni nelle quali la formazione delle leggi costituzionali non può avvenire che sulla base di uno *speciale procedimento*, e cioè:

a) sia che esso affidi ad *organi appositi* la competenza a conoscere e a deliberare sulle leggi di carattere costituzionale;

b) sia che esso prescriva *maggiore rigore* nell'approvazione di esse leggi da parte dell'ordinario potere legislativo.

In questo secondo caso il Parlamento, operando con la procedura legislativa ordinaria, non potrebbe modificare o formare le leggi di carattere costituzionale.

Insomma la dottrina tradizionale ritiene che *rigide* sono tutte quelle costituzioni non modificabili se non per l'opera o di *speciali organi statuali*, nei quali risiede una eccezionale funzionalità revisiva, in breve, un *potere costituente*, o degli *stessi organi legislativi ordinari*, ma con *procedure più severe* di quelle volute per la normale emanazione delle leggi.

Recentemente, però, a proposito delle modificazioni introdotte nel nostro ordinamento costituzionale dalla

legge sul Gran Consiglio, un'autorevole dottrina italiana - Ranelletti, Ferracciu, Liuzzi - ha sostenuto (1), che la differenza tra le costituzioni rigide e quelle flessibili deve essere ricondotta alla *natura degli atti*, da cui rispettivamente derivano le norme costituzionali, che è *diversa* nelle prime, *uguale* nelle seconde, in confronto delle leggi ordinarie. Diversità che, nel primo caso, è in funzione, appunto, degli *organi legislativi speciali*, intitolati alla emanazione di esse norme, o delle *modalità* richieste in ordine alla manifestazione di volontà degli organi stessi dell'*ordinario potere legislativo*, cioè a dire della *composizione dell'organo deliberante o del procedimento adottato per la deliberazione*. Quindi, secondo tale dottrina, qualunque differenza, relativa alla *procedura che conduce le assemblee ordinarie legislative al momento della deliberazione*, non avrebbe rilevanza

(1) RANELLETTI, *Il Gran Consiglio del Fascismo e la forma di governo dello Stato italiano*, in Riv. di Dir. Pubblico, 1929, I, pag. 325 e *Istituzioni* op. cit. pag. 217; FERRACCIU, *Le leggi di carattere costituzionale*, in Riv. di Dir. Pubblico, 1930, I, pag. 71 e *Norme e riforme* op. cit. pag. 434-435; LIUZZI, op. cit. pag. 131-132.

giuridica per caratterizzare come rigida una costituzione.

Tale dottrina, così, si richiama a quella tradizionale soltanto per la esigenza più grave dell'organo speciale deliberante, ma per il caso che sia richiesta soltanto una procedura particolare e più severa per la formazione delle leggi costituzionali, esige che questa procedura influisca direttamente sul *momento deliberativo*.

Ossia, mentre la dottrina tradizionale sostiene che a qualificare come rigida una costituzione basta che il potere legislativo ordinario - senza necessità, quindi, che si abbia la creazione e composizione di uno speciale potere costituente o di uno speciale organo deliberante - non possa formare o modificare con la *procedura legislativa ordinaria* le leggi di carattere costituzionale, invece la dottrina italiana ora ricordata, non ravvisa che la *specialità procedurale* possa essere costituita dal semplice fatto che la formazione della legge costituzionale debba essere preceduta dall'esame consultivo di un supremo organo costituzionale, il quale opera al di fuori del potere legislativo ordinario, poichè, dice tale dottrina, questo esame non influisce sul momento

deliberativo, che appartiene sempre esclusivamente al Parlamento.

Ora noi crediamo che i caratteri giuridici, capaci di differenziare una costituzione flessibile da una rigida, non debbano essere intesi in senso così ristretto e formalistico.

Escludiamo la prima ipotesi, e cioè, che si abbia uno speciale procedimento che affidi ad *organi appositi* la competenza a conoscere e a deliberare sulle leggi di carattere costituzionale, poichè è pacifico che ciò che ha rilevanza giuridica per caratterizzare come rigida una costituzione è, in tal caso, uno speciale potere costituente o uno speciale organo deliberante, e fermiamoci, invece, alla seconda ipotesi, intorno alla quale le opinioni non sono pacifiche, poichè i caratteri giuridico-obiettivi non sono ben chiari e delineati.

La dottrina tradizionale, abbiamo detto, ritiene che una costituzione è, pure, rigida, quando uno speciale procedimento prescrive maggiore rigore nella formazione o modificazione delle leggi costituzionali da parte del potere legislativo ordinario, cioè quando le leggi costituzionali *non*

possono essere mutate nella stessa maniera delle leggi ordinarie. Invece la sopraindicata dottrina italiana precisa che lo speciale procedimento non deve essere soltanto di maggior rigore per l'attività del potere legislativo ordinario in materia costituzionale, ma deve *influire direttamente sul momento della deliberazione*, poichè qualunque differenza, relativa alla procedura che conduce le assemblee legislative ordinarie al momento deliberativo, non ha rilevanza giuridica per caratterizzare come rigida una costituzione.

È certo che la dottrina tradizionale è generica, perchè non precisa *quali influenze giuridiche* debba esercitare questo procedimento di maggior rigore sul potere legislativo ordinario, ed ha, perciò, ragione la recente dottrina italiana nell'affermare che tale procedimento deve influire direttamente sul momento deliberativo; ma è anche vero che la dottrina italiana non precisa *come debba essere inteso il momento deliberativo*.

Se noi ci troviamo di fronte ad un sistema costituzionale, ove la formazione delle leggi costituzionali è affidata, sulla base di uno speciale e più rigoroso procedimento, *soltanto* agli organi legislativi ordinari, è certo

che, per avere la rigidità della costituzione, tale procedimento deve influire direttamente sul momento deliberativo, ed è pure certo che tale momento si può facilmente determinare; ma se noi abbiamo un sistema costituzionale, ove il più rigoroso procedimento prescritto per le leggi costituzionali *non* si svolge *soltanto* per opera degli organi legislativi ordinari, ma *anche* per opera di un organo, il cui intervento, per quanto solo consultivo, è *essenziale* per la perfezione della legge costituzionale, la rigidità della costituzione sarà pur sempre data dal momento deliberativo, ma tale momento dovrà essere, proprio dal lato giuridico, *diversamente* valutato.

Il parere preliminare consultivo, ma obbligatorio, intorno alla legge costituzionale di questo supremo organo costituzionale, che è fuori e prima degli organi legislativi, dà certamente vita ad una *speciale procedura legislativa* distinta dall'ordinaria, che influisce sulle stesse facoltà deliberative degli organi legislativi, in quanto ne limita la facoltà *d'iniziativa* ed in quanto è *essenziale* per l'*efficacia* della norma costituzionale, che promana da essi organi.

Si potrà, tuttavia, sostenere che questa speciale procedura, richiesta per le materie di carattere costituzionale, si esaurisce nel preliminare parere obbligatorio dell'organo a ciò deputato, e che l'ordinario potere legislativo *non n'è toccato nella sua procedura deliberativa?* Per poter ciò sostenere bisognerebbe che il sistema costituzionale in oggetto fosse quello basato, per quanto riguarda l'attività legislativa *costituzionale*, esclusivamente sul Capo dello Stato e sulle Camere, e, cioè, che il potere legislativo ordinario non avesse di fronte a sè il preventivo parere espresso dall'organo deputato all'esame della legge costituzionale, che gli organi legislativi ordinari avessero ancora facoltà d'iniziativa nelle materie di carattere costituzionale, che essi organi, insomma, potessero svolgere, in ordine a queste materie, la loro piena ed ordinaria *autonomia*.

Il *momento deliberativo*, anche in questo sistema, rimane di esclusiva competenza del Parlamento, ma più del *puro* momento deliberativo, nella formazione e per la perfezione della legge costituzionale secondo questa procedura, ha somma importanza e rilevanza giuridica

il *momento deliberativo nella sua efficacia*, cioè l'*efficacia della norma*.

Difatti il momento deliberativo non può avvenire - e se avviene è nullo e non può produrre l'efficacia della norma - senza l'intervento, senza il preventivo obbligatorio esame della legge costituzionale da parte dell'organo a ciò deputato.

Gli organi legislativi ordinari pervengono, insomma, in questo sistema, al momento della deliberazione, non sulla base della procedura ordinaria, ma su quella di una *procedura speciale*, appositamente creata per la categoria delle leggi costituzionali. Procedura che non si esaurisce nel *momento consultivo*, cioè nel preliminare obbligatorio parere dell'organo ordinato alla funzione costituzionale, ma influenza, *sostanzialmente*, l'efficacia stessa del *momento deliberativo*, messo in opera dagli organi legislativi ordinari.

Del resto se il parere obbligatorio dell'organo ordinato alla funzione costituzionale è, per la perfezione della legge costituzionale, condizione *essenziale di forma*, non si spiegherebbe, poi, l'importanza e il va-

lore di questa procedura se essa dovesse rimanere, per così dire, isolata, sospesa, ossia non influire sulla efficacia della norma, che promana dagli organi legislativi deliberanti, e non mutarne, sotto certi aspetti, il loro carattere.

VII

Da quanto siamo venuti sin qui esponendo intorno ai caratteri giuridici capaci di distinguere dal lato formale una costituzione da un'altra, sembra a noi poter annoverare, tra una *costituzione a tipo rigido* ed una a *tipo flessibile*, pure una costituzione di *tipo relativamente rigido*.

Difatti, riassumendo, abbiamo:

a) *costituzione di tipo flessibile*, ove gli organi legislativi ordinari possono, colla stessa procedura che seguono per le leggi ordinarie, formare pure le leggi di carattere costituzionale;

b) *costituzione di tipo rigido*, ove sulla base di uno

speciale procedimento deliberativo, o si affida ad organi appositi la competenza a conoscere e a deliberare sulle leggi di carattere costituzionale, o si prescrive maggiore rigore, nella formazione di esse leggi, da parte dell'ordinario potere legislativo;

c) *costituzione di tipo relativamente rigido*, ove il potere legislativo ordinario, in virtù di un sistema costituzionale che istituisce, accanto agli ordinari organi legislativi, con funzioni deliberative, un organo deputato, con funzioni consultive, all'esame e al parere obbligatorio intorno alle leggi di carattere costituzionale, e che fa sorgere una speciale procedura per la formazione di esse leggi costituzionali, non può formare, operando con la procedura legislativa ordinaria, le leggi di carattere costituzionale.

E questa costituzione di tipo relativamente rigido è possibile, perchè alla competenza *esclusiva* degli organi legislativi ordinari, i quali, però, continuano a mantenere integro il loro carattere di organi deliberanti, è sottratta la facoltà di formare la legge di carattere costituzionale, e perchè il parere consultivo dell'organo or-

dinato all'esame della legge costituzionale è condizione essenziale di forma per la stessa efficacia del momento deliberativo.

Questo sistema costituzionale non presenta veri e propri organi costituenti e neppure rigorosissime procedure deliberative, e, quindi, non può dar vita al tipo classico della costituzione rigida, ma, d'altra parte, non mantiene i caratteri propri del tipo flessibile, poichè accanto agli organi fondamentali, che caratterizzano questo tipo, è posto un nuovo organo, il cui intervento, in materia costituzionale, anche se consultivo, è obbligatorio ed essenziale per la validità ed efficacia del momento deliberativo.

Perciò questo tipo di costituzione, che dà vita ad una procedura più rigorosa e diversa da quella ordinaria per le materie costituzionali, ed ha alcuni caratteri propri della rigidità ed alcuni altri propri della flessibilità, può ben chiamarsi a *rigidità relativa*.

Si viene, così, a delineare un sistema costituzionale relativamente rigido, il quale, non creando speciali organi costituenti e non prescrivendo rigorosissime proce-

dure deliberative, riesce ad evitare i pericoli e gl'inconvenienti, che, come esamineremo, la rigidità assoluta può produrre in pratica.

Noi riteniamo, quindi, che i caratteri giuridici, capaci di distinguere una costituzione a tipo flessibile da una costituzione a tipo rigido, siano quelli precisati dalla dottrina tradizionale e rettificati, nel senso esaminato, dalla più recente dottrina italiana, la quale dà, opportunamente, sommo rilievo al momento deliberativo. Ma riteniamo pure che, tenendo fermo, come preminente caratteristica giuridica differenziale tra i due tipi di costituzioni, il concetto che rigide sono quelle costituzioni ove le leggi costituzionali non possono essere mutate o formate nella stessa maniera delle leggi ordinarie, ove, cioè, l'attività del potere legislativo ordinario in materia costituzionale è, secondo la ricordata frase del Kelsen, *difficoltata*, ci siano alcune costituzioni, che, pur non presentando i caratteri giuridici propri della rigidità, secondo l'interpretazione più restrittiva offerta dalla sopracordata dottrina italiana, non possono, tuttavia, annoverarsi neppure tra le flessibili.

Si può, così, secondo noi, giuridicamente parlare di un tipo di costituzione relativamente rigido, poichè, anche se il momento deliberativo - il quale, per altro, va valutato in tutta la sua estensione ed efficacia - rimane proprio, e soltanto, degli organi legislativi ordinari, essi organi non possono procedere alla formazione delle leggi costituzionali nella stessa maniera delle leggi ordinarie, ossia la loro attività in materia legislativa costituzionale rimane difficoltà.

È, però, necessario che il procedimento di formazione della legge costituzionale in questo sistema - come più ampiamente vedremo esaminando il diritto positivo italiano - non sia valutato esclusivamente nel puro momento deliberativo, il quale non ha valore senza i precedenti momenti, che sono, appunto, limitativi della potestà legislativa ordinaria, ma in tutta la sua estensione.

Procedimento di formazione della legge costituzionale diverso, nella sua essenza, da quello che si segue per le leggi ordinarie, e che, proprio per questo carattere, riesce non solo a distinguere giuridicamente le due categorie di norme e a porre quella costituzionale in un

piano superiore, ma anche a caratterizzare come relativamente rigido il corrispondente tipo di costituzione.

VIII

La determinazione formale della legislazione costituzionale ha, però, un vero valore pratico, solamente se si organizzano istituzioni di controllo sulla costituzionalità delle leggi: e, perciò, il problema della *giustizia costituzionale*, e, concretamente, della *organizzazione di una giurisdizione costituzionale*, è intimamente connesso a quello della determinazione formale di essa.

Ma, tuttavia, per quanto oggi, da parte della dottrina (1), molto si discuta intorno al problema della giustizia costituzionale, poche sono quelle costituzioni, come esamineremo, che hanno organizzato un controllo sulla costituzionalità delle leggi.

E ciò, invero, per le difficoltà di ordine politico

(1) Per l'orientamento della dottrina in tal senso vedi MIRKINE GUETZEVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel* in *Revue du Droit Public*, 1928, pagg. 36-39 e KELSEN, *La garantie* op. cit. pag. 197 e segg.

e giuridico che il problema presenta: poichè facile è prospettare l'esigenza e la necessità di un organo giurisdizionale, che garantisca l'osservanza del procedimento tecnico speciale prescritto per la elaborazione delle leggi costituzionali e, in pari tempo, pure la costituzionalità *sostanziale* di esse leggi, ma arduo è realizzare tale esigenza e necessità. Se si tratta di garantire l'osservanza del procedimento speciale richiesto per la legislazione costituzionale, cioè se si tratta di un controllo su la costituzionalità formale delle leggi, è a ciò sufficiente l'ordinario potere giudiziario, ma se si vuole giungere ad un controllo sulla costituzionalità intrinseca o sostanziale delle leggi è, allora, necessario organizzare una vera e propria giurisdizione speciale.

Le costituzioni moderne, in genere, non contengono solamente delle disposizioni intorno agli organi e alla procedura legislativa, ma, bensì, anche una elencazione dei diritti fondamentali degli individui o delle libertà individuali: ossia la costituzione traccia dei principî, delle linee direttive, dei limiti per il contenuto delle leggi future.

Così, per esempio, proclamando l'uguaglianza dei

cittadini davanti alla legge o la libertà di opinione o la libertà di coscienza o l'inviolabilità della proprietà, la costituzione viene a disporre che le leggi non solo dovranno essere elaborate secondo le formalità procedurali prescritte, ma anche non potranno contenere alcuna disposizione contraria a questi principî. In tal modo una legge potrà essere incostituzionale, sia per una irregolarità di procedura commessa durante la sua elaborazione, sia perchè contraria, nella sua sostanza, ai principî e alle disposizioni della costituzione.

Si distingue spesso, osserva il Kelsen, l'incostituzionalità *formale* da quella *sostanziale*; ma questa distinzione, egli bene precisa, non è ammissibile che con questa riserva: che l'incostituzionalità detta sostanziale è, in ultima analisi, una incostituzionalità formale, in questo senso che una legge, il cui contenuto sia in contraddizione con i principî e le disposizioni della costituzione, cesserà di essere incostituzionale se sarà stata votata come costituzionale (1).

(1) KELSEN, op. cit. pag. 206.

Si tratta, dunque, di precisare se in una determinata costituzione si debba osservare la *forma legale* o la *forma costituzionale*, se si debba parlare soltanto di *controllo formale* (*controllo di legittimità o legalità*), oppure anche di *controllo sostanziale* (*controllo di costituzionalità*).

E se il diritto positivo di uno Stato non stabilisce e differenzia queste *due forme*, i principî e i limiti contenuti nella costituzione originaria non avranno un vero e proprio valore giuridico, poichè le future leggi potranno contenere disposizioni contrarie a questi principî o eccedenti questi limiti.

Ma una volta stabilite e differenziate queste due forme, occorre organizzare il controllo di costituzionalità vero e proprio, cioè una *giurisdizione o tribunale costituzionale*, poichè questo compito non può essere assolto, osserva il Kelsen (1), dal Parlamento e, tanto meno, dalla giurisdizione ordinaria.

Il sistema della giurisdizione costituzionale solleva,

(1) KELSEN, op. cit. pag. 223.

però, come scrive lo stesso Kelsen (1), molte obiezioni.

La prima è che una tale istituzione sarebbe incompatibile con la sovranità del Parlamento: però, a parte il fatto che la sovranità non consiste in un organo statale particolare, ma, bensì, nello Stato stesso, si deve riconoscere, scrive il Kelsen, che la costituzione regola la procedura della legislazione alla stessa maniera che le leggi regolano la procedura dei tribunali e delle autorità amministrative, che la legislazione è subordinata alla costituzione come la giustizia e l'amministrazione sono subordinate alla legislazione e che, per conseguenza, il postulato della costituzionalità delle leggi è, teoricamente e tecnicamente, assolutamente identico al postulato della legalità della giurisdizione e dell'amministrazione. E se, contrariamente a queste considerazioni, si continua ad affermare l'incompatibilità della giustizia costituzionale con la sovranità del potere legislativo è semplicemente per dissimulare il desiderio della forza politica, che si esprime nel potere legisla-

(1) KELSEN, op. cit. pag. 224.

tivo, di non lasciarsi limitare - in patente contraddizione con il diritto positivo - dalle norme della costituzione.

La seconda obiezione riguarda il principio della separazione dei poteri, poichè, si dice, l'annullamento di un atto legislativo da parte di un altro organo, che non sia lo stesso potere legislativo, costituisce una violazione e negazione di questo principio. Ma, scrive il Kelsen (1), ciò dicendo si dimentica che l'organo al quale è affidato l'annullamento delle leggi incostituzionali non esercita una funzione giurisdizionale, poichè un tribunale, il nome poco importa, che ha il potere di annullare le leggi è, per conseguenza, un organo del potere legislativo.

Si deve, così, interpretare l'annullamento delle leggi da parte di un tribunale come una ripartizione del potere legislativo in due organi e non si può, quindi, parlare di violazione del principio della separazione dei poteri.

Del resto in uno Stato veramente democratico, se-

(1) KELSEN, op. cit. pagg. 224-225.

condo il Kelsen, si deve avere riguardo, più che ad una divisione o separazione di poteri, ad una ripartizione di potestà tra i diversi e differenti organi, non tanto per isolarli reciprocamente quanto per permettere un controllo reciproco degli uni sopra gli altri. E ciò non solo per impedire la concentrazione d'un potere eccessivo in un solo organo, ma anche per garantire la regolarità del funzionamento dei diversi organi.

Ed, allora, l'istituzione di una giustizia costituzionale non apparirà per nulla in contraddizione con il principio della separazione dei poteri, ma, anzi, ne sarà un'affermazione.

L'indipendenza della giurisdizione costituzionale, così di fronte al Parlamento come di fronte al Governo, è un postulato evidente, poichè sono precisamente il Governo e il Parlamento che devono essere, in quanto organi partecipanti alla procedura legislativa, controllati dalla giurisdizione costituzionale.

E così precisati i caratteri della giurisdizione costituzionale, il Kelsen esamina estesamente l'oggetto del controllo di costituzionalità, i criteri e le norme che

dovranno essere alla base di questo controllo, e, infine, la procedura che si dovrà seguire e i risultati pratici di questa nuova e superiore organizzazione giurisdizionale.

Ma se questo deve essere il *significato formale e sostanziale* del controllo sulla costituzionalità delle leggi, secondo il giurista che più profondamente di ogni altro ha studiato il problema, esaminiamo ora come tale controllo sia stato organizzato in alcune moderne costituzioni e come funzioni negli Stati Uniti, ove è in vigore da antica data.

L'Irlanda, la Grecia e la Romania (1) hanno riconosciuto questo controllo, adottando, in parte, il sistema americano: invece la Cecoslovacchia e l'Austria hanno organizzato una vera e propria giurisdizione speciale per il controllo di costituzionalità, la quale funziona non per iniziativa individuale ma su domanda delle stesse istituzioni dello Stato.

La Cecoslovacchia (2), ove la costituzione è rigida,

(1) Vedi DARESTE, op. cit. ed., 1928: *Irlanda*, atto del 23 Dicembre 1920, art. 16; *Grecia*, costituzione del 2 Giugno 1927, art. 5; *Romania*, costituzione del 29 Marzo 1923, art. 103.

(2) Per il testo della costituzione DARESTE, op. cit., tomo

poichè, come dispone l'art. 1 di essa costituzione, le leggi ordinarie non possono contenere norme nè contrarie alla Carta costituzionale nè alle altre leggi costituzionali, e poichè tanto la Carta che le altre leggi costituzionali non possono essere modificate che da una legge costituzionale attraverso un procedimento più rigoroso e diverso da quello che si segue per le leggi ordinarie, ed ove, per quanto esista tutto un sistema di leggi costituzionali, formato dalla « legge preliminare alla Carta costituzionale », dalla stessa « Carta », dalle « leggi facenti parte della Carta », dalle « leggi complementari della Carta » e dalle « leggi che modificano la Carta », le leggi costituzionali tutte sono sopra lo stesso piano giuridico, ossia possiedono lo stesso valore giuridico, ha organizzato una giurisdizione speciale, detta *tribunal constitutionnel*, per salvaguardare, appunto, l'integrità della costituzione.

secondo, e per ampie e precise notizie intorno a questa costituzione, PESKA, *Après dix années. Le développement de la constitution Tchécoslovaque (1920-1930)* in *Revue du Droit Public*, 1930, specie pag. 234-237.

Questo tribunale costituzionale *si compone* di sette membri, due dei quali sono delegati dal tribunale supremo civile e penale, due dal tribunale supremo amministrativo, e, infine, gli altri tre sono nominati dal Presidente della repubblica (1), il quale li sceglie sopra una lista di nove cittadini presentati dal Senato, dalla Camera dei Deputati e dalla Dieta della Russia Subcarpatica. Inoltre il Presidente della repubblica designa uno dei tre membri, da lui nominati, come presidente del tribunale costituzionale (2). «

La *competenza* di questo tribunale costituzionale è duplice: controlla la costituzionalità delle leggi votate dal Parlamento e le decisioni del cosiddetto « comitato permanente » (3), il quale è una piccola assemblea, composta di ventiquattro membri, appartenenti in parte alla Camera e in parte al Senato, che prende il posto del Parlamento in quell'intervallo di tempo che corre da una all'altra legislatura.

(1) Vedi art. 3 della legge preliminare alla Carta costituzionale.

(2) Vedi legge 9 Marzo 1928 n. 162 « sur l'organisation du Tribunal constitutionnel ».

(3) Vedi pf. 7 della legge 9 Marzo 1928 citata.

Questo « comitato », salvo qualche eccezione, ha tutti i poteri del Parlamento, ma siccome non può modificare la costituzione e le altre leggi costituzionali, così il tribunale costituzionale deve decidere se il « comitato » nella sua attività sia rimasto in questi limiti.

Ma, mentre il controllo sopra le decisioni del « comitato » si esercita da parte del tribunale costituzionale senza bisogno di alcuna richiesta o petizione, invece il controllo sopra la costituzionalità delle leggi non può esercitarsi senza una richiesta emanata o dal tribunale supremo civile o penale, o dal tribunale supremo amministrativo, o dal tribunale elettorale d'una delle due Camere del Parlamento, o, infine, dalla Dieta Subcarpatica.

Inoltre questi tribunali da una parte non sono obbligati a presentare questa richiesta al tribunale costituzionale e dall'altra devono, sotto pena di decadenza, presentarla entro tre anni dalla promulgazione della legge che si ritiene non costituzionale (1).

(1) Vedi pf. 9, 10 e 12 della legge citata.

Quindi, tenendo conto del fatto che il tribunale costituzionale è competente a conoscere della costituzionalità delle leggi, si può, *teoricamente*, dire che le leggi contrarie alla costituzione e alle altre leggi costituzionali non sono valide, ma siccome la richiesta al tribunale costituzionale può essere introdotta soltanto entro tre anni dalla promulgazione della legge, e, in tutti i casi, al di là dei tre anni esso non ha, pur proclamando l'incostituzionalità della legge, potere alcuno per dispensare i giudici e le altre pubbliche autorità dall'applicarla, si deve, pure, ritenere che, *praticamente*, la costituzione e le altre leggi costituzionali possono essere modificate da una legge ordinaria.

Ciò dimostra quanto in pratica sia arduo e delicato organizzare il controllo di costituzionalità sulle leggi e realizzare una vera giustizia costituzionale.

La costituzione dell'Austria (1), che fu votata nel 1920 su la base d'un progetto elaborato dal Kelsen,

(1) Per il testo della costituzione, DARESTE, op. cit. tomo primo e per la varie fasi attraversate dalla costituzione austriaca EISENMAN, *Dix ans d'histoire constitutionnelle autrichienne*, (1918-1928) in *Revue du Droit Public*, 1928, pag. 54 e segg.

ha dato a questo problema, creando essa pure un tribunale costituzionale, cioè un'Alta Corte Costituzionale, uno sviluppo maggiormente completo e solido, per quanto anche in essa si riscontrino, più o meno, le stesse lacune e le stesse difficoltà pratiche.

L'Alta Corte Costituzionale austriaca, regolata dagli articoli 137 - 148 della costituzione federale del 1 Ottobre 1920 e da una legge federale del 13 luglio 1921, modificata nel 1926, che regola, con dettagli, l'organizzazione e la procedura della Corte, ha la sua sede a Vienna e si *compon*e di un presidente, di un vice-presidente e di un certo numero di membri titolari e supplenti.

Il presidente, il vice-presidente e metà dei membri titolari e supplenti sono eletti a vita dal Consiglio Nazionale, l'altra metà dei membri titolari e supplenti sono eletti a vita dal Consiglio Federale.

I membri del governo federale o del governo provinciale non possono far parte della Corte. Il presidente, il vice-presidente, due terzi degli altri membri titolari e due terzi dei supplenti non possono essere presi tra

i membri del Consiglio Nazionale, del Consiglio Federale o di una Dieta provinciale, e ciò perchè, come ora diremo, la Corte è competente pure sui conflitti d'attribuzione tra la Confederazione e le Province.

L'Alta Corte è *competente* su tutte le azioni patrimoniali dirette contro la Confederazione, le Province e i Comuni, che non possono essere portate davanti ai tribunali di diritto comune; sui conflitti d'attribuzione tra i tribunali e le autorità amministrative, tra l'alta corte amministrativa e tutti gli altri tribunali, tra le provincie e tra una provincia e la confederazione, e decide, su richiesta del governo federale o del governo provinciale, se un atto legislativo o amministrativo rientri nella competenza federale o provinciale.

L'Alta Corte delibera, inoltre, sopra l'illegalità dei regolamenti delle autorità federali a richiesta d'un governo provinciale e sopra quelli delle autorità provinciali a richiesta del governo federale.

Ma la sua competenza è, soprattutto, importante per l'art. 140: infatti essa delibera sopra l'incostituzionalità delle leggi provinciali a richiesta del governo

federale, su l'incostituzionalità delle leggi federali a richiesta del governo provinciale e d'ufficio soltanto quando una legge deve servire di base ad una delle sue proprie decisioni. La richiesta su l'incostituzionalità delle leggi da parte del governo federale o d'un governo provinciale può essere presentata in ogni momento, e la decisione dell'Alta Corte, secondo la quale una legge è annullata come incostituzionale, obbliga il cancelliere federale o il presidente di un governo provinciale a pubblicare immediatamente l'annullamento, il quale, appunto, produce, in genere, i suoi effetti dal giorno della pubblicazione.

Infine l'Alta Corte, per ricordare un'altra delle sue più importanti competenze, conosce pure delle violazioni del diritto internazionale, conformemente alle disposizioni di una legge federale speciale, la quale, però, non è ancora stata elaborata.

Da questa pur sommaria esposizione si scorge, a parte le lacune e le difficoltà pratiche da noi rilevate, come l'organizzazione austriaca della giustizia costituzionale rappresenti veramente il tentativo più completo

e razionale sino ad oggi compiuto intorno a questo arduo problema.

Aspetti un po' diversi presenta, invece, tale problema negli Stati Uniti, ove il controllo di costituzionalità è, pure, in particolare modo organizzato ed esercitato da una giurisdizione speciale, la Corte Suprema Federale (1).

Negli Stati Uniti si può dire che vi siano quattro ordini di leggi: leggi costituenti e leggi ordinarie federali, leggi costituenti e leggi ordinarie degli Stati particolari.

Tutte le costituzioni sono rigide e possono, quindi, essere modificate soltanto attraverso procedimenti speciali in ogni costituzione preveduti.

Il potere giudiziario deve controllare gli atti dei vari organi legislativi per mantenere la loro attività entro quelle forme e limiti loro assegnati dalla costituzione, e, perciò, deve dichiarare incostituzionali le leggi

(1) Per il testo della costituzione vedi DARESTE, ed. 1910: *Stati Uniti*, 17 settembre 1787 e leggi relative.

non regolarmente formate o eccedenti la competenza degli organi legislativi, che le hanno emanate.

Ogni Stato particolare ha, così, una Corte suprema, sottoposta, però, alla Corte Suprema Federale.

E poichè la costituzione federale può essere modificata soltanto attraverso speciali formalità dal potere costituente federale, quelle materie che, nello Stato federale o particolare, sono di competenza del potere costituente, non possono mai essere oggetto di legge da parte del potere legislativo ordinario.

La competenza così degli organi legislativi dello Stato federale come quella degli organi legislativi dello Stato particolare è fissata sulla base di una chiara e precisa distribuzione di materie, e se gli uni, legiferando, invadono la materia degli altri, sono ricondotti entro i limiti della loro competenza dal potere giudiziario.

La Corte Suprema Federale esercita, perciò, il controllo di costituzionalità sulle leggi, ed è venuta ad acquistare sempre una maggiore importanza.

Ma poichè si è opposta ed ha respinto, specie in questi ultimi anni, le leggi sociali, riscontrando in esse

violazione o di norme costituenti federali o di diritti di libertà individuale e di proprietà, contenuti in quella dichiarazione dei diritti, che vige, pur sempre, al di sopra della costituzione, questo suo operato non ha mancato di sollevare contro di lei aspre e forti critiche (1).

Ed appunto queste critiche, le quali sono giunte non ad approvare o disapprovare questa o quella sentenza della Corte, ma a vedere in essa una opposizione sistematica ad ogni legge sociale, hanno indotto recentemente l'Arangio - Ruiz (2) a ricercare il fondamento giuridico del controllo giudiziario nord - americano.

Ed egli ha così potuto perspicuamente precisare che la Corte, poichè la costituzione e la dichiarazione dei diritti s'ispirano a criteri individualistici e le leggi sociali, invece, s'ispirano a criteri interventzionisti, opponendosi a queste leggi sociali, non ha fatto e non

(1) Vedi LAMBERT, *Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour Suprême des Etats - Unis* in « Mélanges Hauriou, 1929 ».

(2) ARANGIO - RUIZ, *Intorno al sindacato giudiziario sulle leggi* in Studi di Dir. Pubblico in onore del Ranelletti, vol I.

fa che interpretare quel diritto, che, nè il Congresso in funzione legislativa ordinaria né gli Stati particolari, possono mutare: diritto, cioè, che può essere mutato soltanto dal potere costituente federale (1). Del resto, osserva pure giustamente l'Arangio - Ruiz, la Corte non ha impedito il grande progresso economico del suo paese e il potere costituente federale ha potuto e può sempre mettersi in movimento mutando criteri e direttive (2).

Da quanto siamo venuti sin qui esponendo intorno al problema della giustizia costituzionale, intorno al controllo sulla costituzionalità delle leggi, intorno al significato formale e sostanziale di esso ed intorno ad alcune positive organizzazioni di questa giustizia costituzionale, deve apparire abbastanza chiaro come, modernamente, si voglia trovare la garanzia della costituzione essenzialmente nella garanzia della costituzionalità delle leggi, mentre, in realtà, la garanzia giurisdizionale della costituzione, la giustizia costituzionale, dovrà, pur sem-

(1) ARANGIO - RUIZ, op. cit. pag. 19.

(2) ARANGIO - RUIZ, op. cit. pag. 20.

pre, riguardarsi come uno degli elementi, e non il solo, di un organico sistema giuridico che miri ad assicurare effettivamente l'esercizio regolare di tutte le funzioni dello Stato.

Ed, inoltre, il controllo sulla costituzionalità delle leggi non dovrà consistere esclusivamente, come crede il Mirkine - Guetzevitch (1), nella garanzia delle libertà individuali, ma, bensì, nella garanzia, affinché esso sia efficace e salutare, dell'ordinamento giuridico obbiettivo dello Stato, e, per conseguenza, dello stesso individuo, non secondo, però, una aprioristica ed atomistica concezione della libertà individuale, ma secondo quella *reale* posizione, che una costituzione veramente moderna deve assegnare all'individuo nello Stato.

Certo che, anche in un ordinamento non individualistico, il principio di legalità non può essere l'unica garanzia dell'ordinamento costituzionale dello Stato; tale principio potrà garantire la posizione dell'individuo di fronte al potere esecutivo, ma non di fronte al legislativo,

(1) MIRKINE - GUETZEVITCH, op. cit. in *Revue du Droit Public*, 1928, pag. 39.

il quale rimarrebbe, senza un controllo sulla costituzionalità delle leggi, libero di promulgare delle norme contrarie a certi principî sanciti nella costituzione.

Perciò anche in un ordinamento costituzionale non individualistico il controllo di costituzionalità, rettamente organizzato, è una garanzia indispensabile se si vuole assicurare la corrispondenza sostanziale delle leggi ai principî contenuti nella costituzione.

Ed, invero, il problema della giustizia costituzionale, da noi delineato ed esposto in queste pagine, servirà a farci chiaramente esaminare se si possa parlare di controllo di costituzionalità nella nostra attuale costituzione, ed, in caso affermativo, *come* tale controllo debba essere inteso.

IX

I supremi organi costituzionali dello Stato italiano hanno sempre cercato, sino alla rivoluzione fascista, di non apportare innovazioni ai punti più delicati e fondamentali della costituzione e di attuare le modificazioni

strettamente necessarie, sulla base di una diversa, più ampia o più ristretta, interpretazione delle disposizioni originarie, o per mezzo di *leggi complementari* o per mezzo di *consuetudini*.

Così molte norme di natura costituzionale ed alcune consuetudini, rispondenti a nuovi aspetti ed esigenze della coscienza nazionale, e, tuttavia, tendenti a lasciare inalterata la forma delle disposizioni statutarie, si sono venute man mano innestando nella nostra Carta costituzionale e si sono considerate, in senso evolutivo e integrativo, parte sostanziale e nuova di essa Carta.

E poichè queste modificazioni costituzionali si attuavano indirettamente e rispettavano la forma statutaria si è voluto vedere nel nostro Statuto, come abbiamo detto, una *legge di ordine superiore*, che sostanzialmente, se non formalmente, si doveva opporre come limite al potere legislativo ordinario.

Ma, in realtà, il carattere di *legge superiore* che, in tal modo, indirettamente si voleva assegnare allo Statuto, riposava sopra motivi di opportunità politica, e, sia pure, sopra quella coscienza giuridica che animava i su-

premi poteri dello Stato, ma non sopra caratteri veramente giuridici, ossia non sopra un adeguato *sistema formale*, capace di differenziare giuridicamente le norme costituzionali da quelle ordinarie e di efficacemente sistemare i rapporti tra costituzione e legge.

Del resto il sistema, seguito in Italia sino all'attuale riforma, di modificare le norme costituzionali originarie con leggi parziali e frammentarie da parte del potere legislativo ordinario con la normale procedura, o sia pure con consuetudini, non è il più adatto ad assicurare la stabilità di un determinato ordinamento statale.

Leggi formalmente ordinarie e riguardanti, tuttavia, materie sostanzialmente costituzionali, non possono certamente assicurare alle norme costituzionali quel grado superiore che, nella gerarchia delle norme giuridiche, gli si vorrebbe assegnare almeno dal lato sostanziale (1).

E se in tempi normali alle deficienze di questo sistema può supplire quel senso di cautela e di modera-

(1) Vedi in tale senso le giuste e profonde osservazioni del VACCHELLI, *Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche*, in Riv. di Dir. Pubblico, 1921, I, pag. 49 e segg.

zione che, in ordine alle riforme da introdurre nell'ordinamento statale, ispira i supremi organi costituzionali, ciò non è assolutamente possibile ottenere non solo in tempi di profonda trasformazione politica, ma anche in quei momenti di crisi che gli Stati attraversano, e che sono più pericolosi delle stesse rivoluzioni, per un ordinamento statale che affidi un potere legislativo illimitato al Parlamento.

Perciò questa coscienza dei supremi organi costituzionali non è garanzia efficace per la solidità e lo sviluppo logico ed organico dell'assetto statale, e non è, neppure, base costante e sufficiente per una discriminazione, almeno dal lato *sostanziale*, fra legge costituzionale e legge ordinaria (1).

Una valutazione a parte meritano le *consuetudini costituzionali*, le quali hanno spesso contribuito, sin dai primi anni di vita della nostra costituzione, ad interpretare, correggere ed integrare secondo le esigenze dei tempi lo Statuto.

(1) In senso contrario vedi le osservazioni del FERRACCIU, *Norme e riforme* op. cit. pagg. 413-419.

Il non riconoscere la formazione e l'efficacia operativa, scrive giustamente il Ferracciu (1), di cosifatte consuetudini presso di noi, nell'epoca intermedia fra la promulgazione dello Statuto e l'avvento dell'attuale regime, sarebbe a nostro avviso un contraddire alla *realtà della vita costituzionale*, la quale ha reso evidente che la *legge costituzionale*, a differenza delle altre, nella sua *applicazione*, è sempre, o almeno tende ad essere, *diversa* da ciò che dovrebb'essere secondo la lettera, in omaggio alle esigenze determinate dell'atteggiamento concreto dei rapporti fra i poteri pubblici, che rappresenta la sostanza del *regime politico*, e ciò appunto, e soprattutto, in forza della virtù integrativa della consuetudine.

Ma la consuetudine costituzionale, pur intesa in questo senso, non solo non garantisce, da sè sola, un determinato assetto statale, ma, anzi, in mancanza di reali garanzie giuridiche e di una formale sistemazione dei

(1) FERRACCIU, *Norme e riforme* op. cit. pag. 419-420; e, per più ampie considerazioni intorno a questo punto, cfr. FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale*, Torino, 1921, III, specie n° 39 e segg.; MARCHI, op. cit. pag. 199 e segg. e MARRANINI, *Le origini storiche dello Statuto Albertino*, Firenze, 1925.

rapporti tra costituzione e legge, è facile che degeneri alterando l'ordinamento costituzionale originario.

Con ciò non si vuole negare l'importanza della consuetudine costituzionale e come essa possa utilmente interpretare ed integrare un determinato ordinamento costituzionale, ma si vuole soltanto avvertire come essa sia maggiormente ed efficacemente operativa in un sistema, che organizzi e disciplini i rapporti tra costituzione e legge.

E, difatti, il regime fascista, nella sua opera di riforma costituzionale, prima di procedere alla sistemazione di questi rapporti ed alla valorizzazione della *costituzione* di fronte alla legge, ha voluto abolire alcune consuetudini introdotte nel nostro ordinamento statale, non solo perchè avevano alterato l'originario carattere della nostra costituzione, che, in parte, bisognava restaurare, ma anche perchè erano contrarie al nuovo spirito ed alla nuova concezione dello Stato, che si andava man mano attuando (1).

(1) Circa la volontà del governo fascista nel respingere o abolire alcune importanti consuetudini costituzionali, tra cui quella

L'esigenza di una riforma costituzionale, la necessità di modificare alcuni nostri istituti fondamentali, fu intesa, subito dopo la guerra, anche in Italia (1), ma soltanto con l'avvento del Fascismo è stato possibile intraprenderla.

E senza stare qui a descrivere le varie e successive fasi della riforma fascista, la quale ha, senza dubbio, rinnovato alcuni fondamentali istituti del nostro diritto pubblico e creato un nuovo ordinamento giuridico, il quale si è gradatamente sostituito al precedente (2), e

introduttiva del regime parlamentare, cfr. le *relazioni* ad alcune importanti leggi costituzionali, tra cui quella sul Primo Ministro e quella sulle facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche in *Bollettino parlamentare*, 1927, n° 1 pagg. 27, 28, 30 e 35.

(1) Cfr. RUFFINI, *Guerra e riforme costituzionali*, Torino, 1920, e ARANGIO-RUIZ, *Leggi ed eventi costituzionali del periodo bellico e post-bellico*, circa alcune riforme generali; ed, invece, circa la riforma dei rapporti tra potere esecutivo e legislativo vedi V. SCIALOJA, *I problemi dello Stato italiano dopo la guerra*, Bologna, 1918. Per una riforma sindacale ed economica vedi AMBROSINI, *Sindacati consigli tecnici e parlamento politico*, Roma, 1925.

(2) Per le varie fasi della riforma costituzionale vedi GIANTURCO, *La legislazione sindacale fascista e la riforma costituzionale*, Genova, 1926; ORSI, *Fascismo e legislazione fascista*, Milano, 1928; le *Relazioni e proposte della Commissione Presidenziale per lo studio delle riforme costituzionali*, Roma, 1925.

senza fissare i caratteri del nuovo Stato (1), il che non è oggetto del presente studio, è sufficiente, per bene comprendere il valore e la particolare importanza della legge 9 Dicembre 1928 sul Gran Consiglio, che stiamo per esaminare, fissare il principio che la riforma costituzionale fascista, considerata nel suo insieme, non deve essere intesa soltanto come parziale modificazione e adattamento dei nostri istituti fondamentali alle nuove esigenze, o, sia pure, soltanto come un ritorno ai principî originari dello Statuto, ma, bensì, e soprattutto, come creazione di un nuovo ed originale tipo di Stato (2).

Circa le numerose riforme realizzate vedi ROCCO, *La trasformazione dello Stato*, Roma, 1927; i due volumi su *La legislazione fascista (1922-28)*, Roma, 1929, pubblicati a cura del Segretariato Generale della Camera dei Deputati e vedi, pure, CORSO, *Lo Stato Fascista*, Roma, 1929 e PERLA, *La legislazione fascista*, in *Bibliografia fascista*, 1929, n° 19-20.

(1) Mentre, per esempio, per il RANELLETTI, (*Istituzioni di diritto* op. cit. specie pag. 54 e segg.) lo Stato fascista conserverebbe i caratteri dello Stato *costituzionale rappresentativo giuridico*, invece per altri (COSTAMAGNA, PANUNZIO) sarebbe, sia pure in un nuovo senso, la negazione di tali caratteri.

(2) Vedi, in questo senso, il riconoscimento autorevole del ROMANO, in *Riv. di Dir. Pubblico*, 1929, I, pag. 48. Così pure ERCOLE, *Genesi e caratteri costitutivi dello Stato fascista corpo-*

X

Una delle più importanti riforme costituzionali è certamente quella introdotta dalla legge 9 Dicembre 1928, n° 2693, sull'ordinamento e le attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo, per i problemi, sia generali che particolari, da essa sollevati, i quali toccano l'essenza stessa della costituzione.

Ed essa legge, per alcune sue disposizioni, e specialmente per l'art. 12, è basilare per l'esame del problema, oggetto del presente studio, in quanto che è la più importante fonte positiva del nostro diritto pubblico

rativo, in *Annali della Scuola Media*, maggio 1930, pag. 189 in nota e pag. 206 e nota 1; e CHIMIENTI, *L'organizzazione nazionale fascista nel diritto pubblico italiano*, Torino, 1928, pag. 90 e segg. Cfr. pure le originali interpretazioni politico-giuridiche del COSTAMAGNA, *Elementi di diritto costituzionale corporativo fascista*, Firenze, 1929 e del PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, Roma, 1929. Per nuovi orizzonti del diritto pubblico vedi VOLPICELLI, *Natura oggetto e limiti* . . . op. cit. e *I fondamenti ideali del corporativismo*, in *Archivio di Studi Corporativi*, fasc. I, Pisa, 1930.

circa la sistemazione giuridica dei rapporti tra costituzione e legge.

Perciò, passando allo studio dei rapporti da tale legge regolati, esamineremo se essa abbia realmente introdotta una distinzione giuridica fra legge costituzionale e legge ordinaria, se si possa parlare di una nuova procedura per la formazione della legge costituzionale, se si possano ammettere dei limiti giuridici al potere legislativo ordinario, se vi sia la possibilità di un controllo di costituzionalità e come debba essere inteso, ed, infine, se la nostra costituzione abbia mutato il proprio carattere flessibile.

1

È soltanto in conseguenza dell'art. 12 della legge 9 Dicembre 1928 sul Gran Consiglio che nel diritto pubblico italiano, nel nuovo ordinamento politico e giuridico dello Stato, si può parlare, da un punto di vista veramente *giuridico*, di distinzione tra *leggi costituzionali* e *leggi ordinarie*.

Distinzione che, prima di tale legge, non aveva per il nostro diritto positivo, come in parte già si è detto, che una importanza dottrinale, sostenendosi che la modificazione delle leggi costituzionali non poteva avvenire, da parte del potere legislativo, che con speciale prudenza e ponderazione, e che lo Statuto, pur non ritenendosi immodificabile, non poteva modificarsi, come legge di carattere fondamentale e superiore alle altre, se non per necessità. Ove si vede che la base di tale distinzione non era affatto giuridica.

Invece con la legge sul Gran Consiglio, colla quale si è inteso, fra l'altro, di circondare di particolari cautele la modificazione degli ordinamenti fondamentali dello Stato, la distinzione tra legge costituzionale e legge ordinaria è venuta ad acquistare rilevanza giuridica (1). Cioè con una norma, che disciplina la nuova

(1) Ammettono che abbia acquistata rilevanza giuridica la distinzione fra leggi costituzionali e leggi ordinarie RANELLETTI, *Il Gran Consiglio del Fascismo e la forma di governo dello Stato italiano*, in Riv. di Diritto Pubbl. 1929, I, pag. 324 e segg., *Istituzioni di...* op. cit. pag. 217; DONATI, *Appunti di diritto costituzionale*, Appendice, Padova, 1929, pag. 102; FERRACCIU, *La figura costituzionale del Gran Consiglio*, in Riv. di Diritto

procedura che si deve seguire per tutte le modificazioni alle leggi di carattere costituzionale, si è introdotto e precisato il *concetto di legge costituzionale*.

Difatti, per l'art. 12 di questa legge, deve essere sempre sentito il parere del Gran Consiglio su tutte le questioni aventi carattere costituzionale e devono sempre considerarsi come aventi carattere costituzionale le proposte di legge concernenti:

1) la successione al Trono, le attribuzioni e le prerogative della Corona;

Pubbl. 1929, I, pag. 217 e segg., *Le leggi di carattere costituzionale*, in Riv. di Diritto Pubbl., 1930, I, pag. 71, *Norme e riforme...* op. cit. pag. 432 e segg.; ZANOBINI, *La sistemazione delle sanzioni penali*, in Riv. di Diritto Pub., 1929, I, pag. 500; COSTAMAGNA, *Elementi di dir...* op. cit. pag. 89; D'ALESSIO, *Forma e spirito della nuova costituzione italiana*, in Riv. di Scienze Politiche e Giurid. « Lo Stato », 1930, pag. 261. In tal senso pure CAMPOGRANDE, *Il Gran Consiglio del Fascismo*, Torino, 1929, pag. 25-26; CORSO, op. cit., pag. 467; MELONI, *La legge sul Gran Consiglio del Fascismo*, in Foro Amministrativo, 1929, IV, col. 97 e segg. Cfr. pure *Atti Parlamentari: Senato del Regno* doc. n° 1638, *Camera dei Deputati*, doc. n° 2189, per la relazione ministeriale al disegno di legge, per la relazione del Sen. Berio al Senato e per quella dell'On. Orano alla Camera: in esse si precisa che si è voluto creare un nuovo tipo di legislazione, la legislazione costituzionale, per la quale è sempre richiesto il preventivo esame del Gran Consiglio.

2) la composizione e il funzionamento del Gran Consiglio, del Senato del Regno e della Camera dei Deputati;

3) le attribuzioni e le prerogative del Capo del Governo, Primo Ministro Segretario di Stato;

4) la facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche;

5) l'ordinamento sindacale e corporativo;

6) i rapporti tra lo Stato e la S. Sede;

7) i trattati internazionali, che importino variazione al territorio dello Stato e delle Colonie, ovvero rinuncia all'acquisto di territori.

Si contempla, in questo articolo, una serie di proposte legislative intorno a materie di carattere costituzionale: proposte legislative che, appunto perchè rivestite di questo carattere e perchè aventi per oggetto materie esplicitamente dichiarate sostanzialmente costituzionali, devono seguire, a differenza delle proposte legislative intorno a materie di carattere ordinario, una speciale procedura per la loro elaborazione, e, cioè, il preventivo esame e parere obbligatorio del Gran Consiglio.

Parere soltanto consultivo e non deliberativo, ma non perciò, come esamineremo, meno necessario alla perfezione della legge costituzionale, perchè condizione essenziale di forma.

Ed al parere del Gran Consiglio, a questo speciale procedimento, è, d'ora innanzi, sottoposto, nel sistema del nuovo diritto italiano, qualsiasi disegno di legge costituzionale. Ed è da questo speciale procedimento e dalla precisazione del concetto di legge costituzionale che acquista rilevanza giuridica la distinzione fra legge costituzionale e legge ordinaria.

Distinzione che non può essere messa in dubbio, come, quasi concorde (1), ritiene la dottrina, poichè prescri-

(1) Invece il LIUZZI (*Sulle leggi costituzionali...*, op. cit., pagg. 121-124 e pag. 134) assegna alla nuova categoria legislativa semplicemente il significato di leggi di maggiore importanza politica e nega, erroneamente, che si sia voluto istituire propriamente una differenza tra leggi costituzionali e leggi ordinarie. Il FALCO (*Corso di diritto ecclesiastico*, Padova, 1930, pagg. 299-301) ammette che la distinzione tra leggi costituzionali e leggi ordinarie sia venuta ad acquistare rilevanza giuridica e precisa pure che questa distinzione trova particolare applicazione in diritto ecclesiastico, poichè l'art. 12 considera costituzionali non

vendo, l'art. 12, il preventivo esame e parere obbligatorio del Gran Consiglio per tutti i disegni di legge concernenti materie di carattere costituzionale - carattere costituzionale assegnato, appunto per il loro contenuto, alle categorie di leggi elencate in detto articolo - ha voluto proprio stabilire chiaramente una distinzione giuridica fra leggi di carattere costituzionale e leggi di carattere ordinario.

Distinguendo proposte di legge con carattere costituzionale da altre che tale carattere non hanno, l'art. 12 viene, difatti, a dare rilevanza giuridica a questa distinzione che, sino alla riforma in esame, aveva avuto soltanto un valore dottrinale e politico, e viene pure, implicitamente, a caratterizzare come costituzionali le leggi aventi il contenuto delle proposte in esso elencate.

E se noi ricordiamo quanto abbiamo detto intorno alla reale natura giuridica delle norme o leggi di carattere costituzionale, il significato della *gerarchia fra le leggi*, introdotta dall'art. 12 della legge in esame, non potrà non apparire nel suo vero valore.

già tutte le leggi in materia ecclesiastica, ma solo quelle concernenti i rapporti tra lo Stato e la Santa Sede.

Si deve, però, anzitutto, osservare che il legislatore fascista, assai opportunamente, prima di procedere ad una vera e propria determinazione sistematica dei rapporti fra *legge costituzionale* e *legge ordinaria*, ha sistemato, con la legge 31 Gennaio 1926, n. 100, sulla « facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche », i rapporti fra *legge* e *regolamento*. E deve, così, pure rilevarsi che tale legge non ha inteso di chiarire la determinazione dei rapporti tra costituzione e legge, i quali, perciò, continuavano ad avere un valore più politico che giuridico, ma ha solo voluto, come osserva il Saltelli (1), delimitare i rapporti tra legge e regolamento.

Invece con la norma, contenuta nella legge sul Gran Consiglio, si è introdotta una distinzione giuridica fra leggi costituzionali e leggi ordinarie, e si è, in tal modo, istituita, e giuridicamente ben precisata, una *gerarchia* fra costituzione e legge.

Onde si può dire:

(1) SALTELLI, *Potere esecutivo e norme giuridiche*, Roma, 1926, pag. 201 e 331.

1°) che si è veramente avvalorata la legge costituzionale quale norma giuridica diversa e superiore alla legge ordinaria;

2°) che maggiormente precisa è la formulazione e sistemazione dei rapporti tra le tre categorie di norme giuridiche, cioè tra costituzione, legge e regolamento;

3°) che, anche nel nostro ordinamento statale, la costituzione e la legge costituzionale sono venute ad assumere un vero valore giuridico sostanziale e formale;

4°) che, infine, la distinzione tra norme costituzionali e norme ordinarie poggia sopra una gerarchia d'ordine giuridico, data *sostanzialmente* da un diverso contenuto, tassativamente indicato, e *formalmente* da un diverso e più rigoroso procedimento per la formazione delle leggi costituzionali (1).

Quindi abbastanza chiara, anche se non rigorosa-

(1) Su questi problemi, cioè sulla esigenza di ben precisare giuridicamente una *gerarchia* fra costituzione e legge, aveva richiamata la mente degli studiosi il VACCHELLI, (*Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche*, in Rivista di Dir. Pubbl., 1921, I, pag. 49 e segg.) fissando autorevolmente dei principî che, in gran parte, sono stati attuati con la riforma in esame.

mente precisata e sistemata, è nel nostro ordinamento costituzionale, la *gerarchia delle norme*, costituzione, legge e regolamento; e questa gerarchia acquista rilievo e significato giuridico, perchè basata sopra un sistema formale, il solo capace d'introdurre giuridicamente una differenza d'autorità tra costituzione e legge, tra legge e regolamento.

2

Ma con l'obbligatorio esame e parere del Gran Consiglio su le proposte di legge concernenti materie di carattere costituzionale prima della presentazione, da parte del Governo, del disegno di legge al Parlamento, si è dato vita ad un *nuovo e speciale procedimento* per la legislazione costituzionale, oppure, sostanzialmente, il procedimento è quello stesso che si segue per la legislazione ordinaria?

Qual'è la natura delle funzioni del Gran Consiglio in ordine alla legislazione? L'intervento obbligatorio del Gran Consiglio nella elaborazione della legge co-

stituzionale fa sorgere un procedimento *nuovo e diverso* da quello ordinario?

Ossia, qual'è, noi dobbiamo chiederci, il *carattere* di questo speciale procedimento, in virtù del quale si è introdotta nel nostro diritto costituzionale la distinzione tra leggi costituzionali e leggi ordinarie, e senza del quale tale distinzione non avrebbe un reale valore giuridico?

L'intervento del Gran Consiglio nella elaborazione della legge costituzionale non è, certamente, deliberativo, ma consultivo; difatti il Consiglio, per l'art. 12, deve esprimere soltanto un parere.

Secondo la relazione del Senato al disegno di legge si tratta di « una potestà consultiva, la quale non vincola nè il Governo nè il Parlamento, in sede di discussione di proposte di legge »; e per la relazione ministeriale al Senato, quando il Gran Consiglio « viene chiamato a partecipare alla funzione legislativa, il suo compito rimane quello di una consulenza altissima ma non vincolante » (1).

(1) Vedi ATTI PARLAMENTARI, cit. pag. 2 e 3.

Il Gran Consiglio, si è così detto, non partecipa alla funzione legislativa: il suo intervento riguarda soltanto il *momento della preparazione* del disegno di legge, ma non entra nel *procedimento di formazione* della legge medesima, e, perciò, la nuova procedura non aggrava il *procedimento vero e proprio* di formazione della legge, perchè di diversa natura.

Scrive, infatti, il Ranelletti, il quale precisando la posizione costituzionale del Gran Consiglio ha portato, a parte i punti sui quali, secondo noi, si deve dissentire, il primo vero ed alto contributo giuridico alla risoluzione delle questioni costituzionali toccate e sollevate da questa legge, che « la necessità di quel parere non deve indurre a ritenere che il Gran Consiglio partecipi alla funzione legislativa. Questa rimane tutta nella cooperazione degli organi legislativi (Re e due Camere) ». E prosegue osservando che « la funzione del Gran Consiglio riguarda unicamente il momento della preparazione del disegno di legge da presentare al Parlamento, non entra nel procedimento della formazione della legge, che s'inizia con la presentazione

del progetto di legge ad una delle Camere » (1). Questa interpretazione non soddisfa, però, pienamente, poichè, una volta ammessa nel nostro diritto pubblico la distinzione tra leggi costituzionali e leggi ordinarie, bisogna pur cercare di scorgere e valutare tutte le possibili conseguenze giuridiche implicitamente contenute in questa distinzione, che, toccando alcuni essenziali aspetti e caratteri della nostra costituzione, non è soltanto formale ma anche sostanziale.

Il parere del Gran Consiglio non vincola, è vero, il Parlamento in sede di discussione delle proposte di legge di carattere costituzionale: la funzione legislativa nel suo momento deliberativo rimane tutta, è vero, negli organi legislativi, nel Re e nelle due Camere; ma tutto ciò non deve farci ritenere, col compianto Liuzzi, che per la legge costituzionale si segua la solita procedura, salvo che alla presentazione del disegno di legge debba precedere il parere del Gran Consiglio e

(1) RANELLETTI, *Il Gran Consiglio.....*, op. cit., pag. 325, e *Istituzioni di dir. pubblico.....*, op. cit. pag. 217.

che tale parere sia soltanto « una condizione della regolarità della presentazione del disegno di legge da parte del Governo » (1).

Si dimentica che il parere del Gran Consiglio è obbligatorio, e, quindi, necessario e indispensabile, nel procedimento, sia pure *preliminare* o *iniziale*, di formazione della legge costituzionale e si tralascia di considerare che tale parere è *condizione essenziale* di forma per la validità ed efficacia della legge costituzionale deliberata dagli organi legislativi ordinari.

Quindi se il parere del Gran Consiglio è condizione essenziale per la validità ed efficacia della legge costituzionale, la sua funzione non riguarda unicamente il momento della preparazione del disegno di legge, ma entra nel procedimento, sia pure *iniziale*, della formazione della legge costituzionale.

Del resto se il primo momento della procedura di formazione della legge, come concorde ritiene tutta la dottrina, è quello che concerne l'*iniziativa* delle leggi,

(1) LIUZZI, *Sulle leggi costit.*....., op. cit., pag. 129.

e se questa *iniziativa*, una volta esercitata, e prima che ad essa segua la *discussione* e l'*approvazione* delle Camere e la *sanzione* del Re, deve sottoporsi al *parere* del Gran Consiglio, per poter sostenere che l'intervento di tale organo non entra nel procedimento di formazione della legge bisognerebbe che il suo parere fosse prima della iniziativa, cioè prima e fuori di quell'atto che fa parte integrante del processo di formazione della legge.

Perciò all'*iniziativa* nel procedimento di formazione della legge *costituzionale* non segue, come in quello per la formazione della legge *ordinaria*, la presentazione del progetto di legge ad una delle Camere, ma la sottoposizione di esso progetto al parere del Gran Consiglio.

Non si comprende, quindi, come si possa sostenere che il parere del Gran Consiglio sia soltanto una condizione della regolarità della presentazione del disegno di legge da parte del Governo.

Ma si obietta come abbiamo rilevato che questa nuova procedura non aggrava il procedimento vero e proprio di formazione, perchè di *diversa* natura: cioè,

questa nuova procedura non toccherebbe il momento vero di formazione della legge, il momento *deliberativo*, del quale è competente soltanto il Parlamento, ch'è di *diversa natura* dal momento della preparazione del disegno da presentare al Parlamento (1).

Certo che il momento deliberativo rimane di esclusiva competenza del Parlamento, e che il parere, consultivo e non vincolante, del Gran Consiglio è di diversa natura dalla funzione deliberativa propria di esso Parlamento, ma, tuttavia, non si può affermare che tale parere riguardi unicamente il momento della preparazione del disegno della legge costituzionale e non il procedimento di formazione di essa legge, poichè ciò affermando significa negare quegli stessi risultati giuridici, che, con l'art. 12 della legge sul Gran Consiglio, il legislatore vuole raggiungere.

L'intervento del Gran Consiglio riguarderà il procedimento *iniziale* di formazione della legge costituzio-

(1) Oltre il RANELLETTI, op. e loc. cit. e il LIUZZI, op. e loc. cit., vedi FERRACCIU, *Le leggi di carattere.....*, op. cit., pag. 71 e 72 e *Norme e riforme.....*, op. cit., pag. 435.

nale, il momento consultivo e non deliberativo, ma tale intervento rientrerà pur sempre, e necessariamente, nel procedimento di formazione di essa legge, poichè il parere, attraverso il quale l'intervento si esprime - l'art. 12 prescrive che deve essere sempre sentito e la legge 15 dicembre 1930, n. 1696, che modifica la formula di promulgazione per le leggi aventi carattere costituzionale, impone che deve farsi espressa menzione dell'audizione di tale parere - è condizione essenziale di forma per la validità ed efficacia della legge costituzionale.

Ogni altra interpretazione a noi sembra che nasconda quei motivi parlamentaristici che nel nuovo diritto pubblico italiano non possono certamente avere più il valore di un tempo, e venga a confondere il procedimento di formazione della legge ordinaria con il procedimento di formazione della legge costituzionale. Procedimento, questo ultimo, il quale non può più essere, evidentemente, uguale a quello che si segue per le leggi di carattere ordinario, perchè logica conseguenza dell'introdotta, ed ammessa, distinzione fra le due categorie di legislazione; esso, difatti, non coincide interamente con

quello in vigore prima della legge sul Gran Consiglio, il quale era un procedimento *comune* sia alle leggi di carattere ordinario che a quelle di carattere costituzionale.

Mentre nel sistema costituzionale italiano, anteriore alla legge sul Gran Consiglio, si potevano, con un unico procedimento, formare sia leggi ordinarie sia leggi di grande importanza costituzionale, le quali venivano, così, ad essere formalmente equiparate a leggi ordinarie, invece oggi il procedimento non è più *unico* ma *distinto*, non è più *uguale* ma *diverso*. "

Nel nuovo diritto costituzionale italiano ci troviamo, perciò, di fronte ad un procedimento per le leggi costituzionali e ad un procedimento per le leggi ordinarie: cioè, in base all'introdotta distinzione *fra le due categorie di legislazione*, occorre pure ammettere, per logica giuridica e per armonia di sistema, una *distinzione tra procedimento costituzionale e procedimento ordinario*. Si viene, in tal modo, a precisare che la partecipazione del Gran Consiglio alla formazione della legge costituzionale non interessa il procedimento ordinario di formazione delle leggi, perchè non lo tocca, ma tocca ed interessa soltanto il

procedimento di formazione della legge costituzionale nella sua fase *preliminare*.

Il *parere* del Gran Consiglio venendosi, insomma, ad inserire tra il momento dell'*iniziativa* e quello *deliberativo*, crea, completandolo, un procedimento più rigoroso e diverso da quello che si segue per le leggi ordinarie.

3

Si deve ora esaminare una terza questione, cioè se la distinzione tra legge costituzionale e legge ordinaria e il relativo procedimento di formazione della legge costituzionale abbiano creato dei limiti giuridici al potere legislativo ordinario.

Occorre, anzitutto, rilevare che il procedimento di formazione della legge costituzionale non solo non si esaurisce nell'esame preliminare, nel parere consultivo del Gran Consiglio, poichè trova il suo necessario completamento nel momento deliberativo da parte degli organi legislativi, ma influisce anche indirettamente sullo stesso momento deliberativo, poichè riveste tale momento di un *carattere*, che è diverso da quello ordinario.

Non si sono istituiti speciali organi legislativi, cioè un vero e proprio potere costituente, nè tutta una nuova rigorosa procedura per la formazione delle leggi costituzionali, ma gli organi legislativi ordinari deliberando, sulla base della speciale procedura, ora esaminata, intorno alla legge costituzionale mutano, almeno *sostanzialmente*, il loro *carattere* di organi legiferanti in materie ordinarie in quello, più complesso e più grave, di organi legiferanti in materie costituzionali, dirette a modificare le linee fondamentali dell'organizzazione dello Stato.

Diversità di carattere che se non aveva *rilevanza giuridica* prima d'introdurre la distinzione tra le due categorie di legislazione e prima di creare una più complessa procedura per la formazione delle leggi costituzionali, l'ha, invece, oggi, almeno dal lato *sostanziale*.

A stretto rigore giuridico *solo* il Parlamento *formalmente* continua a rimanere investito della competenza a *deliberare* anche sulle leggi di carattere costituzionale, ma tale competenza, tuttavia, risulta rivestita di un carattere e di un valore *sostanzialmente* diverso da quello

ordinario, poichè esso Parlamento non può deliberare intorno alle leggi costituzionali con lo *stesso procedimento* e, soprattutto, con la stessa autonomia, ch'egli segue per le leggi di carattere ordinario.

Perciò, già da questo generico punto di vista, si può scorgere un limite del potere legislativo in ordine alla legislazione costituzionale.

Difatti, meglio precisando, ammessa la distinzione tra legge costituzionale e legge ordinaria, ammesso un diverso procedimento per queste due categorie di legislazione, non può non ammettersi che il carattere del Parlamento, in sede di deliberazione di leggi costituzionali, sia *sostanzialmente* diverso dall'ordinario. E se è diverso il carattere, sarà pure diversa la funzione, cioè sarà non funzione legislativa ordinaria, ma *funzione legislativa costituzionale*.

Funzione legislativa costituzionale che il Parlamento non può esercitare senza il preventivo parere, senza il *concorso* del Gran Consiglio; il quale, così, partecipa, da un punto di vista puramente giuridico, in modo indiretto alla formazione della volontà legislativa in ma-

teria costituzionale, in quanto che il suo parere, che pure è essenziale per la validità del momento deliberativo, è soltanto consultivo; ma, da un punto di vista politico, partecipa direttamente ed attivamente alla formazione di questa volontà, non solo perchè la promuove e la elabora, ma anche perchè, almeno nel presente momento storico, la dirige, con la sua grande influenza, nella definitiva deliberazione (1).

Ma i limiti del potere legislativo in ordine alla legislazione costituzionale non devono scorgersi soltanto in questo nuovo sostanziale carattere assunto dal Parlamento nella sua funzione legislativa costituzionale, ma anche nel fatto che il Parlamento, per le considerazioni precedentemente svolte, non può modificare o formare, operando con la procedura ordinaria, le leggi di carattere costituzionale.

Cioè la potestà di modificare o formare la legge

(1) Il D'ALESSIO, (op. cit. pag. 261), precisa che il Gran Consiglio diventa compartecipe della funzione legislativa costituzionale anche se in via indiretta: vedi pure FERRACCIU, *Le leggi.....*, op. cit. pag. 72 in nota.

costituzionale non è di esclusiva ed assoluta competenza del potere legislativo, il quale viene, così, a trovare un limite *formale* nella partecipazione obbligatoria del Gran Consiglio alla formazione delle leggi di carattere costituzionale.

Ma un limite del potere legislativo in ordine alla legislazione costituzionale deve vedersi pure nel fatto che viene ad essere soppressa, in materia di leggi costituzionali, l'*iniziativa parlamentare*.

Lo scopo della nuova categoria delle leggi costituzionali non è solo nella garanzia di un più maturo esame, ossia nella necessità di circondare di una nuova e maggiore garanzia la disciplina legislativa di alcune materie particolarmente delicate e fondamentali, per le quali era, sino ad oggi, ammessa la iniziativa parlamentare, ma anche, e proprio, come si legge nella relazione ministeriale, nella « impossibilità di presentare al Parlamento una proposta su quelle particolari materie senza l'assenso del Governo, da cui dipende la convocazione del Gran Consiglio, e senza il preventivo consentimento del Re, che deve autorizzare il Governo

alla presentazione del relativo disegno di legge (1) ».

E la relazione del Senato al disegno di legge precisa ancora meglio che « reso obbligatorio il parere del Gran Consiglio, e poichè questo non può essere convocato che dal Capo del Governo, resta esclusa la possibilità che progetti di legge di tanta entità e delicatezza, quali sono quelli elencati nell'art. 12, vengano presentati al Parlamento senza l'assenso del Governo e il preventivo consentimento del Re (2) ».

Su queste opinioni espresse in Parlamento hanno subito portato la loro attenzione due nostri illustri giuristi, il Ranelletti e il Donati, per concludere nel senso dei lavori parlamentari.

Per il Ranelletti, infatti, « poichè il Gran Consiglio è convocato dal Capo del Governo, e l'ordine del giorno è da lui fissato, e il parere deve essere da lui richiesto (e può essere soltanto da lui richiesto) queste leggi sono sottratte all'iniziativa parlamentare e possono essere presentate al Parlamento solo per iniziativa

(1) Vedi, *Atti Parlamentari*, cit. pag. 6.

(2) Vedi, *Atti Parlamentari*, cit. pag. 2.

del Governo del Re (1) ». E per il Donati, poichè è impossibile presentare al Parlamento un progetto di legge di carattere costituzionale senza l'assenso del Governo, e senza il preventivo consentimento del Re, « occorre l'assenso del Governo, perchè solo il Capo del Governo può convocare il Gran Consiglio; occorre il consentimento del Re, perchè solo il Re può autorizzare il Governo alla presentazione del disegno di legge (2) ».

Perciò, secondo noi, con l'introduzione di questa nuova e superiore categoria di legislazione si rafforza e si garantisce la vita degli istituti fondamentali dello Stato, in quanto le proposte di modificare o formare le

(1) RANELLETTI, *Il Gran Consiglio.....*, op. cit. pag. 325 e *Istituzioni di dir.....*, op. cit. pagg. 216 e 217, ed in nota (n. 1 pag. 217) precisa che se anche una iniziativa parlamentare venisse esercitata rimarrebbe del tutto inefficace, poichè, affinché quel progetto avesse corso, sarebbe necessario che il Capo del Governo lo facesse *proprio* per udire su di esso il parere del Gran Consiglio: e con ciò il progetto diventerebbe di iniziativa governativa.

(2) DONATI, op. cit. pag. 104. In questo senso pure FERRACCIU, *Le leggi di carattere.....*, op. cit. pag. 76; COSTAMAGNA, op. cit. pag. 176; CORSO, op. cit. pag. 27. Contra, LIUZZI, op. cit. pagg. 137 e 138; MELONI, op. cit. col. 98.

leggi costituzionali sono sottratte alla iniziativa parlamentare e rimangono affidate alla iniziativa del Capo dello Stato, che la esercita a mezzo del Capo del Governo, dal quale dipende la convocazione del Gran Consiglio.

E che non possa più ammettersi nella pratica costituzionale italiana il diritto di iniziativa parlamentare è chiaro non soltanto per quanto si può desumere dalle disposizioni della legge riguardante l'organizzazione e le funzioni del Gran Consiglio e dai documenti dei lavori parlamentari, che hanno accompagnata l'elaborazione di questa legge, ma anche dalle disposizioni della legge 24 Dicembre 1925, n. 2263, sul Primo Ministro.

Ha osservato bene il Ferracciu, contrariamente a quanto ha sostenuto il Liuzzi (1), che tra il fatto che il Gran Consiglio sia convocato dal Capo del Governo e il fatto che sia chiamato a pronunciarsi su un progetto d'iniziativa parlamentare, vi è inconciliabilità, nel senso che il Gran Consiglio, che pure dev'essere

(1) FERRACCIU, *Le leggi di*, op. cit. pag. 76 nota n. 2; LIUZZI, op. cit. pagg. 137-138.

sentito in materia di legislazione costituzionale, non può essere chiamato a pronunciarsi, ove il Capo del Governo, cui il progetto vuolsi trasmettere per l'assenso all'ordine del giorno - art. 6 legge 24 Dicembre 1925 - non vi aderisca: onde non potrebbe dirsi esistente un diritto d'iniziativa parlamentare del tutto subordinato all'esercizio della potestà discrezionale del Capo del Governo.

Ed è ugualmente priva di fondamento l'osservazione del Liuzzi (1) che non è vero, poichè il Capo del Governo non ha facoltà discrezionale ma obbligo di chiedere il parere del Gran Consiglio, che tale parere possa essere richiesto solo dal Capo del Governo.

Qui si confonde il diritto di iniziativa con l'obbligo, una volta esercitato tale diritto, di sottoporre la proposta di legge costituzionale al Gran Consiglio.

Iniziativa o facoltà discrezionale del Governo di legiferare in materia costituzionale, e obbligo da parte del Governo, se vuole legiferare in una delle materie elencate nell'art. 12 e dichiarate come costituzionali,

(1) LIUZZI, op. cit. pag. 137.

di sentire sempre il parere del Gran Consiglio, sono due momenti giuridici diversi, che non possono assolutamente confondersi.

Infine sembra a noi ugualmente non fondata la considerazione del Liuzzi (1), che la disposizione dell'art. 12, poichè tale articolo non limita l'intervento del Gran Consiglio ai casi d'iniziativa regia, e poichè la parola « proposta » riguarda tanto i disegni d'iniziativa regia quanto quelli d'iniziativa parlamentare, debba essere intesa in modo da comprendere qualsiasi proposta di legge.

Non ci si può, secondo noi, limitare, per o non ammettere l'esistenza del diritto d'iniziativa parlamentare in materia costituzionale, all'esame di questo singolo articolo, ma bisogna analizzare l'insieme delle disposizioni della legge sul Gran Consiglio ed armonizzare tali disposizioni con l'intero nuovo sistema costituzionale.

Ed è, appunto, da questo più largo, obiettivo e positivo esame, non ristretto alla pura lettera dell'art. 12,

(1) LIUZZI, op. cit. pagg. 134-135.

che apparisce chiaro e certo, per tutte le considerazioni precedentemente svolte, che le leggi costituzionali sono sottratte alla iniziativa parlamentare.

Occorre, inoltre, non dimenticare che la figura del Capo del Governo, come giustamente ritiene la migliore dottrina e come ha, recentemente, scritto il Panunzio, « è centro di tutto il nostro diritto costituzionale, senza del quale il sistema non si regge e non s'intende (1). »

Cioè il centro delle nostre istituzioni va ora ricercato nel Primo Ministro, il quale, nel caso in esame, convoca e presiede il Gran Consiglio, ne fissa l'ordine del giorno e i cui pareri sulle leggi costituzionali sono da lui, e soltanto da lui, richiesti.

Perciò i pareri espressi dal Gran Consiglio in ordine alla legislazione di carattere costituzionale non potranno non avere, da un punto di vista *politico*, per la partecipazione diretta del Capo del Governo, una grandissima influenza sopra le stesse discussioni deliberative del Parlamento, affinchè non s'introducano nei

(1) PANUNZIO, *Il Consiglio Nazionale delle Corporazioni*, in Riv. di Scienze Politiche e Giur. « Lo Stato », 1930, pag. 309.

detti progetti di leggi costituzionali modificazioni tali da essere sostanzialmente contrarie a quello spirito e a quel carattere loro impresso dal Gran Consiglio col suo esame e col suo parere.

L'abolizione del diritto d'iniziativa parlamentare può, quindi, considerarsi una delle conseguenze pratiche più importanti di questa riforma, la quale, invero, non può pensarsi se non in relazione alla necessità di frenare l'assoluta potestà del Parlamento in ordine alle materie di carattere costituzionale, ossia alla necessità di circondare di una nuova e maggiore garanzia la disciplina delle materie costituzionali.

Nuova e maggiore garanzia che si è trovata non solo nella distinzione delle leggi costituzionali da quelle ordinarie e nella creazione di un procedimento speciale e più complesso per la loro formazione, ma anche in quel principio antiparlamentare per eccellenza, che ha ispirato la riforma costituzionale fascista, la massima accentuazione del *potere di governo*.

Ma tra i limiti, che si sono posti all'attività dei Parlamenti, quello che si è sempre presentato come

primo, sia per l'estensione sia per il valore, è il limite che scaturisce da quel sistema costituzionale che sottrae alla esclusiva potestà e competenza del Parlamento la legge costituzionale, che traccia una differenza di grado giuridico tra legge costituzionale e legge ordinaria, ossia che regola i rapporti tra costituzione e legge.

4

Un'altra delle più importanti conseguenze pratiche derivanti dall'introdotta distinzione fra leggi costituzionali e leggi ordinarie è l'esercizio del *controllo di legittimità* da parte dell'autorità giudiziaria, la quale viene, come ora esamineremo, investita del potere di negare applicazione alle leggi di carattere costituzionale, che siano state emanate senza il preventivo parere del Gran Consiglio.

Ma non tutte le opinioni intorno alla esistenza ed alla possibilità di questo controllo sono pacifiche (1): almeno quelle espresse prima della legge 15 Dicem-

(1) Così il RANELLETTI, che nel lavoro cit. (pag. 325) sul *Gran Consiglio e la ...* e nella prima edizione delle sue *Isti-*

bre 1930, n. 1696, la quale, come si disse, modifica la formula di promulgazione e prescrive che in tale formula deve farsi espressa menzione dell'audizione del parere del Gran Consiglio.

È noto che mentre una parte della dottrina, che si è venuta svolgendo intorno al problema del sindacato dell'autorità giudiziaria rispetto alla *costituzionalità estrinseca delle leggi*, sostiene che l'autorità giudiziaria deve applicare le leggi sanzionate e promulgate dal Re senza poter sindacare se effettivamente vi siano state le manifestazioni della Camera e del Senato, invece

tuzioni di diritto op. cit., aveva ammesso il controllo di legittimità, lo ha, poi, negato nella seconda edizione (pag. 217 nota 2), per ammetterlo, invece, ora in seguito alla legge 15 Dicembre 1930, n. 1696: vedi la nota a pag. 596 della seconda ed. delle sue *Istituzioni di* Ammettono tale controllo FER-
RACCIU, *Le leggi di* op. cit., pag. 73, e *Norme e riforme* op. cit., pag. 435; DONATI, op. cit., pag. 104-105; COSTA-MAGNA, op. cit., pag. 177; MELONI, op. cit., col. 99; DALLARI, *La funzione consultiva del Gran Consiglio e l'ordinamento sindacale-corporativo* in Riv. di Dir. Pubbl. 1929, I, pag. 81. Conformi pure CORSO, op. cit., pag. 445 e CAMPOGRANDE, op. cit., pag. 17. Contra LIUZZI, op. cit., pagg. 139-141 e, per altre ragioni, JEMOLO, *La legge 9 Dicembre 1928 sul Gran Consiglio del Fascismo e il concetto di legge costituzionale*, estratto dagli Studi in onore del Ranelletti, Padova, 1930.

una parte, ed è, invero, la più numerosa, sostiene che l'autorità giudiziaria può sindacare se effettivamente si siano avute le manifestazioni dei tre rami del Parlamento e se siano manifestazioni concordanti.

Questa seconda dottrina logicamente, però, esclude che l'autorità giudiziaria possa sindacare la regolarità della procedura in base alla quale ogni ramo del Parlamento è giunto alla approvazione della legge.

E certamente la competenza dell'autorità giudiziaria non si potrà estendere sino a sindacare ogni questione inerente alle forme con cui si è manifestata la volontà degli organi legislativi: non indagherà, così, la forma con cui fu discussa la proposta di legge, o la presenza dei votanti in numero legale o l'andamento della votazione o l'enumerazione dei voti.

« Tutto ciò, scrive giustamente il Pacifici Mazzoni (1), si attiene all'esercizio delle prerogative legislative proprie a ciascuna delle due Camere, che niuno può sindacare ».

(1) PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1914, V^a ed., vol. I, n. 10.

Non si può, però, accettare la prima teoria che si ferma o alla sanzione o alla promulgazione regia e impedisce di sindacare la regolarità della procedura di formazione della legge, cioè se effettivamente la Camera e il Senato abbiano approvato la legge, poichè, anzitutto, se una norma ha forza operativa di legge in quanto siano state rispettate quelle disposizioni statutarie, che designano gli organi, cui va devoluta la formazione delle leggi, l'autorità giudiziaria può sindacare se la legge sia stata effettivamente e concordemente approvata dai tre rami del Parlamento (1).

Per il Romano, il quale è il più autorevole sostenitore della teoria che confutiamo, l'autorità giudiziaria può controllare se il decreto di promulgazione ha tutti i requisiti per essere considerato giuridicamente esistente, e se la legge promulgata è stata poi validamente pubblicata, cioè può controllare la promulgazione, che è atto che il Re compie come capo del potere esecutivo, ma non può sindacare non soltanto la legge nel suo

(1) Vedi art. 3, 7, 55 dello Statuto del Regno.

complesso, ma nemmeno i singoli atti che la costituiscono, perchè la sua competenza normale si arresta agli atti del potere esecutivo e non si estende a quelli che hanno caratteri legislativi, e, quindi, non all'approvazione delle Camere o alla sanzione del Re (1).

Ma tale autorevole opinione non può essere seguita, poichè se è pacifico che il giudice deve negare applicazione alla legge non regolarmente promulgata o non validamente pubblicata, in quanto giuridicamente inesistente, è anche vero che deve controllare se il testo di legge approvato da una Camera è uguale a quello approvato dall'altra e a quello sanzionato dal Re, se si è, cioè, formata quella volontà concorde, costituita dal concorso e dalla fusione della volontà delle due Camere e del Re, che è il presupposto primo e necessario per l'esistenza della legge.

La promulgazione, occorre precisare, costituisce una manifestazione, sia pure molto elevata, di natura eminentemente amministrativa, e quindi giurisdizionalmente

(1) ROMANO, *Corso di dir.....*, op. cit. pag. 304-305.

sindacabile: ossia, mentre la sanzione è atto d'indole legislativa, tanto che con essa il Re costituisce effettivamente uno dei tre rami del Parlamento (1), invece la promulgazione, e, quindi, pure l'ordine di pubblicazione di una legge, sono atti d'indole amministrativa, poichè il Re non concorre evidentemente alla formazione della norma legislativa, ma ad uno dei compiti più importanti del potere esecutivo, quello di attuare la volontà legislativa dello Stato.

Ma ciò precisato, deve l'autorità giudiziaria fermarsi alla promulgazione?

La promulgazione, scrive il Ranelletti (2), è atto governativo, e come tale deve essere conforme alle leggi esistenti, e il giudice può ritenersi da essa obbligato, solo in quanto sia conforme alla legge: egli, per-

(1) CAMMEO, *Della manifestazione della.....*, op. cit., n. 24 e segg.; ROMANO, op. cit., pag. 234; RANELLETTI, *Principi di dir. amm.*, op. cit., pag. 312 e segg. (nota); MICELI, *Principi di dir. costituzionale*, cit. pag. 561; RACIOPPI-BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909, pf. 167 e segg.; FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, IV ed., 1904, pf. 24.

(2) RANELLETTI, *Istituzioni di dir. pubblico*, cit. pag. 294.

ciò, deve sempre ricercare se la promulgazione fu legalmente fatta, e deve quindi ricercare, attraverso e malgrado la promulgazione, se la legge fu regolarmente approvata.

Insomma se il magistrato ha l'obbligo di applicare la legge, ha pure l'obbligo di accertare che una legge esista, e, se le forme costituzionali non sono state osservate, non si può certamente dire che la legge esista.

Come può, dunque, la *promulgazione* costituire una prova assoluta dell'esistenza della legge?

Certo che la promulgazione dà, scrive l'Orlando (1), una tale presunzione, ma non è una presunzione *iuris et de iure*, ma *iuris tantum*, cioè essa sta, sinchè non si provi il contrario.

E se così non fosse, conclude opportunamente l'Orlando, si dovrebbe ritenere che, in rapporto al cittadino, la legge non consista in altro che nella promulgazione, cioè in un atto del potere esecutivo.

Quindi dall'opinione della dottrina e della giurisprudenza circa la insindacabilità degl'*interna corporis*, non si

(1) ORLANDO, op. cit., pag. 270.

deve arguire la impossibilità del sindacato giurisdizionale in rapporto al lato formale della legge: anzi questo controllo è, senza dubbio, ammissibile, quando, come ritiene la maggioranza della dottrina (1), si limiti ad esaminare se un atto in veste di legge sia stato concordemente approvato dagli organi legislativi tutti.

E questa teoria è stata accolta pure dalla giurisprudenza della nostra autorità giudiziaria a proposito della disposizione al n. 96 del cat. IV della tariffa doganale del 30 maggio 1878, che imponeva ai tessuti imbianchiti il dazio dei tessuti greggi, coll'aumento del 20 per 100 votato dal Senato, mentre la Camera dei Deputati aveva approvato l'aumento del 15 per 100. La Cassazione di Roma, di fronte a ciò, affermò la competenza del magistrato a giudicare se nella formazione

(1) ORLANDO, op. e loc. cit.; RANELLETTI, op. e loc. cit.; CAMMEO, op. cit., pag. 52 e segg., e *Corso di diritto amm.*, 1914, vol. I, pag. 171 e segg.; PACIFICI-MAZZONI, op. e loc. cit. Vedi pure GABBA in *Foro Italiano*, 1886, I, 705. Contra ROMANO, op. e loc. cit.; ARMANI in *Foro Italiano*, 1890, I, 1106 e segg., il quale ritiene che il potere giudiziario ha nell'atto della promulgazione la prova esclusiva della esistenza e della formale costituzionalità delle leggi.

della legge avevano concorso i poteri fissati dallo Statuto, se, cioè, la legge era stata approvata dalla Camera e dal Senato nei termini in cui era stata promulgata e pubblicata (1); e il nostro potere legislativo provvide con legge 6 Luglio 1883, n. 1145 a sanare la irregolarità.

Quindi, mentre per la dottrina, ora confutata, non si potrebbe sindacare se vi sia stato intorno ad una legge costituzionale il parere del Gran Consiglio, poichè ci si dovrebbe fermare alla promulgazione, la quale starebbe pure ad attestare che sono state osservate le disposizioni della legge sul Gran Consiglio, invece per la dottrina, da noi riaffermata, l'autorità giudiziaria può sindacare la *costituzionalità estrinseca* della legge costituzionale, ossia controllare se vi sia stato il parere del Gran Consiglio e se sia stata concordemente approvata dagli organi legislativi.

E se prima della legge 15 Dicembre 1930, che modifica la formula della promulgazione, ciò poteva essere messo in dubbio, non perchè, come scrive il

(1) Cass. Roma, 28 Giugno 1886, in *Giurisprudenza ital.*, 1886, I, 3, 177.

Liuzzi (1), il parere del Gran Consiglio è solo una condizione della regolarità della presentazione del disegno di legge, ma perchè, per la segretezza delle sedute (art. 10 della legge sul Gran Consiglio), il testo della legge non poteva contenere alcun cenno del fatto che era stato udito il Gran Consiglio, ciò non può più, per le considerazioni svolte, essere messo in dubbio oggi.

Ma, tuttavia, poichè l'art. 12, mentre dichiara nel capoverso che devono considerarsi sempre come aventi carattere costituzionale le proposte di legge concernenti certe determinate materie, nella alinea pone la regola « deve essere sentito il parere del Gran Consiglio su tutte le questioni aventi carattere costituzionale », lo Jemolo, in un suo recente acuto studio (2), ha sostenuto che se si ammette « il sindacato della magistratura sull'applicazione dell'art. 12 nei confronti della funzione legislativa, non si può ammetterlo a metà: non si può, cioè, ridurlo all'esame, in massima piut-

(1) LIUZZI, op. cit., pag. 140.

(2) JEMOLO, op. cit., pag. 9.

tosto semplice, volto ad accertare se l'oggetto di una legge, rientri o meno in una delle sette categorie del capoverso dell'art. 12; occorre estenderlo all'esame del punto se l'oggetto di una legge, anche non rientrante nelle sette categorie del capoverso, abbia o meno carattere costituzionale ».

Del resto, per lo Jemolo, anche « arbitrariamente ed illogicamente ristretto al punto se la legge ricada o meno in una delle sette categorie del capoverso dell'art. 12, il sindacato della magistratura e la sanzione della dichiarazione d'inefficacia della legge, non solo costituirebbe uno di quei sindacati del magistrato volto a colpire una violazione di legge commessa da organi politici per ragioni strettamente politiche, che la stessa dottrina liberale, pur così favorevole al sindacato giudiziario, vedeva in massima esclusi, ma avrebbe conseguenze di una impressionante gravità (1) ».

Ora, questa rigorosa interpretazione che, da una parte, ha il merito di richiamare la mente ad una va-

(1) JEMOLO, op. cit., pag. 10.

lutazione più giuridicamente esatta della portata dell'art. 12 della legge sul Gran Consiglio, opportunamente connesso con gli art. 1 e 2 della legge stessa e con le disposizioni della legge 24 Dicembre 1925, n. 2263, sulle attribuzioni e prerogative del Capo del Governo, ha, d'altra parte, secondo noi, il difetto di confondere la disposizione del capoverso dell'art. 12, che è una disposizione tassativa, precisa, assoluta, con la disposizione contenuta nell'alinea dello stesso articolo, ch'è una disposizione generica, la quale va, giustamente, come ritiene lo Jemolo, messa in relazione con gli art. 1 e 2 e con la legge sul Primo Ministro.

Difatti il capoverso dell'art. 12 mira a stabilire *positivamente e tassativamente* quali materie debbano considerarsi sempre di carattere costituzionale e formare oggetto di relative leggi: è, cioè, una norma positiva che la distinzione fra legge costituzionale e legge ordinaria introduce e che esplicitamente dice quali materie si devono ritenere per costituzionali. L'alinea dell'art. 12 parla, invece, di « questioni aventi carattere costituzionale », che, per la loro indeterminatezza giu-

ridica, non possono essere valutate dagli organi giurisdizionali, e rientrano necessariamente ed evidentemente in ragioni strettamente politiche.

L'art. 12 non è in contrasto, è vero, con l'art. 1, il quale, nella sua ultima parte, stabilisce che il Gran Consiglio dà « parere su ogni altra questione politica, economica o sociale, sulla quale sia interrogato dal Capo del Governo »; è vero che il Gran Consiglio è presieduto dal Capo del Governo, il quale lo convoca quando lo ritiene necessario e ne fissa l'ordine del giorno, e che su tutta l'attività, sulla stessa composizione del Gran Consiglio (art. 6 e 7), domina la volontà e l'iniziativa del Capo del Governo; è vero, pure, che, per l'art. 6 della legge sul Primo Ministro, nessun oggetto può essere messo all'ordine del giorno di una delle due Camere senza l'adesione del Capo del Governo; ma tutto ciò non implica che le *determinate materie*, indicate nel capoverso dell'art. 12, *non debbano considerarsi sempre come aventi carattere costituzionale*, che su queste materie non debba non essere *sempre inteso il parere del Gran Consiglio*, che

il Capo del Governo *non debba non* farlo sempre sentire, e che, per conseguenza, l'autorità giudiziaria non possa non controllare l'esistenza di queste condizioni e formalità.

Non è certamente ammissibile l'ipotesi che un progetto divenga legge contro la volontà del Capo del Governo, ma è anche certo che se il Capo del Governo vuole legiferare in una delle materie indicate nell'art. 12 e dichiarate costituzionali, *deve sempre sentire il parere del Gran Consiglio* e l'autorità giudiziaria può e deve controllare se tale parere è stato udito.

Del resto, inteso in questi limiti, come meglio fra poco preciseremo, il sindacato della magistratura non sarebbe, come ritiene lo Jemolo (1), sindacato dell'apprezzamento fatto dagli organi tutti del potere legislativo e dal Capo del Governo sopra il carattere costituzionale di un disegno di legge, ma conserverebbe pur sempre, e soltanto, i caratteri del *sindacato estrinseco o formale*.

(1) JEMOLO, op. cit., pag. 14.

Ma il controllo o *sindacato giudiziario di legittimità*, a parte, in ogni caso, l'accertamento dei requisiti formali di ogni atto legislativo costituzionale, secondo l'attestazione della formula di promulgazione, implicherà pure, nel nostro sistema positivo, l'esame, dal lato *oggettivo-materiale*, di qualunque legge, sul carattere, ordinario o costituzionale, della quale cada dubbio, per accertare se investa o meno una materia costituzionale a termini dell'art. 12 della legge sul Gran Consiglio.

E diciamo facoltà di *sindacato oggettivo materiale* per non confondere tale facoltà con quella del *sindacato intrinseco o sostanziale*, certamente ancora preclusa, in modo assoluto, agli organi giurisdizionali.

Difatti non è, neppure oggi, assolutamente possibile assegnare tale facoltà agli organi giurisdizionali, cioè non si può permettere loro di esaminare se una data legge contraddica alla costituzione, per modo di applicarla solo ed in quanto a questa non contraddica, poichè non essendo la nostra costituzione un documento intangibile, ma, bensì, suscettibile di modificazioni per via di leggi, sia pure non più ordinarie, ma costituzionali, e sia pure

attraverso uno speciale e più rigoroso procedimento, queste sono sempre espressione giuridica dello Stato, e, quindi, obbligatorie, anche se non in armonia con certi principî della costituzione (1).

Ma anche questo controllo, che noi chiamiamo *oggettivo-materiale* non può *giuridicamente* che qualificarsi come *formale*.

(1) Per queste idee la nostra dottrina dominante: il ROMANO, *Corso di diritto costituz.*, op. cit., pag. 227-228, scrive che lo Statuto non è immodificabile, ma che contiene soltanto delle *norme direttive*, che consigliano il potere legislativo a mantenere fermi alcuni principî fondamentali; e il RANELLETTI, *Istituzioni di dir....* op. cit., pag. 294-295, precisa che non si può opporre ad una legge che essa è contraria allo Statuto; e se è contraria ad esso, non è illegale, poichè deroga alla disposizione statutaria, ma non la viola, e così il giudice non può ricercare se essa è ingiusta o giusta, opportuna o meno, ma deve applicarla.

In tal senso pure ORLANDO, op. cit., pag. 148-149; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di dir. costituzionale italiano*, Torino, 1913, n. 696; MAJORANA, *Il sistema dello Stato giuridico*, Roma, 1889, pag. 182 e segg.; MICELI, op. cit., pag. 448 e segg.; UGO, *Sulle leggi incostituzionali*, Macerata, 1887; GIANTURCO, *Sistema del diritto civile italiano*, Napoli, 1910, pag. 88 e segg. e altri numerosi. Contra vedi, invece, RACIOPPI, *Il sindacato giurisdizionale sulla costituzionalità della legge*, in « Legge » XLV, 1905, pag. 705 e segg.; MALGARINI, *Della libertà civile nelle costituzioni moderne*, in *Archivio Giuridico* XXXII, pagg. 113 e segg.; GRAZIANO, *Il sindacato costituzionale*, Roma, 1914, pag. 31 e segg. e altri.

Perchè se *formale* o *estrinseco* è il controllo diretto a stabilire l'esistenza della norma, cioè diretto a stabilire se la legge sia stata regolarmente formata ed approvata, non credo che possa giuridicamente dirsi non formale o estrinseco il controllo diretto ad esaminare il contenuto della legge, per stabilire se essa è stata emanata dagli organi che avevano *competenza* di emanarla.

Potrà, se si vuole, chiamarsi, come noi, per precisare il presente punto, abbiamo fatto, controllo *oggettivo-materiale* per distinguerlo, in quanto giunge ad esaminare il contenuto della legge, da quello *propriamente formale*, soltanto diretto a stabilire la regolare formazione della legge, ma in sostanza, questi due controlli, che *giuridicamente* non sono che due aspetti di un unico controllo, quello *formale*, non vanno assolutamente confusi con quello *sostanziale* o *intrinseco*.

Questo ultimo è diretto pure ad esaminare, è vero, il contenuto della norma, ma non per ricercare se è stata emanata dagli organi che avevano potere di emanarla - si è, in tal caso, si è precisato, ancora nella forma - ma, bensì, per ricercare e concludere che una

determinata legge non poteva essere emanata perchè contenente norme contrarie a certi principî costituzionali, cui non è dato derogare.

Bisogna, difatti, tenere presente che mentre il sindacato estrinseco o formale riguarda gli elementi esteriori della legge e si limita, quindi, ad osservare se la legge costituzionale abbia avuto, nel caso in esame, il parere del Gran Consiglio e sia stata approvata dai tre rami del Parlamento, invece il sindacato intrinseco o sostanziale dovrebbe indagare circa il contenuto della legge costituzionale e dovrebbe porre in raffronto questa con la costituzione o con altra legge costituzionale, cui non sarebbe dato derogare.

Ossia, il vero sindacato *intrinseco* o *sostanziale* non consiste nella indagine del contenuto della legge costituzionale dal lato *oggettivo-materiale*, cioè, in concreto, nell'indagine diretta a stabilire se un determinato testo di legge abbia carattere di legge ordinaria o di legge costituzionale, se rientri o no in una delle categorie elencate nell'art. 12 e se sia stato formato effettivamente da tutti gli organi competenti, ma, bensì, nel-

l'esame del contenuto della legge costituzionale dal lato dei *principî* e degli *istituti*, cioè nell'esame diretto a determinare se le norme contenute in tale legge costituzionale derogano a certi principî o istituti stabiliti nella costituzione o in altre leggi fondamentali, cui non si può derogare.

In ordinamenti statuali i quali stabiliscano che certi parti o principî della costituzione non possono formare oggetto di modificazioni il potere giudiziario può dichiarare l'incostituzionalità di una data legge, ma non nel nostro, ove una legge costituzionale, anche in contraddizione con lo Statuto o con altre leggi costituzionali, deve sempre considerarsi fonte perfetta di diritto, alla quale non si può rifiutare applicazione, perchè legittima modificazione delle norme giuridiche nella costituzione contenute.

Il potere giudiziario non potrà sindacare il contenuto sostanziale di una legge costituzionale, cioè se vi sia contraddizione in una disposizione legislativa costituzionale con lo Statuto o con altre leggi fondamentali, ma dovrà *limitarsi*, una volta accertato che il testo di

legge in esame ha carattere costituzionale, perchè rientra in una delle sette categorie elencate nell'art. 12 della legge sul Gran Consiglio, al sindacato estrinseco o formale, cioè a sindacare se la legge costituzionale abbia effettivamente avuta la manifestazione consultiva del Gran Consiglio e quella deliberativa dei tre rami del Parlamento e se queste ultime manifestazioni siano concordanti.

Noi oggi ci troviamo di fronte ad una chiara e precisa distinzione di organi e di funzioni, e la nostra autorità giudiziaria può ben dichiarare la incostituzionalità, o, più esattamente, la *illegittimità* di una legge, sia per violazione di forme, sia perchè incompetenti gli organi legislativi ad emanare da soli, cioè senza il parere del Gran Consiglio, una legge di carattere costituzionale.

Si che questa dichiarazione d'incostituzionalità di una legge non appare di natura molto diversa da quella di illegalità di un regolamento amministrativo, sia per il fine che si propone, sia per l'estensione che le è propria. Essa, difatti, deve mirare a contenere gli organi legislativi nei limiti della loro competenza, cioè a non per-

mettere che essi da soli, con la loro ordinaria potestà ed autonomia, possano legiferare in materie di carattere costituzionale.

E tutto ciò, ch'è, invero, uno dei lati più interessanti della riforma in esame, scaturisce dall'insieme del nostro attuale sistema costituzionale, poichè aumentando la distinzione delle funzioni, assegnando, cioè, agli organi legislativi un meno ampio potere di emanare norme giuridiche, o meglio sottraendo alla loro assoluta potestà le materie di carattere costituzionale, esso viene implicitamente ad ampliare, sia pure dal solo *lato formale* in quei *due aspetti* da noi delineati e precisati, e non dal *lato sostanziale*, il controllo costituzionale da parte degli organi giurisdizionali sulle leggi emanate.

Perciò, concludendo, nel nostro sistema positivo il sindacato di costituzionalità implicherà da parte del potere giudiziario un controllo formale per attestare che la norma costituzionale ha forza operativa di legge soltanto ed in quanto siano state rispettate quelle disposizioni costituzionali, che designano gli organi cui va devoluta la formazione delle leggi costituzionali, e sia

stata, quindi, sottoposta all'esame e al parere del Gran Consiglio ed approvata dai tre rami del Parlamento, ed un controllo oggettivo - materiale per vedere se il testo di legge in esame rientri in una delle categorie elencate nell'art. 12 della legge sul Gran Consiglio, cioè se abbia carattere costituzionale, ma non potrà mai essere *vero e proprio* sindacato sostanziale o intrinseco.

Onde, più esattamente, si deve parlare non di *controllo di costituzionalità*, il quale è sempre, ed essenzialmente, *controllo sostanziale o intrinseco*, ma, bensì, di *controllo di legittimità o legalità*, il quale è, appunto, inteso esclusivamente come *controllo formale o estrinseco*.

Non mi sembra, quindi, che vi sia presso di noi la necessità di istituire ed organizzare, allo stato attuale, almeno, del nostro ordinamento costituzionale, uno speciale potere giudiziario per controllare la costituzionalità delle leggi, di creare, come propone il Costamagna (1), un'Alta Corte Costituzionale, cioè un vero e proprio tribunale costituzionale, a somiglianza di quanto

(1) COSTAMAGNA, *Le guarentigie della costituzione*, in Riv. « Lo Stato », 1930, pag. 194-195.

si è fatto in altri ordinamenti statuali moderni, poichè quello che, in seguito alla legge sul Gran Consiglio, è stato, poco esattamente, chiamato controllo di costituzionalità, non può essere inteso ed ammesso che in quei termini e in quei limiti, che noi siamo venuti delineando e precisando.

Bisogna, del resto, non dimenticare che mentre la nostra costituzione, come meglio esamineremo, è rigida soltanto in senso relativo e che i nostri organi legislativi, pure quando operano in funzione costituzionale, cioè attraverso una procedura diversa e più complessa, non hanno di fronte a loro principi e norme, cui non è dato derogare, invece rigidità vera e corrispondenza sostanziale delle leggi ai principi ed alle norme della costituzione originaria e delle altre leggi fondamentali, sono i presupposti primi e necessari di un vero e proprio controllo di costituzionalità.

Ed anche quando, per voler giungere al controllo di costituzionalità, si superassero questi due ostacoli, sarebbe pur sempre, anzitutto, necessario rendere saldi e certi i *principi* e gli *istituti* fondamentali della

costituzione, ossia ben precisare i punti fondamentali di essa.

5

Abbiamo detto che l'art. 12 della legge sul Gran Consiglio, distinguendo proposte di legge con carattere costituzionale da altre che ne sono prive, caratterizza come costituzionali le leggi aventi il contenuto delle proposte elencate in tale articolo.

Ma le leggi costituzionali, noi dobbiamo chiederci, sono *solamente* quelle contenute in tale elenco, sono, cioè, esse *tassativamente* elencate, oppure si può avere una legge di carattere costituzionale anche all'infuori di questo elenco?

La relazione ministeriale, più volte ricordata, dice che l'art. 12 contiene « una precisa definizione delle leggi costituzionali », e la relazione della commissione del Senato più esplicitamente afferma che tale articolo ha « *tassativamente* elencate » le leggi costituzionali (1).

Il dubbio, però, che la enumerazione sia tassativa

(1) Vedi *Atti Parlamentari* cit. pag. 6 e pag. 2.

potrebbe nascere dal rilevare, come ha fatto il Liuzzi (1), che l'elenco dell'art. 12 non esaurisce la sfera delle questioni di carattere costituzionale, che non vi è, cioè, coincidenza tra la sfera delle proposte di legge, di cui parla la seconda parte dell'art. 12, e la sfera delle questioni di carattere costituzionale, di cui parla la prima parte. « La cosa risulta, osserva il Liuzzi, sia dalla lettera della legge, la quale evidentemente nella enumerazione relativa ai progetti di legge ha inteso comprendere una parte dell'ambito della materia a cui si riferiva nel primo periodo, sia dai lavori parlamentari ».

Ma queste osservazioni, che riteniamo opportune e giuste, non possono, tuttavia, condurci ad affermare col Liuzzi che il legislatore non ha voluto limitare il carattere costituzionale ai soli disegni che rientrano nel quadro della enumerazione dell'art. 12, e che è irrilevante che un progetto di legge debba essere sottoposto al Gran Consiglio per la prima parte dell'art. 12 invece che per la seconda.

(1) LIUZZI, op. cit., pag. 122.

Rileviamo, anzitutto, come in parte già si è fatto, per quanto sotto altro punto di vista, a proposito dello studio dello Jemolo, che le « *questioni* di carattere costituzionale », di cui parla la prima parte dell'art. 12, hanno una natura meramente *politica*, e, come tali, non possono assolutamente confondersi con le « *proposte* di legge di carattere costituzionale », di cui parla la seconda parte dell'art. 12, le quali hanno una ben precisa natura giuridica.

Mentre per la prima parte dell'art. 12, che va messa in relazione con l'art. 1, il quale dice che il Gran Consiglio può essere interrogato dal Capo del Governo « su ogni questione politica, economica o sociale di carattere nazionale », la natura costituzionale, trattandosi di *questioni* costituzionali di *natura meramente politica*, non può essere decisa che dall'apprezzamento discrezionale del Capo del Governo, Presidente del Gran Consiglio, invece, per la seconda parte dell'art. 12, la natura costituzionale dei disegni di legge, concernenti le materie contenute nell'elenco, è già data dal legislatore con l'affermare che tali propo-

ste *devono sempre considerarsi di carattere costituzionale*.

Perciò il carattere costituzionale, nel caso della prima parte dell'art. 12, è dato dalla natura stessa dell'atto o della questione, che deve sottoporsi all'esame del Gran Consiglio, ma tale natura è, anzitutto, squisitamente politica e non giuridica: ossia le *questioni* costituzionali possono riguardare disegni di legge e atti di natura governativa.

Sembra, così, doversi concludere che la enumerazione delle *proposte* di legge di carattere costituzionale, contenuta nell'art. 12, è, dal lato giuridico, ossia agli effetti voluti dalla legge in esame, *tassativa*, e che il legislatore ha voluto proprio limitare il carattere costituzionale ai soli disegni che rientrano nel quadro di tale enumerazione.

E, quindi, proprio da un punto di vista giuridico, non è irrilevante che un progetto debba essere sottoposto al Gran Consiglio per la prima parte dell'art. 12 invece che per la seconda. Per la prima parte, difatti, trattandosi di *questioni* il cui carattere costituzionale è connesso con quello politico, e, perciò, giu-

stamente non definito dal legislatore e rimesso all'apprezzamento del Capo del Governo, si spazia nel generico e nel discrezionale, per la seconda parte, invece, si è nel *tassativo* e nel giuridicamente *certo*.

Inoltre, mentre nelle altre costituzioni si usa, in genere, per le materie di carattere costituzionale, una determinazione generica, invece la enumerazione contenuta nell'art. 12 è particolareggiata e *tassativa* (1), appunto perchè si è voluto delineare con precisione, almeno agli effetti di tale disposizione, l'estensione e il contenuto della nuova costituzione.

La legge 9 Dicembre 1928 ha, difatti, compreso nella sua enumerazione le materie che, nel loro complesso, assorbono tutti i capisaldi della nuova costitu-

(1) In questo senso FERRACCIU, *La figura cost.*..., op. cit., pag. 217-218 e *Le leggi di carattere* ..., op. cit., pag. 74, il quale osserva (vedi nota n. 2) giustamente contro il Liuzzi, che i documenti parlamentari sono espliciti in quanto contrappongono alla impossibilità e inopportunità di definizione delle questioni costituzionali, la possibilità e necessità invece di definizione dei disegni di legge di carattere costituzionale. Devono ritenersi implicitamente di tale opinione anche il RANELLETTI, *Il Gran Consiglio*..., op. cit., pag. 324, e *Istituzioni di dir. pubblico*, op. cit., pag. 216; il DONATI, op. cit., pag. 101 e il MELONI, op. cit., col. 98-99.

zione, le basi dell'ordinamento politico e giuridico del nuovo tipo di Stato. Cioè non solo le materie che si consideravano costituzionali pure nel regime anteriore al Fascismo, ma anche quelle che o sono state oggetto delle recenti riforme costituzionali, come la figura del Capo del Governo, il Gran Consiglio, le facoltà del potere esecutivo e l'ordinamento sindacale-corporativo, o sono ritenute strettamente connesse con la natura della costituzione e con un'attività particolare, ma importantissima e delicatissima, dello Stato, come i rapporti con la S. Sede, o, infine, sono considerate toccare uno degli elementi costitutivi dello Stato, il territorio, come i trattati che importino variazione al territorio dello Stato o delle Colonie.

Talune materie di questa elencazione potranno, eventualmente, far sorgere dei contrasti d'interpretazione circa il contenuto o l'estensione delle leggi di carattere costituzionale, come opportunamente ha rilevato il Liuzzi (1), e così pure potrà rilevarsi, secondo noi,

(1) LIUZZI, op. cit., pag. 124 e segg.

che talune materie, considerate sino ad oggi costituzionali, non trovano posto in questa elencazione.

Ma tutto ciò è una ragione di più per ritenere *tassativa* la enumerazione delle materie fatta dall'art. 12, almeno agli effetti semplicemente voluti dalla legge in esame.

E pur non soffermandoci, per ora, su questi vari punti, non possiamo non rilevare che tra le materie, che sempre devono considerarsi di carattere costituzionale, non sono compresi i rapporti fondamentali tra lo Stato e il cittadino, sino ad oggi ritenuti essenzialmente costituzionali.

E se da una parte è vero che questa lacuna è in armonia con la nuova concezione dello Stato, che respinge il principio individualistico, per il quale i cittadini avrebbero una sfera di attività indipendente dallo Stato, e ad essi competerebbero dei diritti anche di fronte allo Stato, dall'altra è pure vero che Stato e cittadino, anche nella concezione fascista, che pur assegna una diversa posizione all'individuo, rimangono i termini fondamentali del diritto pubblico.

I diritti di libertà civile e politica nello Stato nè

possono concepirsi indipendentemente dall'ordinamento giuridico e dall'esistenza dello Stato, nè come limite della sovranità statale: i diritti posti al disopra delle costituzioni, e, quindi, fuori e contro dello Stato, non sono ammessi dal nuovo costituzionalismo, che ritiene essere lo Stato, non l'individuo isolato, il dato centrale nel processo storico di un popolo e che rivendica, ai fini stessi della difesa e dell'organizzazione della civiltà moderna, la piena sovranità dello Stato. Ma tutto ciò non implica che, sulla base di una nuova concezione dell'individuo, sia costituzionalmente regolata la posizione del cittadino nella società statale.

Il nuovo costituzionalismo, prescindendo da quelle preoccupazioni che caratterizzano il costituzionalismo individualistico, dovrà respingere nella definizione dei rapporti tra lo Stato e il cittadino ogni concezione atomistica dell'individuo, ma non l'affermazione dell'uomo come individuo, cioè l'elevazione dell'uomo a cittadino, ch'è una grande e vitale realtà, e non potrà, quindi, non preoccuparsi di regolare questi rapporti, sui quali riposa la vita stessa dello Stato.

Le posizioni costituzionali dei singoli risultano dall'assetto dello Stato, che, formalmente, si risolve oggi, in parte, nel sistema delle istituzioni, nell'ordinamento sindacale-corporativo, in cui i singoli operano, e che è dichiarato materia di carattere costituzionale, ma non tutta la vita e l'attività dell'individuo si risolve nei rapporti con queste istituzioni.

Perciò la posizione dell'individuo nello Stato va costituzionalmente regolata dalla nuova dottrina, la quale, appunto perchè non si limita ai fini atomistici dell'individuo, potrà pervenire ad una maggiore «consistenza dell'ordinamento giuridico e delle sue guarentigie.

Bisogna, però, ancora osservare che l'elencazione delle proposte di legge di carattere costituzionale contenuta nell'art. 12 non prende in considerazione i *principi*, che informano di sè la nostra costituzione, ma la *materia, l'oggetto*, che si vuole considerare costituzionale.

In tal modo i *principi*, che stanno a base dell'attuale nostro ordinamento statutale, dovranno essere mutati con un procedimento più rigoroso e diverso da quello che si segue per le leggi ordinarie, ma non si oppor-

ranno come limite all'attività legislativa dello Stato.

Perciò se con l'art. 12 della legge sul Gran Consiglio si è voluto, introducendo nel diritto pubblico italiano, sulla base di una distinzione giuridica tra leggi costituzionali e leggi ordinarie, il nuovo tipo della legislazione costituzionale, e prescrivendo un procedimento speciale per la formazione di essa legislazione, circondare la legge costituzionale di una maggiore guarentigia a tutela della stabilità essenziale dell'attuale ordinamento dello Stato, cioè dei principi e degli istituti che lo reggono, tale fine è solo *limitatamente* raggiunto.

Difatti, come *formalmente*, pur osservando il nuovo procedimento, si potrà legiferare intorno ad una determinata materia costituzionale ogni qualvolta i pubblici poteri lo ritengano opportuno, così *sostanzialmente* la legge costituzionale potrà derogare a quei principi o regolare diversamente quegli istituti che attualmente reggono il nostro ordinamento statutale, senza per questo potersi dire che non è legittima.

La stabilità, quindi, dell'attuale ordinamento statutale, continua a riposare sopra la coscienza dei pub-

blici poteri, più che sopra dei limiti rigorosamente giuridici. Le guarentigie giuridiche a tutela di tale stabilità sono maggiori di un tempo, ma pur sempre relative: ossia *formali* più che *sostanziali*, poichè, come si è osservato, il carattere costituzionale è preso in considerazione dal lato della *materia* e non dei *principi*.

Onde il *limite sostanziale* del nostro potere legislativo, sia pure nella sua funzione costituzionale, continua a trovare il suo fondamento sopra elementi etico-politici e non giuridici, mentre il *limite formale*, prima inesistente, è stato giuridicamente precisato e raggiunto sulla base di una distinzione giuridica fra leggi costituzionali e leggi ordinarie.

Ed in ciò è veramente la caratteristica prima della riforma in esame, la quale mentre dal lato formale instaura un procedimento più rigoroso e complesso per la legislazione costituzionale, ed assicura, così, una relativa stabilità giuridica all'ordinamento fondamentale dello Stato, continua, invece, dal lato sostanziale, a lasciare aperto il campo alle eventuali riforme per adeguare continuamente tale ordinamento alle esigenze storiche della società statale.

XI

Posta, dunque, la distinzione tra leggi costituzionali e leggi ordinarie, ammesso un procedimento diverso dall'ordinario per la formazione della legge costituzionale, può ancora dirsi che non sia mutato il *carattere formale* della nostra costituzione? Ossia, può essa ancora chiamarsi una costituzione *flessibile*, o, invece, deve definirsi una costituzione *rigida*?

Stando ai caratteri giuridici capaci di distinguere una costituzione a tipo flessibile da una costituzione a tipo rigido, da noi precedentemente esposti ed esaminati, ci sembra doversi concludere che la nostra costituzione, non potendosi più annoverare tra le flessibili, e non avendo, tuttavia, i caratteri tutti della rigidità, può rientrare in quel tipo, da noi delineato, e che può ben chiamarsi di *rigidità relativa*.

La dimostrazione per giungere a questa conclusione è stata da noi in parte offerta parlando dei caratteri giuridici, in genere, della flessibilità e della rigidità e

della procedura per la legislazione costituzionale: ora si vuole soltanto, richiamandoci alle precedenti argomentazioni, precisarle maggiormente.

Si è più volte detto che gli organi legislativi, in seguito alla riforma in esame, non possono, con la loro ordinaria autonomia e procedura, formare le leggi di carattere costituzionale, cioè che gli organi legislativi (Re e due Camere) non possono da *soli* modificare la costituzione, essendo imposto, a tal fine, l'intervento di un altro e nuovo organo, il Gran Consiglio; e si è pure precisata la natura di questo intervento, dal quale dipende l'efficacia della norma costituzionale.

È, quindi, chiaro che con l'art. 12 della legge sul Gran Consiglio, sottratta al Parlamento la esclusiva competenza delle leggi di carattere costituzionale, introdotta la nuova e distinta categoria di queste leggi e creato un relativo speciale procedimento di formazione, distinto e diverso da quello che si segue per la formazione delle leggi ordinarie, la nostra costituzione ha perduto il suo carattere flessibile.

Per sostenere ancora il contrario bisognerebbe che

tutto fosse rimasto invariato: che il Parlamento non avesse di fronte a sé il parere consultivo espresso dal Gran Consiglio, che avesse ancora facoltà d'iniziativa nelle materie di carattere costituzionale, che potesse svolgere, in ordine a queste leggi, la sua piena ed ordinaria autonomia, e che, infine, non fosse stato adottato uno speciale procedimento di formazione per le leggi costituzionali, il quale investe il momento deliberativo, rimasto pur sempre di esclusiva competenza del Parlamento, nella sua efficacia.

Ma, tuttavia, la nostra costituzione non può annoverarsi tra le rigide, non solo perchè non si è creato uno speciale organo legislativo deliberante, cioè, in sostanza, un potere costituente, o un rigoroso procedimento deliberativo, ma anche perchè il momento deliberativo vero e proprio rimane di esclusiva competenza del Parlamento.

Tutto ciò, però, non deve condurci ad affermare che il carattere flessibile della nostra costituzione rimane inalterato, perchè l'intervento del Gran Consiglio riguarda unicamente il momento della *preparazione* del

disegno di legge e non entra nel procedimento vero e proprio di *formazione*.

Abbiamo precedentemente detto come si tratti di un vero e proprio nuovo procedimento di formazione per la legge costituzionale: ora dobbiamo esaminare, invece, un po' più estesamente, quale valore abbia la partecipazione del Gran Consiglio alla funzione legislativa.

Anche in ordine alla legge costituzionale la funzione legislativa nel suo momento *deliberativo* rimane di esclusiva competenza degli organi legislativi (Re e due Camere) e la *legge costituzionale* risulta essere la unificazione di più volontà concordi emananti *soltanto* da questi organi, la risultante della manifestazione di queste volontà, che, singolarmente prese, non hanno la potestà giuridica di produrre l'atto cui tendono, ma la hanno nella loro integrazione, nella loro unione, nel loro complesso. Ossia essa è un *atto complesso uguale* (1)

(1) JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, trad. ital., Milano, 1912, pag. 225 e segg.; ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato*, Firenze, 1902, pag. 44, nota; PRESUTTI, *Istituzioni di dir. amm. italiano*, Roma 1917, pag. 168, nota; ROMANO, *Principi di dir. amm. italiano*, Mi-

solo ed in quanto ristretta alla potestà deliberativa dei tre rami del Parlamento, di queste tre volontà, che si esplicano su una base di eguaglianza.

Ma, però, più del *puro momento deliberativo*, nella formazione e per la perfezione della legge costituzionale, ha somma importanza e rilevanza giuridica il *momento deliberativo nella sua efficacia*, cioè l'*efficacia della norma costituzionale*.

Ed il momento deliberativo, si è più volte precisato, non può avvenire, e se avviene è nullo e non può produrre l'efficacia della norma, senza l'intervento, senza il parere consultivo del Gran Consiglio.

La legge costituzionale non è, quindi, soltanto la risultante degli organi legislativi deliberanti ma anche

lano, 1912, 3^a ed., pag. 58; ed altri. Ma, soprattutto, sulla teoria dell'atto complesso e per la distinzione tra atti complessi eguali ed atti complessi ineguali, vedi DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in « Archivio Giuridico », 1903, pag. 9 e segg. Egli (pag. 9) osserva che « la dichiarazione di volontà contenuta nell'atto non potrà valere come dichiarazione di quell'unica volontà, se non quando essa effettivamente contenga il prodotto delle singole dichiarazioni » e precisa che perchè si abbia « atto complesso è necessario e sufficiente che la volontà nell'atto manifestata risulti dall'unificazione di più volontà singole ».

di un organo, che, pur essendo fuori e prima del Parlamento, deve esprimere una volontà in ordine ad essa legge: volontà consultiva e non deliberativa, ma essenziale per la efficacia e la validità del momento deliberativo.

È, così, un complesso di organi che deve mettersi in moto per raggiungere, sia pure con *diverse facoltà* e con *diverso valore formale*, un unico valido ed efficace risultato.

Del resto vediamo, concretamente, come si giunga alla perfezione della legge costituzionale, ed apparirà chiaro come l'intervento del Gran Consiglio faccia parte del momento di formazione e non di preparazione del disegno di legge.

Dicendo che il procedimento di formazione della legge costituzionale s'inizia soltanto con la presentazione del progetto ad una delle Camere (1), si ha presente il procedimento per le leggi ordinarie ma non quello per le leggi costituzionali, per le quali il momento di

(1) RANELLETTI, *Istituzioni di.....*, op. cit., pag. 217.

formazione se mai, come risulta dalla stessa nuova formula di promulgazione, s'inizia con la presentazione del progetto al Gran Consiglio.

È noto che la formazione della *legge ordinaria* in senso formale si compie attraverso uno speciale procedimento, ed è pure noto che il primo momento di questo procedimento è la *iniziativa* o *proposizione della legge*, a cui segue un secondo momento che è dato dalla *discussione* o *votazione* del disegno di legge da parte delle Camere ed un terzo momento costituito dalla *sanzione regia*, che è l'atto positivo di approvazione del disegno di legge da parte del Re.

Ora, nel procedimento di formazione della *legge costituzionale*, tra il primo momento, che concerne l'iniziativa, la quale, per l'art. 10 dello Statuto, spettava oltre che al Re (iniziativa governativa), anche a ciascuna delle due Camere (iniziativa parlamentare) e che oggi, invece, spetta soltanto al Re, che l'esercita a mezzo del Capo del Governo, e il secondo momento, costituito dalla discussione ed approvazione da parte delle Camere, s'inserisce un momento estraneo alla forma-

zione e perfezione della legge ordinaria, ma necessario per quella costituzionale, che è dato, appunto, dall'intervento del Gran Consiglio, cioè dal suo esame e parere intorno al disegno di legge. E, difatti, il Parlamento non può procedere all'esame (discussione e approvazione) della legge costituzionale, se prima non ha avuto luogo il parere del Gran Consiglio.

Parere, ossia esame consultivo e non deliberativo, ma sufficiente a dare *rilevanza giuridica*, in ordine alla legge costituzionale, all'intervento del Gran Consiglio, ad attestare che tale intervento fa parte del *procedimento di formazione* della legge ed a dare *efficacia giuridica* alla norma, che promanerà dagli organi legislativi deliberanti.

Ma che l'intervento del Gran Consiglio entri veramente nel procedimento di formazione della legge costituzionale appare ormai dalla stessa formula di promulgazione, la quale, per attestare solennemente che la legge è perfetta, non solo deve affermare che vi è stata l'approvazione delle due Camere e la sanzione del Re, ma anche che è stato sentito il parere del Gran Consiglio.

E quando diciamo efficacia della legge costituzionale, intendiamo la sua capacità giuridica di poter regolare i rapporti e gli istituti costituzionali elencati nell'art. 12 della legge sul Gran Consiglio, di poter annullare ogni altro atto anteriore di carattere costituzionale, e di poter venire abrogata o modificata soltanto da un'altra legge costituzionale, che dichiari ciò espressamente o regoli materia già regolata da essa.

Si vede, così, che esaminando e valutando la nuova procedura per le leggi di carattere costituzionale, si giunge logicamente alla conclusione che il carattere formale della nostra costituzione si è mutato non da flessibile in rigido, ma da flessibile in *relativamente rigido*, perchè, mentre da una parte il momento deliberativo rimane di esclusiva competenza del Parlamento, dall'altra esso Parlamento, con la sua ordinaria autonomia e procedura legislativa, non può formare le leggi di carattere costituzionale.

XII

Lo scopo della nuova categoria delle leggi costituzionali è, come si legge nella relazione ministeriale al

disegno di legge, nella necessità di « circondare di una nuova e maggiore garanzia la disciplina legislativa di alcune materie particolarmente delicate ».

Ed, invero, con l'introduzione di questa nuova e superiore categoria di legislazione si rafforzano e si garantiscono gl'istituti fondamentali dello Stato, in quanto le proposte di formazione o modificazione delle leggi costituzionali sono sottratte all'iniziativa parlamentare e rimangono affidate alla iniziativa del Capo dello Stato, che la esercita a mezzo del Capo del Governo, ed in quanto una procedura più severa, di quella che si segue per le leggi ordinarie, è richiesta per la loro formazione.

Le leggi costituzionali sono quelle che investono ed abbracciano la struttura fondamentale dello Stato, che realizzano la concezione statuale del Fascismo e rispondono alle esigenze storiche della nazione: di qui la necessità di sottoporle al parere del Gran Consiglio, di questo supremo organo dello Stato, « che coordina ed integra tutte le attività del Regime sorto dalla rivoluzione dell'ottobre 1922 (art. 1 della legge) ».

Quindi, concludendo, qual'è il reale *valore* di questa riforma?

Con l'art. 12 della legge 9 Dicembre 1928, n. 2693, sul Gran Consiglio è stato giuridicamente precisato, sulla base di una distinzione tra legge costituzionale e legge ordinaria, il concetto di legge costituzionale, ed è stata creata questa nuova categoria di legislazione, che, per la sua formazione, deve seguire un procedimento speciale.

Categoria che risulta inquadrata nel sistema del nuovo diritto pubblico italiano con dei criteri che rispondono pienamente alle finalità di questa riforma ed allo spirito della nuova costituzione, e con un procedimento che permette alle norme contenute in una legge costituzionale di essere norme giuridiche superiori, proprio dal lato formale, a quelle contenute nelle leggi ordinarie.

E tale procedimento ha, secondo noi, un fondo sostanziale, sia dal lato giuridico che da quello politico, che deve essere compreso e rispettato.

Dal *lato giuridico*, poichè lo speciale procedimento, richiesto in ordine alle leggi di carattere costituzionale, è condizione essenziale di forma per la definitiva de-

liberazione, perfezione e validità di esse leggi; perchè, differenziandosi dall'ordinario procedimento legislativo, dà rilevanza giuridica all'introdotta categoria di leggi costituzionali; e perchè, infine, nei rapporti fra le diverse categorie di legislazione, pone quella costituzionale in un piano di superiore autorità.

Dal *lato politico*, poichè il nuovo supremo organo dello Stato, il Gran Consiglio, che interviene, sia pure con funzione consultiva, prima ancora del Parlamento, nel processo di formazione della legge costituzionale, è il massimo organo politico dello Stato, la « sintesi collegiale delle varie organizzazioni esistenti nello Stato », l'organo nel quale tutte le istituzioni del Regime vengono a contatto per sprigionare le direttive politiche future e per promuovere quelle riforme destinate a toccare i punti fondamentali ed essenziali di tutto l'ordinamento politico, giuridico e sociale dello Stato.

Inoltre l'introdotta categoria delle leggi costituzionali ed il relativo procedimento per la loro elaborazione hanno mutato il carattere flessibile della nostra costituzione, poichè, anche se non si sono creati organi

speciali deliberanti, cioè un potere costituente vero e proprio, si è dato vita ad un procedimento speciale, il quale non è solo preliminare, ossia non si ferma all'esame consultivo del Gran Consiglio, ma anche susseguente, poichè gli organi legislativi deliberanti non possono non essere influenzati da questo procedimento, che non permette loro di modificare o formare, indipendentemente dal Gran Consiglio, una legge costituzionale.

Del resto, come si è detto, a caratterizzare una costituzione come *non flessibile* non occorre che siano creati degli organi speciali deliberanti, cioè un vero e proprio potere costituente, e neppure occorre l'esistenza di tutto un perfetto o speciale procedimento deliberativo, ma è sufficiente che il Parlamento, operando con la procedura ordinaria, non possa formare le leggi di carattere costituzionale.

Il procedimento di formazione della legge costituzionale, anche se caratterizzato dal parere consultivo e non deliberativo del Gran Consiglio, è, nella sua intima essenza, unitario e non ammette di essere diviso in due parti, cioè in una prima parte riguardante

il momento della preparazione del disegno di legge e in una seconda parte riguardante il momento di formazione delle legge medesima.

Insomma se la non esistenza della categoria delle leggi costituzionali implica che la dichiarazione di ogni norma giuridica, anche se diretta a riformare la costituzione, promana esclusivamente dall'approvazione delle Camere rappresentative e dalla sanzione del Capo dello Stato, e tale costituzione si annovera tra le flessibili, non si comprende come la esistenza di questa categoria e di un procedimento più rigoroso e diverso dall'ordinario, per il quale ogni legge di carattere costituzionale deve essere obbligatoriamente sottoposta all'esame e al parere consultivo di un organo, il quale è fuori e prima degli ordinari organi legislativi, che, senza il concorso di tale organo, non possono mettere in moto la loro procedura deliberativa, debba fare ancora, logicamente e giuridicamente, annoverare tale costituzione tra le flessibili.

Appare, quindi, chiaro come questa importantissima riforma abbia una sua particolare originalità, poichè ha

trasformato il carattere tradizionale della nostra costituzione senza bisogno di giungere, come altre costituzioni, ad una *rigidità* assoluta, cioè alla creazione di speciali organi costituenti o di rigorose procedure deliberative, ma, bensì, ad una *rigidità relativa*.

Con l'attuale riforma si è, così, creato un sistema di costituzione a tipo relativamente rigido, che riesce ad evitare i pericoli e gli inconvenienti che il tipo assolutamente rigido può produrre in pratica (arresto, per esempio, del graduale sviluppo della costituzione e del suo lento processo di adattamento alle nuove esigenze, perchè occorre tutte le volte mettere in moto un potere straordinario o uno straordinario apparato formale), e a superare definitivamente il pericolo ben maggiore che presentano le costituzioni a tipo flessibile, le quali conferiscono agli organi legislativi ordinari un potere quasi illimitato.

.....