

«La necessità dell'abuso di potere ha generato il vizio dell'abuso». Lodovico Mortara e la questione del “sindacato di costituzionalità” sui decreti-legge nell'Italia liberale

FRANCESCO SERPICO

1. «Un umile viandante»

«Un umile viandante che percorre passo a passo la bassa e uniforme pianura»¹. Con queste parole Lodovico Mortara forniva un'immagine di sé capace di prefigurare il senso delle sue peregrinazioni che lo avrebbero visto protagonista di un viaggio iniziato come avvocato, proseguito come docente universitario e infine concluso, dopo il passaggio in veste di ministro di Grazia e Giustizia, come magistrato destinato ad occupare il prestigioso scranno di primo presidente della Cassazione romana. Eppure, al di là della valenza biografica, la sua autorappresentazione offre anche una preziosa indicazione di metodo per il presente contributo, volto a esaminare il complesso itinerario che, nell'amplissima produzione del giurista mantovano, si sviluppa attorno al tema del sindacato giurisdizionale sulla potestà normativa del governo.

Come ogni «viandante», Mortara era a conoscenza che il senso del proprio cammino non sta nella meta da raggiungere,

bensì nella scoperta e nell'esperienza di consapevolezza che si rivela lentamente, ma in maniera via via sempre più nitida e definita, dopo ogni singolo passo². A ben vedere, è proprio questo atteggiamento che sembra esprimere il progressivo maturare della sua riflessione sulle forme e i modelli del controllo di costituzionalità; una riflessione destinata a crescere e ad intrecciarsi con le vicende dello Stato liberale e che, proprio come la sua parabola professionale, avrebbe subito una definitiva battuta di arresto con l'avvento al potere della dittatura fascista.

Naturalmente, parlare di «legalità costituzionale» in relazione ad una Carta flessibile come lo Statuto albertino, comporta una specifica precisazione. Come è stato messo in rilievo nel panorama storiografico, se si assume la costituzione normativa come parametro di valutazione e di confronto, «troveremo allora troppo poco, per lo più meri tentativi». Se invece ci si pone dal punto di vista «della garanzia interna ed esterna della costituzione e della logica

giurisdizionale del controllo della legge, gli esiti potranno essere più significativi e rivelare talune analogie con la moderna concezione della legalità costituzionale»³.

Nella prospettiva che pone al centro la dimensione costituzionale della funzione giurisdizionale, la decretazione d'urgenza diviene osservatorio privilegiato dei mutamenti intervenuti nell'esperienza statutaria. Concepite come strumenti eccezionali, legittimate dal principio di necessità e subordinate alla conversione parlamentare, le misure d'urgenza si trasformarono, soprattutto durante il Primo conflitto mondiale e nel Dopoguerra, in modalità ordinaria di produzione normativa. Ne risultò uno slittamento del baricentro costituzionale, saldamente impiantato sull'Esecutivo⁴. Questa progressiva marginalizzazione del Parlamento, maturata entro le categorie dello Stato di diritto, costituì una premessa istituzionale decisiva per la torsione autoritaria che avrebbe accompagnato l'ascesa del fascismo.

In questo scenario, seguire il percorso di Mortara – nei suoi scritti e nelle pronunce redatte in qualità di estensore – offre una testimonianza emblematica di una esperienza che eccede la dimensione tecnico-processuale. Il sindacato giurisdizionale sui presupposti della decretazione d'urgenza rivelava il senso di uno strumento destinato a porsi come argine ad un "governo forte", nel tentativo di ricondurre l'espansione dei poteri dell'Esecutivo entro l'orizzonte della giustiziabilità e di riaffermare, nel pieno della crisi delle istituzioni liberali, la centralità parlamentare come limite alla concentrazione decisionale.

2. *La prima riflessione di Mortara sulla decretazione d'urgenza*

Prima di esaminare l'avvio dell'itinerario mortariano in tema di decretazione governativa è necessario puntare il quadrante dell'analisi alla disciplina statutaria. Come è noto, la configurazione della monarchia costituzionale pura ed il dettato degli artt. 3 e 6 – che attribuivano il potere legislativo al Re e alle Camere e limitavano l'attività regolamentare del sovrano all'esecuzione delle leggi, senza facoltà di sospenderne l'osservanza o dispensarne – sembravano escludere in radice una potestà normativa governativa di carattere primario fondata sull'urgenza⁵.

Eppure, a prescindere dal dato testuale, la prassi della decretazione d'urgenza si affermò già in età preunitaria⁶, imponendosi come elemento strutturale dell'esperienza costituzionale italiana. Sarebbe stata la giurisprudenza ad affrontare i numerosi campi di tensione aperti dalla prassi decretazione ed a segnare il passo del dibattito successivo.

Emblematica, in tal senso, la sentenza della Corte di cassazione di Roma del 17 novembre 1888, che affermò la piena compatibilità della decretazione d'urgenza con l'assetto statutario. Con invidiabile *fair-play*, l'estensore riconosceva che «questo principio non è scritto nello Statuto»⁷, eppure, precisava, la circostanza che un siffatto potere non fosse stato esplicitamente previsto non costituiva argomento per escluderne la cittadinanza dall'ordinamento costituzionale. Al contrario, la facoltà di decretazione d'urgenza «esplica e compie» il dettato dello Statuto perché, attraverso di essa, l'Esecutivo – «custode permanente della vita dello Stato» – fronteggia neces-

sità straordinarie che per definizione non possono trovare la loro fonte di regolamentazione in una prescrizione statutaria⁸.

La motivazione introduceva inoltre una distinzione destinata a incidere profondamente sul dibattito dottrinale: altro sarebbe il decreto che si sostituisce definitivamente al Parlamento, altro quello adottato con esplicita riserva di conversione e giustificato da circostanze urgenti. Nel primo caso si configurerebbe una violazione manifesta della Carta; nel secondo, l'Esecutivo non usurperebbe la funzione legislativa, ma ne anticiperebbe provvisoriamente l'esercizio in attesa della decisione parlamentare. Coerentemente, la Corte escludeva ogni sindacato giudiziario sull'esistenza e sulla permanenza dell'urgenza, qualificandola come questione di "ragione politica", sottratta alla cognizione dell'autorità giudiziaria. Del resto «dell'urgenza a dare un decreto [...] o dell'urgenza cessata non può conoscere l'autorità giudiziaria; la politica è un campo chiuso, inaccessibile per essa, ed è di ragione politica il valutare se un impero di circostanze abbia necessitato un decreto [...], e se queste permangono»⁹.

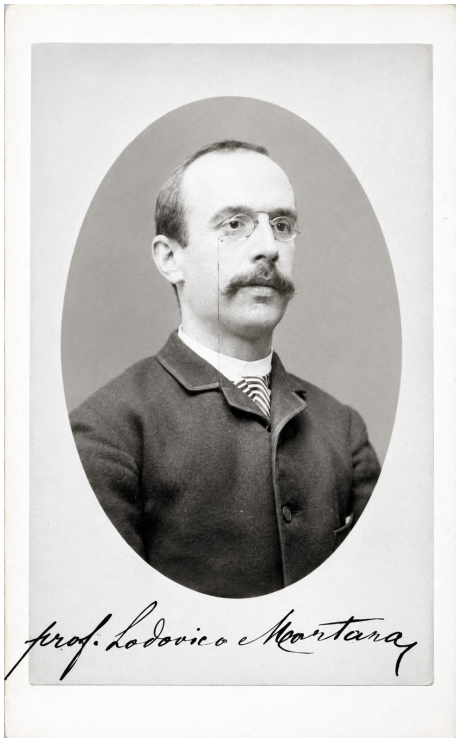
Per rafforzare tale costruzione, l'estensore richiamava esperienze comparate nel tentativo di inscrivere la decretazione d'urgenza in una più ampia tendenza europea alla valorizzazione di poteri normativi governativi in funzione di salvaguardia dell'ordine statale. A venire in rilievo era soprattutto l'esempio inglese con le ordinanze della Corona attraverso la formula, assai eloquente sotto il profilo terminologico, della legge di convalida che, nella prassi costituzionale britannica, assume il nome di *Bill of indemnity* (perché manda esente il governo da responsabilità, "ricucendo" lo strappo e "risarcendo" il Parlamento per la

propria prerogativa "usurpata" dal Governo)¹⁰.

Prescindendo dalle reazioni suscitate dalla sentenza della Cassazione¹¹, è opportuno cedere la parola a Lodovico Mortara, che affrontò per la prima volta il problema ne *I decreti-legge nel diritto costituzionale italiano*, pubblicato sulle colonne de *La riforma sociale* (1895), allora diretta da Luigi Roux e Francesco Saverio Nitti. Senza ambiguità, Mortara affermava l'incompatibilità tra disciplina statutaria e decreto-legge. «Se il governo si arroga a far leggi», scriveva, «viola l'art. 3 anzidetto e ne sospende l'osservanza dispensando sé stesso da questa. [...] L'art. 6 significa apertamente che non soltanto lo Statuto non ha accolto eccezioni alla regola dell'art. 3, ma anzi ha voluto escluderne e proibirne qualsiasi tolleranza»¹².

La decretazione d'urgenza si configurava dunque come prassi *contra Statutum*, non sempre arginata dal Parlamento. Basti richiamare lo stato d'assedio proclamato in Sicilia nel 1862, «a causa dell'impresa garibaldina tristemente repressa col fratricidio d'Aspromonte»¹³, o quello dichiarato nel 1894 per la Sicilia e la provincia di Massa-Carrara, quando «nemmeno la maggioranza parlamentare volle soffermarsi sul diritto che avrebbe avuto di infliggere limiti di modo e tempo all'insano uso governativo arrogatosi»¹⁴.

Cionondimeno, Mortara riconosceva che tale prassi si era progressivamente innestata nel tessuto costituzionale per effetto dell'evoluzione dell'assetto istituzionale, caratterizzato dall'affermazione del governo di gabinetto fondato sul rapporto fiduciario con il Parlamento. Nel quadro di tale rapporto tra Legislativo ed Esecutivo, «il Governo è figlio del Parlamento» e, se il



Lodovico Mortara, ritratto fotografico

rapporto funziona fisiologicamente, «il figlio può essere l'interprete non sospetto degli intendimenti del padre»¹⁵. Il decreto si configurava così come anticipazione dell'intervento parlamentare, giustificata dall'impossibilità contingente di provvedere delle Camere. Ma l'immagine della filiazione non attenuava la supremazia parlamentare. Il Parlamento — «padre all'antica foggia romana»¹⁶ — conservava uno *ius vitae ac necis* sui decreti: poteva impedirne ogni irregolarità in sede di conversione e, soprattutto, negare la ratifica, cancellando nell'efficacia.

Una linea analoga emergeva nella prima edizione del *Commentario* (1899). Con

riferimento alla sentenza del 1888, Mortara criticava l'assunto secondo cui l'urgenza costituirebbe «una invincibile necessità di fatto», capace di divenire «suprema ragione di diritto». L'errore logico consisteva nell'assimilare la concreta contingenza — per definizione imprevedibile — alla generica possibilità che si presentassero ragioni d'urgenza¹⁷. La mancata previsione statutaria non poteva essere interpretata come implicita autorizzazione alla potestà normativa straordinaria del Governo; altrimenti lo Statuto avrebbe previsto espressamente tale facoltà, come accadeva in altri ordinamenti coevi¹⁸.

Al di là delle ricostruzioni teoriche, Mortara prendeva atto della prassi consolidata e spostava l'attenzione sui poteri del giudice ordinario. Escludeva in modo netto ogni sindacato sul merito dell'urgenza: «dove la costituzione cessa d'imperare logicamente si arresta la funzione giurisdizionale»¹⁹. Al giudice competeva, invece, il controllo sull'esistenza giuridica del decreto-legge, ad esempio qualora un atto con riserva di conversione non fosse mai stato presentato alle Camere. Tuttavia, dopo aver delimitato l'ambito di esercizio dei poteri giurisdizionali, Mortara tornava sull'argomento che sembrava stargli più a cuore, ovvero la salvaguardia delle prerogative parlamentari, poiché egli ribadiva con forza che la valutazione sostanziale dell'atto governativo spettasse esclusivamente al Parlamento, cui competeva il potere di sanzionare o negare, mediante la legge di conversione, l'attività dell'Esecutivo²⁰.

Il bersaglio, per la verità nemmeno troppo nascosto, era rappresentato dal celeberrimo appello rivolto da Sidney Sonnino — *Torniamo allo Statuto*²¹ — diretto a ripristinare integralmente la prerogativa

regia e a rafforzare, per questa via, la posizione dell'Esecutivo. Tale spostamento del baricentro della forma di governo appariva a Mortara, già in un contributo edito nel 1897 dal titolo *Statuto, Corona, Parlamento*, come un vero e proprio attentato al processo di maturazione delle libertà politiche e della forma di governo parlamentare emersa nella prassi. «Per nessun'altra legge come quelle politiche fondamentali vale il detto secondo cui la lettera uccide, lo spirito vivifica [...] il diritto pubblico di un popolo è nella vita stessa e nello svolgimento delle istituzioni, non nella morta scrittura del foglio o della pergamena». La parlamentarizzazione della forma di governo statutaria rappresentava una strada dalla quale non era possibile tornare indietro: «temo grandemente che questi conservatori dell'albero delle nostre libertà finiranno per ucciderlo [...] con le loro assidue potature»²².

3. *Sindacato intrinseco e sindacato estrinseco*

A distanza di pochi mesi dalla redazione della prima edizione del *Commentario*, Mortara tornò sulla questione della decretazione d'urgenza con riferimento alla sentenza della Cassazione romana del 20 febbraio 1900 relativa al r.d. 22 giugno 1899, n. 227, intervenuto in una complessa vicenda politico-istituzionale²³.

Il decreto-legge era stato emanato dal governo Pelloux nel contesto della grave crisi di fine secolo, culminata nel regicidio di Umberto I ad opera di Gaetano Bresci²⁴. Il provvedimento — destinato a entrare in vigore il 20 luglio successivo — inaspriva le misure di ordine pubblico già adottate, incidendo sulla libertà di associazione, di riu-

nione, di stampa e, per talune categorie, sul diritto di sciopero²⁵. L'opposizione parlamentare fu immediata. Per superare le resistenze delle Camere, il Governo, con decreto del 30 giugno 1899, chiuse la sessione legislativa, determinando, per effetto della convenzione costituzionale che vuole che la legge di conversione sia discussa nella medesima sessione parlamentare in cui è stato presentato il decreto, la caducazione del disegno di legge di conversione. La mossa, lungi dal comporre il conflitto, ne accentuò la tensione politica²⁶. Quando il Parlamento tornò a riunirsi il 14 novembre 1899, il disegno di legge di conversione incontrò le medesime opposizioni, inducendo infine il Governo Pelloux a ritirare il provvedimento con r.d. 5 aprile 1900.

Si trattava, dunque, di un decreto-legge che al momento dello scrutinio giurisdizionale non era mai convertito e peraltro rimasto privo di qualsiasi possibilità di sanzione parlamentare. La Cassazione romana, accogliendo il ricorso, ritenne priva di base giuridica la sanzione irrogata in applicazione di disposizioni mai divenute efficaci, rilevando che il decreto in parola dovesse qualificarsi come inesistente, posto che esso poteva essere equiparato tutt'al più ad un mero disegno di legge²⁷.

La nota di commento consentì a Mortara di precisare la propria posizione sul sindacato del giudice ordinario in materia di decreti-legge. L'autore sottoponeva a critica tanto la decisione della Cassazione quanto l'arresto della Corte d'appello di Milano impugnato dal ricorrente. Entrambe, sia pure da angolature diverse, avevano sconfinato in una valutazione di merito del decreto: la prima esaminando le ragioni politiche della chiusura della sessione parlamentare; la seconda sindacando la compatibilità so-

stanziale del provvedimento con i principi statutari.

Per Mortara, tali profili attenevano esclusivamente alla sfera politica: l'esercizio della decretazione è «questione d'indole esclusivamente politica e sfugge al sindacato giurisdizionale»²⁸. Cionondimeno, egli condivideva l'esito cui era pervenuta la Cassazione, poiché essa aveva affermato un principio decisivo: il giudice doveva «evitare qualsiasi discussione sulla costituzionalità», ma poteva — e doveva — verificare «l'esistenza o l'inesistenza»²⁹ dell'atto normativo. Il controllo non riguardava il merito dell'urgenza, bensì la sua effettiva traduzione in una fonte giuridicamente perfezionata. In questo spazio, e solo in esso, si radicava legittimamente il sindacato giurisdizionale.

È opportuno provare a riflettere sulla posizione assunta da Mortara. Si tratta di una mera nota compilativa nella quale in sostanza egli non faceva altro che registrare un nuovo orientamento espresso dalla Cassazione, oppure essa costituisce il punto di avvio di una svolta teorica destinata a far leva proprio sui poteri del giudice per provare a garantire al potere giurisdizionale uno spazio d'intervento in materia di sindacato di costituzionalità?

A ben vedere, ciò che è possibile riscontrare dalla lettura della pagina mortariana è la consapevolezza dell'ambiguità dell'arresto della Cassazione. Assai lontano dai toni trionfalistici che avrebbero parlato di «vindice sentenza»³⁰, tesa a ripristinare l'effettivo equilibrio di poteri presente nella forma di governo statutaria, al giurista mantovano non sfuggivano i chiaroscuri presenti nella motivazione che, lungi dall'intonare il *de profundis* per i poteri normativi del governo, ne aveva solo

circoscritto l'operatività rispetto ad un caso limite, anche perché, come aveva precisato a chiare lettere il collegio, qualora l'Esecutivo, invece di riproporre il disegno di legge di conversione del r.d. del 20.6.1889, avesse emanato un nuovo decreto, esso sarebbe stato del tutto operativo ed applicabile nella fattispecie concreta.

È a partire da questo elemento che è possibile ricostruire la posizione di Mortara attraverso la distinzione da lui proposta tra un controllo intrinseco e controllo estrinseco di costituzionalità³¹, che costituiva un fulcro tematico centrale nella sua trattazione.

Nel primo caso si trattava di verificare se le disposizioni avessero un contenuto compatibile o conforme ai principi della Carta, nel quale qualsiasi intervento del giudice era assolutamente precluso. L'ordinamento italiano, egli scriveva, «non prevede ai sensi dello Statuto una funzione legislativa straordinaria [...] affidata ad un organo speciale, il quale come la funzione stessa riceva il nome di Costituente». Dove «questa funzione si vede istituita», proseguiva Mortara «la funzione legislativa necessariamente incontra un impedimento [...] perché il potere legislativo non è più la sorgente esclusiva ed autonoma del diritto obiettivo, ma la sua volontà si trova nei confronti del potere costituente in un rapporto di dipendenza»³². Del resto, quando ciò accade «sorge la possibilità di una indagine e quindi di un sindacato sopra il contenuto di una legge, per effetto di accordar osservanza solo alle leggi ritenute "costituzionali"». In mancanza di un organo al quale fosse affidata la funzione costituente nell'ordinamento italiano, qualsiasi valutazione della compatibilità con i principi costituzionali non poteva che spettare al Parlamento,

destinato a tradurre in termini normativi le mutevoli istanze presenti all'interno del corpo sociale e garantirne una lettura armonica ed evolutiva per evitare siano «da un fatale e perpetuo congelamento irrigidite e immobilizzate». Insomma, egli concludeva, in un sistema come quello italiano «la funzione legislativa non esercita, ma assorbe tutti gli attributi della costituente», perciò «non si domanda mai se una legge sia conforme alla Costituzione perché tale conformità per presunzione costante esiste sempre», e perciò non può esistere nemmeno un sindacato di conformità sopra alla costituzionalità delle leggi perché logicamente «viene meno la materia»³³.

Tornando al modello proposto da Mortara, fuori dal perimetro del rapporto tra Parlamento e Governo si collocava l'ipotesi del sindacato estrinseco dove il potere del giudice era pacificamente ammesso: «qui occorre esaminare se appartenga all'ufficio della giurisdizione, prima di applicare una legge, esaminare se essa è veramente tale, cioè se fu emanata dagli organi» preposti «con l'osservanza delle disciplinano le relazioni fra i medesimi»³⁴. Il magistrato, precisava Mortara, «ha il dovere di verificare se il decreto-legge sia nello stato d'imperfezione organica che costituisce per così dire il suo peccato originale, ovvero se abbia acquisito autorità di legge, qualora su questo punto siavi controversia. L'indagine è diretta ad accertare se esiste una vera e propria norma giuridica, laonde appartiene alla competenza giudiziaria»³⁵. Dunque, era all'interno dei poteri di cognizione del magistrato che poteva svolgersi tale sindacato estrinseco, perché esso indiscutibilmente apparteneva ai «poteri di interpretazione e applicazione»³⁶ propri della funzione giurisdizionale.

4. *Il primo dopoguerra: la "normalizzazione" dell'eccezione e le "sentenze gemelle" del 1922*

Non vi è dubbio che, pur attraverso uno stile sorvegliato e prudente, Mortara pervenisse ad affermare una forma di controllo di costituzionalità che, sebbene limitata ai profili estrinseci, apriva un varco alla sindacabilità dell'esercizio del potere di decretazione rispetto alla normativa statutaria.

Il tema si collocava in un contesto segnato da una crescente espansione degli strumenti dell'Esecutivo nella vita pubblica. I fermenti autoritari che attraversavano l'Italia *fin de siècle* e la riflessione sullo stato d'assedio — termine di riferimento privilegiato per misurare la torsione degli assetti costituzionali — orientavano il dibattito anche in relazione alla decretazione d'urgenza³⁷.

In questo quadro, la posizione di Mortara assumeva una importanza decisiva nel panorama della cultura giuridica del suo tempo. Una posizione, è appena il caso di sottolineare, tutt'altro che statica, ma destinata a costituire il punto di avvio della riflessione che avrebbe condotto alla svolta giurisprudenziale segnata dalle "sentenze gemelle" del 1922.

Ricondotto al tema del governo di gabinetto e alla "parlamentarizzazione imperfetta"³⁸ della forma di governo statutaria, l'abuso della decretazione d'urgenza nell'Italia liberale non poteva essere interpretato come semplice deviazione patologica rispetto a un modello costituzionale altrimenti stabile³⁹.

L'azione del Governo si inseriva inizialmente come strumento eccezionale, giustificato dall'impossibilità materiale del Parlamento di intervenire tempestivamente. La sua legittimazione si fondava su un

presupposto imprescindibile: la temporalità dell'atto e la necessità di un controllo parlamentare effettivo e sollecito attraverso la conversione. Finché tale circuito funzionava correttamente, l'anticipazione governativa poteva essere ricondotta all'interno della forma di governo parlamentare. Quando però il controllo assembleare entrava in crisi — per frammentazione politica, conflittualità sociale, instabilità ministeriale — la decretazione mutava natura. Non più risposta episodica a circostanze straordinarie, ma strumento ordinario di governo. L'eccezione si normalizzava. La lentezza procedurale dell'Assemblea veniva contrapposta alla decisione rapida dell'Esecutivo; l'efficienza amministrativa diventava valore prevalente rispetto alla deliberazione rappresentativa⁴⁰.

L'abuso del decreto-legge era dunque allo stesso tempo effetto e fattore della crisi parlamentare: effetto, perché nasceva dall'inefficienza percepita delle istituzioni rappresentative⁴¹; fattore, perché contribuiva a svuotarne progressivamente le funzioni. L'indebolimento del controllo parlamentare non era più un semplice dato tecnico, ma un mutamento strutturale dell'equilibrio tra poteri⁴².

Nella prospettiva di Mortara, il Primo conflitto mondiale aveva segnato un punto di non ritorno nel rapporto tra Parlamento e Governo perché l'eccezione bellica non restava confinata alla contingenza, ma aveva alterato stabilmente l'equilibrio costituzionale dello Stato liberale⁴³. Il nodo non era solo quantitativo, ma qualitativo. Durante la guerra la decretazione si era imposta come strumento ordinario di normazione, trasformando l'urgenza da requisito eccezionale in presupposto permanente dell'azione di governo. A venire meno, dunque, era il

presupposto fisiologico del governo di gabinetto, fondato su un rapporto fiduciario che implica controllo e responsabilità reciproca.

In questo quadro si era fatta strada l'immagine di un governo forte, capace di dominare l'agenda normativa e di neutralizzare il sindacato parlamentare. Il Parlamento non era formalmente esautorato, ma *de facto* marginalizzato: non decideva più se legiferare, bensì se convalidare decisioni già operative. La normalizzazione dell'eccezione aveva così generato una postura istituzionale alla centralità dell'Esecutivo. Al di là delle delegazioni di natura ampia e generica, il rischio, pienamente avvertito dal giurista mantovano, risiedeva nella modalità con la quale l'inflazione dello strumento della decretazione aveva alterato il circuito della responsabilità politica verso assetti del tutto incompatibili con i delicati equilibri statutari.

Certo, non erano mancati tentativi parlamentari rivolti a correggere uno squilibrio che appariva ogni giorno più evidente. Non erano ancora sopiti gli echi dei pieni poteri assunti dall'Esecutivo durante il conflitto — «quattro anni di pieni poteri governativi avevano di fatto soppressa l'azione del Parlamento italiano, in un modo che non aveva avuto riscontro negli altri Stati alleati»⁴⁴ — allorché nel 1920 Giovanni Giolitti, per la quinta volta Presidente del Consiglio, delineava il suo programma: «questo fatto dell'essersi introdotto gradatamente, poco alla volta, questa consuetudine che il potere esecutivo invada il potere legislativo, richiederà di esaminare (e mi propongo di farlo) se non sia il caso di provvidenze legislative, che stabiliscano qualche autorità la quale possa dichiarare che quel tale atto del potere esecutivo non è legittimo, perché ha invaso il potere legislativo»⁴⁵.

Tale proposito, rimasto inattuato per la caduta del gabinetto guidato dallo statista piemontese, sarebbe stato ripreso da Vittorio Scialoja, che nel 1922 avrebbe presentato un progetto di legge per affrontare l'annosa questione. Nella discussione al Senato l'intervento di Mortara rappresentava la prova più tangibile della consapevolezza dell'impossibilità di una riforma del sistema dall'interno, e cioè condotta dalle stesse Assemblee. Riferendosi al precedente orientamento giurisprudenziale, ammetteva che esso «si era dimostrato insufficiente nella garanzia del diritto [...] nella situazione attuale di fronte alla migliaia di decreti-legge emanati dal Governo». «In questa situazione» – proseguiva – «mentre da un lato della immancabilità del controllo parlamentare sui decreti non si può avere alcuna garanzia, e quand'anche si eserciti intorno alla sua serietà, alla sua profondità, alla sua competenza ci sono molti dubbi, dall'altro questo controllo non viene mai esercitato integralmente»⁴⁶.

Allorquando Mortara prendeva la parola in Senato, era già maturato il nuovo orientamento giurisprudenziale del Supremo Collegio. Le tre sentenze redatte come presidente della Corte di cassazione nel 1922 rappresentano il punto di approdo del suo itinerario in materia di decretazione d'urgenza. Nel primo caso si discuteva di un decreto-legge che sottraeva alla cognizione arbitrale alcune controversie agrarie, devolvendole al giudice ordinario⁴⁷. Nel secondo, la controversia riguardava un'espropriazione per pubblica utilità fondata su un decreto-legge mai convertito⁴⁸. Nel terzo, si trattava di una disposizione penale introdotta mediante decreto-legge⁴⁹. In tutti e tre i casi la motivazione si concentrò sul requisito dell'urgenza quale fondamen-

to della potestà normativa straordinaria.

In particolare, egli affermava con chiarezza che «non esista alcuna norma costituzionale che autorizzi il governo in circostanze straordinarie ad investirsi della potestà legislativa». Il controllo sui decreti, a lungo ritenuto superfluo perché «il controllo parlamentare riusciva facile e pronto», diveniva ormai necessario, essendo accertata «non solo l'impossibilità di un controllo sollecito, ma anche quella di un qualsiasi controllo da parte delle Camere», con conseguente compromissione «dei [...] diritti personali e patrimoniali dei cittadini esponendoli ad un regime d'illegalità o d'incostituzionalità»⁵⁰.

Si comprende, perciò, come la svolta del 1922 non fosse il frutto di un'improvvisa conversione formalistica, ma la risposta a una trasformazione sistemica. Secondo Mortara, se il Parlamento abdicava alla funzione di controllo e la decretazione diveniva forma ordinaria di legislazione, il giudice era chiamato a presidiare, nei limiti delle proprie competenze, la legalità costituzionale. Come avrebbe sottolineato con chiarezza nella motivazione della sentenza del 16.11.1922, il decreto-legge rappresentava l'atto con cui l'esecutivo «afferma la necessità per il bene pubblico di violare la Costituzione». La sua temporanea forza normativa si giustificava esclusivamente nell'impegno di sottoporlo alla ratifica parlamentare mediante una legge di conversione, intesa come prassi «effettiva e costante»⁵¹. Il sindacato estrinseco non era, in questa prospettiva, un espediente tecnico, ma uno strumento di riequilibrio. Verificare la perfezione organica del decreto, accertare la tempestività della conversione, negare efficacia a un atto non perfezionato significava impedire che la

decisione governativa si auto-legittimasse. Non si trattava di opporre la giurisdizione al Parlamento, ma di preservare la struttura parlamentare dell'ordinamento.

Da ciò discendeva la necessità di scrutinare con attenzione il requisito dell'urgenza. Mortara ne distingueva due profili. Il primo, sostanziale, atteneva alla materia da disciplinare senza ritardo: il giudice non poteva intervenire, trattandosi di «tema esclusivamente politico che non appartiene ad altra cognizione se non al Parlamento»⁵². Il secondo, formale, riguardava le modalità di adozione del decreto e poteva essere accertato attraverso elementi estrinseci, senza sconfinare nel merito politico.

Il controllo giurisdizionale, in questa prospettiva, si risolveva in un accertamento di fatto: l'assenza di urgenza poteva emergere, ad esempio, dal differimento dell'efficacia del decreto a un termine lontano dalla sua emanazione, oppure dalla sua adozione in un momento in cui il Parlamento era riunito o immediatamente convocabile, senza tempestiva presentazione del disegno di legge di conversione. In tali ipotesi il giudice non invadeva «l'apprezzamento politico», poiché «si tratta di fatti che possono servire alla tutela di diritti soggettivi privati e nei limiti di questa finalità, possono e debbono essere compiuti dalla giurisdizione ordinaria»⁵³.

Coerente con tale impostazione anche la sentenza del 30 dicembre 1922, con cui la Cassazione cassò senza rinvio una decisione del tribunale di Torino che aveva applicato una sanzione penale prevista da un decreto-legge non convertito. Un atto dotato di forza normativa solo *sub condicione* non poteva fondare responsabilità penale, anche perché «perfezionatasi la legge dopo la sentenza del giudice la concessione o il

rifiuto della ratifica potrebbero essere poi determinati da passione politica secondo che le punizioni avessero colpito poi di preferenza i fautori o gli avversari del partito politico che detiene la maggioranza parlamentare al tempo in cui si delibera la proposta di legge»⁵⁴.

5. *L'interpretazione come «non luogo istituzionale» del sindacato di costituzionalità*

In relazione all'approccio sviluppato da Mortara e culminato nelle sentenze del 1922, nel dibattito storiografico è stato osservato come dottrina e giurisprudenza dell'Italia liberale avessero progressivamente spostato il problema del sindacato di costituzionalità dal terreno dei rapporti tra i poteri a quello della tecnica giuridica. In questa prospettiva, l'interpretazione diveniva il «non luogo istituzionale»⁵⁵ nel quale si realizzava, di fatto, una verifica della costituzionalità delle leggi. Si tratta di una chiave di lettura che valorizza la dimensione costituzionale dell'attività ermeneutica — sia di cattedra sia di foro — e la sua capacità di configurarsi come forma di contropotere rispetto all'esecutivo. Pur senza incidere formalmente sul profilo di validità della legge, l'interpretazione può orientarne l'applicazione in senso costituzionalmente conforme, lasciando spazio a una collaborazione tra dottrina e giurisprudenza nella costruzione delle cornici teoriche entro cui inscrivere le soluzioni applicative «come momento di possibile 'adeguamento' della norma positiva ai principi generali dell'ordinamento»⁵⁶.

In questo contesto può risultare proficuo il confronto con un contributo di Mi-

chel Troper, *Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale* (1975), qui richiamato nella traduzione italiana di Riccardo Guastini⁵⁷. Troper attribuisce a Raymond Carré de Malberg il merito di avere collegato la teoria dell'interpretazione al problema della sovralegalità costituzionale⁵⁸. Con riferimento alla Terza Repubblica francese, Carré de Malberg analizzava la duplice competenza del Parlamento, titolare tanto della potestà legislativa quanto del potere costituyente derivato. Di fronte a una legge apparentemente contraria alla Costituzione, l'Assemblée disponeva di diverse opzioni: poteva rifiutare il provvedimento; approvarlo ritenendolo conforme; adottarlo come legge costituzionale; oppure modificare previamente la Costituzione per renderne possibile l'approvazione.

In tale costruzione ogni legge risulta, in ultima istanza, conforme alla Costituzione secondo l'interpretazione autentica fornita dal Parlamento, unica interpretazione dotata di valore legale⁵⁹. Tuttavia — osserva Troper — questa soluzione presenta un'ambiguità decisiva. In particolare, a non essere chiaro era se la legge «essendo sempre conforme alla costituzione trova in essa il fondamento della propria validità, oppure che il Parlamento, signore dell'interpretazione non è vincolato se non da sé stesso?»⁶⁰. Nella sua produzione, in effetti, Carré de Malberg oscillava tra le due soluzioni perché in un contributo intitolato *La constitutionnalité des lois dans la Constitution de 1875* propendeva per la prima alternativa, nella *Contribution*⁶¹ (edita all'indomani del primo conflitto mondiale) accoglieva la seconda. La questione è tutt'altro che marginale per il tema del sindacato giudiziario sulla legge in un contesto come quello della

Terza Repubblica francese, nel quale numerosi autori «sono coscienti che l'affermazione di un vero e proprio Stato di diritto passa attraverso un controllo materiale della costituzionalità della legge da parte del giudice», ma essi incorrono in insormontabili difficoltà «a giustificare questo controllo in base al diritto positivo»⁶². In effetti, se si accoglie la seconda alternativa presente in Carré de Malberg, residua almeno uno spazio logico per un controllo di costituzionalità della legge basato sulla primazia del testo costituzionale, sebbene mediato dall'estensione dell'interpretazione autentica parlamentare.

Rispetto a questa costruzione teorica, la soluzione di Mortara operava su un piano differente. Egli non metteva in discussione la centralità parlamentare nella valutazione del contenuto della legge, ma individuava nella funzione giurisdizionale un ambito di intervento legittimo attraverso la distinzione tra urgenza sostanziale e urgenza formale. La distinzione appariva, in superficie, rispettosa dell'equilibrio tra Parlamento e Governo: la valutazione del merito dell'urgenza restava politica e dunque riservata alle Camere; al giudice spettava soltanto l'accertamento di elementi formali ed estrinseci. Tuttavia, nella dinamica concreta dell'applicazione del diritto, la separazione tra profilo di fatto e di diritto non è mai netta.

In realtà, come magistrato o intellettuale pratico⁶³, forgiato alla logica dell'itinerario valutativo presente nella sentenza, Mortara sapeva maneggiare le ambiguità dietro la rappresentazione del sillogismo giudiziario. L'accertamento della *quaestio facti* e la soluzione della *quaestio iuris* sono strettamente interdipendenti: il fatto è selezionato e qualificato alla luce della disposizione

interpretata; e, reciprocamente, l'interpretazione della disposizione è orientata dalla ricostruzione del fatto. L'attività di ricostruzione della fattispecie concreta non è mai passiva, poiché implica la scelta degli elementi ritenuti giuridicamente rilevanti in relazione «all'infinita varietà del reale e all'infinita varietà di possibili descrizioni di un fatto»⁶⁴.

In questa prospettiva il requisito dell'urgenza si rivelava uno strumento applicativo particolarmente duttile. Attraverso la valorizzazione di indici formali — differimento dell'efficacia, mancata tempestiva presentazione per la conversione, permanenza del Parlamento in sessione — il giudice poteva giungere a negare l'esistenza giuridica del decreto senza dichiararne apertamente l'incostituzionalità. L'intervento restava formalmente confinato al piano estrinseco, ma produceva effetti sostanziali rilevanti⁶⁵.

Il passaggio più significativo si registra nel caso delle disposizioni penali introdotte mediante decreto-legge. Mortara giungeva ad affermare che la riserva di legge in materia penale — quale garanzia suprema della libertà personale — non poteva essere derogata neppure temporaneamente da un atto governativo non convertito. In tale ipotesi, al di là delle cautele linguistiche, il controllo assume una dimensione intrinseca: l'urgenza non può mai giustificare la compressione di principi costituzionali fondamentali. L'interpretazione si configurava così come il luogo nel quale, in assenza di un organo di giustizia costituzionale, si esercitava una forma di sindacato diffuso e implicito, capace di incidere sull'equilibrio tra i poteri pur senza formalizzare una teoria della supremazia costituzionale.

6. Epilogo. Il ruolo del giudice: «ufficio diretto di sovranità»

Mortara era pienamente consapevole che sul terreno dell'interpretazione si giocasse una vera battaglia per un'idea aggiornata e pienamente operativa del principio di separazione dei poteri. L'attribuzione di senso al testo giuridico non era operazione neutra: poteva tradursi in una contesa per il controllo degli esiti ermeneutici e, con essi, per la tenuta stessa delle istituzioni dello Stato di diritto. La posta in gioco era eminentemente politica.

Non è casuale che nel 1923 egli desse alle stampe l'ultima edizione del primo volume del suo *Commentario*, corredandola di un ampio *restatement* della questione dei decreti-legge e del sindacato del giudice ordinario, nel quale esplicitava le ragioni della svolta giurisprudenziale del 1922.

Se durante il Primo conflitto mondiale la decretazione d'urgenza si era affermata come «forma ordinaria di legiferazione»⁶⁶, nel Dopoguerra il Parlamento aveva progressivamente abdicato al proprio ruolo di garante dell'equilibrio statutario. Tale lassismo, scriveva Mortara, «fu la causa principale di quel movimento del popolo che portò al governo un partito più che mai incline a sorpassare le prerogative del Parlamento per assicurare la fermezza e la continuità delle istituzioni dello Stato»⁶⁷. E ancora, riferendosi alla legge 3 dicembre 1922 — «il governo del re ha facoltà di emanare fino al 31 dicembre 1923 disposizioni aventi vigore di legge» — egli precisava: «occorre riconoscere che tale indirizzo fu accettato, se non gradito al Parlamento, il quale non esitò a conferire al governo un'ampia delegazione di potestà legislativa appena ne fu richiesto, non manifestando

poi veruna opposizione al proseguimento quotidiano del sistema dei decreti-legge per ogni materia non compresa nella delegazione»⁶⁸.

Con pari nettezza Mortara rivendicava il mutamento giurisprudenziale cui aveva contribuito: «Nelle grandi questioni di diritto pubblico, la giurisprudenza non può mantenersi buddisticamente immobile e indifferente alla valutazione delle circostanze nelle quali col mutare del tempo, degli uomini, delle vicende politiche e sociali si presentano i delicati problemi che offrono materia ai suoi giudicati». Diversamente, il giudice «mancherebbe del suo ufficio che è ufficio diretto di sovranità cioè vera e alta funzione politica»⁶⁹.

Tale funzione doveva esercitarsi contro il profluvio della decretazione d'urgenza, divenuta da rimedio eccezionale a strumento ordinario di governo. «La necessità dell'abuso di potere ha generato (e non è difficile comprenderlo) il vizio dell'abuso»; e ormai «non sono pochi, né sono i meno importanti della infinita serie quei decreti-legge che rappresentano l'abuso vizioso compagno non desiderabile dell'abuso scusato da necessità»⁷⁰.

La rivendicazione più incisiva si manifestava nella parte del *Commentario* dedicata ad illustrare il recente orientamento giurisprudenziale in materia penale. Richiamando la propria motivazione — «essendone io stesso il compilatore, non ho bisogno di dichiarare il consenso pieno»⁷¹ — Mortara affermava l'incompatibilità tra decreto-legge non convertito e sanzione penale. La riserva di legge sancita dall'art. 1 del codice Zanardelli presupponeva una «legge sostanzialmente e formalmente perfetta», poiché essa tutelava «la suprema guarentigia della vita, della libertà,

dell'onore dei cittadini, assicurandogli che ogni lesione o diminuzione non provenga da quell'unico potere che è costituito per dettare norme generali e costanti atti a reprimere attività individuali [...] Concedere all'arbitrio del governo la creazione di reati e la determinazione delle pene sia pure con efficacia temporanea e provvisoria sarebbe il ritorno a superate forme politiche che la coscienza civile giusta esecrazione»⁷². Su questo punto non poteva ammettersi alcun cedimento: «il magistrato non può per veruna considerazione di opportunità deviare dalla linea dritta che legge e i principi fondamentali della giustizia gli hanno tracciato»⁷³.

La successione degli eventi conduce all'epilogo della carriera di Mortara nella magistratura del Regno. Le sentenze del 1922 maturarono in un contesto politico di rapida trasformazione. Non è privo di significato che la decisione del 16 novembre 1922 venisse depositata lo stesso giorno in cui Mussolini, dopo la marcia su Roma — della quale si limitò ad attendere l'esito a Milano —, presentava alle Camere la richiesta di fiducia nel discorso passato alla storia come quello del "bivacco": «Signori, quello che io compio oggi, in questa Aula è un atto di formale deferenza verso di voi [...] Potevo fare di questa Aula sorda e grigia un bivacco di manipoli... potevo sprangare il Parlamento e costituire un Governo esclusivamente di fascisti. Potevo: ma non ho, almeno in questo primo tempo, voluto»⁷⁴.

Non è questa la sede per analizzare nel dettaglio il collocamento a riposo di Mortara⁷⁵. È tuttavia evidente che egli apparisse incompatibile con il nuovo assetto imposto dal regime alla magistratura. Alla Procura generale fu chiamato Giovanni Appiani; alla presidenza della Cassazione unica Mariano

D'Amelio, destinato a imprimere una linea di indirizzo giurisprudenziale diametralmente opposta. Emblematica è la sentenza delle Sezioni Unite del 6 maggio 1924, nella quale si affermava che «il giudizio sulla necessità urgente e improrogabile di emanare un decreto-legge» — si legge nella (laconica) massima — «è demandato esclusivamente al potere esecutivo e non può essere oggetto di sindacato da parte dell'autorità giudiziaria»⁷⁶. A breve distanza sarebbe seguita la conversione massiva di ben 2376 decreti emanati negli anni precedenti attraverso la legge 473 del 1925 così come la legge 100 del 1926 che, come è noto, sancendo l'insindacabilità delle ragioni di urgenza e ampliando fino a due anni il termine per la conversione, completò il processo di "fascistizzazione" dell'ordinamento⁷⁷.

Cionondimeno, anche a dispetto del deciso *revirement* imposto dalla Suprema Corte, il tentativo introdotto dal giurista mantovano non scomparve dall'orizzonte del dibattito pubblico nei mesi successivi. Se Manfredi Siotto Pintor denunciava il ritorno al passato *in subiecta materia* e «il senso dell'ossequio incondizionato all'autorità»⁷⁸, la battaglia contro la proliferazione della decretazione e dello strapotere dell'Esecutivo avrebbe visto in Vittorio Emanuele Orlando uno dei suoi più accesi paladini di fronte ad un abuso che «offende la nostra coscienza di giuristi e il nostro senso di liberali»⁷⁹. Si trattò di uno scontro nel quale il giurista siciliano avrebbe dovuto destreggiarsi contro le critiche per aver fatto ricorso più volte, in qualità di Presidente del Consiglio dei Ministri, allo strumento della decretazione, ma che non lesinava punte polemiche anche nei confronti della "fuga in avanti" impressa dal giurista mantovano alla giurisprudenza del Supremo Collegio.

La penna di Orlando, come sempre lucidissima e ironica, paragonava le sentenze del 1922 in materia di decretazione d'urgenza ad un «tentativo, generoso nel fine, inadeguato nei mezzi» che «ebbe la sorte di certe offensive nell'ultima grande guerra; quando, cioè, le posizioni conquistate non soltanto non potevano essere mantenute, ma la controffensiva determinava il pericolo di perdere alcune delle primitive posizioni, le quali valevano almeno come... copertura»⁸⁰.

Quanto a Mortara — è noto — all'uomo non difettava *understatement*. Accettò con classe la giubilazione, rimase presente nel dibattito pubblico, e al compimento dei settant'anni chiese che alla sua morte non fosse celebrata commemorazione in Senato. Fu l'ultimo segno di un liberale coerente che — come ricordò il figlio Giorgio — contro il regime «aveva opposto la sovranità del diritto alla quale aveva sempre ispirato la propria dottrina e la propria azione»⁸¹.

- ¹ L. Mortara, *Qualche osservazione intorno ai poteri del giudice di appello in tema di esecuzione provvisoria*, in «Giurisprudenza italiana», 1903, parte I, sez. 2, coll. 493-500, col. 497. Per un profilo bio-bibliografico: F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, Giuffrè, 1991, *passim*; M. Meccarelli, *Lodovico Mortara*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, Ottava appendice, Diritto, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana Giovanni Treccani, 2012, pp. 459-462; N. Picardi, *Mortara, Lodovico*, in I. Biocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 1383-1386; M. Boni, *Il figlio del rabbino. Lodovico Mortara, storia di un ebreo ai vertici del Regno d'Italia*, Roma, Viella, 2018.
- ² «Il viaggio non soltanto allarga la mente, le dà forma». B. Chatwin, *Questo nomade nomade uomo*, in Id., *Anatomia dell'irrequietezza*, Milano, Adelphi, 2012, p. 25.
- ³ L. Lacchè, *Un organo intermedio tra il popolo ed il corpo legislativo*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 4, II, 2002, pp. 5-6.
- ⁴ A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965, pp. 3-45; C. Chisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1948*, Roma-Bari, Laterza, 1974, pp. 155-210; P. Colombo, *Storia costituzionale della monarchia italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 169-228; S. Cassese, *La crisi dello Stato liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 23-112.
- ⁵ Sul complesso panorama delle opinioni dottrinali: M. Fioravanti, *Le potestà normative del governo. Dalla Francia di Ancien Régime all'Italia liberale*, Milano, Giuffrè, 2009, in part. pp. 177-224.
- ⁶ A. Celotto, *L'"abuso" del decreto-legge*, Padova, Cedam, 1997, pp. 190-191. Significativo, come ricorda l'autore, che la stessa denominazione di decreto-legge compaia nel lemmario del legislatore solo a partire dal 1915 (ivi, p. 190) evidenziando altresì il successivo inserimento del tratto unificante tra i vocaboli "decreto" e "legge" stante il «peculiare connubio che si viene a creare tra i due vocaboli», ivi, p. 103.
- ⁷ Cass. Roma, 17.11.1888, in «Foro italiano», XV, 1890, I, pp. 8-26, p. 10.
- ⁸ Ivi, p. 11.
- ⁹ Ivi, p. 23.
- ¹⁰ Questi provvedimenti realizzano una delle «supreme espressioni della sovranità del Parlamento» attraverso «leggi con effetto retroattivo che sollevano dalla loro responsabilità persone che hanno violato la legge, e che in tal modo rendono legittimi atti che, all'epoca in cui vennero commessi, erano illegittimi». A. Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, [1915⁸], tr. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 194.
- ¹¹ M. Benvenuti, *Alle origini dei decreti-legge. Saggio sulla decretazione governativa d'urgenza e sulla sua genealogia nell'ordinamento giuridico dell'Italia prefascista*, in «Nomos. Le attualità nel diritto», 2, 2012, pp. 13-14.
- ¹² L. Mortara, *I decreti-legge nel diritto costituzionale italiano*, in «La riforma sociale», II, 1895, pp. 907-916, p. 908.
- ¹³ Ivi, p. 911.
- ¹⁴ Ivi, p. 912.
- ¹⁵ Ivi, p. 913.
- ¹⁶ *Ibidem*.
- ¹⁷ L. Albino, *Il problema dei Decreti-legge nel pensiero giuridico e nell'interpretazione giurisprudenziale di Lodovico Mortara*, in C. Murgia (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 1-19, p. 3.
- ¹⁸ L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano, Vallardi, 1899⁹, pp. 88-91.
- ¹⁹ Ivi, p. 97.
- ²⁰ *Ibidem*.
- ²¹ S. Sonnino, *Torniamo allo statuto*, in «Nuova antologia», LXVII, 1897, pp. 9-10.
- ²² L. Mortara, *Statuto, Corona, Parlamento*, in «La riforma sociale», IV, 1897, VII, pp. 175-185, p. 178.
- ²³ Sul tema: M. Meccarelli, *La questione dei decreti-legge tra dimensione fattuale e teorica: La sentenza della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 riguardo al r.d. 22 giugno 1899 n. 227*, in «Historia Constitucional», n. 6, 2005, pp. 263-283.
- ²⁴ U. Levra, *Il colpo di stato della borghesia. La crisi politica di fine secolo in Italia 1896/1900*, Milano, Feltrinelli, 1975, pp. 331-343. Nella storiografia giuridica: M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal 'Programma' di Carrara al 'Trattato' di Manzini*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», II, 1973, pp. 607-702; Id., *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, ivi, III-IV, 1974-75, pp. 557-642; Id., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232.
- ²⁵ L. Lucchini, *Il decreto-legge sui provvedimenti politici*, in «Rivista penale», 50, XXV, 1899, pp. 125-143 sul ruolo del penalista veneto nella turbolenta congiuntura di fine secolo: M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale. La Rivista Penale di Luigi Lucchini*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XVI, 1987, pp. 105-184.
- ²⁶ E.A. Porro, *Sul R. decreto 22 giugno 1899*, in «Monitore dei tribunali», 1899, p. 795.
- ²⁷ Cass. Roma, 20.2.1900, in «Foro italiano», XV, 1900, coll. 98-100, 100.
- ²⁸ L. Mortara, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di Cassazione (nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 20 febbraio 1900)*, in «Giurisprudenza italiana», 1900, col. 53.
- ²⁹ *Ibidem*.
- ³⁰ F. Racioppi, I. Brunelli, *Commen-*

to allo Statuto del Regno, I, Torino, UTET, 1909, p. 358.

³¹ L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano, Vallardi, 1909³, 107, p. 111.

³² Ivi, n. 108, p. 112.

³³ Ivi, p. 113. Sui caratteri specifici della flessibilità costituzionale nell'ordinamento italiano, da ultimo: L. Lacchè, *Lo Statuto albertino e la Costituzione repubblicana "a confronto"*, in Id., *La Costituzione nel Novecento. Percorsi storici e vicissitudini dello Stato di diritto*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 1-35, in part. pp. 17-28.

³⁴ Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile* cit., 109, p. 113.

³⁵ Ivi, 105, p. 97.

³⁶ *Ibidem*. Del resto, Mortara mostrava di tenere in conto i possibili inconvenienti di un sindacato diffuso sul versante, centrale nella cultura giuridica liberale, della certezza del diritto. In tal caso, egli commentava «la competenza ad esaminare se la legge abbia o meno i requisiti [...] della costituzionalità spetterebbe caso per caso a tutti i singoli conciliatori e pretori, a ciascuno dei tribunali, a ciascuna delle corti che pullulano il territorio italiano. È facile avvisare il pericolo che ne deriverebbe di contraddizioni, di dispareri, di confusione su tutta la linea», ivi, n. 113, p. 118.

³⁷ G. Bascherini, *Lo stato d'assedio nell'esperienza statutaria italiana*, in «Giurisprudenza costituzionale», XXXIX, 1994, pp. 4267-4315; F. Colao, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento tra «giustizia penale eccezionale» e «repressione necessaria e legale [...] nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale»*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVI, 2007, 1, pp. 697-742.

³⁸ S. Merlini, *Il governo costituzionale*, in R. Romanelli (a cura di), *Storia dello Stato italiano. Dall'Unità ad oggi*, Roma, Donzelli, 1995, p. 31.

³⁹ P. Colombo, *La «ben calcolata inazione»*, *Corona, Parlamento e ministri nella forma di governo statutaria*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, Torino, Einaudi, 2001, pp. 67-90.

⁴⁰ M. Fioravanti, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, cit., pp. 3-87; M. Fioravanti, *Costituzionalismo moderno. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 87-140.

⁴¹ S. Cassese, *La decretazione d'urgenza: le colpe dello Stato liberale*, in V. Casamassima, A. Frangioni (a cura di), *Parlamento e Storia d'Italia, II, Procedure e politiche*, Pisa, Edizioni della Normale, 2016, pp. 209-214.

⁴² M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 60-61.

⁴³ C. Latini, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005; Ead., *Il governo legislatore. Espansione dei poteri dell'esecutivo e uso della delega legislativa in tempo di guerra*, in F. Benigno, L. Scuccimarra (a cura di), *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*, Roma, Viella, 2007, pp. 197-220.

⁴⁴ G. Giolitti, *Memorie della mia vita*, Milano, Garzanti, 1945³, p. 557.

⁴⁵ G. Giolitti, in *AP Senato*, XXV legislatura, 15.7.1920, p. 1245.

⁴⁶ L. Mortara, in *AP Senato*, XXVI legislatura, 15.3.1921, p. 1591.

⁴⁷ Cass. Roma, 24.01.1922, in «Giurisprudenza italiana», 1922, parte I, sez. I, coll. 66 ss.

⁴⁸ Cass. Roma, 16.11.1922, in «Giurisprudenza italiana», 1922, parte II, coll. 929 ss.

⁴⁹ Cass. Roma, 30.12.1922, in «Giurisprudenza italiana», 1923, parte II, coll. 1 ss. Sul punto: Boni, *Il figlio del rabbino*, cit. pp. 108 ss.

⁵⁰ Cass. Roma, 24.01.1922 cit., col. 66.

⁵¹ Cass. Roma, 16.11.1922 cit., col. 929. Per comprendere la portata ormai alluvionale della decretazione d'urgenza vale la pena di riportare quanto scritto da Manfredi Siotto Pintor: «Dalla emanazione dello Statuto fino a tutto il 1913 non si contano nella nostra Raccolta di leggi e decreti, più di duecentosessanta decreti-legge con una media annua di quaranta appena, se ne contano 3250 dal 1914 ai nostri giorni con una media di trecento sessanta, l'acme è segnata dal 1919 che ne vide più di un migliaio!» M. Siotto Pintor, *Nota a Cass. Roma 16.11.1922*, in «Foro italiano», 1923, parte 1, I, p. 3. Sul punto, Albino, *Il problema dei Decreti-legge* cit., pp. 8-9.

⁵² Cass. Roma 16.11.1922, in «Giurisprudenza italiana», 1922, parte II, col. 930.

⁵³ Ivi, col. 931.

⁵⁴ Cass. Roma, 30.12.1922, in «Giurisprudenza italiana», 1923, col. 3.

⁵⁵ M. Meccarelli, *Il grande assente? Controllo di costituzionalità e giurisprudenza suprema nell'Italia post-unitaria*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 4, 2002, pp. 173-181.

⁵⁶ M. Meccarelli, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisprudenza in una prospettiva comparata*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 254.

⁵⁷ M. Troper, *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 133-151, tr. it. *Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1989, pp. 215-248.

⁵⁸ Ivi, p. 230.

⁵⁹ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, II, [1922], Paris, Dalloz, 2003, p. 602.

⁶⁰ Troper, *Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale* cit. p. 231.

- ⁶¹ R. Carré de Malberg, *La constitutionnalité des lois et la Constitution*, in «Revue politique et parlementaire», 10 settembre 1927; Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, II, [1922], cit., p. 603. Sul punto, cfr. Troper, *Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovranità costituzionale* cit., p. 231.
- ⁶² A. Laquière, *État de droit e sovranità nazionale in Francia*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 284-316, p. 294. Sul punto Fioravanti, *Le potestà normative*, cit., pp. 166-167.
- ⁶³ S. Satta, *Attualità di Lodovico Mortara* [1968], in Id., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Iliaso, Nuoro, 2005, p. 395.
- ⁶⁴ M. Taruffo, *Il fatto e l'interpretazione*, in B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar, D. Pulitanò (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Atti del VII Convegno nella facoltà di giurisprudenza - Università di Milano Bicocca, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 123-140, p. 135. Sulla riflessione mortariana in tema d'interpretazione: L. Lacchè, «Personalmente contrario giuridicamente favorevole». La "sentenza Mortara" e il voto politico alle donne (25 luglio 1906), in N. Shano (a cura di), *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocatessa italiana*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 99-151.
- ⁶⁵ Non è un caso che nel panorama storiografico sia stata sottovalutata la centralità, nel pensiero mortariano, della distinzione tra «statica (legge) e dinamica (giurisprudenza) del diritto». (M. Meccarelli, *Giurisprudenza penale e legalità nel pensiero di Lodovico Mortara*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVI, 2007, 1, pp. 957-79, p. 975.) A ben vedere, la strettissima implicazione assunta sul piano costituzionale del rapporto tra legge e giurisprudenza nei moderni regimi rappresentativi implica che il giudice, rifuggendo al tempo stesso «le lusinghe fal-
- laci dell'astrazione pura» così come di un «pedestre empirismo», interpreti la legge attraverso un metodo critico mediante una lettura funzionalistica in chiave storico-sociologica, per coglierne così «le mutazioni sostanziali anche là dove radicali cangiamenti esterni non valgono a denunciarli». L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano, Vallardi, 1909³, pp. VII-VIII. Sul tema, diffusamente: Meccarelli, *Giurisprudenza penale e legalità nel pensiero di Lodovico Mortara*, cit., in part. pp. 971-972.
- ⁶⁶ L. Mortara, *Nuove osservazioni sui decreti-legge*, Appendice prima a Id., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano, Vallardi, 1923⁵, pp. 809-830, n. 545, p. 816.
- ⁶⁷ Ivi, 541, p. 809.
- ⁶⁸ Ivi, p. 810.
- ⁶⁹ Ivi, 545, pp. 815-816. Del resto, come aveva precisato Mortara il potere giudiziario rappresentava un attributo «sostanzialissimo» della sovranità in quanto «le leggi non servirebbero allo scopo della loro promulgazione, se alla sovranità non spettasse eziandio l'altro attributo di vegliare alla loro osservanza, e di imporla coattivamente, ove ci sia bisogno». L. Mortara, *Lo Stato moderno e la giustizia*, Milano-Torino-Napoli, Unione tipografico-editrice, 1885, p. 13.
- ⁷⁰ Mortara, *Nuove osservazioni sui decreti-legge*, cit., 542, p. 812.
- ⁷¹ *Ibidem*.
- ⁷² Ivi, p. 826.
- ⁷³ Ivi, p. 827.
- ⁷⁴ B. Mussolini, in *AP Camera*, XXVI legislatura, 16.11.1922, pp. 8390-8391.
- ⁷⁵ A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, Il Mulino, 2013, in part. pp. 145-170; Ead., *Magistrati e ordinamento giudiziario negli anni della dittatura*, in G. Melis (a cura di), *Lo Stato degli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 243-276.
- ⁷⁶ Cass., 6.5.1924, in «Giurisprudenza italiana», 1924, I, pp. 536-538.
- ⁷⁷ C. Heller, *L'Europa e il fascismo*, a cura di C. Amirante, Milano, Giuffrè, 1987, p. 126. In merito, le riflessioni di Albino, *Il problema dei Decreti-legge* cit., p. 19.
- ⁷⁸ M. Siotto Pintor, *Ritorno al passato in tema di decreti-legge*, in «Foro italiano», 1924, I, p. 786.
- ⁷⁹ V.E. Orlando, *Ancora dei decreti-legge (per fatto personale)*, in «Rivista di diritto pubblico e dalla pubblica amministrazione in Italia», 1925, I, pp. 209-210, ora in Id., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, Giuffrè, 1940, pp. 340-351, p. 351. Sul punto, Benvenuti, *Alle origini*, cit., p. 41.
- ⁸⁰ Ivi, p. 342.
- ⁸¹ G. Mortara, *Appunti biografici su Lodovico Mortara*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XIX, 1990, pp. 107-113, p. 113.