

**LO STATO DI DIRITTO\*\***

*Sommario: 1. Premessa metodologica: lo Stato fascista, da Stato corporativo a Stato nuovo, in continuità con quello repubblicano?; 2. Il giudizio dei giuristi contemporanei, tra rottura e continuità con il regime liberale; 3. La negazione dei principi dello Stato di diritto secondo Piero Calamandrei; 4. L'analisi analitica dei giuristi coevi al fascismo; l'esaltazione e la giustificazione della legislazione fascista; 4.1. La rappresentanza diretta (corporativa) nello Stato fascista; 4.2. La concezione formale dello Stato di diritto: la soggezione alla legge e l'alto livello di legificazione nello "Stato moderno"; 5. Una voce "fuori dal coro", la critica di Caristia alla formula stessa dello Stato di diritto; 6. La dettagliata ricostruzione e analisi di Ferruccio Pergolesi. Gli orientamenti della dottrina; 6.1. (Segue) Secondo la disamina della legislazione; 6.2. (Segue) Alla luce degli orientamenti giurisprudenziali; 7. Il tentativo di sistematizzare il sistema delle fonti del "nuovo Stato" nell'attività del Consiglio di Stato; 7.1. I prodromi di un controllo di costituzionalità. Si afferma la categoria della legge costituzionale e un controllo (per lo più formale) sull'esercizio della delega legislativa; 7.2. Il controllo anche sostanziale nei confronti dell'attività normativa secondaria; 7.3. L'esame sui testi unici e la sostanziale portata generalmente retroattiva della disciplina primaria; 8. I principi dello Stato di diritto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, o il concorso all'affermarsi dei principi dello Stato fascista?; 8.1. La cogenza della "Carta del lavoro" e la natura del Partito Nazionale Fascista; 8.2. La netta presa di distanza dallo Stato liberale nella trasformazione degli istituti giuridici della "proprietà" e della "famiglia"; 8.3. Autonomia e indipendenza della magistratura quale presupposto dello Stato di diritto; 9. La necessità di calarsi nell'esperienza concreta e cogliere lo stretto legame tra fatto e diritto; ovvero, la nascita e l'affermarsi del fascismo per la situazione di grave crisi internazionale e istituzionale; 9.1. Il fascismo come completamento e prosecuzione del regime parlamentare o come conseguenza della crisi del parlamentarismo e della corruzione di quel sistema?; 9.2. Il fondamento giuridico del nuovo Stato nel "fine politico", come interpretato dal Partito, fonte suprema dell'ordinamento; 9.3. L'ulteriore chiave di lettura nella ricerca di elementi di rottura o continuità ordinamentale; 10. Alcune considerazioni conclusive, per una problematica che rimane aperta.*

**1. Premessa metodologica: lo Stato fascista, da Stato corporativo a Stato nuovo, in continuità con quello repubblicano?**

Il tema della verifica della sussistenza o meno dei principi dello Stato di diritto nel periodo fascista è questione problematica e complessa, perché impone e presuppone uno sguardo d'insieme, una panoramica con visione grandangolare delle istituzioni e dei relativi

---

\* Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Bologna.

\*\* Relazione al seminario *Quale costituzionalismo durante il fascismo?* promosso dall'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC), Fondazione CESIFIN, Firenze, 16 giugno 2017.

assetto, ma impone anche un'analisi nel dettaglio della legislazione e della giurisprudenza nel vivere quotidiano dell'ordinamento.

È da rilevare inoltre che, con ogni probabilità, le problematiche di inquadramento della questione dello Stato di diritto in questa fase vengono efficacemente evidenziate da Panunzio, dipendendo dal fatto che “nel Fascismo c'è il vecchio e c'è il nuovo”, cosicché questo possa essere definito come “un grande fatto storico di conservazione rivoluzionaria”<sup>1</sup>.

Più specificamente, richiamando Francesco Ercole, e per sottolineare la modernità dello Stato Fascista, Panunzio precisa che “come l'espressione ‘Stato liberale’ esprime l'aspetto politico e l'espressione ‘Stato di diritto’ esprime l'aspetto giuridico del vecchio Stato; così, medesimamente, l'espressione ‘Stato corporativo’ esprime l'aspetto giuridico, e l'espressione invece ‘Stato fascista’ esprime l'aspetto politico dello Stato nuovo”. Dunque, lo Stato fascista supera lo Stato di diritto, ma non lo rinnega, lo completa, ne è l'evoluzione ultima, il perfezionamento, poiché, “lo Stato fascista” dal punto di vista giuridico “è uno Stato eminentemente giuridico, dal punto di vista non della forma, ma del contenuto, ossia del fine della sua attività, supera il concetto e il tipo dello Stato di diritto, e attua, in una forma esemplare, il concetto e il tipo dello Stato etico o di cultura, che forse è meglio anche e più tecnicamente chiamare Stato politico”<sup>2</sup>.

Il che già evidenzia e pone in luce il costante elemento di tensione tra la forma e la sostanza nello studio delle dinamiche che caratterizzerebbero o meno lo Stato fascista come Stato di diritto.

La questione presuppone inoltre di essere inquadrata nella più ampia problematica della “continuità dello Stato”.

Proprio sotto questo profilo, è interessante verificare non solo quanta continuità vi fosse tra Stato liberale e Stato fascista, ma anche tra quest'ultimo e quello repubblicano<sup>3</sup>.

A tale riguardo è noto come il periodo fascista fu un periodo di grandi riforme, non sempre recanti gli elementi caratterizzanti lo Stato totalitario. Basterà ricordare “la legge istitutiva dell'IMI o ancor più quella istitutiva dell'IRI, nato come istituto per il salvataggio delle imprese in crisi e divenuto poi un istituto per la politica industriale che costituì un modello anche per il New Deal di F.D. Roosevelt”; la legge bancaria del 1936, che “nel separare prestiti a breve e prestiti industriali risolse i problemi del finanziamento delle industrie in assenza di un adeguato mercato finanziario, e soprattutto introdusse una disciplina di forte tutela del risparmio”<sup>4</sup>.

Dati, questi che rivelano, non solo continuità, ma un vero e proprio ruolo di ponte “verso la cultura istituzionale del dopoguerra”, tanto che la stessa Costituzione ebbe a ri-

---

<sup>1</sup> Così, cfr., S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato Fascista*, Padova, 1939, pp. 3-5. Con specifico riguardo alla problematica se lo Stato Fascista fosse o meno uno Stato totalitario, Panunzio ricorda che il totalitarismo del Fascismo viene chiaramente evidenziato nella formula di Mussolini, per cui “Tutto nello Stato, nulla fuori dello Stato, nulla contro lo Stato”.

<sup>2</sup> Cfr., S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato Fascista*, cit., p. 26.

<sup>3</sup> In argomento, di sicuro interesse è il contributo di G. MORBIDELLI, *Cultura militante, politica totalitaria, culto del Duce nell'Italia degli anni '30, Introduzione*, in G. Morbidelli (a cura di), *La cultura negli anni '30*, Passigli Editori, Firenze, 2014, pp. 5 ss.

<sup>4</sup> Cfr., G. MORBIDELLI, *Cultura militante, politica totalitaria, culto del Duce nell'Italia degli anni '30*, cit., p. 8.

prendere principi di quella legislazione, “quali la funzione sociale della proprietà, l’economia mista, la previdenza sociale e la tutela del risparmio”. I caratteri di quella legislazione evidenziano peraltro perché lo Stato fascista venga inteso come Stato totalitario, “ovvero come Stato assorbente delle iniziative di ciascuno”<sup>5</sup>.

È innegabile, infatti, che lo Stato fascista, rispetto a quello liberale, si caratterizzi come uno Stato riformatore e moderno, al punto che forse proprio qui risiede il primo elemento di rottura con quella forma di Stato. In questo contesto, gli stessi fermenti culturali nascevano da sacche di autonomia comunque acquisite o più probabilmente da aree libere, ovvero non occupate dal totalitarismo.

Nonostante il fascismo ebbe ad autoproclamarsi “totalitario”, non era privo di contropunte o meglio “fattori di mitigazione”<sup>6</sup>, come, in particolare la presenza di istituti della tradizione liberale<sup>7</sup>, ma anche lo stesso rapporto con le arti, posto che Mussolini non intese mai imporre un’arte di Stato<sup>8</sup>.

A tale riguardo, lo storico Emilio Gentile ricorda che fino alla metà degli anni Settanta è prevalsa nella storiografia la convinzione che il fascismo fosse “un movimento politico privo di ideologia”<sup>9</sup>. In quest’ottica, infatti, per “politica totalitaria” non si intende fare riferimento “all’ideologia, alle aspirazioni, alle ambizioni del fascismo, a un progetto proiettato nel futuro, verso il raggiungimento di una presunta meta perfetta”, ma ci si riferisce, stando al significato originario del concetto di totalitarismo coniato ed elaborato dalla cultura antifascista sin dal 1923, “alla politica del fascismo quale essa era nella realtà, cioè la distruzione della democrazia parlamentare, l’instaurazione del regime a partito unico, la irreggimentazione delle

---

<sup>5</sup> Così, cfr., G. MORBIDELLI, *Cultura militante, politica totalitaria, culto del Duce nell’Italia degli anni ’30*, cit., p. 8, che rileva come si andasse “dal partito unico alle corporazioni, dai “figli della lupa” alla milizia, dalle colonie marine ai sabati fascisti, dai treni popolari alle attività sportive obbligatorie, dalla previdenza ai “littoriali”, dagli enti pubblici di disciplina della produzione (Ente risi, Ente carta e cellulosa, Ente nazionale serico, Ente nazionale per l’artigianato e le piccole industrie, ecc.) al monopolio pubblico delle trasmissioni radio, ecc.”. “Nel contempo però la società pulsava di spinte e contropunte o comunque non sempre i propositi totalitari avevano riscontro positivo”.

<sup>6</sup> Così, cfr., G. MORBIDELLI, *Cultura militante, politica totalitaria, culto del Duce nell’Italia degli anni ’30*, cit., p. 9, il quale rileva che comunque quella qualificazione era ricorrente nella dottrina dell’epoca, come si evince da G. LUCATELLO, *Profilo giuridico dello Stato totalitario*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, *Filosofia e teoria generale del diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1940, pp. 571 ss.

<sup>7</sup> Basti pensare alla presenza del Re e del Senato, alla forte mobilitazione delle masse, che non rientra nei canoni del totalitarismo; così, cfr., S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 79 ss.

<sup>8</sup> Cfr., G. MORBIDELLI, *Cultura militante, politica totalitaria, culto del Duce nell’Italia degli anni ’30*, cit., pp. 9 e 10, che sottolinea come sia evidente che “la *querelle* sul punto dipende dalla nozione di Stato totalitario che si segue”. In argomento è interessante rilevare che, mentre vi è chi non esita a considerare lo Stato fascista uno Stato totalitario (cfr., U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 83 ss.), non manca chi lo colloca nella categoria dello Stato autoritario (cfr., G. DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale*, Padova, Cedam, 2017, p.132), ancorché rilevi che era “caratteristica della dottrina dell’ordinamento statale del periodo fascista aver attribuito allo Stato l’attributo della *totalitarietà*”.

<sup>9</sup> Così, cfr., E. GENTILE, *Cultura militante, politica totalitaria, culto del Duce nell’Italia degli anni ’30*, in G. Morbidelli (a cura di), *La cultura negli anni ’30*, Passigli Editori, Firenze, 2014, pp. 11 e 12, ricordando che secondo Benedetto Croce “il fascismo era stato nulla più di una “onagrocrazia”, un regime di asini selvatici” (cfr., B. CROCE, *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, II, Bari, Laterza, 1973, p. 205).

masse, la pedagogia guerriera, la sacralizzazione della politica, l'esaltazione mitica del duce, l'espansione imperiale bellicosa, la legislazione razzista e antisemita<sup>10</sup>.

Il carattere totalitario del regime viene ben reso nel 1923, quando nella parte delle idee fondamentali della dottrina, per la voce "Fascismo" della *Enciclopedia italiana*, Giovanni Gentile affermava che "per il fascista, tutto è nello Stato, e nulla di umano o spirituale esiste, e tanto meno ha valore, fuori dello Stato. In tal senso il fascismo è totalitario, e lo Stato fascista, sintesi e unità di ogni valore, interpreta sviluppa e potenzia tutta la vita del popolo"<sup>11</sup>.

## 2. Il giudizio dei giuristi contemporanei, tra rottura e continuità con il regime liberale

Nei confronti del fascismo è decisamente netto il giudizio dei giuristi contemporanei. Su tutti, basti citare la posizione di un profondo conoscitore della storia costituzionale contemporanea, come Umberto Allegretti, che rileva che il passaggio al nuovo regime venne determinato "da un uso combinato di violenza e di menzogna legalitaria anche quando esso ha raggiunto, come indubbiamente ha raggiunto, un consenso di massa"<sup>12</sup>.

In quel contesto, l'uso della finzione legale era già presente negli eventi del 28 ottobre 1922 e dei governi seguenti, poiché, la rottura dello Stato liberale si sarebbe registrata "con il rifiuto del re, che segue il consenso annunciato qualche ora prima, di firmare la proposta del governo volta alla proclamazione dello stato d'assedio al fine di fermare lo sviluppo della violenza fascista, cui consegue il ritiro del gabinetto". Considerato che la nomina regia di Mussolini a Presidente del Consiglio "e la votazione a larga maggioranza della Camera dei deputati (consacrarono) l'avvio del nuovo regime"<sup>13</sup>.

In punto di conformità ai principi dello Stato di diritto, interessa evidenziare come lo stesso Allegretti rilevi che vi è "nell'ascesa al potere del fascismo un'apparenza di regolarità costituzionale, alla quale anche in sede storica molti si adeguano". Ciò che tuttavia difetta a quella svolta istituzionale, sono "i tratti di legittimità che la facciano rientrare nel quadro del regime liberale"<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr., E. GENTILE, *Cultura militante, politica totalitaria, culto del Duce nell'Italia degli anni '30*, cit., pp. 20, 21 e 22; cfr., inoltre, E. GENTILE, *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, nuova ed., Roma, Carocci, 2008. Questi ricorda che molti filosofi, storici, giuristi furono consapevoli sostenitori e collaboratori del regime, tra questi vi era il giurista Alfredo Rocco, "il principale artefice delle leggi fascistissime che demolirono il regime parlamentare e istituirono il regime a partito unico", il filosofo Giovanni Gentile. Fu Gentile, prima di Mussolini, "a definire nel 1925, il "carattere totalitario" del fascismo, in quanto concezione di una "politica integrale" che era, insieme, concezione morale e religiosa, unità di pensiero e azione. Da questa concezione, il filosofo faceva scaturire la legittimazione storica della violenza delle squadre d'azione". Al riguardo, cfr., G. GENTILE, *Origini e dottrina del fascismo*, Roma, 1929, in R. de Felice, *Autobiografia del fascismo. Antologia di testi fascisti 1919-1945*, Torino, 2004, pp. 247-271.

<sup>11</sup> Cfr., E. GENTILE, *Cultura militante, politica totalitaria, culto del Duce nell'Italia degli anni '30*, cit., pp. 22 e 23.

<sup>12</sup> Cfr., U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 76.

<sup>13</sup> Cfr., U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 77.

<sup>14</sup> Così, cfr., U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 77. Questi precisa che le nomine governative decise dalla corona nel periodo liberale e le conseguenti ratifiche parlamentari avevano avuto luogo in contesti non fondamentalmente alterati dalla violenza, mentre, "l'ascesa di Mussolini al potere avviene, in primo luogo, nello stravolgimento determinato dalla pressione della violenza illegale esercitata dalla marcia su Roma".

Ne deriva che “la rottura” con il previgente regime sarebbe “già qui”, in un contesto ove questa “proseguirà con l’uso della finzione di procedure formalmente legali, accompagnate dalla prosecuzione della violenza contro ogni oppositore”. Tant’è che quella finzione ebbe a determinare in una buona parte della classe dirigente liberale l’illusione “di poter ottenere attraverso il fascismo il consolidamento dello Stato precedente in una situazione più pacifica di quella degli ultimi anni”<sup>15</sup>.

Vi è chi, come Sabino Cassese, rileva che del fascismo si possono cogliere due tratti sicuramente importanti, “carattere non elettivo, ma ricerca del consenso, e personalizzazione del potere”<sup>16</sup>. Basterebbero, a ben vedere, queste considerazioni per escludere il rispetto dei principi dello Stato di diritto, eppure, in molti concordano che vi furono altri tratti caratterizzanti il regime; il che impone di andare oltre – evidentemente – rispetto ai dati di chiara evidenza, come quelli più sopra richiamati.

Ad un esame più approfondito, infatti, ci si accorge che “lo Stato fascista si proclamò antiliberal e totalitario”, sottolineò la cesura con il regime liberale, enfatizzò la “rivoluzione fascista”, ma “governò in larga misura utilizzando istituzioni prefasciste”. Lo Statuto albertino rimase in vigore, ancorché modificato in molte parti, la Corona e il Senato regio furono conservati, anche se depotenziati, il regio editto del 1848 sulla stampa restò in vigore, pur subendo profonde modificazioni. Dunque, “restò in larga misura in vigore sotto il fascismo il *corpus* normativo accumulatosi nel corso dell’esperienza dello Stato unitario” e “le nuove élite del regime si intrecciarono con le élite tradizionali”<sup>17</sup>.

Il che fu possibile perché, secondo Cassese, “il regime precedente era tutt’altro che liberale: aveva struttura autoritaria, temperata da istituti liberali”. Così, fu facile, per il fascismo, “cancellare le timide componenti liberali, utilizzare buona parte delle istituzioni precedenti, innestare su altre nuove norme di ispirazione più autoritaria, giustapporvi nuovi istituti, più autenticamente fascisti”. In quest’ottica, vi sarebbe dunque una continuità istituzionale tra i due regimi che “consiglia di non cercare di dividere con un taglio netto prefascismo e fascismo”<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr., U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana*, cit., pp. 77, 78. Da subito il fascismo mira all’instaurazione di un “sistema nuovo”, ancorché, “soprattutto da parte di Mussolini si cercava di realizzare quell’obiettivo esibendo un’apparenza di legalità che ne rendesse più digeribile l’attuazione”. La menzogna ebbe facile presa in una situazione come quella italiana “contrassegnata da poca cura della legittimità sostanziale e da una doppiezza praticata nell’atto stesso dell’applicazione delle regole, così da dar l’apparenza di un ossequio formale”.

<sup>16</sup> Così, cfr., S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 13, il quale riporta una considerazione di Giuseppe Bottai; cfr., G. BOTTAI, *Vent’anni e un giorno*, Milano, 1949, p. 28.

<sup>17</sup> Cfr., S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, cit., pp. 13, 14 e 15. In particolare, “la legislazione del ventennio fascista non sostituì (...) la legislazione precedente, ma la integrò, vi si insinuò, modificò quanto era necessario (...), valorizzando gli elementi autoritari in essa esistenti o addirittura facendo rivivere istituti postunitari, abbandonati dall’impostazione più liberale successiva (...)”. In molti casi la legislazione fascista era l’aggiornamento e l’adeguamento al nuovo regime della legislazione liberale. Le stesse leggi di difesa dello Stato evidenziavano un legame con la legislazione prefascista e una conseguente continuità statutaria.

<sup>18</sup> Cfr., S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, cit., pp. 15 e 16. Il Consiglio di Stato, in particolare, “fu in larga misura indipendente dai condizionamenti del fascismo e continuò a svolgere le sue funzioni secondo i canoni tradizionali”. A mero titolo esemplificativo, “nel 1940 sosteneva la tesi che non tutti i provvedimenti del capo del governo erano atti politici, e, quindi sottratti al controllo giurisdizionale”, ma che fosse necessario avere riguardo all’intrinseca natura dei provvedimenti”. La legislazione fascista rispetto a quella liberale si è limitata ad incidere

### 3. La negazione dei principi dello Stato di diritto secondo Piero Calamandrei

Di fronte dunque ad una tale eterogeneità nei giudizi, per correttamente indagare il tema dello Stato di diritto durante il fascismo si potrebbe prendere le mosse dalla considerazione di Piero Calamandrei, per cui parlare della funzione parlamentare sotto il fascismo significa “scrivere la storia costituzionale e politica di tutto quel periodo”, ravvisandovi “visibili alterazioni giuridiche che in quel ventennio trasformarono fino a ridurli una mera finzione i congegni esterni del sistema parlamentare”, precisando che quelle alterazioni ebbero importanza non tanto in sé considerate, “ma valsero sopra tutto come sintomo di una più vasta e profonda crisi, che in quel ventennio non solamente sconvolse ogni ordine di organi costituzionali sovvertendone il tradizionale equilibrio, ma colpì alla base le stesse nozioni, che parevano acquisite per sempre, di sovranità, di legalità, di Stato”. In sostanza, Calamandrei precisa che sarebbe “fermarsi alla superficie” parlare con riferimento a quegli anni semplicemente di “crisi del Parlamento”, poiché il giurista, a differenza del politico, non può non ravvisare una vera e propria “crisi della legalità” una “crisi dello Stato”<sup>19</sup>.

Si ravviserebbe dunque una vera e propria crisi, sostanziale, dello stesso principio dello Stato di diritto.

Nello studio di questi aspetti pertanto non si può non partire proprio dall'avvertimento di Calamandrei “a chi si dedicherà nell'avvenire a questa ricostruzione storica con animo di indagatore spassionato della verità”, per cui, “sopraggiunto a cose fatte e non pregiudicato nella ricerca dal ricordo dolente della propria esperienza vissuta, dovrà servirsi con grande cautela dei testi del tempo”, e “non soltanto delle fonti legislative, ma anche delle glosse dei loro esegeti ufficiali ed ufficiosi”<sup>20</sup>. Ancorché, varrà sicuramente la pena di interrogarsi se anche l'analisi complessiva di Calamandrei non risenta in buona parte della naturale avversione nei confronti dell'ultima fase del fascismo, culminata nella violenza, nella guerra, nella disfatta

---

su alcuni punti essenziali, quali: la stampa, l'associazionismo politico e sindacale, le elezioni locali e nazionali, i poteri del governo e del suo capo, la fedeltà dei funzionari pubblici, l'autonomia politica locale. Ciò che conferma inoltre “quanto sia facile modificare un regime politico se l'edificio su cui si innesta favorisce tale modifica, consentendo di realizzarla con pochi interventi ben scelti”.

<sup>19</sup> Così, cfr., P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, in *Il centenario del Parlamento – 8 maggio 1848 – 8 maggio 1948*, Segretariato generale della Camera dei deputati, 27 luglio 1948, p. 261.

<sup>20</sup> Cfr., P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, cit., pp. 261, 262. In sostanza, nelle ricostruzioni scolastiche e scientifiche di quel periodo, sostiene Calamandrei, vi sarebbe stata “servile esaltazione delle leggi fasciste”, oppure, anche solo il rispetto della buona regola di “astenersi dal ricercare dietro le formule giuridiche la realtà politica che vi si celava”. Si dava così al “lettore non informato” l'impressione che “le fondamenta costituzionali dello Stato fossero rimaste immutate, e che l'opera del fascismo non fosse stata, a ben guardare, se non una restaurazione legalitaria dell'ordine costituito ed un ritorno alla più rigorosa ortodossia statutaria”. Già sotto questo profilo si potrebbe, tuttavia, rilevare, a conferma della rottura con il sistema previgente, che l'ortodossia statutaria non ci sarebbe mai stata nel periodo statutario, se non nel testo dello Statuto Albertino. È noto, infatti, come di fronte alla sollecitazione sonniniiana di “tornare allo Statuto”, Raccioppi, Brunelli [cfr. F. RACCIOPPI – I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Volume III, art. 65, Torino, 1909, pp. 292 ss. e F. RACCIOPPI, *Forme di Stato e forme di Governo*, Roma, 1898, pp. 188 ss.] e Arangio Ruiz [cfr., G. ARANGIO-RUIZ, *Governo parlamentare o Governo costituzionale?*, in *Il Filangieri*, 1899, pp. 484 ss.] rispondono che non si può tornare dove non si è mai stati. Al riguardo, sia consentito rinviare alla ricostruzione operata in M. BELLETTI, *Forma di governo parlamentare e scioglimento delle Camere. Dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana*, Padova, Cedam, 2008, p. 62 e pp. 421 e 422.

ta e disgregazione sociale e territoriale dello Stato. Posto che è ricostruzione condivisa tra gli storici che nel passaggio dall'Italia liberale all'Italia fascista, "se cambiano parzialmente i modi di reclutamento del personale politico e i giochi di governo, resta saldamente la vecchia gerarchia di potere nell'economia, resta la sostanza autoritaria del sistema"<sup>21</sup>.

In maniera decisamente critica, Calamandrei rileva che si continuava a "dissertare sui diritti di libertà del cittadino, come se non fossero stati violentemente soppressi", dello Statuto Albertino, "come se non fosse stato tradito", dello stato costituzionale, "come se non avesse dovuto cedere il posto al più arbitrario dei regimi di polizia"<sup>22</sup>.

Analoga cautela Calamandrei consigliava nei confronti dell'analisi della legislazione del periodo, poiché "molte di quelle leggi, e specialmente quelle di natura costituzionale, furono volute da chi era al potere non col proposito di farle osservare così come erano scritte, ma col sottinteso polemico di far credere a chi guardava dal di fuori (...) che il fascismo avesse conservato ed anzi rafforzato certe garanzie costituzionali, che l'opinione pubblica delle nazioni democratiche continuava a considerare come conquiste insopprimibili di ogni popolo civile". In sostanza, il legislatore aveva predisposto una "legalità illusoria", dietro alla quale venivano "segretamente predisposti, dallo stesso legislatore onnipotente, i mezzi illegali per ostacolare o per impedire l'applicazione di quelle leggi apparenti"<sup>23</sup>.

Si delinea, dunque, un sistema nel quale, pur essendo formalmente rispettati i corollari dello Stato di diritto, gli stessi venivano radicalmente e drammaticamente sovvertiti nella sostanza; la legalità formale non coincideva con la legalità sostanziale.

Calamandrei parla in proposito di un "carattere veramente originale della dittatura fascista", che "non fu una dittatura senza leggi, ma fu anzi una dittatura con molte leggi a doppio fondo", con un apparato legalmente organizzato di "ipocrisia politica", pensato per "annullarle impunemente colla violenza o colla frode". Definisce il fascismo come "il regime dell'illegalismo legale", "dell'illegalismo manovrato", o "dell'illegalismo pianificato". Quale vera e propria "antitesi alla nozione di Stato di diritto, il fascismo inventò il sistema dell'illegalismo di Stato"<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Così, G. QUAZZA, *Storia del fascismo e storia d'Italia*, in *Fascismo e società italiana*, Torino, 1973, pp. 10-12, che registra un largo consenso attorno al fascismo nelle diverse classi sociali. "La grande borghesia, cioè la classe superiore legata alla proprietà fondiaria e la classe degli alti dirigenti industriali, trova fondamentale unità, di là dalle differenziazioni e articolazioni delle strutture di classe parziali e delle complesse diversità di sviluppo delle formazioni sociali, nella volontà di difendere il proprio reddito, il proprio prestigio, il proprio controllo del potere". Mentre "il proletariato, sebbene diviso da contrasti tra i lavoratori dell'industria e i lavoratori agricoli, possiede un vasto apparato sindacale, cooperativo, assistenziale che, congiunto con la rete delle organizzazioni di partito, consente una azione più coordinata e omogenea". I ceti medi, infine, "in un momento di scontro frontale (...) sono destinati a diventare strumenti di una delle altre due parti in lotta".

<sup>22</sup> Cfr., P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, cit., p. 262. La stessa monarchia parlamentare e il sistema parlamentare vengono definiti da Calamandrei dei "fantasmi", il quale tuttavia precisa che i libri che ne davano conto furono tolti dalla circolazione; cfr., F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Torino, 1926 e G. INGROSSO, *La crisi dello Stato*, Napoli, 1925.

<sup>23</sup> Cfr., P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, cit., p. 263.

<sup>24</sup> Cfr., P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, cit., p. 263.

#### **4. L'analisi analitica dei giuristi coevi al fascismo; l'esaltazione e la giustificazione della legislazione fascista**

Di fronte alle considerazioni di Calamandrei vi è forse ancora ben poco da analizzare, in termini di verifica del rispetto dei principi dello Stato di diritto, o forse, si può tentare di fare un salto nel tempo con lo sforzo di osservare, con un'indagine questa volta analitica, il funzionamento delle istituzioni e come questo veniva inteso, e in larga misura giustificato, dai giuristi dell'epoca, naturalmente, cercando di sfrondare proprio quegli eccessi dovuti ad una formale adesione ai principi di un regime autoproclamatosi totalitario.

Tra i tanti eccessi e le esaltazioni della legislazione fascista si possono qui citare due scritti pubblicati sulla *Rivista di Diritto Pubblico* nel 1939, di due autori non certo centrali nel dibattito di quegli anni e degli anni successivi, ma che ben evidenziano proprio quell'esaltazione e giustificazione di cui parla Calamandrei sulle tematiche di interesse nevralgico per il regime. Si tratta di Manlio Udina, Ordinario di Diritto Internazionale e Rettore all'Università di Trieste, e Salvatore Foderaro, Ordinario di Diritto Costituzionale presso "La Sapienza" e, successivamente, deputato nelle prime cinque legislature repubblicane.

##### **4.1. La rappresentanza diretta (corporativa) nello Stato fascista**

Il primo ravvisa una profonda trasformazione operata dal fascismo nell'ordinamento costituzionale dello Stato italiano, soprattutto in ragione della legge del 19 gennaio 1939, n. 129, che con l'abolizione della Camera dei deputati e l'istituzione della Camera dei Fasci e delle Corporazioni avrebbe dato "una nuova configurazione agli organi legiferanti" e riordinato "l'esercizio della stessa funzione legislativa"<sup>25</sup>.

Descrive la Rivoluzione fascista come una rivoluzione dal punto di vista spirituale e materiale, che rinnovando completamente il costume, la vita politica e sociale italiana, ha rinnovato nella forma e nella sostanza l'intero ordine giuridico, ancorché, precisa, "dal punto di vista strettamente giuridico-formale essa non è stata una vera e propria rivoluzione", che non avrebbe prodotto uno iato tra il nuovo e l'antico ordinamento, "bensì un'evoluzione progressiva, una rapida e costante trasformazione del diritto preesistente compiutasi secondo la più corretta procedura costituzionale". Da questo punto di vista precisa che sarebbe in errore chi sostenesse l'immutabilità dello Statuto del Regno del 1848 e del regime democratico parlamentare, che ne rappresentava invece una non prevista degenerazione<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Così, M. UDINA, *Il nuovo ordinamento costituzionale dello Stato fascista*, Conferenza tenuta a Vienna, il 3 maggio 1939-XVII, presso l'Istituto Italiano di Cultura, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1939 – Parte I – 34, p. 460.

<sup>26</sup> Cfr., M. UDINA, *Il nuovo ordinamento costituzionale dello Stato fascista*, cit., pp. 460 e 461, 472 e 473. Posizione questa che sarebbe diversa anche da quella della "conservazione rivoluzionaria" di Panunzio. Pare tuttavia evidente che anche Udina non crede nella continuità e nell'evoluzione progressiva, poiché, alla fine dell'articolo rileva che "è tempo ormai di procedere anche formalmente a quell'aggiornamento dello Statuto del Regno che il Gran Consiglio del Fascismo ha deliberato di promuovere ancora nell'adunanza del 14 marzo 1938. E forse più che di ritocchi, di aggiornamenti, dovrà parlarsi di una radicale riforma di esso, o meglio dell'emanazione d'una nuova Carta costituzionale dell'Impero, ove non si preferisca formularla distintamente da quello o meglio lasciarla sorgere, senza formulazione espressa, in via consuetudinaria". Sempre nel segno di una



Viene da rilevare, tuttavia, come già il primo atto di questa rivoluzione, la conquista del potere, il 28 ottobre 1922, si caratterizzi per un evidente paradosso. Quella viene descritta “moralmente e in fatto” come un “atto rivoluzionario perché si attua mediante la violenza o la minaccia della violenza”, ma “giuridicamente si compie attraverso la normale deliberazione sovrana di nomina del nuovo presidente del Consiglio dei Ministri” e da allora, secondo la citata impostazione di esaltazione fascista, l'Italia non avrà più soltanto “un nuovo Gabinetto (anche se non più composto sulla base delle designazioni dei vari partiti dominanti nelle Camere), ma un Governo, un Governo che intendeva governare”<sup>27</sup>.

È noto che gli elementi caratterizzanti questo nuovo ordinamento saranno il Partito unico e l'ordinamento corporativo<sup>28</sup>. Dopo la riforma del ruolo del Capo del Governo e del Gran Consiglio del Fascismo, viene adottata la legge elettorale politica del 17 maggio 1928, n. 1019, che instaura un sistema plebiscitario per l'elezione della Camera dei deputati<sup>29</sup>.

Tuttavia, il sistema plebiscitario non corrispondeva in pieno alla concezione fascista dello Stato, ebbe applicazione per due legislature e fu sostituito dal nuovo sistema stabilito dalla legge del 1939, che sta alla base della formazione di quella che venne chiamata la Camera dei Fasci e delle Corporazioni, “tiene conto dell'attuale realtà politica e sociale, per cui nello Stato fascista il popolo non è soltanto un elemento materiale costitutivo dello Stato, bensì, essendo ormai complessivamente organizzato nei Fasci e nelle Corporazioni ed essendo destinato ad esserlo del tutto attraverso le nuove generazioni, è diventato esso stesso un grandioso organismo statale, coi propri organi secondari e le proprie gerarchie, le quali, in quanto componenti il Gran Consiglio del Fascismo ed il Consiglio Nazionale del Partito, il Comitato corporativo centrale ed il Consiglio Nazionale delle Corporazioni, vengono a far parte di diritto della nuova Camera”<sup>30</sup>.

Questa, pertanto, “non attua un sistema rappresentativo di democrazia indiretta (che presuppone i soggetti distinti del rappresentante e del rappresentato), bensì di democrazia autoritaria diretta, giacché è il popolo stesso che immediatamente – senza bisogno di atti

---

sostanziale discontinuità, conclude rilevando che vi sono problemi delicati che dovranno essere affrontati sia “in sede di riforma dello Statuto, sia mediante l'emanazione di nuove leggi costituzionali: soprattutto il problema della gerarchia delle fonti del diritto, specie in rapporto alla nuova organizzazione delle assemblee legislative e alle facoltà normative degli organi corporativi; e quello della soluzione degli eventuali conflitti di competenza nell'emanazione dei vari tipi di norme giuridiche, attraverso l'istituzione d'un'apposita giurisdizione”; cfr., inoltre, S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, 1939, pp. 67 ss. e p. 110.

<sup>27</sup> Cfr., M. UDINA, *Il nuovo ordinamento costituzionale dello Stato fascista*, cit., pp. 461 e 462.

<sup>28</sup> Le leggi 24 dicembre 1925, n. 2263, sulle attribuzioni del Primo Ministro Capo del Governo, e 31 gennaio 1926, n. 100, sulle facoltà normative del potere esecutivo hanno operato la prima trasformazione costituzionale, in forza della quale “il Capo del Partito fascista e Capo del Governo diventa veramente l'organo motore dello Stato, responsabile soltanto verso la Corona e non verso il Parlamento, del quale egli può ormai anche formalmente influenzare l'attività, mentre il potere esecutivo in genere si rafforza attraverso una migliore disciplina delle sue facoltà in materia di emanazione delle norme giuridiche”. Altri due passaggi importanti si hanno con le leggi 9 dicembre 1928, n. 2693 e 14 dicembre 1929, n. 2099, che fanno del Gran Consiglio del Fascismo un organo costituzionale e il massimo consulente politico della Corona e prevedono l'ingresso del Segretario del Partito nel Consiglio dei Ministri; così, M. UDINA, *Il nuovo ordinamento costituzionale dello Stato fascista*, cit., pp. 462 e 464. Cfr., inoltre, D. DONATI, *Il Governo del Re nella classificazione delle forme di governo*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1933, I, pp. 514-529.

<sup>29</sup> Cfr., M. UDINA, *Il nuovo ordinamento costituzionale dello Stato fascista*, cit., p. 464.

<sup>30</sup> Cfr., M. UDINA, *Il nuovo ordinamento costituzionale dello Stato fascista*, cit., p. 465.

elettorali –, attraverso le persone fisiche dei propri gerarchi, viene a far parte di uno degli organi costituzionali dello Stato, di quello cioè che, assieme alla Camera vitalizia (...) ha per funzione precipua l'esercizio della funzione legislativa"<sup>31</sup>.

Si tratta di una "rappresentanza funzionale", con il popolo "come elemento costitutivo dello Stato" e "organizzato nello Stato". Così, "lo stretto rapporto di medesimezza fra l'organo legislativo ed il popolo da cui è espresso, e questa continuità accompagnata dal continuo processo di rinnovamento per cui in qualsiasi momento l'organo può rispecchiare fedelmente le condizioni della vita nazionale, sono gli aspetti più salienti ed originali della recente riforma, che è forse senza precedenti nella storia degli ordinamenti costituzionali degli Stati"<sup>32</sup>.

Per finire, sempre nell'ottica di giustificazione degli eccessi fascisti, si osserva che in questo contesto, la situazione internazionale aveva determinato un "urto coll'ebraismo internazionale" e aveva condotto "alla necessità di epurare la vita pubblica ed economica italiana dalla sempre maggiore influenza dell'elemento ebraico, attraverso una serie di leggi per la difesa della razza, che hanno dato luogo all'attribuzione agli ebrei italiani d'una condizione giuridica di cittadinanza *minoris iuris*, essendo essi esclusi dal godimento di tutti i diritti politici e di buona parte degli altri diritti pubblici soggettivi"<sup>33</sup>.

#### **4.2. La concezione formale dello Stato di diritto: la soggezione alla legge e l'alto livello di legificazione nello "Stato moderno"**

È fin troppo evidente che di fronte al quadro descritto risulta non certo semplice sostenere da parte del regime fascista il rispetto dei principi dello Stato di diritto; eppure, non manca chi sostiene che la divisione dei poteri sia in insanabile contrasto con i principi del nuovo diritto pubblico italiano, dovendo questa essere definitivamente superata a fronte della permanenza di "una netta distinzione fra le diverse funzioni". Ciononostante, non esita a rilevare che sia da conservare allo Stato fascista "la qualifica di Stato di diritto, con la quale espressione non bisogna intendere lo Stato che pone come proprio fine essenziale unicamente l'attuazione dei diritti dei singoli nella società, si bene lo Stato che assoggetta – fin dove è possibile – alle norme di diritto la vita che in esso si svolge, quindi anche quella dei suoi organi nei rapporti tra loro e coi singoli, nelle loro sfere di competenza in relazione alle diverse funzioni e nelle forme dei loro atti. Stato di diritto è, quindi, quello in cui impera sovrana la norma di diritto, che domina su tutti, anche su quelli stessi che l'hanno creata"<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Così, M. UDINA, *Il nuovo ordinamento costituzionale dello Stato fascista*, cit., p. 466; in questo senso cfr., anche S. PANUNZIO, *La Camera dei Fasci e delle Corporazioni*, Roma, 1939, pp. 29 ss.

<sup>32</sup> Così, M. UDINA, *Il nuovo ordinamento costituzionale dello Stato fascista*, cit., pp. 466-468. Questo sistema avrebbe consentito di velocizzare i tempi per l'approvazione delle leggi, migliorarne i contenuti e superare gli abusi della decretazione d'urgenza, così da limitarne il ricorso per i soli casi "in cui si versò in stato di necessità per causa di guerra o per urgenti misure di carattere finanziario o tributario".

<sup>33</sup> Cfr., M. UDINA, *Il nuovo ordinamento costituzionale dello Stato fascista*, cit., p. 470.

<sup>34</sup> Così, cfr., S. FODERARO, *La teorica della divisione dei poteri nel diritto pubblico fascista*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1939 – Parte I – 53, p. 756.

Dunque, lo Stato fascista è Stato di diritto perché in esso vi impera sovrana la legge, la norma; in esso, infatti, “ogni ente – individui e gruppi – ed ogni attività – e quindi anche la vita e l’attività dello Stato stesso nei rapporti con i singoli – sono regolati dal diritto e al diritto sono sottoposti”; il che discende anche dalla formula mussoliniana secondo la quale “*tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato*”<sup>35</sup>.

Lo Stato fascista mostra addirittura una tendenza particolare, di fronte allo Stato individualista, quella di “ampliare sempre più la sfera delle attività sottoposte all’impero della legge, estendendola anche a settori che per l’innanzi vi erano sottratti (es. in materia economica)”. Regola con maggior precisione i rapporti tra lo Stato e i singoli individui e appresta una migliore garanzia giurisdizionale a tali rapporti, “allargando la sfera di competenza della magistratura ordinaria, creando delle magistrature speciali e soprattutto permettendo il controllo autonomo ed obiettivo del giudice”<sup>36</sup>. Quindi, lo Stato fascista sottopone anche se stesso all’ordinamento giuridico che ha costituito e al diritto che ha creato. “In esso non v’è nulla che sia al di sopra della legge”; se di dittatura si vuole parlare si dovrà parlare di “dittatura della legge”, oppure, secondo la definizione di Sergio Panunzio, di “dittatura rivoluzionaria”, di “dittatura eroica”<sup>37</sup>.

In questo senso non v’è alcun dubbio che lo Stato fascista, rispetto allo Stato liberale sia uno “Stato moderno”, che va oltre la visione angusta dell’individuo, e delle relative tutele, che si rivolge alle masse e che disciplina settori della vita sociale ed economica prima lasciati ai rapporti contrattuali di forza. Non a caso, nell’ultima fase del fascismo si ha, come è noto, un intervento vigoroso sul versante dell’adozione dei codici.

È uno Stato di massa, che si rivolge alle masse, una risposta all’allargamento della base sociale, dei soggetti socialmente e politicamente attivi; il che, ancorché sotto il profilo puramente formale non si possa negare l’ossequio ai principi dello Stato di diritto, non è tuttavia sufficiente per assicurare il rispetto di quei medesimi principi sotto il profilo sostanziale.

## **5. Una voce “fuori dal coro”, la critica di Caristia alla formula stessa dello Stato di diritto**

È noto come uno dei giuristi più critici quanto al rispetto dei principi dello Stato di diritto nel periodo fascista fu Carmelo Caristia, ancorché la sua critica paia solo tangenzialmente riguardare lo Stato fascista, quanto direttamente la stessa formula dello Stato di diritto, di cui dubita e contesta l’utilità<sup>38</sup>.

Rileva infatti che una delle cause dell’affermarsi di quella formula è da ricercarsi nel “bisogno largamente diffuso tra le classi colte della borghesia (...) di limitare l’attività dello

---

<sup>35</sup> Cfr., S. FODERARO, *La teorica della divisione dei poteri nel diritto pubblico fascista*, cit., pp. 756, 757.

<sup>36</sup> Cfr., S. FODERARO, *La teorica della divisione dei poteri nel diritto pubblico fascista*, cit., p. 757.

<sup>37</sup> Cfr., S. FODERARO, *La teorica della divisione dei poteri nel diritto pubblico fascista*, cit., p. 757; cfr., inoltre, S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, cit., pp. 489 ss.

<sup>38</sup> È noto il suo importante scritto, C. CARISTIA, *Ventura e avventure di una formola: “Rechtsstaat”*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1934 – Parte I – 27, pp. 388 ss.

Stato nello stesso tempo che si tendeva ad ampliare e tutelare quella dei cittadini, bramosi di sostituire alle vecchie nuove forme politiche, che meglio venissero adattandosi al mutato assetto economico”, ancorché dubita “se valga la pena di continuare a servirsi di un termine, che ha la manifesta pretesa di sintetizzare tutto quanto è di più vivo nello Stato moderno, e che nulla ha mai espresso di preciso e ben determinato”<sup>39</sup>.

A fronte della difficoltà di “distinguere, in certe zone della pubblicistica, il diritto dalla politica”, sorge il dubbio che quel concetto sia nato con un “peccato d’origine”, ovvero “equivocità, incertezza e indeterminatezza”<sup>40</sup>.

Il che, già di per sé, potrebbe spiegare la non assoluta convergenza in ordine al rispetto o meno di quel principio nel periodo fascista, con l’indeterminatezza che giocherebbe un ruolo importante nelle ricostruzioni favorevoli a quell’affermazione.

Vero è che “nei suoi termini essenziali e nelle interpretazioni più accreditate”, quel principio “tende a porre un limite giuridico alla sovranità”<sup>41</sup>, ma l’incertezza, nel ventennio fascista, deriva dal fatto che talvolta formalmente quel limite giuridico viene posto, ma, sostanzialmente, non viene assunto con le garanzie necessarie, in condizioni, in ipotesi, di assenza di rappresentatività, oppure, pur essendo posto, non viene poi materialmente rispettato.

La conferma del fatto che la critica prevalente di Caristia è rivolta al concetto stesso di Stato di diritto, prima ancora che all’esistenza o meno di quei principi nello Stato fascista, si rinviene laddove sottolinea che se si osserva l’ordinamento dello Stato italiano “ancor più inutile e inadatta ci si appaleserà la formula tanto fortunata”. Eppure, “tale e tanta è la suggestione di certe parole che, anche dopo i profondi mutamenti attuati nello Stato fascista, non pochi sentono il bisogno di bruciare qualche grano d’incenso in onore del vecchio idolo, e si sforzano con dotte elucubrazioni di mostrare che anche attualmente esiste uno *Stato di diritto*”; come se questa locuzione non fosse stata assunta, per oltre un secolo, “a indicare il succo più genuino di quell’ideologia demoliberale contro cui le nuove forze si sono drizzate gagliarde e denegatrici”. Il che sarebbe soprattutto conferma della “perfetta vacuità e inanità, pel mondo giuridico, di una frase, che si presta ad accogliere o a sostenere interpretazioni o tendenze disparate e talvolta in perfetta antitesi”<sup>42</sup>.

Per quanto qui interessa, si trae da ciò conferma semplicemente che lo Stato fascista si caratterizza per aver tracciato una netta rottura con lo Stato liberale, ma forse non con il concetto di Stato di diritto, se questo realmente si prestasse ad essere utilizzato per esperienze anche tra di loro “in perfetta antitesi”.

Infatti, Caristia rileva che “v’ha chi ammette e v’ha chi non ammette e v’ha chi ammette, solo in certi termini, che anche l’odierno assetto politico possa configurarsi in Italia come *Stato di diritto*”, precisando che “ha visto meglio e più esattamente chi è giunto a conclusioni

---

<sup>39</sup> Cfr., C. CARISTIA, *Ventura e avventure di una formola: “Rechtsstaat”*, cit., pp. 388, 389.

<sup>40</sup> Cfr., C. CARISTIA, *Ventura e avventure di una formola: “Rechtsstaat”*, cit., p. 389.

<sup>41</sup> Così, C. CARISTIA, *Ventura e avventure di una formola: “Rechtsstaat”*, cit., p. 389. Le incertezze definitorie relative a quel principio nello Stato italiano vengono analizzate alle pp. 396-404.

<sup>42</sup> Così, C. CARISTIA, *Ventura e avventure di una formola: “Rechtsstaat”*, cit., pp. 404, 405.

negative<sup>43</sup>. Significativamente, però, si rende conto del fatto che, quel principio evidenzia una forte resistenza, poiché la “vecchiaia” lo avrebbe reso “così amato e venerato che nemmeno i colpi vigorosi della Rivoluzione (fascista) sono riusciti ad ucciderlo”; rileva una inconciliabilità sostanziale di quella formula con lo Stato fascista, ma non anche formale, cosicché, perviene alla conclusione per cui non vi sarebbe che una via, ovvero “buttare (...) senza pietà, nel più profondo oceano il vecchio idolo, quale segno e carattere della mentalità liberale, e dichiararlo in perfetta antitesi con lo spirito animatore dello Stato fascista”<sup>44</sup>.

Ciò premesso, se è vero che “tutto ciò che di vivo e di vero rimane in questa formola trovasi limpidamente espresso nel vecchio e nuovo principio della supremazia della legge”<sup>45</sup>, potrebbe sorgere qualche perplessità sulla vitalità di quel concetto anche nel contesto attuale, come si avrà modo di argomentare nei passaggi conclusivi.

Ancor più critico è l'approccio di Caristia in *Ideologie del fascismo*, in occasione della recensione dei volumi di Balbino Giuliano, *L'esperienza politica dell'Italia*, (Firenze, 1924) e di Camillo Pellizzi, *Problemi e realtà del fascismo*, (Firenze, 1924). Rileva in particolare che tutta l'opera del primo “si riassume in un'idea semplice e chiara, che cioè, l'esperienza politica dell'Italia ha preparato l'ideologia e l'avvento del Fascismo, e che tutta la storia del Risorgimento Italiano culmina e si chiude e riepiloga nella marcia su Roma”. Tesi che giudica “un po' arrischiata”, ma “per nulla sproporzionata alla forza e alla feracità dialettica della nuova filosofia”<sup>46</sup>. Tuttavia, si chiede come e quanto possa essere “conforme allo spirito dello Stato l'arbitraria limitazione con cui il Governo del Re ha circoscritto la più elementare ed essenziale libertà dello stato moderno”, evidentemente, quella di elettorato attivo. Si chiede “come e quanto sia assicurata la maestà della legge in un ambiente in cui le istruzioni, le circolari, i decreti e tutte le innumerevoli vie tortuose di cui l'esecutivo dispone annullano spesso e paralizzano l'efficacia della legge”<sup>47</sup>, analogamente a quanto verrà denunciato qualche anno più tardi da Calamandrei.

---

<sup>43</sup> Cfr., C. CARISTIA, *Ventura e avventure di una formola: “Rechtsstaat”*, cit., pp. 405, 406, che riconosce che, tra tutti, “il tentativo più coscienzioso” è quello di chi “con analisi minuta e con riferimento a precise norme di diritto positivo” ha svolto alcuni rilievi per cui “lo Stato di diritto esiste e non esiste, o meglio, esiste in certe zone e non esiste per certe altre”. Si riferisce al tentativo di Ferruccio Pergolesi, sul quale ci si soffermerà oltre, che confermerebbe “l'ambiguità e superfluità dello stesso concetto di *Stato giuridico*”. Tra gli altri, vi è chi, come l'Ercole (*Archivio di studii corporativi*, 1931, II, p. 44 e sgg.) rileva che lo Stato di diritto “non è che la realizzazione giuridica della concezione politica dello Stato liberale”, ma che “lo Stato fascista è uno *Stato di diritto*, sol perché la legge delimita ancora la sfera di libertà concessa ai cittadini e perché il principio di eguaglianza di fronte alla legge impera con tutta efficacia”. Dopo aver riportato diverse opinioni (del Raneletti, di D'Alessio, di Del Vecchio), Caristia rileva che si tratta di “posizioni inficiate dalla stessa od analoga debolezza: il non aver badato all'iniziale imprecisione ed equivocità dello stesso concetto, entro cui dovrebbero confluire tendenze e istituti o dottrine profondamente diversi”.

<sup>44</sup> Cfr., C. CARISTIA, *Ventura e avventure di una formola: “Rechtsstaat”*, cit., p. 407. Infatti, “la dottrina politica, che informa gli attuali ordinamenti, si è posta, in maniera precisa e decisa, in antitesi a quella che animava lo Stato demoliberale”, inoltre, il concetto di Stato di diritto, “per la sua tradizione, per le sue più autorevoli formulazioni o interpretazioni, non è (...) che la trascrizione, l'attuazione più o meno adeguata di premesse o principi basilari del liberalismo politico, principi, che ormai vacillano da un pezzo, specie nel momento attuale tendente a sostituire o avvalorare, al posto dell'individuo, gruppi economici o politici, sindacati o partiti”.

<sup>45</sup> Così, secondo le parole di C. CARISTIA, *Ventura e avventure di una formola: “Rechtsstaat”*, cit., p. 408.

<sup>46</sup> Così., C. CARISTIA, *Ideologie del Fascismo*, in *Scritti giuridici storici e politici*, II, *Scritti storici e politici*, Milano, 1955, p. 497.

<sup>47</sup> Cfr., C. CARISTIA, *Ideologie del Fascismo*, p. 500.

## 6. La dettagliata ricostruzione e analisi di Ferruccio Pergolesi. Gli orientamenti della dottrina

Come rilevato dallo stesso Caristia, il tentativo più articolato e più attento alla realtà e al funzionamento concreto delle istituzioni, nonché al contenuto delle leggi e all'analisi della giurisprudenza, è quello di Pergolesi<sup>48</sup>, il quale, prima di verificare se in concreto il rispetto di quel principio ricorra nello Stato fascista, nella prima parte dello scritto si sforza di individuare alcuni elementi che, sotto il profilo sostanziale, caratterizzano lo Stato di diritto.

Nel dettaglio della problematica se lo Stato fascista sia o meno Stato di diritto, rileva che "la questione è dibattuta e purtroppo quella dottrina straniera che dà una risposta negativa trova sostegno in alcuni giuristi italiani che peccano per eccesso di zelo"<sup>49</sup>. Il che desta già un certo interesse, poiché, pur avendo egli in precedenza ricercato ed elencato gli elementi sostanziali caratterizzanti lo Stato di diritto, successivamente, proprio con riferimento a chi svolge un'analisi sulla base di elementi sostanziali, rileva un "eccesso di zelo"<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr., F. PERGOLESÌ, *Su lo "Stato di Diritto". Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, Padova, 1932, pp. 3-69, ora in FERRUCCIO PERGOLESÌ, *Scritti minori*, a cura di G. de Vergottini, Vol. I, Arnaldo Forni editore, Bologna, 1988.

<sup>49</sup> Cfr., F. PERGOLESÌ, *Su lo "Stato di Diritto". Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., pp. 22 e 23. Tra gli stranieri cita M. GUETZEVITCH (*Les constitutions de l'Europe nouvelle*, Parigi, 1928); tra gli italiani, F. RUFFINI (*Diritti di libertà*, Torino, 1924).

<sup>50</sup> Così, F. PERGOLESÌ, *Su lo "Stato di Diritto". Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., pp. 23 – 25, laddove in maniera puntuale riassume e talvolta contesta le diverse ricostruzioni. In particolare, l'Ercole (*La funzione del partito nell'ordinamento corporativo dello Stato*, in *Archivio di studi corporativi*, 1931, pp. 44 ss.) ritiene che lo Stato di diritto coincida con lo Stato liberale, precisando che "il rapporto che corre tra il concetto di Stato fascista e quello di Stato corporativo è analogo al rapporto corrente tra il concetto di Stato liberale e quello appunto di Stato di diritto". Ciononostante, successivamente sostiene che "lo Stato fascista è, come quello liberale, uno Stato moderno, cioè uno Stato giuridico, vale a dire uno Stato in cui non vi sono privilegi ed iloti, ma tutti i cittadini sono sottoposti alla legge, e la sfera di libertà, pur soggetta a restrizioni non può essere abbandonata all'arbitrio dei singoli e neppure a quello dei governanti, ma legalmente delimitata". È da rilevare sul punto che in un contesto come quello caratterizzato da una Costituzione flessibile era la legge stessa a costituire, di per se stessa, una garanzia di ordine formale, forse anche a prescindere dal contenuto, non già la Costituzione – *rectius* lo Statuto. Il Curcio scrive che "il sec. XIX ha teso tutti i suoi sforzi per creare uno St. di dir., entro il quale si distinguevano i diritti dei singoli e quelli dello Stato: la Rivoluzione fascista ha rovesciato del tutto quell'ideologia, ed ha creato uno Stato di dovere". Il Maggiore rileva che "La teoria del diritto pubblico soggettivo è sostituita, nello Stato fascista, da quella del dovere civico: del dovere cioè, che il cittadino ha verso lo Stato, verso la Storia, verso la Civiltà". Pergolesi risponde che "ciò non risponde ad esattezza, poiché lo Stato fascista ammette anche diritti pubblici soggettivi, allo stesso tempo che ha voluto potenziare sia pure insieme al "senso dello Stato"(Panunzio), il senso del dovere civico". Soprattutto, nel criticare il Maggiore, Pergolesi parla di "Dottrina di pura forza", che "repugna a quel sentimento e a quell'idea di diritto naturale che delimita e giustifica il potere giuridico dello Stato: dottrina che legittima ogni ribellione e che svuotando lo Stato di ogni cemento etico, include idealmente, in potenza, una situazione di perpetua anarchia". Secondo il Costamagna (*Premesse allo studio del nuovo diritto italiano*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, p. 587) "Stato di diritto lo Stato fascista non può dirsi se si ha riguardo al suo presupposto e al suo obiettivo, atteso che il significato di tale enunciazione è riferito sempre all'elemento del diritto soggettivo individuale", mentre "lo spirito del fascismo rifiuta il diritto in quanto si pone come vincolo, anziché come mezzo dello Stato". Pergolesi rileva che Costamagna pare intendere Stato di diritto solo in senso di razionalizzazione del potere, infatti precisa che "Stato di diritto lo Stato fascista può ritenersi nel senso obiettivo della parola, ed anzi lo Stato di diritto per eccellenza, perché attuando il diritto dello Stato esso ci presenta il tipo dello Stato, nel quale il concetto del diritto, in quanto organizzazione, assume la massima concretezza, e il principio di legalità può formare argomento dei più esaurienti controlli". Il Corso (*Lo Stato fascista*, 1929) ritiene invece che lo Stato fascista è Stato di diritto; "a differenza, però, dello Stato liberale, il sistema dei controlli che lo Stato fascista istituisce sugli atti della pubblica autorità non muove dal presupposto di una garanzia dell'individuo contro lo Stato, ma da un'esigenza di ordine etico, giuridico e politico".

Non manca tuttavia chi sostiene che lo Stato fascista sia Stato di diritto proprio secondo la concezione sostanziale delineata dal Pergolesi e che anzi con esso si sia avuto un perfezionamento in tal senso in confronto al regime liberale<sup>51</sup>. Con tutte le cautele del caso, non si può non sottolineare il particolare interesse che riveste il processo di creazione delle norme giuridiche, che ha ricevuto una particolare disciplina, con la preclusione, mediante la legge 31 gennaio 1926 n. 100, di “quell’abusiva ingerenza del potere esecutivo, nella formazione delle leggi, che in passato si era presentata come un’assoluta necessità” e con la disciplina legislativa dei “casi in cui il governo può emanare norme aventi forza di legge”. Il che avveniva sempre “colla garanzia dell’osservanza di speciali forme che impediscono ogni confusione”, con la stessa legge sul Gran Consiglio che avrebbe creato una serie di leggi costituzionali, dapprima sconosciute all’ordinamento positivo, “riconoscendo il diritto a quell’organo di dare parere su una serie di leggi in essa elencate in maniera non tassativa, ma esemplificativa”<sup>52</sup>, aprendo così, come si specificherà oltre, la questione teorica dell’affermazione di un controllo di costituzionalità.

È estremamente interessante rilevare che la legge n. 100 del 1926, per come disciplinava l’attività normativa del governo, qualora osservata secondo i parametri odierni e di conseguenza, qualora posta a raffronto con la legge n. 400 del 1988, ma soprattutto con le garanzie e i limiti costituzionali contenuti negli artt. 76 e 77 Cost., oltre che con l’importante impianto di riserve di legge presente nella Costituzione repubblicana, non può che essere concepita come una disciplina sostanzialmente illiberale, in quanto volta ad assicurare una forte incidenza ed influenza del potere esecutivo sull’attività di normazione<sup>53</sup>. Qualora invece osservata con lo sguardo del giurista del tempo, quella stessa legge viene concepita come un tentativo avanzato di limitazione dell’abuso di ingerenza dell’esecutivo nell’attività normativa primaria, come un esempio di giurisdizionalizzazione di quell’attività, se non addirittura di costituzionalizzazione della stessa<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Cfr., F. PERGOLESÌ, *Su lo “Stato di Diritto”. Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., pp. 25, 26. Cfr., in particolare, F. D’ALESSIO, *Dalla dichiarazione dei diritti dell’uomo al moderno Stato di diritto*, Roma, 1915, che sostiene che “nello Stato fascista i presupposti dello stato di diritto non sono annullati, ma perfezionati”; cfr., anche, ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1932, p. 15.

<sup>52</sup> Così si è “pervenuti ad un perfezionamento e rafforzamento del principio della divisione di poteri, impedendosi ancora meglio la confusione fra le supreme potestà dello Stato”. Così, “le norme giuridiche vengono emanate secondo determinate norme. Esiste la garanzia giurisdizionale ed alla autorità giudiziaria spetta pur sempre il sindacato formale sulla regolare formazione della legge”. Secondo questa impostazione, anche il raggiungimento di quegli interessi collettivi che lo Stato fascista persegue soggiace alla disciplina del diritto, poiché avviene attraverso il diritto, che ha in sé il principio limite, posto che le norme determinano i limiti entro i quali deve esercitarsi l’attività. “L’esistenza di questo principio fa sì che l’attività dello Stato sia esercitata nelle forme e con le garanzie stabilite dall’ordinamento giuridico, tali da permettere di riscontrare nello Stato fascista tutti i caratteri dello Stato di diritto”; così, F. PERGOLESÌ, *Su lo “Stato di Diritto”. Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., p. 26.

<sup>53</sup> Basti pensare, per citare un unico esempio della differente disciplina dell’attività normativa del governo, che il decreto legge non convertito perdeva efficacia dal giorno della mancata conversione e non già retroattivamente, con la conseguente permanenza in vigore, per il periodo trascorso, di un testo legislativo che non aveva ricevuto alcun vaglio parlamentare, nemmeno nelle forme “minimali” dell’odierna legge che può fare salvi gli effetti del decreto non convertito.

<sup>54</sup> Sia consentito fare un richiamo e un parallelo con la legge del “Tallione”, *Lex Talionis*, esistente dall’età antica, codificata nel Codice di Hammurabi e nel Diritto romano arcaico, concepita, soprattutto a seguito della tradizione cristiana, come una legge violenta, di legittimazione della vendetta, la quale aveva invece origina-

Secondo Giorgio Del Vecchio “la sovranità della legge e l’eguaglianza dei cittadini dinanzi ad essa, rimangono i cardini dello Stato fascista; il quale è perciò e vuol essere, Stato di diritto e non Stato assoluto o di polizia”. Sostiene che il fascismo non avrebbe mai negato ai cittadini la partecipazione alla funzione legislativa e in genere alle funzioni dello Stato, rilevando che “ben può dirsi ... che il Fascismo, mentre ha inculcato i doveri, ha esaltato e rivendicato i diritti della persona umana, anche laddove essi erano conculcati e disconosciuti, ha esteso la sua tutela anche a fasi della vita (p. es. a quella intrauterina) e a forme di attività produttiva, che per l’innanzi erano rimaste prive di efficace protezione giuridica o abbandonate anarchicamente all’urto di forze avverse. Chi dice diritto o libertà, dice limite ... imputare ..., in tesi generale, al fascismo una diminuzione di libertà, significa semplicemente scambiare, con volgare paralogismo, la libertà con l’arbitrio”<sup>55</sup>.

Interessanti sono le osservazioni di Alfredo Rocco, il quale rileva che il “principio della divisione dei poteri” è “fondamentale nello Stato moderno”<sup>56</sup>, precisando di voler “governare con la legge, nella legge”, e perciò di voler “che questa sia sufficiente e rispondente allo scopo”<sup>57</sup>. Secondo le sue parole, “lo Stato fascista è fortissimo, ma non è stato assoluto, oligarchico, di polizia”. “È uno stato di autorità, ma anche popolare, perché penetra nelle masse, ne sente i bisogni, ne vive la vita”. “Questo Stato ha anche la caratteristica di risolvere la contraddizione di questi due termini: la formidabile affermazione della collettività e la necessità dello sviluppo della personalità umana”. Ed ecco che lo Stato fascista, “oltre ad essere stato popolare, è anche stato giuridico, in quanto realizza l’idea della giustizia”<sup>58</sup>.

In sostanza, secondo queste ricostruzioni, il sistema pareva avere una sua razionalità interna.

---

riamente la funzione di costituire un limite alle vendette private, ma soprattutto, la funzione di stabilire un sistema di punibilità improntato al principio di eguaglianza, che prescindesse dal ceto sociale.

<sup>55</sup> Così, F. PERGOLESÌ, *Su lo “Stato di Diritto”. Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., pp. 27 e 28. Lo stesso De Vecchio però si rende conto di una significativa discontinuità dello Stato Fascista rispetto allo Stato liberale, poiché rileva che “una dottrina la quale giustifica per dogmatico apriorismo qualsiasi regime esistente, considerandolo razionale perché esistente” (si riferisce evidentemente al sistema liberale), “non potrà mai adeguare spiritualmente il prorompere di una Rivoluzione che, come quella fascista, si è attribuita il diritto (certamente non positivo) di infrangere un ordine giuridico stabilito, per instaurarne un altro nuovo e più giusto”; cfr., G. DEL VECCHIO, *Stato fascista e vecchio regime. Contro il medievalismo giuridico*, Città di Castello, 1931, pp. 9, 15 e 19.

<sup>56</sup> Così, F. PERGOLESÌ, *Su lo “Stato di Diritto”. Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., p. 28; Cfr., A. ROCCO, *La trasformazione dello Stato*, Firenze, 1927, p. 168.

<sup>57</sup> Così, F. PERGOLESÌ, *Su lo “Stato di Diritto”. Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., p. 29, che ricorda il Discorso tenuto alla Camera dei Deputati da Alfredo Rocco, il 14 dicembre 1925.

<sup>58</sup> Una delle istituzioni in cui la giustizia si realizza è la giustizia amministrativa. Fu merito di Francesco Crispi, averla organizzata, ma il fascismo non l’ha toccata. Ha anzi realizzato la giustizia anche nel campo dei conflitti di lavoro, nel momento stesso in cui proibiva lo sciopero e la serrata; cfr., F. PERGOLESÌ, *Su lo “Stato di Diritto”. Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., p. 29.



### 6.1. (Segue) Secondo la disamina della legislazione

Venendo successivamente all'analisi della legislazione, lo stesso Pergolesi rileva che "per quel che concerne la partecipazione dei cittadini alla formazione di organi rappresentativi politici e amministrativi, non sembra negabile una limitazione notevole"<sup>59</sup>.

Il che, già di per sé, non è cosa di poco conto con specifico riguardo al rispetto del principio dello Stato di diritto, se non addirittura alla principale delle sue articolazioni, quella della rappresentanza, quale fondamento del principio democratico, confermando così che solo un approccio formalistico, focalizzato sull'operare dello Stato secondo norme di legge, a prescindere talvolta dal contenuto delle stesse, potrebbe portare a ritenere che lo Stato fascista sia Stato di diritto.

Queste considerazioni vengono svolte prima della trasformazione della Camera dei deputati in Camera dei Fasci e delle Corporazioni, tant'è che di diverso avviso era il Raneletti che rilevava che i principi della rappresentanza politica sarebbero stati pienamente mantenuti, anzi con maggior vigore riaffermati. L'elezione, in quest'ottica, sarebbe solo una scelta e nomina dei deputati al Parlamento, per esercitare in tale ufficio tutte le funzioni, che ad esso la legge attribuisce, con rappresentanza delle idee e sentimenti, bisogni e interessi generali del paese. Questo sarebbe dunque un altissimo concetto della elezione e della rappresentanza politica, nei cui confronti si deve fare l'augurio che sia sentito dal paese e dai suoi rappresentanti<sup>60</sup>.

Ciò che evidenzia che il concetto di rappresentanza non viene inteso come tale nel momento genetico dell'elezione, dell'instaurazione del rapporto, ma nel momento in cui il mandato viene concretamente a svolgersi, in un contesto ove i rappresentanti sarebbero tali in quanto capaci di interpretare e veicolare le istanze e le esigenze della società, dei rappresentanti<sup>61</sup>. Con questa concezione di rappresentanza lo stesso istituto del "divieto di mandato imperativo" sarebbe venuto a collidere.

---

<sup>59</sup> Cfr., F. PERGOLESÌ, *Su lo "Stato di Diritto". Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., pp. 29 e 30. Precisa che era soppresso ogni diritto elettorale relativamente agli enti autarchici territoriali, mentre in precedenza erano stati estesi anche alle donne. Anche per la Camera dei deputati era abbastanza limitata la libertà di scelta dei deputati. Ma ciò "attiene più al lato politico che a quello strettamente tecnico-giuridico del problema dello Stato di diritto", a conferma di una concezione formalistica dello Stato di diritto.

<sup>60</sup> Cfr., O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico: il nuovo diritto pubblico italiano*, Padova, 1931.

<sup>61</sup> La natura del citato rapporto di rappresentanza può essere meglio intesa laddove si tiene conto della legge 24 dicembre 1925, n. 2263, "che dà amplissime attribuzioni e prerogative al Capo del governo, stabilisce anche espressamente (art. 2) la sua responsabilità verso il Re dell'indirizzo generale politico del governo". In essa "non v'è però cenno a responsabilità parlamentare". In particolare, "nella relazione governativa al disegno di legge relativo si nota che non si son voluti regolare i rapporti tra governo e parlamento, perché 'essi sono di carattere essenzialmente politico e sfuggono ad una definizione legislativa', ma 'ciò potrebbe significare, come osserva il Romano, che tali rapporti non sono più giuridici'. La forma tradizionale di governo parlamentare è ad ogni modo tramontata, per dar luogo a una particolare forma di governo costituzionale". Si ritorna in sostanza ad modello di governo duale, di stampo costituzionale e non più parlamentare, dove, come nella prima fase di vigenza dello Statuto Albertino, il legame fiduciario tra Parlamento e Governo viene mediato dal Sovrano che, nel farsi interprete delle istanze della società, revoca o nomina Capi del Governo, che poi vanno alle Camere a cercare la fiducia. Così, "il caso di conflitto praticamente, oltre che giuridicamente possibile, è quello tra governo e corpo elettorale, e non par dubbio che in tal caso il conflitto debba risolversi, dal Capo dello Stato, contro il governo". Cfr., F. PERGOLESÌ, *Su lo "Stato di Diritto". Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., p.

Di sicuro interesse, in quella fase è la nascita di una nuova categoria di leggi, le leggi costituzionali, in forza della legge 9 dicembre 1928, n. 2693, oltre all'innovatività della disciplina legislativa dei decreti legge e della regolamentazione della facoltà dell'esecutivo di emanare norme giuridiche, di cui alla legge 31 gennaio 1926, n. 100. Queste discipline aprono la strada alla specifica meditazione sulla "ammissibilità del sindacato giudiziario su i decreti legislativi (delegati)"<sup>62</sup>. Più in generale, inizia ad avvertirsi un certo imbarazzo tra i giuristi più attenti per la progressiva acquisizione della consapevolezza che, pur in un contesto di Costituzione flessibile, erano ravvisabili diversi rapporti di forza all'interno della categoria stessa delle "leggi".

La Corte di Cassazione si è mostrata da subito favorevole alla sopracitata ipotesi di sindacato, con la sentenza Sez. Unite 4 febbraio 1931 n. 416<sup>63</sup>. Secondo l'art. 3, n. 2 della legge n. 100 del 1926, "nel solo caso di provvedimenti emanati per ragioni di urgenza e di assoluta necessità non è ammesso altro controllo che quello del parlamento"; ne deriva che in tutti gli altri casi di provvedimenti legislativi emessi dal governo del re "il controllo delle attività giurisdizionali è ammesso in rapporto (è questo il punto dibattuto) ai limiti della delegazione"<sup>64</sup>.

Il che pare di estremo interesse, perché, per tale via si affermerebbe una sorta di controllo diffuso di legittimità costituzionale, seppur limitato alla delega legislativa, dando concreta conformazione ai citati differenti rapporti di forza tra fonti primarie.

Analogo sindacato non era tuttavia ammesso da parte della giustizia amministrativa; infatti, secondo l'impostazione (si parlava di "tendenza attuale") accolta dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, i decreti legislativi sarebbero "atti emanati nell'esercizio del potere politico, e per ciò sottratti all'esame dei tribunali amministrativi". Nonostante vi fosse chi rilevasse che quell'obiezione non regge, poiché non si può ravvisare l'esercizio di potere politico quando si tratta di applicare "una precisa norma di legge, norma che nella nostra ipotesi è data appunto dalla legge di delegazione". Del resto, se occorresse "andar oltre la delegazione" il governo potrebbe emanare non già un decreto legislativo, bensì, un decreto legge, che, come tale, è insindacabile<sup>65</sup>.

---

31, che ricorda una delle prime elaborazioni sulle "leggi costituzionali", quella di G.M. DE FRANCESCO, *Leggi costituzionali fasciste e forma di governo*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1931, I.

<sup>62</sup> Così, F. PERGOLESÌ, *Su lo "Stato di Diritto". Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., p. 31. Cfr., in particolare, E. TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padova, 1931.

<sup>63</sup> In *Rivista di Diritto Pubblico*, 1931, II, 258 ss.

<sup>64</sup> Così, F. PERGOLESÌ, *Su lo "Stato di Diritto". Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., pp. 31 e 32, che rileva che "ogni discussione sulla gravità della esorbitanza dei limiti della delegazione (come una parte, autorevolissima, della dottrina aveva tentato) viene manifestamente a rendersi superflua; giacché basta che sussista l'eccesso perché la facoltà delegata debba ritenersi illegittimamente esercitata". Quel principio andrebbe applicato anche nel caso in cui la delegazione sia stata conferita con legge precedente al 1926, in base al chiaro dettato dell'art. 3, n. 1.

<sup>65</sup> Cfr., F. PERGOLESÌ, *Su lo "Stato di Diritto". Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., pp. 32-36, il quale precisa che gli stessi regolamenti di cui alla legge del 1926 (di esecuzione, indipendenti, di organizzazione) incontrano dei limiti per materia, "tra i quali: a) di non poter contenere prescrizioni che limitino la libertà individuale e di commercio; b) l'inviolabilità della proprietà (art. 24 ss. dello Statuto); c) di non poter interpretare le leggi in modo per tutti obbligatorio (art. 73 Statuto); d) di non poter istituire tributi (art. 30 Statuto) (o almeno imposte o tasse per servizi pubblici obbligatori); e) di non poter creare giurisdizioni speciali né

## 6.2. (Segue) *Alla luce degli orientamenti giurisprudenziali*

Dall'analisi della giurisprudenza ci si rende conto che sotto il profilo sostanziale sono invero non pochi gli scostamenti dai principi dello Stato di diritto. Basti pensare alla decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 8 marzo 1929<sup>66</sup>, che con riferimento al segreto postale, ha stabilito che "l'autorità politica, per interessi superiori, può procedere alla apertura e prendere conoscenza di lettere private spedite a mezzo postale, e può servirsi di quanto appreso per promuovere da altra autorità quei provvedimenti che la tutela dei suddetti interessi può esigere"<sup>67</sup>.

Anche la libertà di stampa veniva variamente limitata, in forza del ripristino del sequestro di giornali ed altri scritti periodici, che era stato abolito dalla legge 28 giugno 1906 n. 278. In materia di diritto di associazione il r.dec. legge 24 gennaio 1924 n. 64 (convertito nella legge 17 aprile 1925 n. 473), sulla vigilanza dell'autorità politica della provincia sulle associazioni o corporazioni, contiene norme gravi e aberranti, "specialmente in ordine all'ingerenza prefettizia sul patrimonio di enti privati". Il T.U. delle leggi di pubblica sicurezza vietava anche alcune associazioni; non soltanto quelle che "costituiscono reati", ma anche le associazioni segrete, quelle sindacali di alcune categorie di pubblici funzionari ed impiegati, le associazioni, enti o istituti di carattere internazionale, non autorizzati dal Ministro dell'interno. Il T.U. disciplina anche "la polizia delle riunioni", prevedendo che il questore nel caso di omesso avviso ovvero per ragioni di ordine pubblico, di moralità o di sanità pubblica, può impedire che la riunione abbia luogo e può per le stesse ragioni, prescrivere modalità di tempo e di luogo alla riunione<sup>68</sup>.

---

modificare quelle esistenti e tanto meno esclude la tutela giurisdizionale ecc.". In sostanza, in un contesto di Costituzione flessibile, essendo contemplati dalla legge dei limiti alla potestà normativa secondaria, non solo per tipologia e procedimento, ma anche per materie, si ha una sorta di "costituzionalizzazione" della riserva di legge. Quindi, le garanzie offerte dallo Stato di diritto nel periodo fascista, quanto meno per la normazione secondaria, come si avrà modo di approfondire, sarebbero tali non solo sotto un profilo meramente formale, ma anche con riferimento ad aspetti sostanziali. Proprio con riguardo a quegli aspetti sostanziali, è estremamente interessante il fatto che si rilevi che "i gravissimi provvedimenti dell'ammonizione (cfr., t.u. leggi pubblica sicurezza 18 giugno 1931 n. 773, art. 164) e del confino di polizia (art. 180 ss.) presentano qualche lato che potrebbe esser riveduto per una miglior garanzia dei sottoposti a tali provvedimenti, che possono portare limitazioni molto più penose di una condanna da giudizio penale". Nel primo caso, vi è contestazione degli addebiti e interrogatorio del denunciato, ma contro le decisioni della speciale commissione provinciale, presieduta da un organo politico quale il prefetto, non è ammesso ricorso. Nel secondo caso, può essere ordinato subito l'arresto, ma non vi sono garanzie sul limite di tempo dell'arresto; è ammesso ricorso dalla commissione provinciale d'appello risiedente presso il ministero dell'interno, ma sarebbe opportuno offrire garanzie più ampie, posto che si può esser assegnati al confino anche per il titolo molto generico, di "un'attività comunque tale da recare nocimento agli interessi nazionali".

<sup>66</sup> In *Rivista italiana di diritto penale*, 1929, 566 ss.

<sup>67</sup> "La motivazione, priva di riferimenti a disposizioni legislative, non ha pregio giuridico". Si ammette tuttavia che la polizia possa anche fare ciò che la legge genericamente proibisce, purché però vi sia la necessità di agire in quel modo. Si afferma inoltre che i principi fascisti sono lontani dalle esagerazioni alle quali fu portata la garanzia delle libertà individuali dall'applicazione degli immortali principi della Rivoluzione francese, tuttavia, ciò non significa che la polizia ha poteri illimitati in materia. Cfr., F. PERGOLESI, *Su lo "Stato di Diritto". Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., p. 36.

<sup>68</sup> Secondo l'art. 210 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza, n. 773 del 1931, "il prefetto può disporre con decreto lo scioglimento delle associazioni, enti od istituti, costituiti ed operanti nel Regno, che svolgono

Le ambiguità, le incertezze e contraddizioni nell'affermarsi dei principi dello Stato di diritto sono ben evidenti nel diritto del lavoro, ove, pur essendo proibiti e perseguiti penalmente sia lo sciopero che la serrata, con conseguenti incisive limitazioni dei diritti dei lavoratori, viene contemplata una specifica magistratura del lavoro e viene strutturato un sistema sindacale considerato in quella fase come un tentativo avanzato di risoluzione delle problematiche sindacali<sup>69</sup>.

Con tutta evidenza, particolarmente delicata è la materia del diritto penale, ove, nel nuovo codice penale vi sono 89 nuove ipotesi di reato e vi è un "largo potere discrezionale del giudice di cui al codice processuale". Ciononostante la garanzia di conservazione dello Stato di diritto si evincerebbe dalla conservazione del principio *nullum crimen sine lege*, che ha "un altissimo significato politico-giuridico" e "continuerà a costituire il presidio massimo per la libertà dei cittadini, la quale non può essere penalmente limitata, se non in seguito ad un espresso divieto del legislatore, né con sanzioni che non siano antecedentemente da questo stabilite". Analogamente, "per le misure amministrative di pubblica sicurezza, nessuno può esservi sottoposto se non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti"<sup>70</sup>. Ancorché, ancora una volta, la garanzia viene rinvenuta nella

---

un'attività contraria agli ordinamenti politici costituiti nello Stato. Nel dec. Può essere ordinata la confisca dei beni sociali. Contro il provvedimento si può ricorrere al Ministro dell'interno, ma contro il provvedimento del Ministro non è ammesso ricorso, nemmeno per motivi di illegittimità". Inoltre, "nella vigente legge di pubblica sicurezza la facoltà degli individui di adunarsi in luoghi pubblici o aperti al pubblico o in riunioni private, che possono avere influenza pubblica è un interesse legittimo, non anche un vero e proprio diritto subbietivo, mentre diritto subbietivo rimane quello (rientrante nel diritto all'inviolabilità del domicilio, art. 27 dello Statuto) di radunarsi in riunioni private che abbiano carattere privato". Così, F. PERGOLESÌ, *Su lo "Stato di Diritto". Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., pp. 37 e 38.

<sup>69</sup> Cfr., F. PERGOLESÌ, *Su lo "Stato di Diritto". Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., pp. 38-40, che rileva che esiste tuttavia una magistratura del lavoro competente non solo a dirimere controversie giuridiche, ma anche collettive economiche, "tale da costituire una benemerita altissima della legislazione nuova che si pone, a tal riguardo, può ben dirsi, all'avanguardia in confronto ai diritti stranieri, e proprio nel senso convenzionale su delineato di uno Stato di diritto". "È proibita infatti l'autodifesa violenta di classe, ma è concesso adeguato mezzo giuridico per la risoluzione giudiziale di ogni lite economica collettiva, altrimenti degenerante appunto in scioperi e serrate". "Provvedimenti speciali, che limitano le ordinarie libertà, possono esser presi in speciali circostanze". Ai sensi dell'art. 2 T.U. di pubblica sicurezza, n. 773 del 1931, il Prefetto "nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per l'ordine pubblico e della sicurezza pubblica. È ammesso il ricorso al Ministro per l'interno per conto di chi vi ha interesse (art. 2), ma nessun indennizzo è dovuto per i provvedimenti dell'autorità di p.s. nell'esercizio delle facoltà ad esse attribuite dalla legge (art. 7). Qualora la dichiarazione di pericolo pubblico si estenda al territorio del Regno, il Ministro dell'interno può emanare ordinanze, anche in deroga alle leggi vigenti, sulle materie che abbiano comunque attinenza all'ordine pubblico o alla s.p. Particolari norme vigono nel caso di tale dichiarazione e dello stato di guerra (art. 214 ss.), integrate dalla legge 14 dicembre 1931 n. 1699 sulla disciplina di guerra". Evidenze dello Stato di diritto si rinverrebbero nell' "originale ordinamento giuridico dato dall'ordinamento sindacale (autonomo)" e quello "corporativo (statale)". "Il complesso sistema, interessantissimo e per sé stesso e per i suoi riflessi su tutto l'ordinamento statale e sulla dogmatica giuridica, è un tentativo di soluzione completa del problema sindacale che affatica e preoccupa tutti i paesi e che per lo più è ancora lasciato, altrove, ai margini del diritto o frammentariamente regolato", ponendo evidentemente l'accento sulla regolamentazione del fenomeno e non già sulla pervasività dei controlli, e dunque sulla limitazione dei diritti di libertà, che quella regolamentazione ha comportato.

<sup>70</sup> Addirittura si avrebbe "un progresso verso lo Stato di diritto quando si vuole la collaborazione del cittadino non solo nell'osservare, ma anche nel fare osservare la legge", come nel caso della repressione dell'abiegate, laddove è contemplata un'ammenda nei confronti di chi non abbia presentato denuncia all'autorità competente. Così, F. PERGOLESÌ, *Su lo "Stato di Diritto". Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., pp. 40 e 41.

mera esistenza della legge, a prescindere dalla verifica del contenuto sostanziale della stessa.

Sul versante del diritto amministrativo, è evidente che in uno Stato di diritto "l'atto amministrativo non è un puro atto di volontà, ma anche un atto razionale ed ispirato a giustizia ed equità. Onde, in specie quando tocca diritti o interessi di singole determinate persone dovrebbe essere motivato". Ciononostante, nello Stato fascista non sempre è obbligatoria la motivazione dell'atto amministrativo<sup>71</sup>.

Non mancano numerose disposizioni che escludono o limitano la tutela giurisdizionale, che, evidentemente, non sono coerenti con la concezione dello Stato di diritto, soprattutto se si considera il progressivo aumento del numero di disposizioni in tal senso<sup>72</sup>. Dai più

---

<sup>71</sup> La giurisprudenza non ha chiarito se la motivazione fosse o meno elemento integrante e dunque essenziale per la validità dell'atto (Cons. Stato, V Sez., sent. 15 luglio 1930, n. 473). Anche quando non sia obbligatoria, la motivazione non sarebbe vietata, ma è opportuno che vi sia (Cons. Stato, V Sez., sent. 29 dicembre 1925, in Riv. dir. pubbl., 1926, II, 44). L'orientamento giurisprudenziale definitivo sarebbe quello dell'obbligatorietà di una breve razionale indicazione dei motivi, almeno per gli atti che toccano l'altrui sfera giuridica (Cons. Stato, IV Sez., sent. 28 novembre 1930, n. 849). Peraltro, "la caratteristica più rilevante dei moderni Stati, intesi come Stati di diritto, è l'adozione della così detta giustizia amministrativa", che il fascismo avrebbe rivisto e migliorato, il che evidenzia che, ancora una volta, sotto il profilo formale è innegabile il rispetto da parte del fascismo dei principi dello Stato di diritto. Al momento dell'insediamento del Presidente del Consiglio di Stato, Santi Romano, il 22 dicembre 1928, Mussolini dichiarava che, sia in sede giurisdizionale che in sede consultiva, "unica ed indistinguibile è la funzione che esso adempie: l'attuazione della legge e del diritto". L'amministrazione fascista "non può essere che un'amministrazione giusta". Quando il Consiglio di Stato annulla atti amministrativi "inficiati di incompetenza, di violazione di legge e di eccesso e traviamiento di potere", non crea ostacoli all'andamento dell'amministrazione fascista, che "non può essere intesa in senso meramente meccanico", ma la richiama e la restituisce ai suoi compiti essenziali. Nel 1932, nel volume *Il Consiglio di Stato nel biennio 1929-30*, Santi Romano affermerà che l'organo giurisdizionale da lui presieduto ha agito "con piena libertà e indipendenza di giudizio". In particolare, il Consiglio di Stato ha inciso sulla formulazione delle norme giuridiche, che deve informarsi a razionali ed univoci criteri di tecnica legislativa (Adunanza generale 6 giugno 1929 n. 168) ed ha affermato che nessun atto amministrativo può essere sottratto al sindacato di legittimità, anche quando lo specifico atto sia insindacabile nel merito (Adunanza generale 6 marzo 1930 n. 57 e 28 maggio 1930 n. 450). "La divisione dei poteri è implicitamente, ma molto chiaramente delineata in una sentenza delle sezioni unite della Corte suprema" (Sent. 25 nov. - 12 dicembre 1926 Helwig, Gschwari c. Cavese e Bezzoli, in La Corte di Cass, 1927, 151 ss.), ove è stabilito che il Prefetto, quale organo dell'amministrazione provinciale non può annullare la forza esecutiva di una sentenza. "La funzione giurisdizionale è diretta all'attuazione della norma giuridica, di cui è nota caratteristica la portata universalmente obbligatoria, che lo Stato, quale organo specifico del diritto, ha l'essenziale compito di assicurare, rimuovendo con la forza della sua sovranità gli ostacoli che si oppongono all'effettuazione della volontà di legge dichiarata nella sentenza. Epperò contrasta alla realizzazione di questo fine, ed è perciò illegittimo l'atto della pubblica amministrazione che, annullando la forza esecutiva delle sentenze, si oppone all'effettuazione di quella volontà dello Stato". Per quanto sembri indispensabile "un ambito di potere discrezionale" in capo al giudice (che non è un automa), "nel modo di condurre la lite alla sua definizione", "occorre giuridicamente delimitare il potere stesso e dall'altro far sì che la prima garanzia sia data dallo stesso prestigio del giudice per la sua competenza tecnica e per la sua imparzialità e indipendenza". Ciononostante, quanto ai criteri di decisione "il legislatore fascista non si è allontanato dal criterio direttorio generale dello Stato di diritto, e cioè che il giudice deve render giustizia *secundum legem*", ancorché vi sia l'eccezione delle controversie collettive economiche, ove la sentenza deve essere resa secondo equità, "ma ciò è indispensabile, data la natura stessa della lite, che è sostanzialmente economica e non giuridica". Così, F. PERGOLESÌ, *Su lo "Stato di Diritto". Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., pp. 41-53.

<sup>72</sup> Le discipline in materia sono le più disparate, vanno dal provvedimento di revoca del podestà, disposto con decreto reale, ai provvedimenti di esonero o dispensa dal servizio per alcune categorie di pubblici funzionari o dipendenti, fino a provvedimenti specifici in materia di ricostituzione di beni di enti pubblici, decadenza da concessioni, ecc.... Ancor più preoccupante è al riguardo un'interpretazione offerta da una decisione della V. Sez. del Consiglio di Stato, per cui la legge che sopprime una data forma di tutela giurisdizionale ha applicazione immediata anche ai rapporti anteriori ancora pendenti. Tra le leggi processuali, quelle puramente procedurali

l'esclusione di tutela giurisdizionale veniva tuttavia intesa in senso stretto, "trattandosi di una deroga al sistema ordinario delle guarentigie giurisdizionali dei cittadini", con la precisazione che, anche di fronte a un provvedimento insindacabile, con riguardo al quale è escluso il ricorso di merito, non è però mai escluso il ricorso straordinario al Re<sup>73</sup>.

## **7. Il tentativo di sistematizzare il sistema delle fonti del "nuovo Stato" nell'attività del Consiglio di Stato**

Uno spaccato importante della giurisprudenza del Consiglio di Stato si trae dalle Relazioni al Duce del Presidente del Consiglio di Stato<sup>74</sup>.

Di un certo interesse ai fini dell'indagine che qui si compie è la considerazione del Presidente Santi Romano, in occasione della Relazione 1936-40, per cui "nel nostro ordinamento costituzionale, non si poteva, prima dell'istituzione del Gran Consiglio del Fascismo, porre il problema della legalità delle norme giuridiche emanate dal potere legislativo se non sotto l'aspetto formale, poiché, per quanto concerneva il contenuto della legge, il legislatore non incontrava alcun limite giuridico". Creata, invece, con la legge 9 dicembre 1928, n. 2693, "la figura della legge costituzionale, prima sconosciuta, al nostro ordinamento, è sorta la possibilità di un sindacato della legalità della legge, anche dal punto di vista del suo contenuto, in quanto, in determinate materie, il legislatore non può esercitare la propria attività se non nelle forme proprie alla legge costituzionale, mentre, d'altra parte, la legge ordinaria non può derogare alle disposizioni di una legge costituzionale". Come, tuttavia, è noto, "è peraltro controverso se il sindacato di legalità della legge ordinaria sotto questo profilo possa essere esercitato dall'autorità giurisdizionale"<sup>75</sup>.

È di tutta evidenza che inizia a profilarsi quanto meno l'interrogativo su una sorta di controllo di legittimità costituzionale sulle fonti, seppur in un contesto formalmente improntato al principio di primazia della legge, che era tuttavia mutato sul piano sostanziale, per dare luogo ad un sistema delle fonti e più in generale ad un ordinamento sicuramente più articolato e complesso.

Precisa, tuttavia, Santi Romano che il Consiglio di Stato non ha avuto occasione in concreto di pronunciarsi su questo aspetto, ma quando ha dovuto indagare sul carattere ordinario o costituzionale di una legge (dunque, non vi sarebbero leggi formalmente costituzionali, ma materialmente costituzionali) lo ha fatto per trarne elementi di interpretazione di altre

---

hanno sì applicazione immediata; ma quelle che riguardano il diritto d'azione toccando il diritto sostantivo non sembra che, in massima, salvo diversa disposizione (esplicita o implicita), possano ledere diritti quesiti alla tutela giurisdizionale.

<sup>73</sup> Cfr., F. PERGOLESÌ, *Su lo "Stato di Diritto". Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., p. 67, che cita il Cons. Stato, ad. gen., pareri 26 giugno e 9 ottobre 1930 in riferimento a r. dec. legge 6 dicembre 1928 n. 2955.

<sup>74</sup> Cfr., in particolare, *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40. Relazione del Presidente (Santi Romano) al Duce del fascismo Capo del Governo*, Vol. I, Roma, 1942 – Anno XX.

<sup>75</sup> Così, *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40. Relazione del Presidente (Santi Romano) al Duce del fascismo Capo del Governo*, cit., p. 2.

disposizioni legislative, piuttosto che per dedurre l'illegittimità. "Data, infatti, la presunzione che ogni organo pubblico eserciti la propria attività in conformità alle norme giuridiche che la regolano e la limitano, si deve ritenere in caso di dubbio, che il legislatore non abbia inteso, in sede di legge ordinaria, derogare alle disposizioni di una legge costituzionale"<sup>76</sup>.

Dunque, di fronte alla premessa teorica di grande rilievo, in concreto l'effetto della legislazione costituzionale su quella ordinaria viene ad essere circoscritto ad un ausilio all'interpretazione di quest'ultima.

### ***7.1. I prodromi di un controllo di costituzionalità. Si afferma la categoria della legge costituzionale e un controllo (per lo più formale) sull'esercizio della delega legislativa***

La questione della valenza delle leggi costituzionali si è posta con la decisione del 12 dicembre 1939, n. 521, della IV Sezione, di fronte a un decreto reale, contenente norme di esecuzione e di organizzazione, emanato su proposta del Ministro delle Finanze, senza il parere del Consiglio di Stato e senza la deliberazione del Consiglio dei Ministri. A sostegno della legittimità del decreto si rilevava che quello trovava base legale nell'art. 3 del R. decreto-legge 25 gennaio 1937, n. 116, che l'aveva subordinato alla sola proposta del Ministro per le Finanze. Il Consiglio di Stato rilevò che il parere del Consiglio di Stato e la deliberazione del Consiglio dei Ministri sono richiesti, per i regi decreti di esecuzione e di organizzazione, dall'art. 1 della legge 31 gennaio 1926, n. 100, che è espressamente dichiarata di carattere costituzionale dall'art. 12 della legge 9 dicembre 1928, n. 2693, sull'ordinamento e le attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo, e non può essere modificata se non nelle forme indicate da quell'articolo. Pertanto, l'art. 3 del decreto-legge 25 gennaio 1937, n. 116 doveva essere interpretato nel senso che non può aver derogato alla legge 31 gennaio 1926, n. 100<sup>77</sup>.

La IV Sezione del Consiglio di Stato ebbe invece ad escludere "il carattere costituzionale del Regio decreto-legge 17 novembre 1938, n. 1728, contenente norme sulla difesa della razza, non essendo esso una legge formale, né contenendo la formula di promulgazione prevista per le leggi costituzionali dall'art. 2 del R. decreto 24 settembre 1931, n. 1256, e cioè la menzione del parere espresso dal Gran Consiglio del Fascismo, ai sensi dell'art. 12 della legge 9 dicembre 1928, n. 2693". È da precisare, tuttavia, e ciò desta qualche sorpresa all'odierno commentatore, che con il cenno incidentalmente fatto alla circostanza che nella specie si trattava di decreto-legge e non di legge formale, non sembra che la Sezione abbia inteso escludere tassativamente l'ammissibilità di un decreto-legge avente efficacia di legge costituzionale; è da rilevare piuttosto che il Collegio abbia inteso trarre dalla forma di decreto-legge del provvedimento un elemento interpretativo, atto ad escludere, in concorso con

---

<sup>76</sup> Cfr., *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40. Relazione del Presidente (Santi Romano) al Duce del fascismo Capo del Governo*, cit., p. 2.

<sup>77</sup> Cfr., *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40. Relazione del Presidente (Santi Romano) al Duce del fascismo Capo del Governo*, cit., pp. 2 e 3.

l'altro elemento più decisivo della formula di promulgazione, il carattere costituzionale dello stesso. La conseguenza alla quale coerentemente è giunto il Collegio è che, non avendo quel decreto natura di legge costituzionale poteva essere modificato con un provvedimento legislativo ordinario, quale il R. decreto-legge 22 dicembre 1938, n. 2111, contenente anch'esso disposizioni sulla difesa della razza<sup>78</sup>.

È da rilevare, ancora una volta, dal punto di vista dell'odierno commentatore, che può apparire decisamente singolare che ci si interroghi addirittura della natura costituzionale o meno delle leggi a difesa della razza e non già della loro incostituzionalità, per contrasto con il principio di eguaglianza, comunque sancito, sotto il profilo formale, dall'art. 24 dello Statuto Albertino, il quale non viene mai assunto a parametro in questa "embrionale" verifica di "costituzionalità". Il che evidenzia che non solo era venuto ad affermarsi un diverso, e in parte radicalmente contrapposto, impianto di valori, ma che stava inoltre mutando il sistema delle fonti, con l'affermarsi della categoria delle leggi costituzionali, espressione del nuovo sistema, a margine della fonte suprema dello Stato liberale, che continuava ad avere il rango di fonte primaria. Vi sarebbe di conseguenza un limite per la legislazione ordinaria a legiferare nelle materie riservate alla legislazione costituzionale e il conseguente limite per la legge ordinaria di derogare le leggi costituzionali, ma, al di fuori di quei limiti, "le norme aventi efficacia di legge non incontrano (...) alcuna limitazione giuridica, per quanto concerne il contenuto di esse". In questo senso, "la IV Sezione (22 giugno 1938, n. 353) ha avuto occasione di respingere la tesi, secondo la quale un decreto-legge non potrebbe avere carattere interpretativo ed efficacia retroattiva". Infatti, "il principio enunciato dall'art. 2 delle disposizioni preliminari al Codice civile per cui la legge non dispone se non per l'avvenire", osservava il Collegio, "costituisce una direttiva che il legislatore ha posto alla sua futura attività e, al tempo stesso, un canone di interpretazione della legge, non un limite al quale sia subordinata la legittimità sostanziale della norma legislativa"<sup>79</sup>.

Interessante è rilevare che in quella fase, il Consiglio di Stato ebbe ad operare un controllo anche nei confronti dell'attività legislativa delegata al Governo, che, per quanto significativo, si caratterizzò per lo più come un controllo di carattere formale.

In particolare, con la sentenza n. 521 del 12 dicembre 1939, della IV Sezione, si è avuto occasione di affermare, sia pure in via di semplice ipotesi, "l'illegittimità di un decreto legislativo delegato che fosse emanato senza previa deliberazione del Consiglio dei Ministri". La decisione n. 337 del 5 giugno 1940 della Sezione IV ha invece riconosciuto "che i decreti emanati dal Governo in base a delega legislativa non richiedono il parere del Consiglio di Stato". Conformemente alla propria giurisprudenza e alla dottrina pacifica, il Consiglio di Stato ha ritenuto che "la delega legislativa concessa al Governo si esaurisce nell'emanazione di un unico atto e che pertanto il Governo non può, in un provvedimento legislativo delegato,

---

<sup>78</sup> Così, *Consiglio di Stato*, IV Sezione, 31 luglio 1940, n. 438; cfr., *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40. Relazione del Presidente (Santi Romano) al Duce del fascismo Capo del Governo*, cit., p. 3.

<sup>79</sup> Cfr., *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40. Relazione del Presidente (Santi Romano) al Duce del fascismo Capo del Governo*, cit., p. 3.



subdelegare a se stesso l'emanazione di ulteriori norme, dette integrative (Adunanza generale, 3 dicembre 1938, n. 316)<sup>80</sup>.

Il che, anche alla luce degli odierni parametri, costituirebbe un'indubbia garanzia a salvaguardia delle funzioni del Parlamento e della divisione dei poteri, non foss'altro che nel 1939 quello stesso Parlamento perderà completamente carattere elettivo. A ciò si aggiunga che questa apparente garanzia formale crolla completamente se si pensa che un r. decreto-legge poteva, in teoria, delegare la funzione legislativa al Governo. Il che si desume dall'Adunanza generale del 19 maggio 1938, n. 143, ove, il Consiglio, nell'esaminare uno schema di provvedimento sulla tutela della maternità delle lavoratrici, ebbe a ritenere che non può qualificarsi come decreto legislativo un provvedimento che, "nonostante sia stato espressamente autorizzato da un R. decreto-legge, non contiene tuttavia che semplici norme di attuazione del decreto-legge medesimo". In questo caso "il provvedimento costituisce pur sempre manifestazione di una facoltà propria del potere esecutivo"<sup>81</sup>, ma evidenzia i caratteri del provvedimento meramente attuativo-integrativo.

### **7.2. Il controllo anche sostanziale nei confronti dell'attività normativa secondaria**

Così, sull'attività legislativa dell'esecutivo il controllo del Consiglio di Stato è di carattere esclusivamente formale, mentre diviene di carattere anche sostanziale nei confronti dell'attività normativa secondaria.

Precisa al riguardo il Presidente, Santi Romano, che "nei riguardi delle norme giuridiche emanate dal potere esecutivo, in base agli ordinari poteri di cui esso è istituzionalmente investito, il sindacato di legittimità sostanziale della norma offre naturalmente un campo più vasto, perché la facoltà del Governo di emanare norme giuridiche è circoscritta ad alcune materie e perché, nell'esercizio di tale facoltà, il potere esecutivo trova un limite nel divieto di derogare alle norme legislative, sia costituzionali sia ordinarie". Limiti per materia alla potestà regolamentare di organizzazione dell'Amministrazione pubblica che sono stati peraltro volta a volta meglio specificati proprio dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato. A mero titolo esemplificativo, con decreti di organizzazione possono dettarsi norme che impongono nuovi oneri sul bilancio dello Stato, purché siano comunque apportate con legge le relative variazioni al bilancio (Adunanza generale, 8 aprile 1937, n. 78 e 3 ottobre 1940, n. 357) e purché le citate variazioni non siano dal regolamento stesso delegate al Ministro delle Finanze (Adunanza generale, 23 dicembre 1937, n. 335)<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Cfr., *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40. Relazione del Presidente (Santi Romano) al Duce del fascismo Capo del Governo*, cit., p. 3.

<sup>81</sup> Cfr., *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40. Relazione del Presidente (Santi Romano) al Duce del fascismo Capo del Governo*, cit., pp. 4 e 5.

<sup>82</sup> Cfr., *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40. Relazione del Presidente (Santi Romano) al Duce del fascismo Capo del Governo*, cit., pp. 5, 6, 7 e 8.

Il Consiglio di Stato svolge anche un controllo sul procedimento di formazione dei regolamenti dell'esecutivo; il dato interessante è che vi perviene attraverso il rispetto da parte degli atti regolamentari delle leggi formali. "Dal principio generale, in base al quale le norme giuridiche emanate dal potere esecutivo nella sfera della sua ordinaria competenza non possono derogare a disposizioni aventi l'efficacia di legge formale, e tanto meno a disposizioni munite dell'efficacia di legge costituzionale, deriva la illegittimità di ogni norma con la quale il Governo deleghi ad altre autorità, quali i singoli Ministri, il proprio potere regolamentare". Infatti, una simile delega contrasta con le disposizioni della legge 31 gennaio 1926, n. 100, che stabiliscono che il potere regolamentare del Governo debba essere esercitato nelle forme del decreto reale, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e sentito il Consiglio di Stato, disposizioni che presentano efficacia di legge costituzionale ai sensi dell'art. 12 della legge 9 dicembre 1928, n. 2693, sull'ordinamento e sulle attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo"<sup>83</sup>.

Per quanto concerne l'efficacia dei regolamenti dell'esecutivo, mentre "il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'ordinaria irretroattività della legge non costituisca un limite della legittimità sostanziale della legge stessa, le norme emanate dal potere esecutivo nell'esercizio delle sue facoltà istituzionali non possono legittimamente disporre se non per l'avvenire". Così, "l'art. 2 delle disposizioni preliminari al Codice civile (...) acquista, nei riguardi del potere esecutivo, l'efficacia di un limite giuridico, che non può essere violato, senza incorrere in illegittimità". Ancora una volta, in ragione del fatto che quel limite, posto da fonte primaria, non vincola, ma semplicemente orienta le altre fonti primarie, vincolando invece le fonti secondarie"<sup>84</sup>.

### **7.3. L'esame sui testi unici e la sostanziale portata generalmente retroattiva della disciplina primaria**

L'esame dei testi unici dà luogo a questioni che in parte sono analoghe a quelle che sorgono in relazione ad altre forme di provvedimenti ed in parte sono proprie di questa speciale figura di legge in senso lato. È noto infatti che "per l'emanazione dei testi unici sogliono essere conferite al Governo del Re deleghe piuttosto ampie, che possono comprendere il semplice coordinamento delle norme da raccogliersi in testo unico, ovvero estendersi alla

---

<sup>83</sup> Cfr., *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40. Relazione del Presidente (Santi Romano) al Duce del fascismo Capo del Governo*, cit., p. 8.

<sup>84</sup> Il Consiglio di Stato respinse pertanto ripetutamente "norme contenute in schemi di Regi decreti di esecuzione o di organizzazione, alle quali si era creduto di poter dare efficacia retroattiva (pareri dell'Adunanza generale in data 11 novembre 1937, nn. 295 e 297)". Naturalmente, secondo le parole del Consiglio di Stato, "le norme emanate dal potere esecutivo ai sensi della legge 31 gennaio 1926, n. 100, non possono essere modificate se non con provvedimenti emanati nella stessa forma". Il che è stato espressamente dichiarato per il caso di disposizioni, prima contenute in circolari e dispacci, e successivamente trasfuse in un regolamento, le quali perciò non potevano più essere modificate se non con decreto reale, di concerto con i Ministri interessati, udito il Consiglio dei Ministri e sentito il Consiglio di Stato (Adunanza generale, 14 luglio 1938, n. 207); cfr., *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40. Relazione del Presidente (Santi Romano) al Duce del fascismo Capo del Governo*, cit., p. 10.

modifica ed integrazione delle norme stesse”. I testi unici acquistano in tal modo il carattere di vere leggi delegate e, relativamente ad essi, si pongono pertanto tutti i problemi che sono già stati evidenziati per le norme emanate in base a delega legislativa: “innanzi tutto quello concernente l’osservanza dei limiti entro i quali è circoscritta la delega fatta al Governo del Re”<sup>85</sup>.

Più volte, infatti, il Consiglio di Stato ha avuto occasione di dichiarare l’illegittimità di disposizioni di testi unici volte a derogare la legge 31 gennaio 1926, n. 100, sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche<sup>86</sup>.

Per quanto concerne la portata temporale delle discipline primarie, posto, come più volte rilevato, il carattere solo orientativo del divieto di retroattività, di cui all’art. 2 delle disposizioni preliminari al Codice civile, il Consiglio di Stato, con la decisione della IV Sezione, del 22 giugno 1938, n. 353, ha precisato che “l’efficacia retroattiva della legge può derivare da una dichiarazione esplicita del legislatore, ovvero desumersi dal carattere interpretativo della norma di legge”<sup>87</sup>.

Parrebbe incontrovertibile che se alle norme interpretative deve essere riconosciuta efficacia retroattiva, tale efficacia trova normalmente un limite nella cosa giudicata. È infatti “principio ricevuto da dottrina e giurisprudenza che alla legge nuova non si possa mai attribuire un’efficacia che operi anche sugli effetti già consumati di un fatto giuridico che deve considerarsi esaurito sotto l’impero della legge precedente”. Questo principio parrebbe avere carattere generale per tutte le leggi e dunque anche per quelle interpretative. Tuttavia, potrà “certamente, il legislatore rendere retroattiva la legge interpretativa anche rispetto ai giudicati, ma tale volontà deve essere positivamente ed espressamente manifestata”<sup>88</sup>.

## **8. I principi dello Stato di diritto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, o il concorso all’affermarsi dei principi dello Stato fascista?**

Con specifico riguardo alla giurisprudenza dei giudici ordinari, pare abbastanza evidente il contributo offerto dalla magistratura, e in particolare dalla Corte di Cassazione,

---

<sup>85</sup> Così, cfr., Adunanza generale, 22 maggio 1936 e 3 giugno 1937, nn. 101 e 127; 10 giugno 1937, n. 146; cfr., *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40. Relazione del Presidente (Santi Romano) al Duce del fascismo Capo del Governo*, cit., p. 12.

<sup>86</sup> Così, ad esempio, nel caso della rilevata illegittimità di testi unici adottati dal Capo del Governo, di concerto con i militari e con il Ministro per le Finanze. Il Consiglio di Stato ha osservato che “non può esplicarsi la facoltà del Ministro di emanare norme giuridiche, ma deve esclusivamente esercitarsi la potestà sovrana mediante regio decreto, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e udito il parere del Consiglio di Stato” (Adunanza generale, 10 giugno 1936, n. 146 e 3 giugno 1937, n. 127); cfr., *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40. Relazione del Presidente (Santi Romano) al Duce del fascismo Capo del Governo*, cit., pp. 13 e 14.

<sup>87</sup> Cfr., *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40. Relazione del Presidente (Santi Romano) al Duce del fascismo Capo del Governo*, cit., pp. 14 e 15.

<sup>88</sup> Così, ad esempio, è avvenuto con il Regio decreto-legge 21 novembre 1926, n. 2208, mentre, questa norma esplicita mancava nel R. decreto-legge 6 luglio 1933, n. 1050; così, IV Sezione, decisione del 27 giugno 1936, n. 365. Cfr., *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40. Relazione del Presidente (Santi Romano) al Duce del fascismo Capo del Governo*, cit., p. 15.

all'affermazione dello Stato fascista<sup>89</sup>. Vero è che rimaneva alla magistratura uno spazio limitato per operare libere scelte, tra l'organizzazione gerarchica degli uffici, l'alta sorveglianza del Ministro di grazia e giustizia, il controllo da parte dei capi degli uffici nell'assegnazione dei processi, i condizionamenti che potevano derivare dalla progressione di carriera, dai trasferimenti, dalle azioni disciplinari, l'esclusiva competenza del pubblico ministero nel decidere sull'esercizio dell'azione penale o sull'archiviazione, unitamente al ruolo della polizia giudiziaria, tuttavia, non manca chi rileva che "la magistratura ha resistito nel suo complesso al governo fascista e che specialmente nei primi anni del regime ha manifestato una certa resistenza all'ideologia fascista, riallacciandosi alla difesa di quella struttura politico-sociale liberale, ma conservatrice, che aveva caratterizzato l'ultimo periodo della monarchia costituzionale"<sup>90</sup>.

Ne deriva che proprio un'indagine sulla giurisprudenza del ventennio fascista potrà costituire "un valido ed efficace strumento per formulare un giudizio definitivo sul grado di asservimento della magistratura all'ideologia ed alle leggi fasciste", posto che, "se dovessimo limitarci a registrare pedissequamente i segni di piaggeria al regime contenuti nei discorsi dei procuratori generali o le manifestazioni collettive di devozione al duce, le conclusioni sarebbero sin troppo facili ed immediate", ciononostante, quegli stessi atti di ossequio al regime, "pur avendo avuto la loro influenza sulla formazione fascista dei magistrati", non paiono nemmeno "univoci"<sup>91</sup>.

### **8.1. La cogenza della "Carta del lavoro" e la natura del Partito Nazionale Fascista**

Così, sicuramente importante è stato il ruolo della Corte di Cassazione nel riconoscere forza cogente alla "Carta del lavoro", traendo dalle relative dichiarazioni criteri interpretativi della legge in materia di lavoro, pervenendo a ritenere che potesse essere motivo di ricorso per Cassazione la violazione delle norme di interpretazione desunte dalla Carta del lavoro<sup>92</sup>.

Interessanti e insolite le affermazioni della II Sezione in una pronuncia resa il 28 luglio del 1928<sup>93</sup>, ove venne riconosciuto il diritto ad una speciale indennità di collaborazione al di-

---

<sup>89</sup> Un interessante studio in proposito è compiuto da Orazio Abbamonte, docente di Storia della pubblica amministrazione, cfr., O. ABBAMONTE, *La politica invisibile – Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano, 2003.

<sup>90</sup> Cfr., G. NEPPI MODONA, *La Magistratura e il Fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, Torino, 1973, pp. 157 e 160, il quale rileva che verrebbe così smentita "l'impressione che si può trarre dalle massime della Cassazione pubblicate nelle opere apologetiche del regime".

<sup>91</sup> Così, G. NEPPI MODONA, *La Magistratura e il Fascismo*, cit., pp. 158, 162 e 165.

<sup>92</sup> Ciò che si evince anche dalla *Relazione del ministro guardasigilli al disegno di legge "Valore giuridico della Carta del Lavoro*, letta in occasione della presentazione alla Camera dei Fasci e delle Corporazioni di quella che diventerà la legge 30 gennaio 1941, n. 14, ora in *Codice civile. Carta del lavoro e libro della proprietà*, Torino, 1941, pp. 1-2. Espressamente il valore giuridico della Carta del Lavoro venne affermato in una nota sentenza delle Sezioni Unite del 28 luglio 1928, sotto la presidenza di Mariano D'Amelio, pubblicata in *Giurisprudenza Italiana*, LXXX (1928), I, 1, cc. 1188-98. Cfr., O. ABBAMONTE, *La politica invisibile – Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, cit., pp. 4 e 5.

<sup>93</sup> Reperibile in *Giurisprudenza Italiana*, LXXX (1928), I, 1, cc. 1360-2.

pendente licenziato senza sua colpa. Non v'è dubbio che il livello di tutela del lavoro e del lavoratore fosse sicuramente avanzato per il periodo, ma sicuramente anomali sono i toni entusiastici del Collegio, secondo il quale, "è un caso cospicuo di applicazione del *principio di collaborazione*, il quale impronta tutta la dottrina del regime fascista, sicché se modesto poteva apparire il posto in cui era stato collocato [in un semplice decreto legislativo] ebbe l'onore di essere quasi letteralmente trasportato nel punto XVII della Carta del lavoro, la quale può considerarsi il documento fondamentale e più solenne del nuovo regime"<sup>94</sup>.

Importante, se non addirittura fondamentale fu il ruolo della magistratura nella definizione della natura giuridica del Partito Nazionale Fascista, che si poneva di fronte ai Tribunali sotto il profilo dell'attribuzione della qualità di pubblici ufficiali ai dirigenti del Pnf, rilevante per estendere anche nei loro confronti le tutele, soprattutto penali, contemplate per i funzionari dello Stato<sup>95</sup>.

La questione si pose per la prima volta nel 1929 di fronte al Tribunale di Ancona, poi confermata dalla Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, nel 1931, e fu risolta nel senso del riconoscimento della qualifica di pubblico ufficiale, ancorché, più che la decisione, forse scontata, paiono di sicuro interesse le argomentazioni del Collegio, in punto di giustificazione sul piano teorico della decisione assunta, laddove si parla di mutamento della natura e funzione del partito rispetto allo Stato liberale, di concezione totalitaria dello Stato nel regime fascista, con il Partito unico conseguentemente inserito inestricabilmente nell'organizzazione costituzionale dello Stato; allo stesso Partito sono affidate delicate funzioni, nonché un compito importante sul piano educativo e formativo della coscienza pubblica. In sostanza, a fronte dell'altissimo ruolo di pubblico interesse ricoperto dal Partito, che trascende la tradizionale funzione di quello, non si può non far assurgere lo stesso al vero e proprio ruolo di organo esecutivo dello Stato<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Così, O. ABBAMONTE, *La politica invisibile – Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, cit., p. 5.

<sup>95</sup> Cfr., O. ABBAMONTE, *La politica invisibile – Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, cit., p. 22, il quale precisa che "la questione non era di poco momento: le rigide norme del codice Rocco, in omaggio ai principi autoritari che le informavano, avevano riconosciuto, con la previsione di pesanti pene, forte protezione ai pubblici ufficiali".

<sup>96</sup> Precisa al riguardo il Tribunale che "in verità, posto il tema sul terreno della costituzione originaria dello Stato Italiano, qual è segnata dallo Statuto del 1848, paradossale ed assurdo si dimostrerebbe l'assunto affermativo alla sola sua enunciazione: il concetto stesso e la funzione dei partiti nello Stato liberale e parlamentare, come divisione ideale dei cittadini nella concezione politica dei fini e dei mezzi dell'organizzazione statale esclude per definizione che ognuno di essi possa riconoscersi depositario di una porzione, sia pur limitata dell'autorità e dei poteri sovrani". Non è così, invece, "nella concezione fascista dello Stato, ben a ragione definita totalitaria". Secondo questa concezione, "non più neutralità ed agnosticismo dello Stato di fronte ai problemi della vita sociale, politica e morale, ma visione netta di essi e indicazione precisa nel risolverli". I partiti non esprimono più "divisione, separazione dei cittadini", poiché esiste "un unico partito (...), dal cui seno e pel cui merito fu espressa questa nuova concezione e meravigliosa rinascita statale, unico partito che, affiancato da prima all'azione del governo, attraverso le leggi fondamentali della rivoluzione, è oramai inserito inscindibilmente nella costituzione stessa dello Stato". Ne deriva che "fondamentale in questo, come in ogni altro campo del nostro diritto pubblico interno, è la legge 9 dicembre 1928 sull'ordinamento e le attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo". Al Partito fascista sono "affidate funzioni, le più delicate ed importanti, ch'esso esercita direttamente o attraverso le sue immediate emanazioni". Il Partito svolge un'importante funzione "nel campo educativo e formativo della coscienza politica del popolo e soprattutto della gioventù". Così, "come non riscontrare un compito altissimo di pubblico interesse che trascende la concezione tradizionale del partito e fa assurgere l'istituto all'altezza di vero e proprio organo esecu-

## **8.2. La netta presa di distanza dallo Stato liberale nella trasformazione degli istituti giuridici della “proprietà” e della “famiglia”**

La magistratura, ma soprattutto la Corte di Cassazione, contribuirà in quegli anni alla “demolizione dei capisaldi dello stato liberale”, attraverso una “radicale trasformazione degli istituti giuridici, primo tra tutti la mutata concezione politica della proprietà privata, di cui la funzione sociale viene assunta in prima linea come obbligatoria”<sup>97</sup>.

Il che non esclude comunque che la proprietà privata conosca un trend nel senso dell'estensione delle relative garanzie, così come quando la Cassazione nel 1928<sup>98</sup> anticipò una disciplina che verrà adottata solo nel 1942, elaborando criteri molto sofisticati per riconoscere al privato proprietario legittimazione ed azione giudiziaria, quando il vicino avesse violato le norme dei regolamenti edilizi che statuivano a riguardo di determinati aspetti dell'attività costruttiva<sup>99</sup>. Analoga valorizzazione della proprietà (immobiliare) si ha nelle evenienze di definizione dei rapporti tra quella e i processi produttivi, con conseguente valorizzazione dell'utilità sociale di questi ultimi, ancorché non sia consentita l'incidenza in maniera significativa su altri valori<sup>100</sup>.

La “vicinanza” della Cassazione all'ideologia fascista si avverte, naturalmente, anche nella giurisprudenza che riguarda la famiglia, in un contesto ove, con ogni probabilità, erano gli stessi costumi sociali che andavano in quella direzione. Così, ad esempio, se le tutele dei figli legittimi nei confronti di quelli naturali ed adulterini erano già significative nel Codice del 1865, non poterono che rafforzarsi in via giurisdizionale durante il fascismo. I figli adulterini restavano irriconoscibili. Sul versante ereditario, a quelli non competeve nemmeno l'azione per dimostrare la paternità, mentre al figlio naturale spettava la metà della quota spettante al figlio legittimo, attribuendo a questo la facoltà di scegliere se liquidare la quota in danaro, o mediante assegnazione di immobili dell'asse ereditario. Su questa disciplina, che oggi, con tutta evidenza, verrebbe considerata discriminatoria nei confronti dei figli naturali, la Cassa-

---

tivo dello Stato?”. Ne consegue che “le Autorità fasciste nell'attuale ordine costitutivo, concorrendo direttamente e indirettamente all'azione statale, debbono godere di quelle stesse prerogative e guarentigie che la legge accorda ai pubblici ufficiali e sottostare contemporaneamente ai poteri inerenti ai depositari della pubblica Autorità”. Cfr. O. ABBAMONTE, *La politica invisibile – Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, cit., pp. 23 e ss.

<sup>97</sup> Come scriveva sulle pagine di “Gerarchia”, nel 1927, l'allora Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione; cfr., G. APPIANI, *La giustizia nel nuovo Stato*, in *Gerarchia*, VI, 1927, pp. 17-31, il quale premetteva che “la giustizia non è un concetto assoluto, ma essa pure un fenomeno politico, una funzione essenziale dello Stato, di cui deve perciò seguire l'orientazione”.

<sup>98</sup> Così, Cass., I, 14 luglio 1928, in *Giurisprudenza Italiana*, LXXXI, 1929, I, 1, c. 409.

<sup>99</sup> Cfr., O. ABBAMONTE, *La politica invisibile – Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, cit., p. 322.

<sup>100</sup> Interessanti le considerazioni della Suprema Corte, laddove afferma il principio per cui “il proprietario di uno stabilimento industriale è responsabile dei danni derivati alle proprietà finitime o viciniori quando eccedono i limiti della normalità e della tollerabilità. Tale obbligo sussiste anche quando l'esercente dell'industria abbia adottato gli accorgimenti ed i mezzi che l'esperienza tecnica più evoluta possono consigliare al fine della prevenzione, poiché (...) la menomazione arrecata al godimento dell'altrui proprietà impone l'onere di una rivalsa la quale non è fondata sul presupposto della colpa, ma si richiama alla necessità sociale dell'armonica coesistenza dei diritti”; Cass. II, 10 agosto 1934, *Giurisprudenza Italiana*, LXXXVI, 1934, I, 1, c. 1334.

zione inserì inoltre la facoltà per i figli legittimi di scegliere quali immobili assegnare ai figli naturali<sup>101</sup>.

Nei rapporti tra i coniugi il valore da salvaguardare è l'unità e indissolubilità del matrimonio, limitando al massimo l'incidenza dell'errore, come vizio del consenso, escludendolo per via giurisprudenziale addirittura nell'ipotesi di richiesta di scioglimento del matrimonio da parte della moglie perché, "successivamente alla celebrazione, il marito si è rivelato consapevole padre di un figlio naturale"<sup>102</sup>.

### **8.3. Autonomia e indipendenza della magistratura quale presupposto dello Stato di diritto**

Così, di fronte al quesito se la Cassazione fosse o meno estranea al fascismo, pare convincere la risposta di chi rileva che "più che estraneo al fascismo, il giudice usa sensori che lo pongono in ascolto delle voci che provengono di dove veramente si compiono le scelte che contano nell'organizzazione sociale"<sup>103</sup>. Non si registra dunque una incidenza sull'indipendenza della magistratura, ma sicuramente una forte sintonia di questa con la politica, soprattutto sui temi cari al regime; il che dicasi, anche a non voler considerare le capacità del fascismo di determinare una forte influenza sui magistrati.

Interessante, se non addirittura emblematica, conferma di questo modo di porsi della Cassazione nei confronti del fascismo si ha con riguardo al decreto 6 maggio 1926, n. 747, che dettava norme sul riordino della professione di avvocato, stabilendo che "dagli albi andassero cancellati quegli iscritti che per la loro attività politica si fossero posti in contrasto con gli interessi della nazione". Si trattava di una disposizione con valenza chiaramente sanzionatoria e retroattiva, che avrebbe quanto meno potuto essere temperata con riferimento ai comportamenti posti in essere dagli avvocati precedentemente alla sua emanazione<sup>104</sup>, venendo così a riproporsi il tema, più volte affrontato dal Consiglio di Stato, della valenza me-

---

<sup>101</sup> Ad avviso della Cassazione "il rilievo che i figli naturali (...) hanno anch'essi la qualità di eredi non influisce sulla questione, perché non contraddice a tale qualità il diritto, eccezionalmente concesso ai figli legittimi, al fine di evitare l'eccessivo frazionamento della proprietà immobiliare, di pagare la quota spettante ai figli naturali". "La scelta degli immobili appartiene ai figli legittimi (...); il che corrisponde allo scopo della legge, di dare ai medesimi il mezzo di metter fuori i figli naturali dalla comunione ereditaria, eliminando nei loro riguardi le operazioni normali del giudizio di divisione"; Cass., I, 23 luglio 1937, *Giurisprudenza Italiana*, XC, 1938, I, 1, c. 48.

<sup>102</sup> La Cassazione rileva che "per quanto si voglia amplificare il contenuto ideologico e giuridico dell'errore in questa materia, non può essere consentito di estenderlo a quelle qualità, che non siano strettamente inerenti alla persona. Bisogna che abbiano un tal vincolo di aderenza alla persona (...) che la loro mancanza importi quasi la trasformazione della personalità e quindi una difformità sostanziale tra la persona che s'intendeva sposare e quella con cui il matrimonio fu contratto". È evidente, conclude la Suprema Corte che "la stabilità del nodo coniugale non può essere collegata alla valutazione dei motivi che determinarono la prestazione del consenso o ad altre variabili ed incerte condizioni soggettive; ma è necessario che in questa materia l'indagine del giudicante sia condotta con criterio di ordine obiettivo, in relazione allo spirito dei tempi, al costume, alle tradizioni, al sentimento della coscienza popolare"; Cass., I, 11 luglio 1929, *Giurisprudenza Italiana*, I, 1, c. 1176.

<sup>103</sup> Così, O. ABBAMONTE, *La politica invisibile – Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, cit., pp. 332 e 333.

<sup>104</sup> Cfr., O. ABBAMONTE, *La politica invisibile – Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, cit., p. 333, cfr., anche, F. TACCHI, *Gli avvocati italiani dall'Unità alla Repubblica*, Bologna, 2002, pp. 456 ss.

ramente orientativa nei confronti del legislatore del divieto di retroattività, anche quando la portata retroattiva incida su posizioni consolidate o su diritti quesiti.

Nel caso di specie, invece, rileva la Cassazione che “com’è noto quel regio decreto (...) ordina una straordinaria revisione degli albi in relazione all’attività politica degli iscritti. È palese che non si versa nel caso di una legge penale, propriamente detta, la quale pretenda che la sua efficacia preceda la sua esistenza; si versa invece nel caso di una nuova legge regolatrice dell’esercizio della professione, la quale per conservare (o concedere per la prima volta) l’abilitazione all’esercizio della stessa professione esige la sussistenza di uno speciale requisito che la legge precedente non domandava. Questa legge nuova non ha disposizioni transitorie per note ragioni di pubblico interesse, derivanti dalla nuova concezione teoretica dello Stato. Ora, nessun iscritto in un albo professionale ha diritto di pretendere che la disciplina del suo ordine rimanga immutata e non prescriva nuovi requisiti per continuare, nell’avvenire, l’attività professionale”<sup>105</sup>. Ancorché paia tuttavia evidente che la disciplina in questione non si limiti a prescrivere nuovi requisiti per l’esercizio della professione, ma, in maniera discriminatoria, quegli stessi requisiti vengono fatti operare retroattivamente, con conseguente lesione dei diritti di partecipazione politica, di libera manifestazione di opinioni politiche, di libertà di associazione, di libero esercizio di una professione, ecc....

### **9. La necessità di calarsi nell’esperienza concreta e cogliere lo stretto legame tra fatto e diritto; ovvero, la nascita e l’affermarsi del fascismo per la situazione di grave crisi internazionale e istituzionale**

Sicuramente è articolato il quadro della giurisprudenza, del quale non si è potuto che dare alcuni riferimenti e trarre alcuni spunti. Basterebbe forse quest’ultima pronuncia e poche altre, più sopra riportate, per rispondere negativamente alla domanda in ordine al rispetto da parte dello Stato fascista dei principi dello Stato di diritto.

Tuttavia, in maniera più analitica, come si può evincere dalle sopra riportate considerazioni e ricostruzioni, è sicuramente complesso e problematico affermare o meno il rispetto di quei principi in un contesto come quello fascista che è profondamente mutato anche nel corso degli anni. Pare evidente come nella prima fase, gli stessi giudizi dei giuristi siano più cauti e soprattutto più problematici. Mentre, nella seconda fase, quando si fa più matura l’esperienza fascista, nel pieno svolgersi dei suoi caratteri totalitari, con l’adozione della legislazione a fondamento di quel totalitarismo, anche i toni dei commentatori e dei giudici paiono mutare sensibilmente, muovendosi in una direzione prevalentemente giustificazionista.

Ancora una volta, con ogni probabilità, possono essere le sempre caute considerazioni di Pergolesi ad indirizzarci verso una risposta, quando, ricordando le considerazioni di Jemolo, rileva che occorre sollevare “lo sguardo dagli angusti confini della tecnica giuridica”,

---

<sup>105</sup> Così, Cass., SS. UU., 27 gennaio 1930, *Giurisprudenza Italiana*, LXXXII, 1930, I, 1; cfr., O. ABBAMONTE, *La politica invisibile – Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, cit., p. 334.



e volgerlo “all’ampio panorama della convulsa vita politica del dopoguerra nel mondo”, solo così potendosi scorgere “la gravità e talvolta la tragicità della lotta tra fatto e diritto”<sup>106</sup>.

### **9.1. Il fascismo come completamento e prosecuzione del regime parlamentare o come conseguenza della crisi del parlamentarismo e della corruzione di quel sistema?**

Questo richiamo alla lotta tra “fatto e diritto” non può non evocare nel giurista contemporaneo il tema della Costituzione in senso materiale di Mortati, con lo studio delle istituzioni e del loro funzionamento che non può che essere contestualizzato nello specifico momento storico; il che non può non impattare anche sul principio dello Stato di diritto, che da principio astratto vive comunque in concreto con le sue diverse articolazioni e ramificazioni nei singoli ordinamenti.

In quest’ottica, secondo Mortati, non vi sarebbe alcun dubbio che il “nuovo ordinamento” riaffermi “nella sua pienezza il principio della sovranità dello Stato, nella quale solamente devono trovare la loro fonte tutte le potestà pubbliche”, ancorché, successivamente precisi che “il nuovo ordinamento costituzionale” ha “tolto al Parlamento la direzione politica dello Stato”. Il quale, tuttavia, “non è stato diminuito nella posizione di autonomia che già possedeva, né ha perduto il carattere di organo politico”, cosicché, se “non è più la suprema, è ancora una delle istituzioni costituzionali dello Stato”. Semplicemente, sarebbe stata eliminata “l’azione direttiva del Parlamento”<sup>107</sup>.

Ricorda inoltre che “attraverso il regime parlamentare” si era già operato un duplice processo, che aveva condotto ad una progressiva autonomia del Gabinetto dalla volontà regia e ad una specificazione funzionale di competenza nell’interno dell’organismo del ministero. Il nuovo ordinamento avrebbe dunque portato a compiuta realizzazione queste due tendenze, senza condurre tuttavia ad una forma di governo a preminenza del Capo del governo sul modello Westminster, poiché il Parlamento perde ogni ruolo di intermediazione tra la società ed il governo, essendovi un “complesso” di “istituzioni dirette a mantenere costante il contatto fra il Governo e la collettività nazionale”<sup>108</sup>.

Lo Stato “nuovo” avrebbe prodotto il passaggio dal contesto liberale, ove era il Sovrano a farsi interprete delle istanze della collettività, per il tramite degli organi, seppur limitatamente rappresentativi, a un contesto nel quale è il Capo del Governo a farsi interprete di queste istanze, attraverso il citato complesso di istituzioni, quali, ad esempio, il Partito unico e il sistema corporativo.

---

<sup>106</sup> Cfr., A.C. JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, in *Archivio giuridico*, 1932, I, pp. 129 ss. e 169 s. A tale proposito ricorda che “nella vita quotidiana, fitta serie di maglie che formano il tessuto della storia, la giustizia non ha ancora trovato ancilla più fida, più operosa, più devota che non sia la legalità”. Cfr., anche F. PERGOLES, *Su lo “Stato di Diritto”. Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, cit., pp. 69-70.

<sup>107</sup> Così, C. MORTATI, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Ristampa, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 75-80.

<sup>108</sup> Cfr., C. MORTATI, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 80.

Il che porta Mortati a concludere che “non apparirà inesatto l’affermare che la riforma costituisce, e in questo risiede la sua vitalità, una prosecuzione dello sviluppo storico, di cui il regime parlamentare ha costituito una fase: un superamento di questo, non una negazione”<sup>109</sup>.

Solo con queste premesse e con questa contestualizzazione si può ragionare della conservazione dei principi dello Stato di diritto in un contesto ove il Parlamento è posto ai margini dell’assetto istituzionale, ove la “funzione di governo” assume una “composizione complessa”, attribuita al Re, al Capo del governo, ai ministri e al Gran Consiglio del Fascismo<sup>110</sup>.

Non v’è dubbio che basterebbe questa osservazione, di un Parlamento posto ai margini della “funzione di governo”, per poter concludere nel senso dell’inesistenza dei presupposti minimi per l’affermarsi dello Stato di diritto. Tuttavia, sempre per contestualizzare quelle dinamiche istituzionali può essere utile ricordare come quel Parlamento veniva descritto da Giuseppe Maranini, quando egli rileva che “al regime pseudoparlamentare, e poi alla provvisoria dittatura di guerra, seguiva ora”, nell’ultima fase liberale, precedente all’affermazione del fascismo, “un anarchico regime di assemblea”, nel quale “tutto il potere – o quasi tutto – rifluiva tumultuosamente nell’assemblea incapace di esercitarlo”. Di conseguenza, “la formula imperfetta, corruttrice, e tuttavia in qualche modo valida, che aveva consentito al giovane regno una approssimativa conciliazione delle necessità funzionali del governo con l’anelito verso una sostanziale democrazia, era esaurita”<sup>111</sup>.

In quel contesto, quel “regime moribondo non sapeva esprimere più nemmeno la fittizia e artificiosa maggioranza del primo ministro, surrogato deterioro della maggioranza spontaneamente espressa dal paese attraverso una legge elettorale idonea”, ma, “tutto quello che la camera dei deputati poteva ormai fare, era il rovesciamento dei governi, operazione alla quale per qualche tempo doveva dedicare tutte le sue energie, fino all’epilogo finale, e cioè fino alla sua inevitabile umiliazione”<sup>112</sup>.

Del medesimo avviso pare lo stesso Calamandrei, che parla con riguardo al periodo fascista di un “Parlamento di servi sciocchi”, rileva la perdita di una solida tradizione di oratoria parlamentare, parla di oratoria falsa, pretenziosa e vuota, ma conclude domandandosi se il “ventennio di progressivo oscuramento e poi di totale eclissi delle libertà politiche che si ebbe sotto il fascismo” dovesse considerarsi “come una interruzione e come una aberrazione”, “quasi un periodo di smemoratezza e di follia alla fine del quale si riprende senza muta-

---

<sup>109</sup> Cfr., C. MORTATI, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 80.

<sup>110</sup> Cfr., C. MORTATI, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 81.

<sup>111</sup> Così, G. MARANINI, *Storia del potere in Italia – 1848 – 1967*, Milano, 1995, pp. 281 ss., il quale ricorda che in quel clima maturò il mito della vittoria militare “mutilata e tradita”, efficacemente utilizzato “dalle correnti dannunziane, nazionaliste, e poi, fasciste”. Tradita tuttavia, non già “dagli avari alleati”, o dalle aspirazioni democratiche di parte del Paese, ma “tradita e sabotata dalla mancanza di una democrazia valida, dalla impossibilità di formare un governo che, nato dalla consultazione popolare, potesse poi operare con coerente libertà, con responsabile decisione, con accettata autorità, nel nome della maggioranza e sotto il controllo dell’opposizione”. Invero, “la mancanza di un’opposizione coerente e autorevole, capace di offrire un’alternativa di governo, era stata dall’origine la caratteristica negativa del regime pseudoparlamentare italiano”.

<sup>112</sup> Cfr., G. MARANINI, *Storia del potere in Italia – 1848 – 1967*, cit., p. 282.

menti il filo del ragionamento rimasto interrotto”, secondo la tesi crociana, o se viceversa, focalizzando poi l’attenzione su questa seconda ipotesi, “non sia stato preparato a lunga scadenza e in un certo senso storicamente giustificato da interne debolezze del sistema parlamentare decaduto a parlamentarismo, dalla cronica instabilità dei governi, dalla invadenza dei partiti, dal vaniloquio delle assemblee e dalla loro inettitudine al lavoro legislativo minuzioso e preciso, dalla mancanza di una maggioranza omogenea e risoluta e di una opposizione competente e costruttiva; e forse anche da ragioni più remote e più generali, di carattere sociale ed economico, e sopra tutto morale”<sup>113</sup>.

## **9.2. Il fondamento giuridico del nuovo Stato nel “fine politico”, come interpretato dal Partito, fonte suprema dell’ordinamento**

Nel descritto contesto storico, dunque, secondo Mortati, quel “fine politico”, definito secondo le modalità più sopra evidenziate, di cui aveva parlato nell’*Ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, “in quanto incorporato in un’istituzione statale, non solo non appartiene ad uno stadio pregiudiziale, ma, formando l’essenza stessa della costituzione fondamentale, diviene la fonte prima del diritto dello Stato”. Così, “in via normale”, vi sarà “fra la struttura della costituzione formale e la sua funzione il massimo di corrispondenza, cioè la adeguazione più perfetta possibile fra il funzionamento dei poteri, nel modo da essa previsti, e lo scopo per il quale questi sono ordinati”<sup>114</sup>.

Ne consegue che, “anche ammettendo una situazione di massima corrispondenza fra l’ordine formale e quello reale, è da pensare che il primo ha sempre funzione di mezzo rispetto al secondo e quindi, per sua destinazione, subordinato al raggiungimento di quest’ultimo”<sup>115</sup>.

A ciò si aggiunga “il carattere necessariamente incompiuto ed elastico della costituzione formale”, destinata a disciplinare la vita dello Stato nella sua totalità attraverso formulazioni di principi generici e direttive che devono essere svolte e adattate alle peculiari e mutevoli esigenze di vita di uno Stato, comunque non prevedibili al momento dell’emanazione della Costituzione formale<sup>116</sup>.

Questo criterio materiale tende ad unificare le varie fonti di produzione, ma solo in quanto a queste preesistente, poiché, “le singole leggi non potrebbero costituire un tutto unitario e collegarsi in sistema se non le animasse un pensiero comune e se questo non le pre-

---

<sup>113</sup> Cfr., P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, cit., pp. 340, 364-65, 367-368; cfr., anche, R. ROMANELLI, *Il giudizio storico di Piero Calamandrei sul fascismo e la nascita della nuova democrazia repubblicana*, in S. Merlini, (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, Roma-Bari, 2007, pp. 27-55.

<sup>114</sup> Così, C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Ristampa, Milano, 1998, p. 110 e pp. 115 e 116.

<sup>115</sup> Cfr., C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 117, il quale precisa che il giudizio su questa corrispondenza viene attribuito a diversi organi a seconda del singolo ordinamento e “trova il suo fondamento, se non sempre in espresse disposizioni, nella necessità, come fonte autonoma, che ha come titolare destinato a farla valere nei singoli casi, la forza politica dominante”.

<sup>116</sup> Cfr., C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 117.

cedesse e coordinasse”. Il che non può essere prodotto “se non dal fine politico, che informa di sé un dato ordinamento, e che pertanto assume una sua specifica funzione, come fonte formale, immediatamente vincolante, capace di adempiere alla funzione (...) anticipatrice ed integratrice della legge”, “vincolante solo come fine, suscettibile di adattamento (...) alle situazioni concrete, sempre varie e imprevedibili nel loro modo di presentarsi”<sup>117</sup>.

Ne deriva che “la natura dell’istituzione (lo Stato) non può immaginarsi quindi altrimenti se non come lo scopo, o il complesso degli scopi, che sono ad essa posti dal partito, e intorno ai quali viene ordinata tutta quella parte della vita sociale, la quale appaia rilevante per le necessità della convivenza”<sup>118</sup>.

Ciò premesso sul piano della giustificazione giuridica del nuovo assetto ordinamentale, emerge tuttavia, in concreto, abbastanza chiara una concezione autoritaria dello Stato, laddove Mortati precisa che “il risalire ad un concetto materiale di costituzione sembra debba agevolare la soluzione di molte questioni dibattute nel campo del diritto costituzionale”, quale, in ipotesi, “quella relativa alla determinazione del concetto di organo costituzionale. “Per potere impostare il problema in modo più soddisfacente, sembra non vi sia altro mezzo se non risalire allo scopo politico, poiché è dal grado di connessione con esso che può argomentarsi per l’attribuzione della qualifica di costituzionale ad un organo”. La conseguenza, invero, abbastanza sorprendente, è che, “alla stregua di questa considerazione, debbano ritenersi in Italia organi costituzionali sia il Partito nazionale fascista, sia la Milizia volontaria per la sicurezza nazionale”<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Cfr., C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 136.

<sup>118</sup> Cfr., C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., pp. 137 e 138.

<sup>119</sup> Così, C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., pp. 207, 208 e pp. 64, 65 e 66. La medesima concezione autoritaria emerge quando Mortati rileva che la differenziazione “nell’ambito dei componenti del gruppo fra i partecipanti alla forza organizzata e gli estranei ad essa, è bisogno organizzativo di qualsiasi consociazione statale e si traduce in una differenza di posizione giuridica fra essi. Nel gruppo così organizzato assumono una posizione attiva non solo coloro cui è attribuito l’esercizio effettivo del potere, ma anche gli aderenti, perché la loro appartenenza alla forza dominante, anzitutto serve a conferire a questa la validità (...) necessaria perché essa abbia vigore giuridico, e, in secondo luogo, influisce nel mantenere i detentori del potere nell’ambito delle finalità, per le quali essi lo hanno assunto. Invece gli altri componenti, estranei alla formazione politica dominante, o formano la massa inorganizzata apolitica, o danno luogo, se autorizzate a gruppi rappresentativi di ideologie avverse a quella dominante: comunque appaiono non partecipi, o partecipi solo passivamente, alla funzione di formazione e di mantenimento dell’ordine giuridico, e per essi l’obbedienza a questo è l’espressione della convinzione di obbedire al potere più forte. Non discende naturalmente dall’anzidetto che questi ultimi debbano necessariamente assumere la posizione di oggetto del dominio statale, perché è compatibile con la loro posizione il riconoscimento di diritti, anche all’infuori del campo dei rapporti privati. Ma la concessione di diritti politici, eventualmente fatta a loro favore, non potrebbe essere spinta fino a dar luogo a partecipazione all’esercizio del potere sovrano di direzione dello Stato. Sicché mentre essi entrano a comporre lo Stato, non solo come parte dell’elemento personale, ma anche come soggetti di diritto (sicché lo Stato, come istituzione complessiva, non si esaurisce nei governanti), non possono invece considerarsi costitutivi della persona reale dello Stato, intesa come entità effettivamente operante”.

### **9.3. L'ulteriore chiave di lettura nella ricerca di elementi di rottura o continuità ordinamentale**

Con specifico riferimento alla questione del rapporto fra mutamento costituzionale e continuità dello Stato, Mortati ritiene che “sono state formulate al riguardo tre opinioni: quella, dominante, che ritiene mantenuta in ogni caso la continuità dello Stato, qualunque sia il mutamento subito dal suo ordine costituzionale; quella, opposta alla prima, e dovuta alla scuola normativa, secondo cui vi sarebbe cessazione della continuità tutte le volte che si operi, all'infuori dei mezzi previsti nel sistema costituzionale, una modificazione di questo; e, infine, quella che ritiene impossibile una soluzione affidata ai mezzi della logica e valida per tutti i casi, e fa dipendere dalla volontà del soggetto del nuovo ordine costituzionale la decisione relativa alla continuità di questo con il precedente”, precisando successivamente che poiché la questione in esame “attiene al modo di essere della subiettività giuridica statale, e poiché questa è variamente apprezzabile in relazione ai vari ordini giuridici, ai quali si riferisca, così è preliminarmente da chiarire che essa sarà considerata in confronto del diritto interno, senza riguardo alla soluzione, eventualmente diversa, che potrebbe ricevere nel campo del diritto internazionale”<sup>120</sup>.

Poiché nemmeno la forma di governo può apparire decisiva, a meno che non coincida con la forma di Stato, “occorre richiamarsi alla costituzione in senso materiale, non come costituzione originaria, sociologica, ma come sistema positivo, comprensivo della disciplina di tutti i rapporti rilevanti, e collegante in una determinata specie di unità tutti gli elementi dello Stato”, ovvero da quel “valore o dal complesso dei valori, di cui sono portatori una data classe sociale e il partito, che ne è l'espressione attiva, e intorno ai quali sono coordinate le varie istituzioni statali”<sup>121</sup>; ciò che consiste nel nucleo essenziale della forma di Stato.

Così, nella prima elaborazione del concetto di Costituzione in senso materiale, Mortati desume da questa gli elementi “che possono agevolare la ricerca intrapresa della fonte giuridica primigenia, la quale determina il sorgere dell'ordinamento e conferisce ad esso un'unità più ampia di quella che non possa essere data dal sistema delle norme”<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Così, C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 188 e pp. 193-196, che rileva inoltre che non sembra “possibile rinvenire una fonte (a meno di non volerla riporre nel diritto naturale) dalla quale possa argomentarsi l'esistenza di un obbligo gravante sullo Stato sorto da una rivoluzione di rispettare il vecchio ordinamento, quale continuatore di questo”. Parrebbe evidente che “per decidere circa la permanenza o meno di un ordinamento non alla quantità delle norme di questo, che siano mantenute in vigore, bisogna guardare, bensì al fondamento di esse, che è dato dalla costituzione. D'altra parte è da osservare che essenziale per l'imputazione di una norma ad un sistema non è che essa provenga dall'istanza legislativa di questo, bensì che sia questa istanza a decidere della validità della norma stessa”. Dunque, non è essenziale per la conservazione della continuità dello Stato il permanere di fattori di identità sociologici, così come, non tutte le fratture determinano rottura di quella continuità, ma solo quelle che comportano una modificazione sostanziale dello Stato. Il rispetto o meno del procedimento richiesto per il mutamento costituzionale non può essere considerato un criterio di decisione, poiché, se si accoglie la necessità istituzionale tra le fonti del diritto, “questa può conferire (...) carattere di legittimità anche alle variazioni attuate all'infuori delle forme previste”. Il medesimo motivo dovrà essere invocato “per escludere che il criterio stesso possa essere dato dal carattere pacifico o violento del mutamento”.

<sup>121</sup> Così, C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., pp. 196 e 198.

<sup>122</sup> Cfr., C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 53.

Quel concetto si muove dunque al di sopra delle norme, alla ricerca del fondamento supremo e primo di quelle.

Nelle elaborazioni successive di quel concetto<sup>123</sup>, dopo l'adozione della Costituzione repubblicana, Mortati pare conferire un diverso valore a quei principi e a quelle norme.

Augusto Barbera ritiene infatti che Mortati "ripropone e affina" il concetto di "Costituzione materiale"<sup>124</sup>, così da far sorgere l'interrogativo se, nell'affinare quel concetto, Mortati lo abbia "adeguato" e reso più coerente con il nuovo ordinamento, attribuendovi un contenuto più normativo, e dunque, decisamente più circoscritto rispetto all'impostazione originaria.

Infatti, conferma Mortati che "una nozione di costituzione che voglia assumere valore generale non è configurabile altrimenti che con riferimento al suo contenuto, al complesso dei fini istituzionali intorno ai quali si ordinano le forze poste, in virtù della detenzione dei mezzi atti ad assicurare l'esercizio del potere sociale, in una posizione di sopraordinazione". Questa nozione non sembra dunque svolgere una funzione di legittimazione di un ordinamento, anche se "è dalla identificazione di tali elementi, da effettuare per ogni ordinamento statale positivo, che si desumono i criteri necessari a determinare il tipo dello Stato, il momento del suo sorgere e quello del suo estinguersi"<sup>125</sup>, quei principi assumono funzioni più circoscritte e, come tali, più normative.

Concludendo sul tema della "continuità dello Stato", è noto come Crisafulli ricordi, richiamando Kelsen, che anche il tempo può costituire uno degli elementi costitutivi dello Stato, cosicché, accanto ad una dimensione territoriale, vi sarebbe una dimensione temporale dello Stato<sup>126</sup>.

Ne deriva che "il problema della durata dello Stato, visto in tal modo dall'interno, si risolverebbe, dunque nel problema dei limiti di competenza, di forma e di procedimento, che lo stesso ordinamento statale prescriva alla possibilità di mutamenti ed insomma, (...) nel problema dei limiti alla revisione costituzionale", che comunque Crisafulli definisce una formula "leggermente approssimativa". Così, "ogni mutamento che si mantenga entro i limiti della re-

---

<sup>123</sup> Cfr., C. MORTATI, *La Costituzione in generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XI, Milano, 1962, pp. 139-233, ora in *"Una e indivisibile"*, Milano, 2007, pp. 61-275.

<sup>124</sup> Cfr., A. BARBERA, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, in *"Una e indivisibile"*, Milano, 2007, p. 9.

<sup>125</sup> Cfr., C. MORTATI, *La Costituzione in generale*, cit., p. 129 e pp. 140-143. In particolare, i valori contenuti nella Costituzione assumono rilievo con riferimento ai mutamenti taciti del testo costituzionale, che si effettuano attraverso l'attività interpretativa, influenzandola e rendono possibile una graduazione di norme, con il riconoscimento di un diverso grado di resistenza e la conseguente possibilità di sottrarre alcune disposizioni alla disciplina prescritta per i mutamenti costituzionali.

<sup>126</sup> Cfr., V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, pp. 3 e 4. Kelsen ricorda infatti che "come lo Stato non è spazialmente infinito, così non è neppure temporalmente eterno"; cfr., H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1980, pp. 223 ss. Secondo Santi Romano, salvo alcune eccezioni storicamente determinate, lo Stato avrebbe invece il carattere della perpetuità. La differenza di fondo tra i due è che Romano "si riferisce, dichiaratamente, al solo punto di vista del diritto interno", mentre Kelsen si rivolge soprattutto all'ordinamento internazionale, "che delimita così la sfera temporale come la sfera territoriale di validità di ogni singolo Stato". Infatti, nella prospettiva dell'ordinamento interno, la posizione di Kelsen non pare troppo distante da quella del Romano, quando precisa che allo Stato si suole assegnare una data di nascita e una data di morte; così, "uno Stato rimane identico a sé medesimo, perdurando nel tempo, finché invariata resti la *Grundnorm*, da cui dipende la validità del sistema; si estingue, per dar luogo ad un nuovo Stato, se e quando la *Grundnorm* potrà dirsi mutata".

visione costituzionale, non estingue lo Stato; estingue lo Stato, dando origine ad uno nuovo in luogo dell'antico, il mutamento *legalmente impossibile*, vietato (per il suo contenuto ed oggetto, o per i mezzi e le forme in cui si attua, o per l'una e l'altra ragione insieme) dall'ordinamento vigente<sup>127</sup>.

Per chi muova dal primo punto di vista, lo Stato italiano, ad esempio, ha perdurato costante a partire, almeno, dall'unificazione del Regno sino alla caduta del fascismo, "poiché lo stesso avvento del fascismo, le riforme via via sempre più radicali introdotte nel corso del ventennio fascista, ivi comprese la soppressione – in diritto, oltre che in fatto – dei partiti e di ogni forma superstita di elezione popolare e le discriminazioni razziali, sono avvenuti in modi e secondo procedimenti legali, conformi, cioè, alle norme sulle fonti dell'ordinamento statutario, e sono comunque riconducibili senza sforzo alla *Grundnorm*, che tale ordinamento contrassegnava"<sup>128</sup>.

È evidente dunque che secondo Crisafulli solo un approccio normativistico/formalistico, ovvero il rispetto delle forme e la conservazione del testo costituzionale, può giustificare la continuità del regime fascista con la fase precedente, poiché, sul piano sostanziale, si avverte e si registra la distanza rispetto all'impianto liberale, in termini di soppressione del pluralismo partitico, di qualsiasi forma di elezione, nonché di impatto sul principio di eguaglianza, con le discriminazioni razziali.

Analogamente, quella medesima fonte poteva, per identiche ragioni, "validamente modificare la struttura del Parlamento, trasformare la Camera elettiva in Camera dei fasci e delle corporazioni, rendere obbligatorio l'intervento consultivo del Gran Consiglio del Fascismo nel procedimento di formazione di una particolare categoria di leggi, definite costituzionali e così differenziate dalle restanti leggi ordinarie"<sup>129</sup>. Tuttavia, ancora una volta, la giustificazione che Crisafulli riconosce finanche delle radicali innovazioni istituzionali introdotte dal regime si muove solo ed esclusivamente sul piano formale, non anche su quello sostanziale, di giustificazione della bontà, della necessità della riforma e della conformità ai principi liberali dello Statuto<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> Così, V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, cit., pp. 4, 6, 7 e 8. È da precisare che "per le dottrine normativistiche di ispirazione kelseniana, qualunque mutamento costituzionale, anche il più profondo e radicale, può legittimarsi senza frattura della continuità, purché avvenga nei modi (ad opera delle istanze e nei procedimenti) prescritti"; mentre, assumendo criteri che potrebbero essere definiti "contenutistici, neppure il rispetto della legalità formale sarebbe capace di giustificare certi mutamenti, che sarebbero, dunque, sempre giuridicamente impossibili alla stregua del sistema vigente, per considerazioni valutative attinenti al loro oggetto".

<sup>128</sup> Cfr., V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, cit., p. 8. Così, formalmente, "riconducibili alla medesima *Grundnorm* potrebbero essere gli eventi che portarono alla trasformazione del Regno di Sardegna nel Regno d'Italia, come certamente lo erano quelli che condussero, prima ancora, al passaggio dalla monarchia assoluta piemontese alla monarchia costituzionale rappresentativa dello Statuto del '48, essendo lo Statuto emanazione di quel potere regio che la *Grundnorm* poneva a base del sistema: il Re poteva quindi a sua volta delegare la produzione del diritto ad altre autorità, creare una forma di governo nella quale gli fosse ormai impossibile agire da solo e nella quale la fonte massima del diritto fosse la legge deliberata collettivamente, con il suo concorso, dalle Camere".

<sup>129</sup> Così, V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, cit., p. 9.

<sup>130</sup> In questa direzione si erano mossi già diversi commentatori, tra i tanti si rinvia ai più sopra citati contributi di Manlio Udina e Salvatore Foderaro, pubblicati sulla Rivista di Diritto Pubblico.

Ne deriva che, sempre secondo questa impostazione, “gli avvenimenti del 25 luglio 1943, verificatisi all’insegna dello Statuto e nel quadro della legalità costituzionale del momento, sono probabilmente suscettibili di inserirsi in un tale continuo processo di trasmissione legale del potere”<sup>131</sup>.

Di diverso avviso, come è noto e come più sopra ampiamente evidenziato, sono Piero Calamandrei e Umberto Allegretti. Tra gli storici, tra i tanti, Roberto Martucci, ravvisa una violazione costituzionale e parla di colpo di Stato monarchico, per poi ravvisare nella condotta di Vittorio Emanuele III, il 25 luglio 1943, un “*coup de Majesté* d’Antico regime”, ovvero, “un’azione regia qualificabile come espressione immediata della sovranità (...) un atto di reintegrazione della sovranità, come tale, autolegittimantesi in principio e, all’atto pratico, comunque legittimato dal successo”<sup>132</sup>. Più articolato, invece, il giudizio di Carlo Ghisalberti, che parla di un’ascesa al potere che “avvenne nell’apparente rispetto delle forme costituzionali, anche se la violenza che aveva determinato la crisi finale del regime rendeva problematica la sussistenza in avvenire delle libertà e delle guarentigie statutarie”<sup>133</sup>.

Una forte continuità viene ravvisata da Emilio Gentile, che riscontra addirittura nell’età giolittina “le origini dell’Italia contemporanea”<sup>134</sup> e che parla di “dittatura” giolittiana, riferita a quelli che vengono definiti gli anni del “lungo ministero”, che videro, non già “una garanzia per un ordinato svolgimento della vita politica, in armonia con le esigenze del paese e delle sue molteplici componenti, ma soltanto il successo di una politica personale che coinvolgeva gran parte della classe dirigente e della classe politica, ma lasciava sostanzialmente estraneo il paese”<sup>135</sup>.

Nella direzione della totale continuità si muove la dettagliata e singolare ricostruzione dei fatti della presa del potere da parte fascista offerta da Denis Mack Smith, che rileva come “la marcia su Roma non fu che un viaggio in treno (di Mussolini) in risposta a un esplicito invito del sovrano”, sottolineando, inoltre, il carattere “moderato” del primo governo Mussolini, con soli quattro esponenti fascisti e dieci non fascisti, tra i quali vi era pure Gronchi, e con una prima lista presentata al Sovrano che ricomprendeva Einaudi e un esponente socialista<sup>136</sup>.

Da un punto di vista sostanziale potrebbe apparire paradossale la ricostruzione di Crisafulli, ancorché pienamente giustificata sul piano formale, per cui possono, addirittura, sorgere dubbi quanto alla “perfetta conformità al sistema degli atti normativi con forza di legge adottati, nel periodo successivo, nella forma del decreto-legge, e specialmente di quelli soppressivi di organi ed istituti costituzionali fascisti, per i quali sarebbe stato necessario un apposito procedimento, che non fu invece (né poteva essere) seguito”. Peraltro, qualora tali

---

<sup>131</sup> Cfr., V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, cit., p. 9.

<sup>132</sup> Cfr., R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma, 2002, p. 245.

<sup>133</sup> Così, C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d’Italia 1848/1948*, Roma-Bari, 1998 p. 342.

<sup>134</sup> Dal titolo di un suo volume del 2003; cfr., E. GENTILE, *Le origini dell’Italia contemporanea. L’età giolittiana*, Roma-Bari, 2003.

<sup>135</sup> Così, E. GENTILE, *Le origini dell’Italia contemporanea. L’età giolittiana*, cit., p. 130.

<sup>136</sup> Così, D.M. SMITH, *Storia d’Italia dal 1861 al 1997*, Roma-Bari, 1999, pp. 431, 432.



dubbi “si ritenessero superabili – ciò che, peraltro, non è agevole – persino la proclamazione della repubblica potrebbe legittimarsi alla stregua dell’ordinamento preesistente”<sup>137</sup>.

Vero è, precisa Crisafulli, che a conclusioni diverse “sarà indotto, per contro, chi muova da diverse premesse quanto alla natura dei limiti alla modificabilità del sistema costituzionale”, individuati in determinati valori politici e ideologici caratterizzanti l’intero ordinamento. Queste impostazioni si troverebbero tuttavia in imbarazzo nello stabilire delle date precise alle quali riferire puntualmente le diverse fasi, ma perverrebbero ad affermare che “il regime fascista ebbe a segnare un frattura con l’ordinamento statutario anteriore; che una ulteriore frattura, rispetto a quella fascista, fu determinata dal colpo di Stato del 25 luglio ’43; che ancora un nuovo e diverso ordinamento è sorto dal *referendum* istituzionale del 2 giugno, e forse, anzi, già prima, per effetto del decreto-legge luogotenenziale n. 151 del 1944, con il quale la Corona veniva a fare proprio quel che mai avrebbe potuto, mettendo in gioco sé stessa col sottoporre la permanenza dell’istituto monarchico alla decisione popolare”<sup>138</sup>.

Così, è evidente che “sarebbe manifestamente artificioso pensare che nel giro di meno di un secolo lo Stato italiano si sia almeno tre volte estinto, per rinascere diverso”. Inoltre, né dalla normativa né dalla prassi seguite alla caduta del fascismo sono ricavabili argomenti, anche indiretti, “per ritenere intervenuta – in fatto – o disposta dal nuovo diritto una frattura nell’esistenza giuridica dello Stato e nella continuità del suo diritto interno”. Il che porterebbe a concludere che “questo secondo ordine concettuale sarebbe, per l’Italia, insostenibile”, come del pari sarebbe inaccettabile, accogliendo l’orientamento normativistico, che vi fosse una cesura nel passaggio dall’ordinamento fascista all’ordinamento provvisorio, fino al definitivo ordinamento repubblicano, considerando lo Stato italiano attuale come uno Stato nuovo e diverso rispetto a quello preesistente al 1943<sup>139</sup>.

## 10. Alcune considerazioni conclusive, per una problematica che rimane aperta

Premesso che, sulla base di quanto riportato, alla luce del concreto funzionamento dello Stato fascista, paiono sensibili gli scostamenti dai principi dello Stato di diritto, ci si chiede come sia possibile registrare una tale distanza di vedute tra i giuristi – non pochi grandi Maestri del Diritto Pubblico, quali, Mortati, Santi Romano, Ranelletti, Crisafulli, ecc... – coevi a quell’esperienza e quelli che studiano quei profili in una fase successiva. Si tratta anche in quei casi di “servile esaltazione” della legislazione fascista, secondo le parole di Calamandrei, oppure, la questione è più complessa, più articolata e di non lineare soluzione?

Occorre forse, per tentare di dare una risposta, calarsi in un contesto come quello degli anni del regime, caratterizzati ancora da una Costituzione “flessibile”; da una sostanziale onnipotenza del Parlamento, che, nonostante i primi sentori di un controllo di costituzionalità, legittima controlli giurisdizionali sull’attività legislativa di carattere quasi esclusivamente

---

<sup>137</sup> Cfr., V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, cit., p. 9.

<sup>138</sup> Così, V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, cit., pp. 10 e 11.

<sup>139</sup> Cfr., V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, cit., pp. 11 e 12. In argomento, cfr., M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica Italiana e i problemi giuridici della continuità*, Milano, 2000.

formale, non anche sostanziale; dal tentativo comunque di delineare una categoria di leggi “costituzionali”; dalla consapevolezza che la rappresentanza liberale non era in grado di convogliare tutte le esigenze – soprattutto quelle sociali – emergenti dall’allargamento della base sociale dello Stato, conseguenti all’allargamento del suffragio; dal tentativo di superarla nella direzione dell’introduzione di sistemi di democrazia diretta; dalla scarsa o nulla precettività dei principi Statutari (si pensi al principio di eguaglianza); da una forma di governo parlamentare che non si era in realtà mai compiutamente consolidata; dal funzionamento delle istituzioni in chiave confusamente assembleare; da una continuità con l’ultima fase del periodo statutario, ove, a fronte della frammentazione parlamentare gli esecutivi governavano quasi senza convocare il Parlamento (con il caso di Crispi che fu forse emblematico); dal fatto che in quel contesto il regime fascista si fece promotore di profonde riforme legislative e sociali.

Sulla base di queste e altre considerazioni che si potrebbero fare di mera contestualizzazione degli eventi, può apparire evidente come uno Stato “moderno”, che dà ordine laddove vi era confusione, che dà una forte impronta sociale e riformista alla propria legislazione, che mostra di voler rigorosamente rispettare le forme, possa essere inteso come uno “Stato di diritto”, anche nella sostanza, e probabilmente, osservato con gli occhi del giurista dell’epoca per alcuni aspetti lo era.

Per cercare di abbozzare una risposta, è utile la ricostruzione di chi rileva che lo Stato di diritto, “si è sviluppato come un innesto fortunato sul tronco dello Stato moderno”, ancorché poi si chiede se possa continuare a crescere anche qualora il tronco dovesse seccarsi<sup>140</sup>.

In ciò, si può sostenere che lo Stato fascista sia sicuramente più “moderno” dello Stato liberale.

Lo Stato moderno sarebbe tuttavia da tempo in crisi, con i fenomeni che vengono ricondotti alla c.d. “globalizzazione” che avrebbero accelerato quella crisi<sup>141</sup>. Si pensi alla perdita di precettività dell’art. 36 Cost., a causa delle delocalizzazioni e delle più disparate forme contrattuali; alla “robotizzazione” e informatizzazione, che non creano, ma riducono i posti di lavoro.

D’altra parte, se tra 70/80 anni qualche giurista dovesse analizzare la nostra esperienza ed osservare alcuni fenomeni, quali, a mero titolo esemplificativo, la pervasività della normazione europea e l’incidenza e invadenza di organismi e autorità, europee e nazionali comunque prive di legittimazione democratica (diretta) su scelte fondamentali per la vita dell’ordinamento, quali, in ipotesi, i controlli e le verifiche sulla legislazione di bilancio, le sollecitazioni ad operare riforme economiche e costituzionali, il ricorso eccessivo alla decretazione d’urgenza, all’adozione di leggi mediante la posizione della questione di fiducia, con conseguente strutturazione in un unico articolo composto di molteplici commi, ecc.... Siamo così sicuri che con naturale immediatezza collocherebbero la nostra esperienza tra quelle che in maniera lineare si conformano ai principi dello Stato di diritto?

---

<sup>140</sup> Cfr., R. BIN, *Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere*, Bologna, 2017, pp. 97 ss.

<sup>141</sup> Cfr., R. BIN, *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 99 ss., che fa riferimento anche al tema della “globalizzazione del diritto”.

Si pensi inoltre che non passa giorno che non si sentano denunce di gravi lesioni dei principi dello Stato di diritto, con continui appelli proprio allo “Stato di diritto” e con frequenti richiami a quel principio fatti per sostenere una tesi e il suo esatto opposto<sup>142</sup>.

Ne deriva che, senza alcun dubbio, studiando questi fenomeni, rischiano di permanere invariate le perplessità sulla caratterizzazione o meno dello Stato fascista come Stato di diritto, con il rischio che sorgano, inoltre, i medesimi dubbi avanzati da Caristia in ordine alla permanente vitalità di quel principio, con l’aggravante che il contesto odierno è comunque diverso da quello che veniva assunto come presupposto da Caristia. Contesto che lo portava a sottolineare che il trionfo incontestato della formula dello Stato di diritto, verso la metà del XIX secolo e “l’esigenza di porre un limite all’attività statale attraverso l’osservanza di quelle norme giuridiche, che pur da esso emanano”, veniva comunque “soddisfatta nel pensiero dei maestri più in voga e dei politici che ascoltano devotamente i buoni consigli degli accademici, e che talvolta sono o furono essi stessi accademici”<sup>143</sup>.

Il che ci conduce conclusivamente a riflettere sull’utilità e attualità di studi come quello che si è tentato qui di condurre, non tanto da ricercare nella correttezza o meno, nella possibilità di condividere o meno le risposte offerte, o le ricostruzioni proposte, quanto soprattutto, nell’analisi delle condizioni, giuridiche e non, delle cause e delle ragioni che hanno determinato la nascita, la rapida affermazione, l’involuzione, la trasformazione e l’implosione di quel regime, proprio per tentare di evitare di riproporre o di legittimare, nella qualità di giuristi, anche solo limitati o marginali scostamenti dai principi sostanziali dello Stato di diritto, pur nel rispetto delle forme di quello.

È pertanto necessario continuare ad ascoltare il monito di Calamandrei, quando rileva che dietro il fascismo c’era il “vuoto costituzionale”<sup>144</sup>. Cosicché, sarebbe stato vano configurare il crollo del 25 luglio 1943 come una ripresa di continuità istituzionale, poiché, nonostante l’apparente regolarità procedurale dell’incarico a Benito Mussolini, la formazione del suo governo “nella sostanza era già un colpo di Stato”. La frattura costituzionale si era palesata come irrimediabile, poiché, “in un sistema flessibile, com’era quello italiano, in cui anche la costituzione poteva essere modificata per mezzo di leggi ordinarie, lo statuto aveva cessato di esistere da quando il re aveva sanzionato le leggi fasciste che pezzo per pezzo lo avevano assorbito”. In quel momento i Savoia erano virtualmente decaduti<sup>145</sup>.

Dunque, nonostante la da più parti evidenziata continuità formale, Calamandrei offre una lettura netta delle due svolte costituzionali che delimitano il fascismo, quella del 28 otto-

---

<sup>142</sup> Come sottolinea R. BIN, *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 63 ss.

<sup>143</sup> Così, C. CARISTIA, *Ventura e avventure di una formula: “Rechtsstaat”*, cit., p. 388.

<sup>144</sup> Cfr., R. ROMANELLI, *Il giudizio storico di Piero Calamandrei sul fascismo e la nascita della nuova democrazia repubblicana*, in S. Merlini, (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, Roma-Bari, 2007, p. 27, che ricorda le considerazioni di Calamandrei apparse in un articolo pubblicato sul “Ponte”, nell’aprile del 1945, dal titolo *Nel limbo istituzionale*. Calamandrei, come è noto, considerava l’incarico conferito a Mussolini il 29 ottobre 1922 come un “colpo di Stato monarchico-fascista”, sostenendo che dopo il d.l.lgt. 25 giugno 1944, n. 151 non si potesse sostenere alcuna continuità istituzionale con la Monarchia, poiché “lo statuto, da molto tempo, non c’era più”.

<sup>145</sup> Cfr., P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, in *Il centenario del Parlamento – 8 maggio 1848 – 8 maggio 1948*, Segretariato generale della Camera dei deputati, 27 luglio 1948, pp. 266 ss.

bre 1922 e quella del 25 giugno 1944, quali elementi di discontinuità assoluta<sup>146</sup>, con una conseguente preoccupazione degli storici, che vedono riproporsi passate dinamiche politiche/istituzionali e rilevano come “le parole di Calamandrei ci ricordano la stessa Italia imbellè alla quale guardava uno dei tanti suoi concittadini acquisiti, anch’egli studioso e professore, Pasquale Villari, che nel 1866, dopo Lissa, denunciava nel suo *Di chi è la colpa?* La colossale ignoranza del paese, i suoi burocrati, ‘ i professori ignoranti, i politici bambini, [...], i generali incapaci, [...] la rettorica che ci rode le ossa’ ”<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> Cfr., R. ROMANELLI, *Il giudizio storico di Piero Calamandrei sul fascismo e la nascita della nuova democrazia repubblicana*, cit., p. 28.

<sup>147</sup> Così, R. ROMANELLI, *Il giudizio storico di Piero Calamandrei sul fascismo e la nascita della nuova democrazia repubblicana*, cit., p. 30, che ricorda il famoso articolo di Pasquale Villari apparso sul “Politecnico” di Milano nel settembre del 1866.