

ANNO VI. N. 1-2 — MARZO-GIUGNO - 1932. X.

STVDI VRBINATI

RIVISTA DI SCIENZE GIVRIDICHE

DIRETTA DA

ARNALDO BERTOLA

prof. di diritto ecclesiastico, preside
della facoltà di giurisprudenza

LUIGI RENZETTI

presid. della R. Accademia Raffaello

CARLO GIROLA

prof. di diritto amministrativo

CANZIO RICCI

prof. di medicina legale e rettore
dell'Università



S. T. E. U. - VRBINO

IN VRBINO: PRESSO L'VNIVERSITÀ DEGLI STVDI

SOMMARIO

GAETANO MORELLI, <i>Norme dispositive di diritto internazionale</i>	Pag. 1
FRANCESCO ROVELLI, <i>La sentenza della Magistratura del Lavoro</i>	„ 46
MARIO EINAUDI, <i>Interpretazioni europee della dottrina americana del sindacato di costituzionalità delle leggi</i>	„ 66
ALBERTO MONTEL, <i>Nota sul fr. 36 § 1 D. ad legem aquiliam IX, 2</i>	„ 90

COMITATO DI REDAZIONE

I professori dell'Università di Urbino: Arnaldo Bertola, Ugo Brasiello, Francesco Calasso, Mario Casanova, Carlo Girola, Nicola Jäger, Gaetano Morelli, Lino Salis, Ugo Tombesi.

COLLABORATORI

Gli ex-professori dell'Università di Urbino: Luigi Abello, Ageo Arcangeli, Alberto Asquini, Guido M. Baldi, Gian Piero Bognetti, Guido Bonolis, Biagio Brugi, Giovanni Cristofolini, Francesco d'Alessio, Menotti De Francesco, Arnaldo De Valle, Agostino Diana, Guido Donatuti, Francesco Ercole, Giuseppe Ermini, Carlo Ferraj, Eugenio Florian, Andrea Guarneri Citati, Isidoro La Lumia, Lando Landucci, Ruggero Luzzatto, Teodosio Marchi, Francesco Messineo, Roberto Montessori, Umberto Navarrini, Oreste Nigro, Ferruccio Pergolesi, Mario Ricca Barberis, Alfredo Rocco, Arturo Rocco, Lanciotto Rossi, Mario Rotondi, Giovanni Salemi, Francesco Santoro-Passarelli, Roberto Scheggi, Antonio Scialoja, Manfredi Siotto Pintor, Arnaldo Volpicelli, Adolfo Zerboglio.

CONDIZIONI D' ABBONAMENTO

Abbonamento annuo: per il Regno L. 20; per l'Estero L. 25; un numero separato L. 5. Doppio L. 10.

Redazione e Amministrazione: presso l'Università degli Studi di Urbino.

STVDI VRBINATI

ANNO VI

S.T.E.U. - URBINO

1932 - XI

STVDI VRBINATI

(ANNO VI 1932 XI)

SOMMARIO

ARTICOLI:

Num. 1-2

GAETANO MORELLI - <i>Norme dispositive di diritto internazionale</i> . . .	Pag.	1
FRANCESCO ROVELLI - <i>La sentenza della Magistratura del Lavoro</i> . . .	"	46
MARIO EINAUDI - <i>Interpretazioni europee della dottrina americana del sindacato di costituzionalità delle leggi</i>	"	66
ALBERTO MONTEL - <i>Nota sul fr. 36 § 1 D. ad legem aquiliam IX, 2</i> . . .	"	90

Num. 3-4.

RAFFAELE RESTA - <i>Lineamenti d'una teoria generale dell'autarchia</i> . . .	"	1
GIUSEPPE GIARDINA - <i>Osservazioni sulle leggi spagnuole in Italia</i> . . .	"	33
UGO TOMBESI - <i>Nel turbine della crisi</i>	"	45

RECENSIONI:

Num. 3-4.

TEUCRO BRASIELLO - <i>Il nuovo codice penale - La parte generale</i> (Arnaldo Bertola)	"	63
UMBERTO BORSI - <i>Corso di diritto coloniale - Parte generale</i> (Arnaldo Bertola)	"	64
FRANCESCO ERCOLE - <i>Sulla origine Francese e le vicende in Italia della formula "Rex superiorem non recognoscens est princeps in regno suo" in "Archivio storico italiano", serie VII, vol. XVI, 2, (a. 1931), pp. 197-238. (Francesco Calasso)</i>	"	66

NORME DISPOSITIVE DI DIRITTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: — 1. Norme dispersive: cedevoli e suppletive. — 2. L'ambito di applicabilità del concetto di norma cedevole nel diritto interno. — 3. Il problema delle norme cedevoli nel diritto internazionale. Deroga mediante dichiarazioni di volontà diverse dall'accordo. — 4. Deroga mediante accordo. — 5. Deroga, mediante accordo, di norme che non desumano dall'accordo la loro efficacia. — 6. Deroga, mediante accordo, di norme poste mediante accordo precedente. — 7. Varie ipotesi: a) accordi successivi fra i medesimi soggetti. — 8. b) accordi successivi fra soggetti parzialmente diversi. — 9-12. c) accordo derogatorio fra alcuni dei soggetti dell'accordo derogato. — 13. Concetto di norma suppletiva e sua applicabilità nel diritto interno. — 14. Applicabilità del concetto di norma suppletiva nel diritto internazionale: a) riguardo a dichiarazioni di volontà diverse dall'accordo. — 15-16. b) riguardo ad accordi.

1. — Negli ordinamenti statuali le norme giuridiche, in particolare quelle che vengono generalmente qualificate di diritto privato (1), si distinguono nelle due categorie delle norme *assolute* o *cogenti* e delle norme *dispositive* (2). Le prime contengono un regolamento dei rapporti che si impone alla volontà dei soggetti, nel senso che

(1) Evidentemente non può, invece, limitarsi a considerare la distinzione nei riguardi delle sole norme di diritto privato chi pone appunto nel carattere cogente o dispositivo della norma il criterio di distinzione fra diritto pubblico e diritto privato. Così W. BURCKHARDT, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, Basel, 1927, pag. 10 segg.

(2) Cfr. in particolare ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, München u. Leipzig, 1914, vol. I, pag. 270 seg.; FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, 6^a ed., Napoli, 1910, pag. 86 segg.; BURCKHARDT, *op. cit.*, pag. 24 segg.; BETTI, *Corso di istituzioni di diritto romano*, vol. I, Padova, 1928, pag. 73 segg.

questi non possono ad esso sostituire un regolamento diverso (1); le seconde invece stabiliscono un regolamento dei rapporti che ha efficacia solo condizionatamente all'assenza di un regolamento divergente stabilito dalla volontà privata. Le norme dispositive, poi, si distinguono in norme *dispositive in senso stretto* o *cedevoli* (*nachgiebiges Recht*) e norme *suppletive* (*ergänzendes Recht*) in relazione al diverso presupposto dell'efficacia del regolamento in esse stabilito, presupposto che consiste per le prime nell'assenza di un negozio giuridico diretto a regolare il rapporto in maniera diversa e per le seconde nella esistenza di lacune nel negozio giuridico, lacune che le norme suppletive sono appunto dirette a colmare. Sicchè tanto le norme cedevoli quanto le norme suppletive presuppongono la possibilità di un negozio giuridico diretto a regolare in maniera autonoma quei medesimi rapporti che esse disciplinano, poichè le norme cedevoli in tanto sono tali in quanto ammettono la possibilità di deroga mediante un negozio giuridico e le norme suppletive in tanto ricevono applicazione in quanto esiste un negozio giuridico di un determinato tipo, le cui incomplete disposizioni occorre integrare.

Il negozio giuridico, mediante il quale ha luogo la deroga della norma cedevole o che viene integrato, in caso di lacuna, dalla norma suppletiva, trae la sua efficacia da una norma giuridica che attribuisce all'autonomia privata il potere di regolare quei medesimi rapporti che, condizionatamente al mancato o all'incompleto esercizio di tale autonomia, sono regolati dalla norma cedevole o dalla norma suppletiva. La norma su cui riposa l'efficacia del negozio giuridico diretto a regolare in maniera divergente il rapporto disciplinato dalla norma dispositiva (cedevole o suppletiva) è presupposta dalla norma suppletiva, la quale, appunto in vista di quella norma, ha lo scopo di provvedere alle esigenze di integrazione del negozio giuridico che sulla base di quella norma viene posto in essere; accompagna invece la norma cedevole, la quale, considerata

(1) Sono quindi cogenti anche quelle norme che regolano rapporti i quali non si costituiscono che per effetto di un negozio giuridico, ma rispetto ai quali il negozio non può sostituire un diverso regolamento a quello legale. Sul regolamento legale imperativo cfr. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1928, pagg. 10 seg. e 24 seg.

in sè e per sè, prescinde dalla ipotesi di regolamento negoziale del rapporto e, solo in quanto è accompagnata appunto dalla norma che dà a questo regolamento la prevalenza su quello normativo, assume il carattere di norma cedevole. Poichè il carattere cedevole della norma deriva dalla relazione in cui essa si trova con un'altra norma la quale consente all'autonomia privata di regolare in maniera diversa il rapporto, è perfettamente esatto parlare di *deroga* della norma cedevole, in quanto al negozio giuridico è dalla norma che accompagna la norma cedevole attribuita l'efficacia di sostituire un diverso regolamento a quello stabilito da quest'ultima norma; il negozio giuridico, mentre è attuazione della norma da cui esso trae la sua efficacia, ha per effetto di eliminare, per il rapporto cui ha riguardo, il regolamento stabilito dalla norma cedevole, quindi di derogarvi (1).

È nostro proposito indagare se il concetto di norma dispositiva, nelle due distinte figure di norma cedevole e di norma suppletiva, trovi possibilità di applicazione nell'ordinamento giuridico internazionale. Terremo, a tale uopo, presente unicamente il concetto di norma dispositiva (cedevole o suppletiva) quale è stato sopra precisato, prescindendo del tutto da qualsiasi diverso significato in cui la medesima espressione possa essere intesa. Prescinderemo in particolare dal significato che all'espressione diede il Bülow (2), intendendo per norme dispositive quelle norme che attribuiscono ai soggetti il potere di produrre, mediante dichiarazioni di volontà, effetti giuridici. Queste norme, come si è visto, sono presupposte da una delle categorie in cui si distinguono le norme che sono dispositive secondo il significato che abbiamo dato a tale espressione, cioè dalla categoria delle norme suppletive, e accompagnano le altre norme dispositive, quelle cedevoli, in quanto attri-

(1) La mancata distinzione fra la norma che regola materialmente il rapporto e la norma che fa prevalere su tale regolamento quello negoziale, conferendo alla prima il carattere di norma cedevole, è la ragione per cui, p. es. dal COVIELLO (*Manuale di diritto civile italiano, Parte generale*, 3^a ed., Milano, 1924, pag. 14), si è ritenuto non potersi propriamente parlare di *deroga* della norma cedevole.

(2) *Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, in *Archiv für die Zivilistische Praxis*, 1881, pag. 1 segg. Cfr. pure, per il rapporto che l'argomento ha con quello delle norme cedevoli e delle norme suppletive, ZITELMANN, *op. cit.*, pag. 271.

buiscono alla volontà privata lo specifico effetto di sostituire un diverso regolamento a quello stabilito da tali norme; ma non si confondono nè con le une nè con le altre. Si è invece attenuto al significato del Bülow, indagando il problema delle norme dispositive nell'ordinamento internazionale, il Radnitzky (1), il quale ha tentato appunto di determinare la parte che in tale ordinamento ha la volontà dei soggetti sia nel momento della posizione delle norme (carattere contrattuale di tutto il diritto internazionale) sia per ciò che concerne la loro estinzione (denuncia, clausola *rebus sic stantibus*) e la loro deroga. È certo che, sotto quest'ultimo riguardo, il problema studiato dal Radnitzky ha stretta attinenza col nostro, essendo la caratteristica delle norme cedevoli costituita appunto dalla possibilità della loro deroga. Ma, dato il diverso punto di vista da cui il Radnitzky si pone, in quanto egli considera la deroga semplicemente come una delle tante possibili manifestazioni del potere riconosciuto alla volontà dei subietti dall'ordinamento giuridico per mezzo di quelle norme che, secondo la terminologia del Bülow, seguita dal Radnitzky, costituiscono la categoria delle norme dispositive, possiamo affatto prescindere, anche per quanto concerne tale argomento, dal lavoro di questo ultimo autore, lavoro che, del resto, presenta al riguardo, dal punto di vista della costruzione scientifica, ben scarso interesse come quello che si limita ad una esemplificazione dei trattati suscettibili di deroga, senza punto determinare il significato e la portata della clausola espressa o tacita che ammette la deroga.

2. — Incominciamo dalle norme cedevoli. A proposito delle quali occorre innanzi tutto, dopo quanto si è detto circa il loro carattere, determinare l'ambito di applicabilità del concetto nello stesso diritto interno.

Nel diritto interno si è generalmente considerato il concetto di norma cedevole in relazione alla derogabilità della norma mediante negozio giuridico privato. Si è quindi riconosciuto valore decisivo, per la determinazione di quel concetto, al mezzo tecnico con cui la

(1) *Dispositives Völkerrecht*, in *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1914, pag. 656 segg.

deroga si opera, riponendosi in conseguenza il fondamento del carattere cedevole della norma esclusivamente nel riconoscimento di una sfera di autonomia privata. Non sembra, invece, che si sia avuto riguardo alla coincidenza fra i soggetti che hanno il potere di derogare alla norma e i soggetti del rapporto giuridico disciplinato dalla norma; tanto vero che si citano come esempi di norme cedevoli le norme relative alla successione legittima, le quali possono essere derogate mediante il testamento, cioè mediante una dichiarazione di volontà che, considerata rispetto al tempo in cui ha efficacia, non proviene da nessuno dei soggetti dei rapporti giuridici sui quali essa opera, in quanto essa opera, anzi, determinando quali siano i soggetti dei rapporti medesimi.

Ora, se non può negarsi l'importanza soprattutto pratica della categoria delle norme la cui deroga si opera per effetto di negozi giuridici privati (bilaterali od unilaterali), sembra, dal punto di vista della struttura della norma, che il fenomeno non cambi quando si consideri la possibilità di deroga la quale abbia luogo per effetto di dichiarazioni di volontà diverse dai negozi giuridici privati. Qui muta semplicemente il mezzo tecnico con cui si opera la deroga, muta cioè il carattere della dichiarazione di volontà idonea a sostituire al regolamento normativo del rapporto un regolamento diverso; ma si ha sempre una norma che presenta la caratteristica, costante delle norme cedevoli, di disciplinare determinati rapporti mentre un'altra norma, che ad essa si accompagna, attribuisce alla dichiarazione di volontà di uno o più soggetti l'effetto di porre un regolamento dei medesimi rapporti diverso da quello stabilito dalla prima norma. La dichiarazione di volontà cui viene riconosciuto questo effetto può, quindi, provenire sia da entrambi i soggetti del rapporto sia da uno solo di essi sia anche da un soggetto estraneo; e può provenire sia da un soggetto di diritto privato sia da un soggetto di diritto pubblico, ad esempio dallo Stato. Dichiarazioni di volontà statuali dirette a derogare a norme giuridiche si hanno tanto in atti amministrativi (per es. nell'atto di dispensa) quanto in atti giurisprudenziali (in alcuni tipi di sentenze dispositive).

Assume il carattere di norma cedevole anche la norma che è suscettibile di deroga mediante un fatto che sia contemplato dall'ordinamento giuridico quale fatto di produzione giuridica: così la norma posta da una legge, la quale regola determinati rapporti condizionatamente all'assenza di una diversa norma posta da una consue-

tudine o da un regolamento. La caratteristica di questo tipo di norme cedevoli è data dal fatto che la norma, da cui esse sono accompagnate e da cui deriva la loro derogabilità, è una norma sulla produzione giuridica, la quale conferisce ad un determinato processo di produzione giuridica un potere che altrimenti non avrebbe, cioè il potere di prevalere su norme poste mediante un processo di produzione giuridica avente normalmente, rispetto a quello, una maggiore efficacia. Da ciò deriva che non può considerarsi norma cedevole la norma che, come in genere tutte le norme, sia derogabile per effetto di un processo di produzione giuridica avente un'efficacia pari o maggiore dell'efficacia del processo di produzione giuridica mediante il quale la norma fu posta; in tal caso la derogabilità della norma deriva non già da un'altra norma da cui sia accompagnata, ma da una norma ad essa preesistente e da cui anzi essa stessa desume la propria giuridicità. Così la considerazione che una norma posta mediante una legge può essere derogata da una legge successiva non può servire a far riconoscere a quella norma il carattere di norma cedevole, appunto perchè la derogabilità della norma è indipendente dal processo di produzione giuridica con cui essa viene posta e deriva invece dalla norma sulla produzione giuridica da cui il processo stesso è contemplato.

Occorre appena rilevare che la speciale caratteristica che distingue le norme cedevoli, che sono tali in quanto derogabili mediante un fatto di produzione giuridica, dalle norme cedevoli generalmente considerate dalla dottrina, cioè da quelle derogabili mediante negozi giuridici privati, caratteristica consistente nella speciale natura del mezzo tecnico onde la deroga si opera, sparisce del tutto qualora si accolga la tesi che riconosce al negozio giuridico privato (in particolare al contratto e al testamento) l'effetto di porre norme giuridiche e quindi la natura (comune alla consuetudine, al regolamento, ecc.) di processo di produzione giuridica.

3. — Il problema delle norme cedevoli nel diritto internazionale (1) non presenta difficoltà di sorta ove si consideri, con riguardo

(1) Osserviamo fin d'ora che il concetto di norma dispositiva (cedevole) è ritenuto dal CAVAGLIERI (*Concetto e caratteri del diritto internazionale generale*, in *Riv. di dir. internaz.*, 1921-22, pag. 489 segg.) ammissibile nel campo del di-

alle norme poste mediante il processo ordinario dell'accordo, la possibilità di deroga per effetto di dichiarazioni di volontà diverse dall'accordo. In tal caso la norma giuridica internazionale assume il carattere di norma cedevole per la ragione che, mediante lo stesso accordo con cui essa viene posta, viene posta altresì una norma che attribuisce a una determinata dichiarazione di volontà l'efficacia di stabilire un regolamento dei rapporti diverso da quello stabilito dalla norma. La dichiarazione di volontà, cui è attribuita tale efficacia derogatoria, può essere dichiarazione di volontà di uno dei destinatari della norma, il quale si trovi investito rispetto agli altri del potere giuridico di sostituire al regolamento normativo dei loro rapporti un regolamento diverso; può essere dichiarazione di volontà di un soggetto estraneo alla cerchia dei destinatari della norma (1); può

riito internazionale, ma in uno speciale significato e con riferimento ad un problema tutto particolare. Il Cavaglieri, indagando la natura delle norme appartenenti al cosiddetto diritto internazionale generale, esclude che queste norme sfuggano al principio per cui qualsiasi obbligo internazionale debba esclusivamente fondarsi su una libera manifestazione di volontà dello Stato (volontà che il Cavaglieri nega che possa ritenersi tacitamente manifestata dal nuovo Stato col fatto stesso di accedere ad un dato tipo di relazioni internazionali, col che verrebbe ad aderire necessariamente al diritto che comunemente le regola). D'altra parte, osserva il Cavaglieri, il nuovo Stato, una volta riconosciuto, entra in un ambiente giuridico precostituito in cui vigono principi consolidati da una tradizione largamente accettata, ai quali esso non può agevolmente sottrarsi; si aggiunga inoltre che far dipendere la formazione delle norme atte a conferire ai rapporti internazionali la regolamentazione necessaria da accordi particolari, da rifarsi ad ogni caso concreto, sarebbe creare un grave ostacolo, un ritardo indefinibile al regolare sviluppo dei rapporti in questione. Per il Cavaglieri la conciliazione tra le accennate contrastanti esigenze si trova nel qualificare le norme del così detto diritto internazionale generale come diritto internazionale *dispositivo*, inteso non già in contrapposizione con un diritto *cogente*, di cui il Cavaglieri nega la legittimità, bensì per se stesso come le norme che obbligano gli Stati in quanto questi non abbiano provveduto, con particolari accordi, a conferire al rapporto concreto un regolamento diverso. Come si vede, il concetto di norma *dispositiva* si trova, secondo questa tesi, collegato con la determinazione della natura di una particolare categoria di norme internazionali, cioè con un problema che non sarebbe possibile prendere in considerazione senza uscire dai limiti del presente lavoro.

(1) Tale soggetto può considerarsi munito, nei riguardi dei destinatari della norma, di un vero e proprio *potere giuridico* di derogare al regolamento dei loro rapporti stabilito da quest'ultima, solo in quanto abbia partecipato all'accordo con cui si è conferita efficacia derogatoria alla sua dichiarazione di volontà.

essere, infine, dichiarazione di volontà espressa da una collettività di soggetti attraverso un loro organo collettivo.

Un esempio della prima ipotesi è dato dall'art. 1 della Convenzione dell'Aja del 17 luglio 1905 sulla procedura civile. Questo articolo, dopo aver disposto, nella prima parte dell'alinea 1, che "En matière civile ou commerciale, les significations d'actes à destination de personnes se trouvant à l'étranger se feront, dans les Etats contractants, sur une demande du consul de l'Etat requérant adressée à l'autorité qui sera désignée par l'Etat requis", aggiunge al 3° alinea: "Chaque Etat contractant peut déclarer, par une communication adressée aux autres Etats contractants, qu'il entend que la demande de signification à faire sur son territoire, contenant les mentions indiquées à l'alinéa 1^{er}, lui soit adressée par la voie diplomatique", (1). Mentre il primo alinea contiene la norma materiale che stabilisce un dato regolamento dei rapporti tra le parti, il secondo alinea contiene la norma che conferisce alla prima il carattere di norma cedevole, in quanto accorda a ciascuno dei destinatari di essa il potere giuridico verso gli altri di determinare, mediante una propria dichiarazione di volontà, una modificazione, sia pure in una sola determinata guisa, di quel regolamento (2).

(1) Conforme l'alinea 3° dell'art. 9 relativo alla trasmissione delle rogatorie.

(2) Un altro esempio è fornito dalla Dichiarazione di Londra del 26 febbraio 1909 relativa al diritto di guerra marittima. La Dichiarazione, dopo aver determinato, agli art. 22 e 24, gli oggetti che sono di pieno diritto considerati contrabbando assoluto e condizionale rispettivamente, ammette, con gli art. 23 e 25, che ciascuna Potenza, mediante un suo atto unilaterale, aggiunga altri oggetti alle due liste, con la sola limitazione che deve trattarsi rispettivamente di oggetti impiegati esclusivamente alla guerra (contrabbando assoluto) o suscettibili di servire tanto ad usi bellici quanto ad usi pacifici (contrabbando condizionale). Non si può, invece, ritenere, come fa il RADNITZKY (*op. cit.*, pag. 661), che il carattere cedevole delle norme contenute negli art. 22 e 24 derivi altresì dall'art. 26, poichè qui si contempla semplicemente la rinuncia a considerare contrabbando di guerra alcuni degli oggetti indicati in quegli articoli, stabilendosi soltanto che tale rinuncia debba essere notificata.

Non si può nemmeno, con lo stesso RADNITZKY (*op. cit.*, pag. 660), ricordare, quale esempio di norma cedevole, l'art. 5 della Convenzione dell'Aja del 12 giugno 1902 per regolare i conflitti di legge in materia di matrimonio, il quale articolo, dopo avere stabilito "Sarà riconosciuto dovunque come valido quanto alla forma il matrimonio celebrato secondo la legge del paese dove è stato contratto",

Fra gli atti giuridici unilaterali, la cui possibilità conferisce alla norma il carattere di norma cedevole, possono comprendersi anche quegli atti che influiscono sui limiti di applicabilità della norma, per es. estendendone l'applicabilità alle colonie o ai possedimenti (1). Non può, invece, in tale categoria di atti compren-

soggiunge: «I paesi la cui legislazione esige una celebrazione religiosa potranno tuttavia non riconoscere come validi i matrimoni contratti dai loro nazionali all'estero senza l'osservanza di questa prescrizione». Qui non si fa dipendere da una dichiarazione di volontà dello Stato l'estinzione dell'obbligo suo di riconoscere come validi quei dati matrimoni; si esclude, invece, senz'altro che tale obbligo sussista, limitandosi così la portata della prima parte dell'articolo.

Norme cedevoli, in quanto derogabili per effetto di dichiarazioni di volontà unilaterali, si hanno nell'art. 3, 2° comma, del trattato del Laterano. La norma che stabilisce che la piazza di S. Pietro rimane aperta al pubblico ed è soggetta ai poteri di polizia dello Stato italiano, è derogabile, poichè la Santa Sede può, in vista di particolari funzioni, sottrarre la piazza al libero transito del pubblico e determinare l'obbligo delle autorità italiane di ritirarsi. Derogabile è pure la norma che vieta l'accesso nella Basilica alle autorità italiane in quanto queste possono essere, invece, invitate ad intervenire dalle competenti autorità pontificie.

(1) Veggasi l'art. 26, 1° comma, della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche del 9 settembre 1886, riveduta a Berlino il 13 novembre 1908 ed a Roma il 2 giugno 1928: «Chacun des Pays de l'Union peut, en tout temps, notifier par écrit au Gouvernement de la Confédération suisse que la présente convention est applicable à tout ou partie de ses colonies, protectorats, territoires sous mandat ou tous autres territoires soumis à sa souveraineté ou à son autorité, ou tous territoires sous suzeraineté, et la Convention s'appliquera alors à tous les territoires désignés dans la notification». Il 2° comma, poi, prevede una notificazione diretta ad escludere l'applicabilità della convenzione in tutti o in parte dei territori indicati nella notificazione prevista al comma precedente. Si vegga pure l'art. 11 della Convenzione di Parigi dell'11 ottobre 1909 relativa alla circolazione delle automobili. Non si può, invece, ricordare a questo proposito, come fa il RADNITZKY (*op. cit.*, pag. 659), l'art. 26 della Convenzione dell'Aja sulla procedura civile, poichè, secondo questo articolo (identico all'art. 12 della Convenzione, pure del 17 luglio 1905, sui conflitti di legge relativi agli effetti del matrimonio sui diritti e doveri dei coniugi nei loro rapporti personali e sui beni dei coniugi), la notificazione, con cui uno Stato contraente esprime il desiderio che la convenzione abbia vigore nei propri territori, possedimenti o colonie, situati fuori d'Europa, o nei propri distretti consolari giudiziari, non ha per sè l'effetto di estendere la sfera di applicabilità della convenzione, ma solo in quanto sia seguita da una dichiarazione affermativa e unicamente nei rapporti fra gli Stati che avranno risposto con tale dichiarazione. Essa ha quindi il valore di una semplice proposta; la deroga alla convenzione avrà luogo solo per effetto

dersi la denuncia (1), dato che, per effetto di essa, si ha non già una deroga alla norma (mediante la sostituzione di un regolamento diverso a quello stabilito dalla norma o mediante la modificazione dei limiti di applicabilità di essa), bensì l'estinzione della norma nei riguardi dello Stato denunciante (2).

Un esempio di norma cedevole, in quanto derogabile per effetto di una dichiarazione di volontà espressa da più soggetti per mezzo di un loro organo collettivo, è dato dall'art. 7 del Patto della Società delle nazioni, il quale, dopo aver detto che "Le siège de

dell'accordo risultante da tale proposta e dall'accettazione di essa contenuta nella dichiarazione affermativa degli Stati cui essa è diretta.

(1) Come fa il RADNITZKY (*op. cit.*, pag. 659), coerentemente, del resto, al concetto di diritto dispositivo da lui adottato, concetto in base al quale è possibile ravvisare un elemento dispositivo nella facoltà concessa a ciascuno dei soggetti di determinare, mediante una propria dichiarazione di volontà, l'estinzione della norma. Del pari il Radnitzky può, dal suo punto di vista, ravvisare un elemento dispositivo nel funzionamento della clausola *rebus sic stantibus*, da lui concepita come un necessario complemento e correttivo del principio che afferma la piena validità del trattato internazionale ancorchè stipulato da uno dei contraenti il quale vi si trovi costretto a causa di una qualsiasi coazione su di esso esercitata, nel senso che il contraente medesimo, cessata la coazione, può dichiararsi sciolto dagli obblighi assunti e non ancora adempiuti (*op. cit.*, pag. 311 segg.). Ma quale che sia il valore di tale costruzione, è certo, per noi, che essa non può portare alla conseguenza cui giunge il Radnitzky (*op. cit.*, pag. 673) quando afferma che lo Stato, che invoca la clausola, dichiara di non ritenersi ulteriormente obbligato dalla norma *pacta sunt servanda*, la quale avrebbe pertanto il valore di norma dispositiva. Cfr. invece, circa il valore assoluto e non derogabile (neppure mediante atti bilaterali) della norma *pacta sunt servanda*, quanto diremo al n. 5.

(2) E non vi si può indubbiamente comprendere nemmeno la riserva, poichè, mentre la deroga ad una norma presuppone l'esistenza di questa, la riserva attiene al momento della posizione della norma ed opera escludendo la formazione dell'accordo sulle clausole riservate. Per questa ragione non avrebbe dovuto, neppure dal suo punto di vista, menzionare la riserva il Radnitzky, che invece vi accenna (*op. cit.*, pag. 659). Si possono, al contrario, considerare come atti unilaterali idonei a derogare a norme cedevoli quelli che producono l'estinzione degli effetti della riserva. Si veda, ad esempio, l'art. 40 dell'atto generale sul regolamento pacifico delle controversie internazionali del 26 settembre 1928: "Toute Partie dont l'adhésion n'aura été que partielle ou subordonnée à des réserves pourra, à tout moment, au moyen d'une simple déclaration, soit étendre la portée de son adhésion, soit renoncer à tout ou partie de ses réserves...".

la Société est établi à Genève „, soggiunge: “ Le Conseil peut à tout moment décider de l'établir en tout autre lieu „ (1).

L'efficacia di derogare ad una norma giuridica internazionale può essere, poi, attribuita altresì ad una dichiarazione di volontà che, non essendo imputata ad un soggetto di diritto internazionale, è da tale diritto contemplata come fatto giuridico in senso stretto anzichè come atto giuridico: per esempio, secondo la costruzione già da noi delineata (2), ad una sentenza. La sentenza, la quale sia idonea a sostituire un diverso regolamento dei rapporti fra due o più soggetti a quello fissato da una norma posta da un accordo e

(1) Si veda pure l'art. 14 della Convenzione di Parigi sulla navigazione aerea del 13 ottobre 1919, il quale articolo, dopo avere stabilito (alinea 2°) che ogni aeronave destinata a un trasporto pubblico e capace di ricevere almeno dieci persone deve essere munita di apparecchi di telegrafia senza fili, soggiunge (alinea 3°) che la Commissione internazionale di navigazione aerea “ pourra ultérieurement étendre l'obligation du port d'appareils de télégraphie sans fils à toutes autres catégories d'aéronefs, dans les conditions et suivant les modalités qu'elle déterminera „. Nello esercizio di questa facoltà di deroga alla norma internazionale della Convenzione, la Commissione agisce quale organo collettivo di attività internazionale, non quale organo comune di attività interna, come avviene invece nell'esercizio della facoltà di emendare gli allegati alla Convenzione (art. 34).

(2) MORELLI, *La sentenza internazionale*, Padova, 1931, specialmente pag. 69 segg. Il nostro concetto che la sentenza è materialmente costituita da una dichiarazione di volontà cui l'ordinamento giuridico collega il prodursi di quelle conseguenze giuridiche che sono nella dichiarazione stessa indicate, è ritenuto dal Bosco (*La natura giuridica dell'arbitrato internazionale nella dottrina italiana*, in *Riv. di dir. internaz.*, 1931, pag. 501 seg.) inconciliabile con l'affermazione, condivisa dallo stesso Bosco, che la sentenza non è un atto giuridico, ma un fatto giuridico in senso stretto. L'obiezione, però, non ci sembra fondata. Se per atto giuridico si intende una dichiarazione di volontà che sia dal diritto obiettivo imputata ad un soggetto e fatta il presupposto di date conseguenze giuridiche, non è, per definizione, atto giuridico una dichiarazione di volontà (cioè un fatto che la psicologia qualifica come fatto volitivo) che, sebbene produttiva di conseguenze giuridiche, non è imputata ad alcun soggetto: e ciò quali che siano gli effetti collegati dalla norma alla dichiarazione di volontà. Quindi siamo alla presenza di un fatto giuridico in senso stretto e non di un atto giuridico tanto nel caso che gli effetti della dichiarazione siano determinati direttamente dalla norma quanto nel caso che la norma, per determinare gli effetti della dichiarazione, rinvii alla dichiarazione medesima. In questo rinvio si ha un procedimento identico a quello che viene adoperato per la determinazione degli effetti degli atti giuridici; ma ciò non è sufficiente a far attribuire alla dichiarazione la qualifica di atto

quindi a derogare a tale norma, ha la natura di sentenza *dispositiva* (1). È da osservare però che, perchè possa parlarsi di norma cedevole in quanto suscettibile di deroga per effetto di una sentenza, non basta che sia comunque creata la possibilità giuridica che tale deroga abbia luogo, ma è necessario che la possibilità della deroga riposi, come in tutti i casi di norma cedevole, su una norma che sia posta col medesimo atto di produzione giuridica col quale viene posta la norma della cui derogabilità si tratta. È necessario, in altri termini, che con lo stesso accordo, con cui viene posta la norma regolatrice di determinati rapporti, venga posta altresì una norma (strumentale) (2), diretta ad attribuire giuridica efficacia alla sentenza la quale stabilisca un diverso regolamento dei rapporti medesimi. Tale norma, in quanto contempla necessariamente un numero indeterminato di sentenze derogatorie della norma materiale, avrà il carattere di norma strumentale generale e, come tale, sarà accompagnata dall'attribuzione, a favore di uno dei destinatari della norma materiale o di ciascuno di essi, del potere giuridico (azione) (3) di instaurare il processo tendente alla sentenza derogatoria della norma materiale medesima. La possibilità di deroga giudiziaria, la

giuridico, appunto perchè manca l'imputazione ad un soggetto. Ritenere, come fa il Bosco (*op. cit.*, pag. 502), che un soggetto di imputazione della volontà dichiarata debba necessariamente esistere tutte le volte che esiste una dichiarazione di volontà produttiva degli effetti giuridici voluti dall'autore di essa, significa confondere due procedimenti distinti: l'imputazione di una volontà (o di una attività) ad un soggetto e l'attribuzione di effetti giuridici ad un fatto (che può essere anche un fatto volitivo). Se poi la sentenza internazionale sia costituita da una dichiarazione di volontà ovvero, come ritiene il Bosco, da un giudizio logico e quindi, in quanto fatto giuridico in senso stretto, presenti o meno la speciale caratteristica messa da noi in rilievo, è problema che non può risolversi se non guardando alla sentenza nella sua materialità. Ora noi riteniamo che il giudice internazionale, non meno che il giudice interno, ponga effettivamente in essere un fatto volitivo. L'affermazione del Bosco che trattasi invece di giudizio logico sembra ispirata più dalla preoccupazione di evitare obiezioni, di cui abbiamo posto brevemente in luce la infondatezza, che da una indagine diretta ad accertare quello che sia l'attività del giudice nella realtà concreta.

(1) Sul concetto di sentenza dispositiva nel campo del diritto internazionale cfr. MORELLI, *op. cit.*, pag. 236 segg.

(2) Sulla norma strumentale in genere cfr. MORELLI, *op. cit.*, pag. 119 segg.

(3) Sul potere giuridico di azione cfr. MORELLI, *op. cit.*, pag. 180 segg.

quale riposi, invece, su una norma strumentale (speciale o generale) derivante da un accordo diverso da quello con cui è posta la norma materiale, solleva un problema affatto diverso e precisamente un problema analogo a quello consistente nel vedere se possa raffigurarsi come norma cedevole la norma posta da un accordo e suscettibile di deroga mediante un accordo successivo. Qui, infatti, mancando quella connessione fra norma materiale e norma strumentale che deriva dalla identità della fonte dell'una e dell'altra, viene in considerazione non più il carattere che alla prima è impresso dalla seconda, ma semplicemente la possibilità che la norma materiale sia derogata dall'accordo diretto a porre la norma strumentale, sia pure attraverso la sentenza cui questa norma attribuisce efficacia giuridica.

4. — Dopo aver visto come l'efficacia derogatoria attribuita, rispetto ad una norma giuridica internazionale, ad un atto giuridico unilaterale o ad una dichiarazione di volontà costituente fatto giuridico internazionale in senso stretto può valere a conferire alla norma il carattere di norma cedevole, dobbiamo affrontare il più complesso problema consistente nel vedere se tale carattere possa alla norma derivare dall'essere la norma stessa suscettibile di deroga attraverso un atto bilaterale, cioè un accordo di due o più soggetti.

Bisogna riconoscere che sulla soluzione, in un senso o nell'altro, di questo problema, può spiegare notevole influenza l'aspetto sotto cui viene considerato l'accordo fra soggetti di diritto internazionale. Poichè tale accordo presenta una perfetta analogia di struttura col negozio giuridico bilaterale del diritto interno, mentre esplica senza dubbio una funzione di produzione giuridica che è invece a questo generalmente negata, si potrebbe essere facilmente indotti, quando si tenga presente il concetto di norma cedevole quale è stato elaborato dalla dottrina civilistica, ad affermare o a negare la possibilità che la norma internazionale assuma il carattere di norma cedevole per effetto della sua derogabilità mediante l'accordo, a seconda che dell'accordo si guardi alla struttura o invece alla funzione.

Ma l'illazione affermativa non sarebbe proporzionata alla premessa. Infatti chi argomentasse esclusivamente dalla struttura dell'accordo incorrerebbe nel gravissimo errore di prescindere dalla posizione che l'accordo assume, in generale, nell'ordinamento internazionale: cioè di considerare la struttura del mezzo tecnico onde la deroga si attua

e non pure quella del processo di produzione delle norme formanti oggetto della deroga. Ora il processo normale di produzione giuridica differisce profondamente nell'ordinamento interno e in quello internazionale. E poichè in questo ultimo ordinamento esso è costituito dall'accordo, si ha, contrariamente a quanto avviene nel diritto interno, una perfetta identità di struttura fra l'atto di posizione della norma e l'atto che deroga alla norma medesima: un elemento, quindi, che dovrebbe almeno far dubitare della possibilità di desumere dall'analogia di struttura che l'accordo internazionale presenta col negozio giuridico bilaterale del diritto interno la configurabilità della norma internazionale derogabile mediante accordo come norma cedevole e che dovrebbe indurre a riflettere se non sia invece esatta l'osservazione del Triepel, il quale, per quanto tenace assertore della contrapposizione fra accordo normativo e negozio giuridico nell'ordinamento internazionale (1), nega che sia applicabile il concetto di diritto dispositivo in tale ordinamento, in cui i sottoposti all'autorità delle norme sono insieme i fattori esclusivi della volontà che le pone (2).

D'altra parte non sembra giustificata neppure la tesi che argomenta contro l'ammissibilità del concetto dalla funzione che l'accordo esplica in generale nell'ordinamento internazionale. È questa la tesi del Perassi, il quale dall'esatta considerazione che ogni trattato internazionale è giuridicamente rilevante come atto di produzione giuridica (3) trae la conseguenza che il concetto di norma dispositiva è estraneo all'ordinamento internazionale, perchè in esso ogni deroga ad una norma è data da una diversa norma, cioè si riporta ad un atto di produzione giuridica (4). Ma tale illazione presuppone che sia escluso che la deroga alla norma dispositiva (cedevole) possa avvenire per mezzo di un atto di produzione giuridica anzichè

(1) È da osservare però che il Triepel ritiene che due Stati, i quali si accordano per escludere l'applicabilità, in determinati casi, del diritto vigente, non pongono in essere un negozio giuridico derogatorio, ma creano nuove norme giuridiche, in quanto modificano il diritto obiettivo vigente (TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, pag. 73 seg.).

(2) TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 74 nota 1.

(3) PERASSI, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, in *Riv. di dir. internaz.*, 1917, pag. 294 segg.

(4) PERASSI, *op. cit.*, pag. 300 seg.

per mezzo di un negozio giuridico, rilevante come semplice fonte di rapporti giuridici. Lo stesso Perassi osserva: “ La qualifica di “ dispositiva „ o “ suppletiva „, ad una norma, almeno nel significato comunemente adottato, non sembra che possa considerarsi indipendente dal modo, in cui può avvenire la c. d. deroga ad essa: non si ha una norma dispositiva se non è stabilito, che la c. d. deroga ad essa è possibile per mezzo di un negozio giuridico e non di un atto di produzione giuridica „, (1). Ma, come si è visto, è nostra opinione che il carattere dispositivo (cedevole) di una norma deriva unicamente dal fatto che il regolamento da essa stabilito possa essere sostituito da un diverso regolamento stabilito da un processo contemplato come idoneo a tal fine da una norma che accompagna la norma da cui il regolamento derogabile è statuito, senza che abbia importanza, per stabilire il carattere cedevole della norma, la natura del processo onde la deroga si attua. La deroga ad una norma cedevole può, quindi, avvenire anche per mezzo di un processo contemplato dall'ordinamento giuridico come processo di produzione giuridica (2). Ritenere il contrario significa distinguere fra fenomeni sostanzialmente identici sol perchè si attuano con mezzi tecnici diversi; significa inoltre escludere il concetto di norma cedevole finanche dall'ordinamento statuale, qualora si accolga la tesi che gli stessi negozi giuridici privati, che costituiscono i mezzi normali con cui si opera la deroga alla norma cedevole, sono anch'essi fonti di norme giuridiche.

5. — Il problema del carattere cedevole delle norme giuridiche internazionali, in quanto derogabili mediante accordo, va distintamente considerato riguardo alle norme che traggono dall'accordo

(1) PERASSI, *op. cit.*, pag. 301.

(2) Sembra che accenni ad un concetto così ampio di norma dispositiva l'ANZILOTTI (*Riv. di dir. internaz.*, 1914, pag. 79), il quale, a proposito appunto dell'ammissibilità della categoria delle norme dispositive in diritto internazionale, ritiene non necessario stabilire “ se la deroga avvenga sempre mediante la creazione di un diritto particolare che prevale sul generale, o anche mediante veri e propri negozi giuridici, così come accade, almeno secondo l'opinione comune, nel diritto privato interno „.

la loro efficacia ed alle norme, eventualmente esistenti nell'ordinamento internazionale, la cui giuridicità sia indipendente da un accordo.

È noto, infatti, che anche oggi una parte della dottrina ammette l'esistenza, nell'ordinamento internazionale, di norme giuridiche che non sono manifestazioni della volontà dei suoi soggetti, pur essendo diritto positivo. Tali sono quei principii fondamentali o costituzionali che si porrebbero con la stessa esistenza della comunità internazionale, da cui non potrebbero separarsi (1); tali sarebbero inoltre le norme consuetudinarie, in quanto si escluda, secondo una recente opinione (2), che nella consuetudine si abbia soltanto una forma speciale di manifestazione dell'accordo dei soggetti e si assegni invece ad essa un'autonoma configurazione quale fatto (in senso stretto) di produzione giuridica. Ma, per quanto riguarda la consuetudine, sembra che l'opinione cui abbiamo ora accennato riconosca ad essa (pur distinguendola dall'accordo) un'efficacia di produzione giuridica non diversa da quella di cui l'accordo è provvisto (3). Ciò posto, il problema delle norme cedevoli, considerato rispetto all'ipotesi di norme consuetudinarie derogabili mediante accordo (o rispetto all'ipotesi inversa di norme convenzionali derogabili mediante consuetudine), si presenta in termini analoghi a quelli in cui si presenta il medesimo problema considerato rispetto all'ipotesi di norme poste da un accordo e derogabili mediante accordo (4).

Non può dirsi lo stesso dei così detti principii fondamentali o costituzionali. Infatti questi principii starebbero al di sopra del diritto volontario, cioè del diritto posto mediante accordi, in quanto tali accordi trarrebbero appunto da uno di questi principii la loro efficacia. Se quindi una norma costituzionale o fondamentale risul-

(1) ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, 2ª ed., Padova, 1929, pag. 30 seg.; FEDOZZI, *Corso di diritto internazionale*, vol. I, Padova, 1931, pag. 16.

(2) ROMANO, *Corso cit.*, pag. 31 segg.; BALLADORE PALLIERI, *La forza obbligatoria della consuetudine internazionale*, in *Riv. di dir. internaz.*, 1928, pag. 338 segg.; FEDOZZI, *Corso cit.*, pag. 49 seg.

(3) Tanto vero che il FEDOZZI (*Corso cit.*, pag. 44) riconduce la giuridicità sia dell'accordo (trattato) sia della consuetudine ad una stessa norma fondamentale sulla produzione giuridica.

(4) Lo stesso BALLADORE (*op. cit.*, pag. 359) afferma che di solito un accordo particolare può derogare ad una consuetudine. Il FEDOZZI (*Corso cit.*, pag. 77) ritiene che alcune norme consuetudinarie generali "non ammettono deroga, perchè

tasse suscettibile di deroga mediante l'accordo, non si avrebbe più, come nell'ipotesi, or ora accennata, di consuetudine derogabile mediante trattato, la successione di due fatti muniti di una eguale efficacia di produzione giuridica, ma si avrebbe una deroga ad una norma mediante un atto di produzione giuridica ad essa subordinato. In tanto una norma fondamentale sarebbe suscettibile di deroga mediante un accordo in quanto fosse accompagnata da un'altra norma diretta a conferire all'accordo una efficacia di produzione giuridica eccedente i limiti che normalmente all'efficacia dell'accordo deriverebbero appunto dall'esigenza del rispetto dei principii fondamentali. In tale ipotesi la norma fondamentale assumerebbe il carattere tipico di norma cedevole. Ma sembra che, secondo il concetto degli stessi sostenitori della categoria delle norme fondamentali, l'ipotesi debba ritenersi esclusa, dovendo le norme fondamentali ravvisarsi come norme inderogabili. Questo concetto è chiaramente espresso dal Fedozzi, il quale afferma che una deroga alle norme fondamentali non sarebbe concepibile che ad una condizione: uscire dalla comunità internazionale (1).

Ma il problema, considerato fin qui, dell'eventuale carattere cedevole di norme internazionali che non desumano dall'accordo la loro efficacia perde tutta la sua importanza per chi, come noi, parta dal concetto che il diritto internazionale risulta dal complesso delle norme la cui giuridicità riposa sulla norma basilare, comunemente detta *pacta sunt servanda*, la quale attribuisce appunto all'accordo fra enti coordinati ed eguali l'effetto di porre norme giuridiche regolatrici dei loro rapporti. Infatti, per chi accolga questo concetto, non v'è norma internazionale che non tragga la sua efficacia da un accordo che si sia manifestato o nella forma espressa del trattato o in quella tacita della consuetudine (consuetudine che, per chi muova da quel presupposto, non può costruirsi altrimenti che come tacito patto);

sono ispirate da superiori principii morali o corrispondono a interessi collettivi così forti e radicati da farle apparire analoghe per la loro forza cogente alle norme interne d'ordine pubblico „ Qui il carattere inderogabile delle norme sembra desunto dal loro contenuto e non dalla loro fonte, sicchè esse sarebbero egualmente e nello stesso senso inderogabili se, invece che da una consuetudine, fossero state poste da un trattato.

(1) FEDOZZI, *Corso cit.*, pag. 76 seg.

va naturalmente eccettuata soltanto la stessa norma-base dell'ordinamento internazionale, la quale, in quanto conferisce efficacia giuridica all'accordo, non può trovare nell'accordo il fondamento della propria giuridicità (1). Ma nemmeno limitatamente a questa che è l'unica norma internazionale la quale è giuridica indipendentemente dall'accordo, il problema avrebbe ragione di porsi, dato l'indubbio carattere inderogabile di essa. Infatti l'accordo che fosse diretto a derogare alla norma-base, limitando la potenzialità di produzione giuridica da questa attribuita, come potenzialità illimitata, ai singoli accordi (per es. escludendo l'efficacia di determinati accordi o subordinandola a date condizioni), in tanto sarebbe efficace in quanto questa efficacia derogatoria fosse all'accordo attribuita da una norma diversa dalla norma-base. Una deroga alla norma-base per effetto di un accordo che dalla norma-base medesima desuma la propria efficacia è assolutamente inconcepibile, in quanto l'accordo che contravvenisse al precedente accordo derogatorio sarebbe, rispetto a quest'ultimo, fornito di una non minore efficacia di produzione giuridica e quindi sarebbe, in forza della stessa norma-base, perfettamente valido. D'altra parte, per identità di ragioni, l'efficacia derogatoria della norma-base non potrebbe derivare all'accordo da una norma posta mediante un altro accordo, la cui efficacia deriverebbe a sua volta dalla norma-base, cioè dalla stessa norma che dovrebbe formare oggetto della deroga. Non potrebbe quindi trattarsi che di una norma la quale accompagnerebbe la norma-base, conferendole il carattere di norma cedevole, senza desumere da essa la propria giuridicità. Ma una norma che non desuma la propria giuridicità dalla norma-base di un dato ordinamento e che, d'altra parte, non si identifichi con la stessa norma-base, per definizione, non è giuridica, cioè non esiste come norma appartenente all'ordinamento medesimo (2).

(1) Per l'inesistenza di norme cogenti di diritto internazionale dirette a stabilire i requisiti di validità dei trattati cfr. BURCKHARDT (*op. cit.*, pag. 387 segg.), il quale, però, circa il fondamento della obbligatorietà dei trattati, parte da concetti che non sono quelli da noi seguiti.

(2) Per la ragione esposta nel testo dovrebbe affermarsi l'inefficacia dell'art. 18 del Patto della Società delle nazioni qualora esso dovesse interpretarsi nel senso di subordinare la validità del trattato alla formalità della registrazione (cfr. BURCKHARDT, *op. cit.*, pag. 395). Un trattato che, secondo la volontà delle parti, dovesse spiegare la sua efficacia indipendentemente dalla registrazione, sarebbe, nonostante il precedente

6. — Rimane così a considerare l'ipotesi (che è quella cui hanno avuto quasi esclusivamente riguardo i pochi scrittori che si sono occupati del problema delle norme dispositive in diritto internazionale) di deroga mediante accordo a norme poste da un accordo precedente. La peculiarità di questa ipotesi sta in ciò, che il mezzo tecnico con cui si opera la deroga non solo è costituito da un atto di produzione giuridica, ma è costituito da un atto di produzione giuridica avente la stessa natura e la stessa efficacia dell'atto di posizione della norma, oggetto della deroga. Ora, mentre la qualità di atto di produzione giuridica nell'accordo derogatorio non ha importanza ai fini della determinazione della natura cedevole o meno della norma oggetto della deroga, potendo, giusta quando si è osservato, anche un atto di produzione giuridica costituire il mezzo tecnico onde si opera la deroga alla norma cedevole, va invece preso in particolare considerazione l'altro elemento, fornito dall'identità di natura e di efficacia di produzione giuridica dell'atto di posizione della norma e dell'atto con cui ad essa si deroga, poichè tale elemento può avere importanza decisiva per escludere il carattere cedevole della norma, almeno nel senso in cui l'espressione è stata finora da noi adoperata. Si è infatti premesso che una norma in tanto ha il carattere di norma cedevole in quanto è accompagnata da una altra norma la quale conferisca ad un determinato atto o fatto un'efficacia derogatoria della prima norma di cui sarebbe altrimenti privo; non basta quindi, perchè si consideri una norma come cedevole, la semplice possibilità che essa sia derogata mediante un processo di produzione giuridica avente un'efficacia pari o maggiore dell'efficacia del processo mediante il quale la norma stessa fu posta. Poichè è egualmente irrilevante, al fine indicato, sia la derogabilità della norma mediante un processo di produzione giuridica avente efficacia pari a quella del processo con cui la norma fu posta sia la sua derogabilità mediante un processo di produzione giuridica avente efficacia maggiore, quanto si dirà in ordine all'ipotesi di accordo derogatorio di una norma posta da un accordo precedente potrà essere ripetuto,

accordo che questa esigesse, idoneo senz'altro a porre le norme in esso formulate, e ciò in forza della norma-base, la quale, da una parte, attribuisce tale effetto a qualsiasi accordo, sol che si sia verificato l'incontro delle volontà, e, dall'altra, non è, come si è detto, suscettibile di deroga alcuna.

con le opportune modificazioni, in ordine alla ipotesi di accordo derogatorio di una norma posta mediante un processo di produzione giuridica il quale, desumendo la sua efficacia da una norma posta mediante accordo, appaia fornito di una potenzialità di produzione giuridica subordinata all'accordo: per es. all'ipotesi di deroga ad una norma posta mediante sentenza (dispositiva), la quale è fatto (in senso stretto) di produzione giuridica in quanto tale qualifica è ad essa attribuita da una norma (strumentale) posta da un accordo.

7. — Incominciamo col considerare l'ipotesi di due successivi accordi intercedenti fra i medesimi soggetti: per esempio un accordo fra *A* e *B* seguito da un altro accordo, anch'esso fra *A* e *B*, diretto a derogare alla norma posta col primo. L'esempio di un accordo col numero minimo di parti, cioè con due sole parti, è il più semplice, perchè qualsiasi accordo successivo fra parti del primo accordo non può che comprendere tutte le parti di esso. Ma si rimane sempre nella medesima ipotesi quando si faccia invece l'esempio di un accordo con un numero maggiore di contraenti, qualora tutti questi contraenti ed essi soltanto partecipino all'accordo successivo.

In questa ipotesi la possibilità e l'efficacia della deroga è evidente. Gli Stati *A* e *B*, che sono addivenuti ad un primo accordo, come possono, con un accordo successivo, abrogare la norma già posta, così possono senza dubbio derogarvi. Ma la possibilità di deroga della norma mediante l'accordo successivo non costituisce un elemento che possa far qualificare la norma come norma cedevole: tanto varrebbe considerare tutte le norme internazionali come norme cedevoli, per la stessa ragione per cui dovrebbero nel diritto interno considerarsi cedevoli tutte le norme poste, ad esempio, mediante leggi sol perchè derogabili mediante leggi successive. Infatti il fondamento della derogabilità della norma internazionale mediante accordo successivo, non diversamente che il fondamento della derogabilità della norma legislativa mediante legge successiva, non sta in un modo di essere della norma, che a questa derivi da una specifica efficacia derogatoria attribuita ad un determinato atto, ma semplicemente nella stessa efficacia di produzione giuridica che l'accordo derogatorio, al pari che l'accordo con cui fu posta la norma oggetto della deroga, possiede in forza della norma-base dell'ordinamento internazionale. Derivando la possibilità della deroga dalla norma-base, sarebbe del tutto superflua, nel primo accordo, una clausola che la contemplasse, a meno che

tale clausola fosse diretta non già a rendere possibile la deroga, ma ad uno scopo diverso (1).

8. — Consideriamo adesso l'ipotesi che al secondo accordo addivengano una o alcuna delle parti del primo accordo e uno o più Stati a questo estranei: per es. primo accordo fra *A* e *B*, secondo accordo fra *A* e *C*, estraneo al primo. Col secondo accordo *A* promette a *C* un comportamento diverso da quello già promesso a *B*, cioè: a) promette qualche cosa di più di quanto ha promesso a *B*, in modo che l'esecuzione del secondo accordo non importa violazione del primo, anzi importa altresì esecuzione del primo, ovvero b) promette qualche cosa di contrario a quanto ha promesso a *B*, in modo che l'esecuzione del secondo importa violazione del primo. Il secondo accordo, per quanto la sua esecuzione sia, in questo ultimo caso, illecita nei riguardi di *B*, è, come accordo diretto a porre una norma fra *A* e *C*, sempre valido (2). È egualmente certo, però, che nessuna influenza può avere il secondo accordo sul primo, il quale non potrebbe essere derogato che mediante un altro accordo

(1) Come esempio di accordo bilaterale contenente una clausola che contempla l'eventualità di accordi derogatori, ricordiamo il trattato di amicizia, conciliazione e regolamento giudiziario fra l'Italia e la Spagna del 7 agosto 1926. Dopo avere stabilito, all'art. 7, che "Se le Parti non accettano le raccomandazioni della Commissione di conciliazione, ciascuna di esse potrà, entro il termine fissato da quest'ultima, chiedere che la vertenza sia sottoposta alla Corte permanente di giustizia internazionale", il trattato, all'art. 8, prosegue: "Le Parti contraenti potranno tuttavia accordarsi, di sottomettere ogni vertenza ad un Tribunale arbitrale, costituito giusta gli art. 55 e seguenti della Convenzione per il regolamento pacifico dei conflitti internazionali del 18 ottobre 1907 o conformemente a qualsiasi altro accordo esistente fra di esse". Lo speciale accordo previsto dall'art. 8 è un accordo derogatorio della norma dell'art. 7 che stabilisce la competenza della Corte permanente, accordo che sarebbe efficace anche indipendentemente dalla clausola dell'art. 8 (cfr. MORELLI, *op. cit.*, pag. 201 nota 2). E poichè non si vede quale altro scopo questa clausola possa proporsi, deve ritenersi che essa sia stata inserita nel trattato al solo fine di completarne il sistema con l'indicazione di tutti i possibili modi di svolgimento del processo.

(2) Ciò è generalmente ammesso. Cfr. SALVIOLI, *I terzi Stati nel diritto internazionale*, in *Rivista di dir. internaz.*, 1918, pag. 236; ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, vol. I, 3^a ed., Roma, 1928, pag. 373 seg. Si riconosce di solito la possibilità di annullamento su domanda di *B* del trattato fra *A* e *C* in quanto

fra entrambi gli Stati che ad esso hanno partecipato (*A* e *B*). I due accordi hanno pertanto piena efficacia nelle loro sfere rispettive.

Ma le cose si svolgono diversamente se nell'accordo fra *A* e *B* è inserita una clausola la quale ammetta che sul contenuto delle norme da esso poste spieghi influenza il successivo accordo fra *A* e *C*, nel senso che il contenuto stesso venga a modificarsi in relazione al contenuto che viene dato alla norma fra *A* e *C*, sia che tale modifica importi una estensione dell'obbligo di *A* verso *B* sia che importi invece un diverso mutamento nella condotta cui *A* è tenuto verso *B*. Una clausola siffatta funziona, nei rapporti fra *A* e *B*, come norma sulla produzione giuridica, da cui l'accordo fra *A* e *C* è contemplato come fatto di produzione giuridica idoneo a derogare alla norma materiale fra *A* e *B*. Poichè tale efficacia deriva all'accordo fra *A* e *C* non già dalla norma-base (la quale collega all'accordo la produzione di effetti unicamente fra le parti), ma da una norma posta dallo stesso accordo con cui fu posta la norma materiale fra *A* e *B*, questa norma assume tipicamente il carattere di norma cedevole. È da osservare che l'accordo fra *A* e *C* è preso in considerazione dalla norma sulla produzione giuridica fra *A* e *B* non come accordo, ma come fatto giuridico in senso stretto, in quanto ad esso vengono collegati effetti (deroga della norma materiale fra *A* e *B*) diversi da quelli (posizione di norma fra *A* e *C*) alla cui produzione la volontà in esso manifestata è diretta.

Un fenomeno strettamente analogo a quello ora delineato si ha nella *clausola della nazione più favorita*, la quale opera anche essa come norma sulla produzione giuridica rispetto all'accordo stipulato da una delle parti del trattato, in cui essa è inserita, con un terzo Stato, conferendo a questo accordo (contemplato come fatto in senso stretto) efficacia derogatoria delle norme materiali poste mediante il trattato cui la clausola accede, efficacia che si concreta in un ampliamento nel contenuto delle norme stesse. Queste norme vengono così ad assumere il carattere di vere e proprie norme cedevoli. Quello che v'è di particolare nella clausola della nazione più favorita, rispetto all'ipotesi prima indicata, è soltanto che l'accordo

avente un oggetto illecito per entrambi, solo nel caso che *C* avesse riconosciuto il trattato fra *A* e *B*. Cfr. SALVIOLI, *op. cit.*, pag. 233 segg.; ANZILOTTI, *Corso cit.*, pag. 371 segg.

da essa contemplato riguarda un comportamento del tutto distinto da quello formante oggetto del trattato in cui essa è inserita, di modo che l'esecuzione di quell'accordo non implica esecuzione di questo trattato. Ad esempio *A* promette a *B* un determinato trattamento dei cittadini di *B*; successivamente *A* promette a *C* un trattamento dei cittadini di *C* più favorevole di quello accordato ai cittadini di *B*; il secondo accordo, sebbene abbia per oggetto una condotta di *A* diversa da quella formante oggetto del primo accordo (trattamento dei cittadini di *C* e non dei cittadini di *B*), deroga, per effetto della clausola della nazione più favorita inserita nel primo accordo, alle norme poste da questo stesso accordo.

9. — Consideriamo infine l'ipotesi, più complessa delle precedenti, che il secondo accordo interceda fra alcuni degli Stati partecipi del primo accordo. Esempio: accordo fra *A*, *B* e *C*, cui successivamente si deroghi mediante un accordo fra *A* e *B*, col quale *A* promette a *B* un comportamento diverso da quello cui si era obbligato col primo accordo. È questa l'ipotesi cui si è avuto specialmente riguardo a proposito del problema delle norme dispositive in diritto internazionale (1). L'Anzilotti, dopo avere osservato che l'efficacia cogente o meno della norma internazionale va posta in relazione alla creazione di altre norme e che da questo punto di vista, dato che gli Stati che hanno posto una data norma possono sempre convenire di non osservarla e di sostituirla un'altra, si sarebbe portati a dire che tutte le norme internazionali sono dispositive, soggiunge: "Se non che, questa illimitata facoltà di abrogare e sostituire le norme vigenti presuppone il consenso di tutti gli Stati che hanno concorso a formarle, e quindi non sussiste, praticamente, se non per i trattati bilaterali o poco più. Allorchè si tratta di norme generali, o anche di norme che hanno valore per un gruppo più o meno numeroso di Stati, diventa importante determinare se escludono assolutamente, o con-

(1) Ed è l'ipotesi che ricorre quando si considerano i rapporti fra diritto particolare e diritto generale. Cfr., per l'affermazione che, in massima, il primo prevale sul secondo, HEILBORN, *Grundbegriffe des Völkerrechts*, Stuttgart, 1912, pag. 49 segg.; ANZILOTTI, *Corso cit.*, pag. 94 seg.; FEDOZZI, *Corso cit.*, pag. 71 segg.; CAVAGLIERI, *Corso di diritto internazionale*, 2^a ed., Napoli, 1932, pag. 84 seg.

sentono entro limiti più o meno ampi, accordi particolari derogatori. Questo e non altro è il problema delle norme cogenti o dispositive nel diritto internazionale „ (1).

Crediamo innanzi tutto di potere senz'altro affermare che, nell'esempio sopra indicato, l'accordo fra *A* e *B*, in quanto accordo diretto a porre una nuova norma giuridica per *A* e per *B*, è efficace in ogni caso, cioè anche nel caso che fosse in contrasto col diritto di *C*. Questa affermazione, che si allontana dall'opinione corrente, la quale pone fra i requisiti di validità del trattato la possibilità giuridica o liceità dell'oggetto (2), si spiega agevolmente quando si pensi che l'accordo fra *A* e *B* è valutato, per i suoi effetti nei rapporti fra i due Stati che ne sono i soggetti, sempre ed esclusivamente dalla norma-base sulla produzione giuridica (3). Infatti l'esistenza dell'accordo fra *A*, *B* e *C* non può costituire, per ogni gruppo binario di Stati compresi fra i soggetti di tale accordo, una esclusione o

(1) ANZILOTTI, *Corso cit.*, pag. 89 seg.

(2) Cfr., ad es., ANZILOTTI, *Corso cit.*, pag. 306; FEDOZZI, *Corso cit.*, pag. 379; CAVAGLIERI, *Corso cit.*, pag. 372. L'Anzilotti, però, osserva che, per quanto riguarda l'idoneità dell'oggetto, in generale le questioni “riguardano assai più ciò che le parti effettivamente vollero, che ciò che esse potevano legalmente volere „; ed il Cavaglieri, pur affermando che l'oggetto del negozio deve consistere in cosa non vietata dai principii della morale e del diritto, soggiunge che l'ipotesi dell'impossibilità giuridica non è frequente, “poichè le volontà sovrane degli Stati sono arbitre di dare alle loro manifestazioni qualsiasi contenuto „. Chiaramente, per l'assenza di regole di diritto internazionale obiettivo, le quali determinino il possibile contenuto dei trattati, si esprime il BURCKHARDT (*op. cit.*, pagg. 391 seg. e 393 segg.) intendendo per norme di diritto obiettivo norme cogenti che si impongano ai contraenti. Ma la tesi del Burckhardt non muove dall'affermazione dell'esistenza di una norma che conferisca efficacia obbligatoria ai trattati senza limitarne il possibile contenuto. Per il Burckhardt la norma *pacta sunt servanda* non è sufficiente a spiegare l'obbligatorietà dei trattati; ma occorrerebbero altresì delle regole sia sui presupposti formali (capacità, consenso) sia sul possibile contenuto di un valido trattato (pag. 387 seg.). Queste regole non esistono come regole di diritto internazionale positivo; conseguenza di ciò è non già che debba negarsi ai trattati efficacia obbligatoria, bensì che la questione della loro validità formale e materiale va risolta non in base a norme di diritto positivo, ma in base a principii di giustizia, di equità, di diritto giusto (pagg. 393 e 394 segg.).

(3) Il SALVIOLI (*Riv. di dir. internaz.*, 1914, pag. 273 in nota) ritiene, invece, che nell'ipotesi di una norma posta da un accordo intervenuto fra un certo numero di Stati, la quale dichiari ammissibili accordi particolari derogatori, questi

una limitazione della possibilità generale, data dalla norma-base, per cui due Stati, mediante accordo, possono porre, per le loro relazioni reciproche, le norme giuridiche che vogliono. Una tale esclusione o limitazione si avrebbe soltanto a condizione che l'accordo fra *A*, *B* e *C* potesse validamente derogare alla norma-base sulla produzione giuridica; ma si è visto che l'idoneità dell'accordo ad operare siffatta deroga è da escludersi. Alla stregua della norma posta dall'accordo fra *A*, *B* e *C*, la successiva stipulazione dell'accordo fra *A* e *B* può essere valutata esclusivamente come un fatto, il quale, se l'accordo fra *A* e *B* è in contrasto col diritto di *C*, sarà, nei riguardi di questo, un fatto illecito produttivo del rapporto giuridico di responsabilità, senza togliere, però, che l'accordo stesso valga, nei rapporti dei soggetti fra cui è interceduto, come efficace atto di produzione giuridica (1). Pertanto, in seguito a tale accordo, si avranno due norme egualmente valide nelle rispettive sfere: la norma posta col primo accordo continuerà a regolare i rapporti fra *A* e *C* e fra *B* e *C*, mentre i rapporti fra *A* e *B* saranno regolati dalla norma posta col secondo accordo e che, per quanto riguarda i rapporti fra *A* e *B*, si è alla prima sostituita (2).

Dato che qualsiasi accordo derogatorio è fra le parti pienamente valido, non si può condividere il punto di vista dell'Anzilotti, il quale, muovendo dall'osservazione che l'illimitata facoltà di abrogare

accordi devono essere considerati come veri e propri negozi giuridici, in quanto la loro giuridicità viene determinata dalla norma e dalla norma prevista e permessa.

(1) Cfr. PERASSI, *op. cit.*, pag. 297 nota 1; BURCKHARDT, *op. cit.*, pagg. 384 seg. e 389 segg. Si veggano pure le diverse considerazioni del SALVIOLI (*I terzi Stati nel diritto internazionale cit.*, pag. 229 segg.), il quale parla, in tale ipotesi, di nullità relativa invocabile solo dal terzo Stato.

(2) Per giungere a questo risultato, per ritenere, cioè, che i rapporti fra *A* e *B* siano regolati unicamente dalla seconda norma, non è punto necessario scomporre la norma posta da un accordo plurilaterale in tante norme quante sono le combinazioni binarie degli Stati che hanno concorso a costituirla, ciascuna delle quali norme valevole per una coppia di Stati e quindi suscettibile illimitatamente di abrogazione o di deroga mediante accordo di questi stessi Stati. Si può benissimo concepire l'accordo fra *A*, *B* e *C* come costituente di un'unica norma ed ammettere tuttavia che il successivo accordo fra *A* e *B*, influenzando sui diritti e sui doveri derivanti ad *A* e *B*, nei loro rapporti reciproci, da quella norma, determini (sempre nei rapporti fra *A* e *B*) la sostituzione della norma stessa con una norma diversa (cioè la sostituzione di diritti e doveri diversi a quelli derivanti dal primo accordo).

e sostituire le norme vigenti presuppone il consenso di tutti gli Stati che hanno concorso a formarle, pone il problema delle norme cogenti o dispositive nel diritto internazionale in relazione alla possibilità di distinguere le norme generali o vevoli per un gruppo più o meno numeroso di Stati a seconda che escludono assolutamente o consentono, entro limiti più o meno ampi, accordi particolari derogatori. Infatti, come si è visto, la validità di tali accordi, fra le parti, non è condizionata ad una norma dell'accordo più generale che li consenta e sussiste anche se sono dall'accordo più generale vietati. Il che, però, non potrebbe indurre a ritenere che tutte le norme internazionali, in quanto suscettibili di deroga mediante accordi particolari, siano norme cedevoli, dato che il fondamento della deroga sta nell'illimitata efficacia di produzione giuridica attribuita all'accordo dalla norma-base e non già in una specifica efficacia conferita ad un fatto da una norma che accompagni la norma oggetto della deroga. Per la stessa ragione per cui non può dirsi cedevole una norma sol perchè derogabile mediante un accordo di tutti i soggetti dai quali fu posta, non può la medesima qualificarsi attribuirsi ad una norma per il fatto che questa possa, nei rapporti fra alcuni dei soggetti che la poserò, essere sostituita da una norma diversa.

Ma la distinzione, se non può essere messa in relazione all'efficacia, fra le parti, dell'accordo derogatorio, in quanto tale efficacia sussiste in ogni caso, può essere messa invece in relazione alla liceità dell'accordo derogatorio riguardo agli altri soggetti dell'accordo derogato. Per riprendere il nostro esempio, si tratta di vedere, non più se l'accordo fra *A* e *B* sia fra le parti *atto giuridico* idoneo a porre norme giuridiche per i loro rapporti reciproci, ma se la sua stipulazione costituisca o meno, alla stregua delle norme poste dall'accordo fra *A*, *B* e *C*, *fatto illecito* nei riguardi di *C*. In tal senso soltanto può avere importanza la ricerca se date norme più o meno generali escludono o consentono accordi particolari derogatori. Occorre però osservare che, se la ricerca è legittima e praticamente importante, non può essere assunta a criterio per distinguere le norme internazionali nelle due categorie delle norme cogenti e delle norme cedevoli che a condizione di intendere queste espressioni in un significato del tutto diverso da quello in cui esse sono state adoperate finora. Secondo questo diverso significato, non si considererà cedevole o cogente una norma a seconda che sia possibile sostituire al regolamento da essa stabilito un regolamento diverso,

ma invece a seconda che tale sostituzione, presupposta in ogni caso possibile mediante un accordo particolare, sia lecita o meno riguardo a quelli fra i soggetti costitutori della norma che sono rimasti estranei a questo accordo. In tal senso soltanto può dirsi, con l'Anzilotti, che “ anche nei rapporti interstatuali possono esistere ed esistono norme che consentono il regolamento del rapporto in maniera non prevista dalla volontà normativa, accanto a norme che non consentono una deviazione dalla linea di condotta determinata „ (1), e possono intendersi gli esempi addotti dallo stesso Anzilotti (2). Se due Stati possono stabilire, con un trattato particolare, che gli agenti diplomatici che essi reciprocamente si inviano e ricevono saranno posti in una condizione giuridica diversa da quella voluta dalle regole del diritto internazionale comune, ciò significa semplicemente che il trattato particolare non è contrario al diritto degli altri Stati destinatari di quelle regole di diritto internazionale comune; del pari l'affermazione che due Stati non potrebbero convenire l'uccisione dei prigionieri di guerra rispettivi dovrebbe intendersi nel senso di esclusione non già della validità dell'accordo particolare fra le parti, ma della liceità dell'accordo stesso nei riguardi degli altri Stati costitutori della norma generale che vieta l'uccisione dei prigionieri di guerra (3).

10. — La liceità dell'accordo fra *A* e *B* nei riguardi di *C* può derivare da due ragioni diverse.

Può darsi innanzi tutto che l'accordo fra *A*, *B* e *C*, pur costituendo diritti e doveri di ciascuna parte nei riguardi delle altre, obblighi ciascuna delle parti verso le altre due a prestazioni diverse; cioè, pur obbligando *A* tanto verso *B* quanto verso *C*, dia all'obbligo di *A* verso *B* un contenuto diverso dal contenuto dell'obbligo di *A* verso *C*: per esempio, obblighi *A* verso *B* ad un determinato trattamento dei sudditi di *B* ed obblighi *A* verso *C* al medesimo trat-

(1) ANZILOTTI, in *Riv. di dir. internaz.*, 1914, pag. 79.

(2) *Ivi*, pag. 78 seg.

(3) Circa i due esempi addotti dall'Anzilotti e riferiti nel testo cfr. CAVAGLIERI, *Concetto e caratteri del diritto internazionale generale cit.*, pag. 495 nota 3. Il

tamento dei sudditi di *C*. In tale ipotesi, poichè *A* non è obbligato verso *C* al comportamento cui è obbligato verso *B*, è evidente che un accordo fra *A* e *B* diretto a modificare il comportamento formante oggetto dell'obbligo di *A* verso *B* non solo è pienamente efficace fra le parti, ma è del tutto lecito nei riguardi di *C*.

È il più delle volte dallo spirito e dalle finalità dell'accordo che può desumersi se ricorra o meno questa ipotesi: deve ricercarsi se ciascuna delle parti abbia inteso obbligarsi ad un dato comportamento verso tutte le altre parti ovvero abbia inteso obbligarsi verso ciascuna delle altre parti a comportamenti diversi per quanto analoghi. Così le norme relative al trattamento da farsi agli agenti diplomatici esteri creano esclusivamente obblighi dello Stato che riceve l'agente diplomatico verso lo Stato che lo invia e non verso gli altri Stati destinatari di quelle norme, sicchè sarebbe rispetto a questi Stati lecito l'accordo di due Stati diretto a regolare diversamente la condizione giuridica dei rispettivi agenti diplomatici. Del pari l'accordo collettivo risultante dall'accettazione della clausola relativa alla giurisdizione obbligatoria della Corte permanente di giustizia internazionale, di cui all'art. 36 dello Statuto, è un accordo in base al quale accordi particolari derogatori della competenza della Corte (in quanto, ad esempio, attributivi di competenza ad un diverso tribunale) debbono ritenersi leciti, poichè dall'accordo collettivo non deriva il diritto di ciascuno Stato di pretendere che le controversie insorte fra gli altri

Cavaglieri, partendo dal concetto che dispositive sono tutte le norme appartenenti al così detto diritto internazionale generale, giunge ad una conclusione concreta che coincide con quella formulata in termini più generali dall'Anzilotti, "poichè le norme sui privilegi degli agenti diplomatici, facendo pur sempre parte del cosiddetto diritto generale non scritto, sono perfettamente suscettibili di modificazione da parte di accordi particolari, che, o neghino quei privilegi, o ve ne sostituiscano altri; mentre il principio dell'incolumità dei prigionieri di guerra, essendo ormai sancito in solenni trattati (le convenzioni dell'Aja del 1889 e 1907), che escludono affatto su questo punto accordi particolari derogatori, vincola assolutamente tutti gli Stati firmatari degli atti stessi". Ma la ragione della distinzione non persuade. Come si vedrà meglio nel testo, la liceità o meno dell'accordo derogatorio dipende dalla determinazione dei titolari dei diritti soggettivi derivanti dalla norma derogata e quindi dal contenuto della norma stessa; e non si vede perchè alla norma si debba *a priori* assegnare un contenuto piuttosto che un altro a seconda che sia di diritto generale non scritto o di diritto convenzionale.

Stati non siano sottoposte ad una procedura di risoluzione diversa da quella nell'accordo stesso prevista (1).

Non è però da escludere che la volontà di ciascuna delle parti di obbligarsi non già verso tutte le altre, ma verso ciascuna delle altre per oggetti diversi possa risultare da una clausola inserita nell'accordo, la quale ammetta espressamente accordi particolari derogatori. Ma non è già che la liceità dell'accordo derogatorio derivi direttamente dalla clausola; questa opera determinando i titolari dei diritti soggettivi derivanti dall'accordo: conseguenza di tale determinazione è la liceità degli accordi derogatori nei riguardi dei soggetti che non sono titolari dei diritti soggettivi il cui oggetto è oggetto degli accordi derogatori. Così l'art. 38 dello Statuto della Corte permanente, con lo stabilire che le parti possono convenire che la Corte decida *ex aequo et bono* anzichè sulla base delle norme e dei principii nello stesso articolo indicati, rende evidente che il diritto a che la sentenza sia fondata su tali norme e su tali principii è diritto che compete a ciascuna delle parti in giudizio verso l'altra e non già agli altri Stati ratificanti il Protocollo, rispetto ai quali l'accordo derogatorio delle parti in giudizio è pertanto perfettamente lecito.

Ma l'accordo fra *A* e *B* può essere lecito nei riguardi di *C* ancorchè, contrariamente a quanto si ha nella ipotesi ora considerata, *A* abbia assunto col precedente accordo tanto verso *B* che verso *C* il medesimo obbligo. La liceità dell'accordo derogatorio deriva allora dal contenuto delle norme, che esso pone, in rapporto al contenuto delle norme poste dall'accordo derogato. Se *A* si è obbligato verso *B* e verso *C* a qualche cosa e, poi, si obbliga verso *B* a qualche cosa di più di quanto costituisce il contenuto dell'obbligo anteriormente assunto, è chiaro che il secondo accordo fra *A* e *B* è perfettamente lecito nei riguardi di *C*, perchè la sua esecuzione non importerà violazione del primitivo obbligo, anzi includerà, nella sua maggiore ampiezza, l'esecuzione di questo. Coesisteranno quindi le due norme (la vecchia che regolerà i rapporti fra *A* e *C* e fra *B* e *C* e la nuova, più ampia, che regolerà i rapporti fra *A* e *B*), senza che vi sia violazione del diritto di *C*.

(1) MORELLI, *op. cit.*, pag. 202 in nota.

La liceità (per la ragione ora indicata) dell'accordo derogatorio si ha rispetto alle norme contenute in quegli accordi collettivi i quali stabiliscono una determinata protezione di certi interessi, creando per le parti diritti e doveri di identico contenuto, ma considerano la protezione di questi interessi, che essi intendono assicurare, non già come la più perfetta possibile, bensì come quella che risponde ad un *minimum* e che quindi può essere sostituita da una protezione più completa. Di fronte a norme siffatte, un accordo particolare che sia diretto a sostituire, nei rapporti fra le parti, una protezione degli interessi in questione più completa di quella stabilita dall'accordo collettivo e includente, nei mezzi adottati a tale scopo, quella protezione ovvero sia diretto ad aggiungere, per il medesimo scopo, nuovi obblighi a quelli derivanti dall'accordo collettivo, è perfettamente lecito, poichè non lede il diritto degli altri Stati. Se un dato accordo abbia per scopo di assicurare un *minimum* di protezione a certi interessi e quindi consenta accordi particolari diretti ad estendere e rafforzare la protezione pattuita, è questione che va risolta mediante l'interpretazione dell'accordo collettivo. Talora provvedono disposizioni esprese. Così la Convenzione di Berna del 9 settembre 1886 per la protezione delle opere letterarie ed artistiche, riveduta a Berlino il 13 novembre 1908 e a Roma il 2 giugno 1928, dispone all'art. 20: "Les Gouvernements des Pays de l'Union se réservent le droit de prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements conféreraient aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par l'Union, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente Convention „. Analogamente l'art. 2 della Convenzione di Ginevra sul trattamento dei malati e feriti in guerra, riveduta il 6 luglio 1906, mentre stabilisce che i malati e i feriti che cadono nelle mani del nemico sono considerati prigionieri di guerra, riserva ai belligeranti il diritto "de stipuler entre eux, à l'égard des prisonniers blessés ou malades, telles clauses d'exception ou de faveur qu'ils jugeront utiles „, come lo scambio immediato dei feriti rimasti sul campo di battaglia, il rinvio di quelli già guariti o messi in grado di essere trasportati, l'internamento in uno Stato neutrale (1).

(1) Circa l'inutilità di una tale disposizione cfr. ANZILOTTI *Corso cit.*, vol. III, Roma, 1915, pag. 338.

11. — Ove, dando all'espressione un significato tutto speciale, si considerino come norme cedevoli quelle norme la cui deroga mediante accordi particolari, oltre ad essere, come sempre, pienamente efficace fra le parti, è altresì, per uno dei motivi sopra indicati, lecita nei riguardi degli altri destinatari delle norme medesime, si dovranno corrispondentemente considerare come cogenti quelle norme poste mediante accordi collettivi la cui deroga per mezzo di accordi particolari, per quanto efficace fra le parti, costituisce violazione dei diritti degli altri destinatari delle norme. Così assumono, in tal senso, il carattere di norme cogenti la norma che afferma la libertà dell'alto mare, quella che vieta la tratta degli schiavi, quella che vieta l'uccisione dei prigionieri di guerra. Sia pure che queste norme, come dice il Fedozzi, " non ammettono deroga, perchè sono ispirate da superiori principii morali o corrispondono a interessi collettivi così forti e radicati da farle apparire analoghe per la loro forza cogente alle norme interne d'ordine pubblico „ (1); ma occorre precisare che non si tratterebbe di deroga inefficace, come nel diritto interno rispetto alle norme d'ordine pubblico, bensì di deroga che, sebbene pienamente efficace fra le parti, sarebbe illecita nei riguardi dei terzi Stati, i quali hanno diritto a che la tratta degli schiavi non sia ristabilita, a che nessuna zona di alto mare sia riservata all'esclusiva sovranità di uno Stato, a che i prigionieri di guerra, a qualunque Stato appartengano, non siano uccisi. Nello stesso senso assumono il carattere di norme cogenti le norme del Patto della Società delle nazioni, per effetto dell'art. 20, che obbliga i Membri della Società a non stipulare accordi incompatibili con quelle norme. Parimenti l'art. 36, capoverso, della Convenzione per il regolamento della navigazione aerea sottoscritta a Parigi il 13 ottobre 1919, permettendo la " conclusione, da parte degli Stati contraenti, *in conformità dei principii stabiliti dalla Convenzione stessa*, di accordi speciali fra Stato e Stato circa le dogane, la polizia, le poste e altri argomenti d'interesse comune, in attinenza con la navigazione aerea „, conferisce a quei principii carattere di inderogabilità, nel senso che l'eventuale deroga sarebbe illecita.

È da osservare (e risulta dai due esempi addotti da ultimo) che, se si hanno, nel significato di cui è adesso parola, norme che sono

(1) FEDOZZI, *Corso cit.*, pag. 77.

cedevoli in maniera assoluta, in quanto, derivando da tali norme obblighi separati e distinti fra due Stati soltanto, la deroga mediante accordi particolari è in ogni caso lecita nei riguardi degli altri destinatari di esse, il concetto di norma cogente, nel significato corrispondente, assume il più delle volte, se si eccettuano le norme proibitive, il carattere di concetto eminentemente relativo, in quanto dipende da un rapporto fra il contenuto della norma cui si vuole derogare e il contenuto della norma che si vuole ad essa sostituire. Il più delle volte, infatti, non si può dire che una norma è cogente in maniera assoluta, ma soltanto che è cogente rispetto a dati accordi derogatori e cedevole rispetto ad accordi derogatori di diverso contenuto, nel senso che considera illeciti i primi e non i secondi. Di una norma assolutamente cogente, rispetto alla quale, cioè, qualsiasi accordo derogatorio sia illecito, può parlarsi (a parte, come si è detto, l'ipotesi di norma proibitiva, rispetto alla quale qualsiasi accordo che imponga o permetta l'azione vietata è assolutamente illecito) soltanto nel caso che la norma provveda alla protezione di dati interessi, considerando tale protezione come la migliore e la più completa possibile, non suscettibile quindi di essere estesa o intensificata. In tale ipotesi, qualsiasi accordo particolare, diretto a sostituire al mezzo stabilito dall'accordo collettivo per la protezione di quegli interessi un mezzo diverso, è necessariamente un accordo che, nel concetto dell'accordo collettivo, assicura agli interessi in questione una tutela inferiore a quella pattuita ed è quindi un accordo illecito.

12. — Si è visto che, rispetto alle ipotesi finora considerate di accordi collettivi seguiti da accordi particolari derogatori, rimane escluso che si possa parlare, in senso proprio, di norme cedevoli, poichè l'efficacia, fra le parti, dell'accordo particolare (efficacia derivante dalla norma-base sulla produzione giuridica) è del tutto fuori questione e questione può farsi unicamente della liceità dell'accordo particolare nei riguardi degli altri soggetti dell'accordo collettivo. Ma non è da escludere che una norma internazionale acquisti, in dipendenza dell'efficacia derogatoria dell'accordo particolare, il preciso carattere tipico di norma cedevole. Ciò si ha in una ipotesi speciale, che si può formulare col seguente schema. Con l'accordo fra *A*, *B* e *C*, *A* si è obbligato tanto verso *B* quanto verso *C* ad

una stessa prestazione; è però stabilito che l'eventuale accordo fra *A* e *B*, diretto a mutare la prestazione cui *A* è obbligato, avrà effetto anche nei riguardi di *C*, nel senso che *C* avrà diritto verso *A* non più alla prestazione convenuta nel primo accordo ma a quella convenuta nel secondo accordo. Quest'ultimo accordo sarà, come sempre, efficace fra le parti in forza della norma-base; ma avrà altresì l'effetto di modificare i rapporti fra *A* e *C*, effetto ad esso conferito dalla norma posta con l'accordo fra *A*, *B* e *C*, la quale contempla appunto l'accordo fra *A* e *B* come fatto (in senso stretto) di produzione giuridica nei rapporti fra *A* e *C*. La norma posta con l'accordo fra *A*, *B* e *C*, in quanto il regolamento dei rapporti in essa stabilito può essere sostituito, anche nei riguardi di *C*, da un regolamento diverso mediante un accordo fra *A* e *B*, il quale è munito all'uopo di una particolare efficacia di produzione giuridica da un'altra norma posta con lo stesso accordo fra *A*, *B* e *C*, assume il carattere tipico di norma cedevole (1).

Rispondono a questo schema molte delle norme formulate nella Convenzione dell'Aja del 17 luglio 1905 relativa alla procedura civile, qualora questa convenzione debba interpretarsi, come sembra, nel senso che essa stabilisca per ciascuno Stato l'obbligo a quel dato comportamento verso tutti indistintamente gli altri Stati, di maniera, ad esempio, che ciascuno Stato risulti obbligato a dar corso alle richieste di notificazione di atti ed alle rogatorie non solo verso lo Stato da cui proverrà la richiesta o la rogatoria, ma verso tutti gli Stati firmatari, risulti obbligato verso tutti questi Stati e non verso il solo Stato di cui la parte è cittadina ad esonerarla da cauzione o deposito ovvero ad ammetterla al beneficio del gratuito patrocinio, e così via. Se così è, le varie clausole sparse nella convenzione, con le quali si ammettono, su punti particolari, accordi derogatori (2),

(1) Come si vede, l'ipotesi presenta una stretta analogia con quella configurata al n. 8.

(2) Art. 1, comma 4°, che stabilisce che due Stati contraenti possono accordarsi per ammettere la comunicazione diretta degli atti fra le loro rispettive autorità in luogo della trasmissione consolare (analogo l'art. 9, comma 4°, per la trasmissione delle rogatorie); art. 18, comma 3°, che ammette l'accordo di due Stati per permettere che la domanda di *exequatur* relativa alle condanne alle spese sia fatta, anziché nelle vie diplomatiche, direttamente dalla parte interessata.

hanno l'effetto di estendere la portata della deroga oltre la cerchia degli Stati partecipi dell'accordo derogatorio, modificando il contenuto dei diritti subiettivi spettanti, sulla base della convenzione, agli Stati estranei a quell'accordo. Conseguentemente le norme della convenzione, le quali sono, solo in virtù di quelle clausole, suscettibili di una deroga avente questa ampia efficacia, assumono il carattere di norme cedevoli.

13. — Il nostro discorso procederà assai più spedito a proposito delle norme suppletive, in ordine alle quali le differenze di struttura fra l'ordinamento giuridico internazionale e quello statale si fanno sentire in misura minore.

Come si è accennato, la norma suppletiva presuppone, nella sua applicazione, un negozio giuridico il quale sia diretto a far sorgere un rapporto di un determinato tipo senza però dare di tale rapporto un regolamento completo. A colmare le lacune del negozio giuridico provvede appunto la norma suppletiva con lo stabilire il regolamento di quei punti che il negozio giuridico avrebbe potuto regolare e non ha regolato (1). Sicché l'applicazione della norma suppletiva dipende dalla volontà dell'autore o degli autori del negozio, i quali, come possono permetterla tacendo sul punto regolato

Cfr. pure art. 7, comma 2°; art. 10; art. 16, comma 2°; art. 19, comma 2° n. 3 e comma 4°.

(1) L'essere l'applicazione delle norme suppletive condizionata, oltre che all'esistenza di un negozio giuridico di un determinato tipo, al fatto che nel negozio non sia stabilito un diverso regolamento del rapporto, si che l'applicazione delle norme suppletive può essere sempre esclusa dagli autori del negozio solo che essi esprimano la loro volontà sui punti formanti oggetto del regolamento stabilito dalle norme medesime, costituisce la caratteristica che distingue queste norme da una categoria di norme cogenti, e cioè da quelle norme che, pur lasciando al negozio giuridico la funzione di far sorgere il rapporto ed eventualmente di regolarne determinati punti, regola determinati altri punti del rapporto incondizionatamente, escludendo rispetto ad essi qualsiasi possibilità di un diverso regolamento attraverso il negozio. La caratteristica di questa categoria di norme cogenti, rispetto alle altre norme cogenti, sta nel fatto che la loro applicabilità è condizionata all'esistenza di un negozio giuridico, in quanto il rapporto da esse regolato sorge per effetto di un negozio giuridico. Gli autori di questo, in altri termini, hanno il potere di far sorgere il rapporto, ma non quello di regolarlo in determinati suoi punti o nella sua totalità. Vedi sopra, pag. 2 in nota.

dalla norma suppletiva, così possono impedirla, regolando tale punto diversamente. Ma ciò non vuol dire che il regolamento statuito dalla norma suppletiva sia voluto dagli autori del negozio, cioè che questi assumano tacitamente a contenuto della propria volontà il contenuto della norma suppletiva; l'applicazione del regolamento stabilito dalla norma suppletiva dipende non dal fatto che gli autori del negozio l'abbiano voluta, ma dal fatto che su questo punto essi non hanno voluto nulla (1). In altri termini, tale regolamento si applica come regolamento normativo e non come regolamento negoziale; il negozio costituisce semplicemente, insieme con le sue lacune, la fattispecie dal cui avverarsi la norma suppletiva fa dipendere l'applicazione del regolamento in essa stabilito. Sicché il negozio che regola incompletamente il rapporto, alla cui produzione è diretto, è contemplato ad un tempo da due norme diverse: è contemplato dalla norma (dispositiva nel senso del Bülow) che attribuisce al negozio efficacia giuridica, in quanto tale norma collega al negozio l'effetto di far sorgere il rapporto e di dare al rapporto stesso, nei punti sui quali il negozio ha statuito, la configurazione voluta; è contemplato, poi, dalla norma suppletiva, in quanto questa collega al negozio l'effetto di rendere applicabile, sui punti non regolati dal negozio, il regolamento da essa stabilito. Il negozio è contemplato come vero e proprio negozio giuridico dalla prima norma, la quale vi collega gli effetti alla cui produzione la volontà in esso dichiarata è diretta; è contemplato invece come fatto giuridico in senso stretto dalla norma suppletiva, la quale collega al negozio effetti che vanno oltre la volontà in esso dichiarata e che sono invece direttamente determinati dalla norma medesima.

Il concetto di norma suppletiva, al pari di quello di norma cedevole, è generalmente applicato dalla dottrina del diritto interno con riferimento ai negozi giuridici privati bilaterali o unilaterali; si considerano quindi, generalmente, come norme suppletive le norme dirette a regolare, nei punti sui quali la volontà privata non si è espressa, rapporti che si costituiscono per effetto di dichiarazioni di volontà privata. Ma la norma presenta egualmente il carattere di norma suppletiva quando è diretta a colmare le lacune, anziché di

(1) Cfr. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro* cit., pag. 21 seg. In senso diverso BURCKHARDT, *op. cit.*, pag. 39 segg.

atti giuridici privati, di atti giuridici pubblici, siano essi dello Stato o di altri enti pubblici; anche qui la dichiarazione di volontà dello Stato o dell'ente pubblico viene presa in considerazione non in quanto dichiarazione di volontà, ma in quanto semplice fatto giuridico, produttivo di conseguenze giuridiche determinate direttamente dalla norma e diverse da quelle alla cui produzione la dichiarazione di volontà è rivolta. L'atto, rispetto al quale la norma suppletiva esplica la propria funzione, può essere tanto un atto amministrativo quanto un atto giurisdizionale e financo un atto contemplato dall'ordinamento giuridico quale atto di produzione giuridica. La norma suppletiva, in quanto è diretta ad integrare le deficienti statuizioni di un atto di quest'ultima specie, assume il carattere e la funzione di norma sulla produzione giuridica; la dichiarazione di volontà contenuta nell'atto viene, così, presa in considerazione da due diverse norme sulla produzione giuridica: viene presa in considerazione non solo da una data norma sulla produzione giuridica, che la contempla come atto giuridico produttivo degli effetti cui la dichiarazione di volontà è diretta, ma anche dalla norma suppletiva, che la contempla come fatto giuridico produttivo degli effetti predeterminati nella norma stessa. A differenza di quello che si disse a proposito delle norme cedevoli, le quali non possono considerarsi tali se non in quanto siano suscettibili di deroga mediante un atto (o un fatto) di produzione giuridica avente normalmente un'efficacia inferiore a quella dell'atto con cui le norme stesse furono poste, una norma conserva il carattere di norma suppletiva ancorchè sia diretta a colmare le lacune di un atto di produzione giuridica avente la stessa efficacia dell'atto con cui la norma fu posta: così è norma suppletiva la norma posta con una legge formale e diretta ad integrare le deficienti statuizioni di una legge formale successiva (1).

(1) Un esempio di tale ipotesi è fornito dall'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile. L'atto legislativo, oltre ad essere contemplato, per gli effetti in esso stabiliti, dalla norma generale sulla produzione giuridica da cui le leggi traggono la loro efficacia, è contemplato altresì, nell'assenza di una determinazione del momento in cui le norme da esso poste debbano entrare in vigore, dalla norma dell'art. 1 disp. prel., la quale collega all'atto legislativo, che non contenga alcuna determinazione al riguardo, l'effetto di subordinare l'entrata in vigore delle norme alla decorrenza del termine di quindici giorni dalla pubblicazione.

14. — La figura della norma suppletiva si riproduce nell'ordinamento internazionale tutte le volte che ricorrono i caratteri essenziali di essa che abbiamo sopra indicato: tutte le volte, cioè, che una norma contempla una data dichiarazione di volontà per ricollegarvi certi effetti, predeterminati nella norma stessa, in ordine a punti non considerati nella dichiarazione di volontà.

Il problema non presenta difficoltà di sorta quando si tratta di dichiarazioni di volontà unilaterali, siano esse dichiarazioni di volontà di un solo soggetto ovvero dichiarazioni di volontà di più soggetti espresse attraverso un loro organo collettivo (1). Nell'ordi-

(1) Così pure è perfettamente concepibile che, considerata in rapporto ad un atto giuridico unilaterale, la norma internazionale si presenti quale norma cogente appartenente a quella categoria di norme cogenti che si contrappone più specialmente alle norme suppletive e cui si è accennato a pag. 34 in nota, cioè a quelle norme che regolano incondizionatamente alcuni o tutti i punti di un rapporto giuridico, il cui sorgere è invece condizionato ad un dato atto giuridico, di maniera che il soggetto è arbitro di far sorgere o meno il rapporto ma non può influire sul regolamento di determinati punti di esso, i quali sono direttamente disciplinati dalla norma. Appartengono, ad esempio, a questa categoria di norme quelle formulate nello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale e dirette a disciplinare il processo avanti la Corte medesima. Questo processo, come qualsiasi processo internazionale, consiste in un complesso di aspettative, di possibilità e di oneri delle parti e quindi in una particolare situazione giuridica internazionale (MORELLI, *op. cit.*, pag. 176 segg.). Ora questa situazione giuridica può costituirsi per effetto di una dichiarazione unilaterale di volontà nel caso di competenza obbligatoria della Corte, cioè nel caso in cui sussiste una norma (strumentale) generale diretta a conferire giuridica efficacia ad un numero indefinito di sentenze, la quale norma è accompagnata da un'altra norma diretta ad attribuire a ciascuna delle parti il potere giuridico (azione) di instaurare il processo, cioè di costituire la situazione giuridica cui si è accennato (MORELLI, *op. cit.*, pag. 180 segg.). Però, se è in potere di ciascuna delle parti di costituire questa situazione giuridica, il contenuto di essa, cioè il contenuto delle possibilità, delle aspettative e degli oneri in cui essa si concreta, è incondizionatamente determinato dalle norme dello Statuto della Corte, le quali assumono così il carattere di norme cogenti, dello speciale tipo in discorso.

Invece neppure di questo tipo di norme cogenti si può, nel campo del diritto internazionale, parlare con riguardo agli atti giuridici bilaterali, i quali, essendo in ogni caso contemplati dalla norma-base sulla produzione giuridica, sono incondizionatamente idonei non solo a costituire il rapporto ma anche a determinarne, in maniera autonoma, il contenuto. Ciò dicasi, in particolare, per le norme che disciplinano il processo avanti la Corte permanente. Queste norme, in quanto vere e proprie

namiento internazionale la dichiarazione di volontà unilaterale in tanto è produttiva di effetti giuridici in quanto è considerata a ciò idonea da una norma la quale tragga da un accordo la sua efficacia. Ora, se una norma siffatta attribuisce efficacia giuridica ad una dichiarazione di volontà unilaterale e se un'altra norma stabilisce, per l'ipotesi di lacuna nella dichiarazione stessa, quali siano gli effetti della dichiarazione in ordine ai punti da essa non regolati, non v'è dubbio che la seconda norma rivesta il carattere di norma suppletiva. La dichiarazione di volontà, mentre è contemplata dalla prima norma come atto giuridico produttivo proprio di quegli effetti alla cui produzione essa è rivolta, è contemplata dalla seconda norma come semplice fatto giuridico produttivo di effetti diversi, determinati direttamente dalla norma.

Quello che abbiamo visto aver luogo riguardo a dichiarazioni di volontà che, in quanto dichiarazioni di volontà imputabili ad un soggetto e munite, in virtù di una norma diversa dalla norma suppletiva e da questa presupposta, dell'efficacia di produrre gli effetti giuridici voluti, valgono, rispetto a tali effetti, come atti giuridici internazionali, può avere egualmente luogo riguardo a dichiarazioni di volontà che, pur essendo munite di analoga efficacia, non sono imputabili ad alcun soggetto di diritto internazionale, e valgono quindi, rispetto a tutti i loro effetti, come fatti giuridici in senso

norme internazionali, non possono mai considerarsi, rispetto all'accordo delle parti diretto ad istituire il processo, come norme cogenti in senso proprio, poichè quell'accordo sarebbe illimitatamente idoneo a regolare il processo nel modo che agli Stati compromittenti sembrerebbe migliore e quindi anche in maniera diversa da quella stabilita dallo Statuto. Ma questa astratta possibilità, in cui gli Stati compromittenti, quali soggetti di diritto internazionale, si trovano, viene meno quasi completamente quando si consideri la posizione degli Stati stessi nell'ordinamento interno della Corte e si abbia riguardo alle norme dello Statuto, in quanto norme di tale ordinamento, regolatrici del processo, concepito come rapporto giuridico, fra le parti e il giudice, rilevante dall'ordinamento stesso (MORELLI, *op. cit.*, pagg. 112 e 178 seg.). L'inammissibilità della deroga, mediante accordo delle parti, alla quasi totalità delle norme dello Statuto regolatrici dello svolgimento del processo riguarda esclusivamente queste norme in quanto norme interne le quali disciplinano il funzionamento della Corte e alle quali gli Stati contendenti debbono conformarsi se vogliono che la Corte spieghi la sua attività (cfr. MORELLI, *op. cit.*, pag. 116 in nota).

stretto e non come atti giuridici. Tale è la sentenza internazionale. Ed è pertanto norma suppletiva, ad esempio, quella contenuta nell'art. 64 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, per cui " S'il n'en est autrement décidé par la Cour, chaque partie supporte ses frais de procédure „. Infatti la sentenza, oltre ad essere presa in considerazione dalla norma (strumentale) che ad essa attribuisce efficacia giuridica facendola il presupposto del verificarsi degli effetti nella sentenza stessa indicati, è presa altresì in considerazione, ove non contenga alcuna statuizione in ordine alle spese, dalla norma contenuta nell'art. 64 dello Statuto, la quale colma la lacuna della sentenza, a questa collegando la conseguenza che il regolamento delle spese ha luogo nel modo dalla norma stessa determinato. La sentenza viene dall'una e dall'altra norma contemplata come fatto giuridico in senso stretto; ma, mentre vale come tale di fronte alla norma strumentale per la ragione che è costituita da una dichiarazione di volontà che, sebbene produttiva degli effetti giuridici in essa indicati, non è imputabile ad alcun soggetto di diritto internazionale, vale, di fronte alla norma dell'art. 64 dello Statuto, come fatto giuridico in senso stretto per la preminente ragione che non sussiste quella corrispondenza fra la direzione della volontà e gli effetti giuridici prodotti, che è essenziale al concetto di atto giuridico.

15. — Possono del pari configurarsi, nell'ordinamento giuridico internazionale, vere e proprie norme suppletive destinate ad integrare le lacune di negozi giuridici bilaterali (1). È infatti perfettamente concepibile che mediante un accordo si ponga una norma la quale, per l'ipotesi che vengano formati successivi accordi diretti a costituire rapporti di un determinato tipo e che tali accordi omettano

(1) Tale non ci sembra che possa considerarsi il comma 2° dell'art. 39 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, che l'ANZILOTTI (*Corso cit.*, vol. I, pag. 90) ricorda appunto come esempio di norma suppletiva, cioè di norma destinata ad integrare una incompleta manifestazione di volontà.

L'art. 39 dispone: "Les langues officielles de la Cour sont le français et l'anglais. Si les parties sont d'accord pour que toute la procédure ait lieu en français, le jugement sera prononcé en cette langue.

di regolare dati punti del rapporto, stabilisca quale debba essere il regolamento di questi punti. Una norma siffatta presenterebbe il carattere di norma suppletiva in quanto subordinerebbe il regolamento del rapporto da essa stabilito alla duplice condizione dell'esistenza di un accordo diretto a costituire il rapporto del tipo contemplato e dell'esistenza di lacune nell'accordo stesso. Tale accordo, oltre ad essere preso in considerazione dalla norma-base sulla produzione giuridica come atto giuridico produttivo degli effetti nell'accordo stesso voluti, verrebbe preso in considerazione dalla norma anteriormente posta come fatto giuridico in senso stretto costituente il presupposto di effetti giuridici determinati da quella norma direttamente (senza riferimento alla volontà delle parti, la quale non si sarebbe, in ipotesi, manifestata al riguardo), cioè come presupposto del regolamento nella norma stessa stabilito.

È certo però che in pratica può essere difficile determinare se un accordo, il quale stabilisca un dato regolamento di rapporti che

A défaut d'un accord fixant la langue dont il sera fait usage, les parties pourront employer pour les plaidoiries celle des deux langues qu'elles préféreront, et l'arrêt de la Cour sera rendu en français et en anglais. En ce cas, la Cour désignera en même temps celui des deux textes qui fera foi.

La Cour pourra, à la requête des parties, autoriser l'emploi d'une langue autre que le français et l'anglais „.

La regola fondamentale di questo articolo è che, essendo le lingue ufficiali della Corte il francese e l'inglese, le parti possono adoperare l'una o l'altra e la Corte deve emettere la sentenza in francese e in inglese, indicando quale dei due testi farà fede. Questa regola ha il duplice valore di norma appartenente all'ordinamento interno della Corte e di norma internazionale regolatrice del processo, concepito, nei riguardi delle parti fra di loro, come situazione giuridica internazionale. Ma nè sotto il primo nè sotto il secondo aspetto può parlarsi di norma suppletiva, poichè essa non è diretta a colmare la lacuna di un atto che sia, in linea di principio, incondizionatamente idoneo a determinare la lingua da usarsi nel processo. Si tratti di processo instaurato mediante richiesta unilaterale o mediante compromesso, esso è sempre, in principio, disciplinato, per quanto riguarda le lingue da adoperarsi, dalla regola del 2° comma dell'art. 39. Potrà dirsi piuttosto che questa regola, in quanto norma appartenente all'ordinamento interno della Corte, a differenza delle altre dello Statuto, le quali regolano il processo in maniera cogente (sopra, pag. 38 in nota), è una norma cedevole, poichè è derogabile sia per effetto dell'accordo con cui le parti convengono che tutta la procedura abbia luogo in francese (art. 39, primo comma), sia per effetto della autorizzazione dell'uso di una lingua diversa dal francese e dall'inglese, che la Corte può dare in seguito ad istanza delle parti.

dovranno costituirsi mediante accordi successivi, valevole nel caso che in tali accordi non sia stabilito un regolamento diverso, sia effettivamente diretto a porre una norma che colleghi ai singoli futuri accordi, considerati come fatti giuridici in senso stretto, date conseguenze giuridiche direttamente stabilite dalla norma medesima. È infatti possibile che l'idoneità del singolo accordo a valere, di fronte al rapporto da esso costituito, come fonte del regolamento determinato nell'accordo precedente, riposi non già su una specifica attribuzione di efficacia giuridica derivante da una norma posta col precedente accordo, bensì semplicemente sul carattere, comune a qualsiasi accordo internazionale, di atto munito dalla norma-base dell'ordinamento internazionale di una illimitata ed incondizionata efficacia di produzione giuridica. Se così è, dato che la norma-base contempla l'accordo unicamente come vero e proprio atto giuridico (poichè ad esso collega tutti gli effetti giuridici alla cui produzione la dichiarazione di volontà è diretta e soltanto questi effetti), l'efficacia di quel dato regolamento del rapporto riposa sul fatto che il regolamento stesso è voluto nell'accordo e in tanto sussiste in quanto sia nell'accordo effettivamente voluto. S'intende che tale volizione, come può aver luogo in maniera espressa mediante una riproduzione delle clausole in cui il regolamento-tipo fu concretato o mediante un espresso generico richiamo a tale regolamento, può invece aver luogo tacitamente in quanto il silenzio debba essere interpretato come volontà di adottare quel regolamento. Ma è necessario comunque che la recezione, nel singolo accordo, delle clausole predeterminate sia nell'accordo stesso, in una forma o nell'altra, effettivamente voluta, senza di che l'accordo presenterebbe, nei punti non regolati, delle lacune, a colmare le quali quelle clausole non potrebbero a nessun titolo utilizzarsi. È da osservare, però, che, se si ritiene che l'accordo con cui viene stabilito il regolamento-tipo di determinati eventuali rapporti non abbia altra funzione che di predisporre delle clausole che avranno valore solo se saranno e in quanto saranno assunte espressamente o tacitamente nei singoli accordi particolari, si deve escludere nella maniera più assoluta che quell'accordo sia diretto a porre norme giuridiche (1) e quindi

(1) Perchè rimanga incontestabilmente escluso il carattere di norme giuridiche nelle clausole formulate in un accordo internazionale e destinate ad essere espressamente o tacitamente assunte in successivi accordi particolari, è bene osservare

che le clausole contenute nel regolamento-tipo siano vere norme suppletive. Poichè il valore giuridico di quelle clausole deriva non già dall'accordo in cui sono formulate ma dai singoli accordi particolari in cui sono richiamate, esse non hanno un valore e una funzione che si distinguano dal valore e dalla funzione di clausole analoghe le quali fossero formulate altrimenti che mediante un accordo di soggetti di diritto internazionale. Infatti financo il regolamento-tipo di dati rapporti internazionali formulato da un privato può acquistare valore giuridico internazionale in quanto sia espressamente o tacitamente richiamato in un accordo fra Stati.

Ma, se ad un accordo internazionale, il quale sia diretto a determinare il regolamento di rapporti che futuri accordi particolari costituiranno senza dettare un regolamento divergente, deve riconoscersi quella funzione normativa che è propria dell'accordo internazionale, tale funzione non può consistere che nella posizione di vere e proprie norme suppletive. Conseguentemente l'applicabilità del regolamento al singolo rapporto deriverà non già dall'essere tacitamente voluta nell'accordo particolare diretto a costituirlo e quindi immediatamente dalla norma-base, che a tale volontà riconosce efficacia giuridica, bensì dall'essere un effetto giuridico voluto dalla norma suppletiva e da questa condizionata al presupposto (costituente la fattispecie da essa prevista) di un accordo di quel dato tipo il quale si astenga dal regolare in tutto o in parte il rapporto che esso è diretto a costituire. Questo rilievo presenta notevole importanza pratica, perchè, mentre nell'ipotesi di semplice formulazione di un regolamento destinato ad essere assunto a contenuto di accordi particolari, in tanto il regolamento può ritenersi applicabile in quanto si dimostri che esso sia stato, sia pure tacitamente, richiamato negli accordi particolari, l'applicabilità di un

che non potrebbe fondatamente obiettersi che sarebbe del pari da escludersi il carattere di norme giuridiche nelle così dette norme suppletive del diritto interno, ove, contrariamente alla costruzione da noi adottata, si ritenesse che l'efficacia del regolamento in esse stabilito riposi sulla tacita recezione del regolamento stesso nei singoli negozi. Infatti, anche in tal modo costruite, le norme suppletive avrebbero per lo meno l'efficacia (sufficiente a farle considerare vere norme giuridiche) di servire di guida al giudice obbligandolo a ritenere, in assenza di una diversa dimostrazione, tacitamente voluto dalle parti il regolamento da esse predisposto.

regolamento formante oggetto di vere e proprie norme suppletive dovrà invece affermarsi quando sia dimostrata non già l'esistenza di una conforme volizione, bensì l'inesistenza di una volizione contraria.

16. — Un'applicazione dei concetti ora esposti può farsi in ordine a parecchie delle regole contenute nella Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907 per il regolamento pacifico dei conflitti internazionali, e precisamente a quelle concernenti le commissioni internazionali d'inchiesta e la procedura arbitrale.

L'Anzilotti dal giusto rilievo che, in base alla convenzione, gli Stati non sono obbligati a ricorrere alle commissioni internazionali d'inchiesta nè, ove intendano valersi di una commissione d'inchiesta, ad osservare le regole stabilite dalla convenzione, trae la conseguenza che “queste costituiscono un modello a cui gli Stati possono riferirsi se vogliono ed in quanto vogliono; un modello elaborato e messo a loro disposizione perchè, nei casi concreti, riesca più facile l'intesa e il ricorso a questo mezzo d'investigazione „. Da qui deriva, per l'Anzilotti, che le regole in parola (1) non hanno carattere giuridico, “perchè ogni disposizione del diritto obiettivo contiene necessariamente un elemento obbligatorio. Potranno divenire regole giuridiche se ed in quanto due o più Stati, mediante un accordo speciale, convengano di adottarle, conferendo loro così quella obbligatorietà di cui mancano: fino a quel momento hanno la forma, non il valore proprio delle regole giuridiche „. Di conseguenza l'Anzilotti nota come risponda ad un concetto inesatto l'art. 17, il quale, per facilitare l'istituzione e il funzionamento delle commissioni d'inchiesta, raccomanda determinate regole, “qui seront applicables à la procédure d'enquête en tant que les Parties n'adopteront pas d'autres règles „. “Stando a questo articolo „, osserva l'Anzilotti “parrebbe che le norme di procedura stabilite dagli art. 18 e segg. avessero carattere dispositivo, cioè si applicassero in mancanza di una diversa disposizione delle parti, mentre le altre regole sarebbero rigorosamente obbligatorie o, per dir meglio, coattive. Invece la verità è che tutte le disposizioni di questo titolo della convenzione suppongono, per di-

(1) Fatta eccezione dell'art. 24 (ANZILOTTI, *Corso cit.*, vol. III, pag. 20 seg.).

ventare efficaci, che due o più Stati convengano di adottarle per l'istituzione e il funzionamento delle loro commissioni d'inchiesta „ (1).

Anche a proposito delle regole relative alla procedura arbitrale l'Anzilotti ritiene che “ si tratta di un semplice progetto, che diverrà obbligatorio e quindi giuridico, se ed in quanto sarà adottato dalle parti. La frase dell'art. 51, secondo cui le regole della procedura arbitrale sono applicabili “ *en tant que les Parties ne sont pas convenues d'autres règles* „ è certamente inesatta, perchè, come dipende dalla volontà degli Stati di ricorrere all'arbitrato o di obbligarci a ricorrervi, così è sempre la loro volontà che adotta e rende giuridiche le norme proposte dalla conferenza „ (2).

È certo che, se le regole della convenzione costituiscono effettivamente niente altro che un modello a cui gli Stati possono riferirsi se vogliono ed in quanto vogliono, esse non hanno alcun carattere giuridico e potranno divenire regole giuridiche solo in quanto due o più Stati convengano di adottarle in un loro accordo speciale. In altri termini, sarà questo accordo speciale che porrà delle norme giuridiche prima inesistenti, assumendo a contenuto di queste le regole formulate nella convenzione. Ma rimane allora inspiegata la ragione per cui si sia, per la formulazione di tali regole, fatto ricorso alla forma dell'accordo internazionale, si sia cioè posto in essere un atto che ha precisamente per iscopo, in generale, la posizione di norme giuridiche; la determinazione del contenuto materiale di norme che saranno poste, se lo saranno, con idonei atti di produzione giuridica non ha certamente bisogno di essere effettuato mediante un atto che sia già per sè stesso idoneo a porre norme giuridiche. Ma la natura delle regole in questione si concilia perfettamente con la forma dell'atto in cui furono formulate, evitandosi di dover ritenere che gli Stati siano addivenuti ad un accordo senza volere l'effetto (posizione di norme giuridiche) cui l'accordo normalmente tende, qualora si riconosca, come è certamente possibile, alle regole medesime la natura e il valore di vere e proprie norme giuridiche. Si tratterebbe precisamente di norme suppletive. Nessun dubbio che l'applicazione delle regole della convenzione suppone un accordo fra due Stati per l'istituzione della commissione d'inchiesta o, rispetti-

(1) ANZILOTTI, *Corso cit.*, vol. III, pag. 16 segg.

(2) ANZILOTTI, *Corso cit.*, vol. III, pag. 53.

vamente, per il ricorso all'arbitrato. Ma questo accordo, anzichè porre *ex novo* norme giuridiche corrispondenti, nel loro contenuto, alle regole della convenzione, funzionerebbe, rispetto a queste regole, già esistenti quali vere e proprie norme giuridiche, come la fattispecie cui esse condizionerebbero la propria applicabilità.

Se tutto ciò è esatto, l'indagine diretta a stabilire se le regole della convenzione sono in un dato caso applicabili, deve consistere non già nel vedere se le parti abbiano inteso adottarle, bensì nel vedere se le parti non abbiano adottato regole diverse. Mentre, per la tesi dell'Anzilotti, la volontà delle parti deve intervenire per far diventare giuridiche disposizioni che ancora non lo sono, qualora si riconosca, invece, alle regole della convenzione la natura di norme giuridiche suppletive, è l'assenza di una diversa volontà delle parti che funziona come presupposto della loro applicabilità. Di conseguenza appare, da questo punto di vista, perfettamente esatta la dizione degli articoli 17 e 51, i quali esprimono appunto il concetto che le regole della convenzione, in quanto norme giuridiche suppletive, saranno applicabili a meno che le parti non adottino regole diverse: e si evita il rimprovero mosso dall'Anzilotti agli autori della convenzione, che essi non si siano reso ben conto di quello che facevano (1).

GAETANO MORELLI

(1) ANZILOTTI, *Corso* cit., vol. III, pag. 17. L'unico appunto che può muoversi all'art. 17 è che suppletive sono non soltanto le norme contenute negli articoli 18 segg., cui l'art. 17 si riferisce, ma anche alcune delle norme precedenti, e particolarmente quelle degli articoli 11-16. L'art. 9 contiene un semplice voto a favore della istituzione di commissioni di inchiesta, il quale ha un valore puramente morale e politico. Dall'art. 10, poi, che prevede la conclusione di un particolare accordo per la costituzione della singola commissione d'inchiesta, risulta che a tale accordo è assegnata la funzione di presupposto dell'eventuale applicabilità delle successive norme suppletive. Questa funzione, rispetto alle regole relative alla procedura arbitrale, è esplicita dal compromesso previsto nell'art. 52.

LA SENTENZA DELLA MAGISTRATURA DEL LAVORO

SOMMARIO: 1. Posizione della questione. — 2. Casi di esercizio di potere legislativo da parte del giudice non rilevanti per la questione. — 3. Concetto di giurisdizione. — 4. Modo di formazione della legge in senso sostanziale. — 5. Nozione di interesse di categoria. — 6. Natura giuridica della sentenza che pone nuove condizioni di lavoro. — 7. Natura della sentenza che modifica o che interpreta un contratto collettivo o una norma equiparata. — 8. Soluzione del Calamandrei — 9. Nozione di controversia collettiva. — 10. Rimedi contro la sentenza (collettiva) del Magistrato del lavoro. — 11. Conclusione.

1. — Prendiamo in considerazione la sentenza, che la Magistratura del lavoro pronuncia come giudice di prima e ultima istanza in materia di rapporti collettivi del lavoro (1). Il Magistrato del lavoro è anche giudice d'appello delle controversie giudicate in primo grado dal pretore o dal tribunale, secondo le norme per la decisione delle controversie individuali del lavoro contenute nel R. D. 26 febbraio 1928, n. 471; ma la sentenza pronunciata dal Magistrato del lavoro come giudice d'appello non offre motivo di particolare discussione.

(1) La legge 17 gennaio 1929, n. 20, che converte in legge, con modificazioni, il R. D.-L. 13 gennaio 1927, n. 61, attribuisce alla competenza della Magistratura del Lavoro di giudicare in primo e ultimo grado particolari controversie in materia di diritti d'autore. Da questa singolare disposizione noi possiamo qui prescindere, perchè non ha nessuna influenza nella questione circa la natura giuridica

Secondo la Carta del Lavoro (dich. XI) “ le associazioni professionali hanno l'obbligo di regolare, mediante contratti collettivi, i rapporti di lavoro fra le categorie di datori di lavoro e di lavoratori, che rappresentano „. Ma la Carta del Lavoro non ha valore di legge, non solo in senso formale, com'è evidente, ma nemmeno in senso sostanziale (1), per cui l'obbligo espresso dalla dichiarazione non è obbligo *giuridico*. L'ordinamento italiano lascia alla iniziativa delle parti, cioè delle associazioni di primo grado dei datori di lavoro e dei lavoratori (le quali, di fatto, possono anche essere stimulate dalle organizzazioni gerarchicamente superiori) di stabilire, mediante contratto collettivo, il regolamento dei rapporti di lavoro fra le rispettive categorie rappresentate. Se le associazioni non riescono a concludere per contrasto di interessi, la controversia è portata dinanzi alla Magistratura del lavoro, la quale stabilisce con sentenza il contenuto del regolamento collettivo del rapporto di lavoro, in luogo e in sostituzione delle associazioni professionali interessate. Nella formulazione delle nuove condizioni di lavoro la Magistratura del lavoro giudica secondo equità, contemperando gli interessi dei datori di lavoro con quelli dei lavoratori, e tutelando, in ogni caso, gli interessi superiori della produzione (art. 16, comma primo, della legge 3 aprile 1926, n. 563 sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi del lavoro).

Sulla natura giuridica della sentenza, con la quale la Magistratura del lavoro stabilisce nuove condizioni di lavoro, si può discutere.

La sentenza fa stato di fronte a tutti gli interessati (art. 17, comma quarto, della citata legge 3 aprile 1926), e produce tutti gli effetti del contratto collettivo (art. 87, comma primo, del Regolamento 1 luglio 1926, n. 1130). La sentenza pone degli obblighi e fa nascere diritti, ma si rivolge, come il contratto collettivo, a una collettività indeterminata, è un comando astratto: per questo, ha evidentemente natura materiale o sostanza di norma giuridica. La natura o efficacia legislativa della sentenza, con la quale il Magistrato

della sentenza della Magistratura del Lavoro. Su di essa v. CRISTOFOLINI, *Il magistrato del lavoro e le controversie sulla pubblicazione di opere dell'ingegno* in *Rivista di dir. proc. civile*, 1927, I, 327.

(1) V., per tutti, D. DONATI, *L'efficacia costituzionale della Carta del Lavoro* in *Archivio di studi corporativi*, vol. II, 1931, pag. 163 segg.

del lavoro stabilisce nuove condizioni di lavoro, si può dire che non abbia mai sollevato dubbi (1); ad essa non manca nemmeno quel carattere di *novità*, che si suole richiedere come carattere della legge in senso materiale (2).

Se la sentenza della Magistratura del lavoro ha carattere legislativo, nasce la questione se la sentenza stessa sia atto di natura giurisdizionale, questione che qualche autore risolve in senso negativo (3). Nasce qui, riguardo alla sentenza che stabilisce nuove condizioni di lavoro, una questione analoga a quella che ampiamente viene trattata circa la natura del contratto collettivo: se sia contratto, come dice il nome, o sia legge, o non sia, piuttosto, un atto che riunisca in sè la natura del contratto e quella della legge. Riguardo alla sentenza, però, non si agitano le vive controversie, che sorgono, invece, circa la natura del contratto collettivo. La dottrina ammette senza contrasti la natura legislativa della sentenza; e poichè, in genere e senza discussione, considera la sentenza come atto giurisdizionale, si dovrebbe dire che nella dottrina italiana sia pacifica e quasi unanime l'opinione che la sentenza, con cui vengono stabilite nuove condizioni di lavoro, sia un atto, che riunisce in sè la natura di atto giurisdizionale e quella di legge in senso materiale. Ma questa opinione è più una accettazione implicita, che la conclusione di una questione dibattuta: la dottrina non si pone distintamente il problema, come uno stesso atto possa essere insieme sentenza e legge.

2. — È questa questione, invece, che qui vorremmo trattare, limitandoci, per necessità, solo a qualche cenno sommario.

Non basta ammettere, in genere, che al giudice possono essere attribuiti poteri legislativi per concludere che un suo atto può essere insieme sentenza e legge. Nel nostro ordinamento esistono casi, nei quali si ritiene che al giudice sono attribuite facoltà legislative, così che la sentenza viene pronunciata con esercizio di potere non solo giurisdizionale, ma anche legislativo. Ma in tutti questi

(1) V. per esempio, fra i primi studi sull'argomento, SEGNI, *I tribunali del lavoro in Italia* in *Studi per Chiovenda*, Padova, 1927, pag. 784.

(2) V. RANELLETTI, *Istituzioni di dir. pubblico*, 3^a ediz., Padova, 1932, pag. 283-84.

(3) V. per esempio, SEGNI, loc. cit., pag. 786; ANDREOLI, *La sentenza della Magistratura del Lavoro dal punto di vista processuale* in *Archivio di studi corporativi*, vol. II, 1931, pag. 147 segg.

casi, che il nostro ordinamento positivo conosce, la sentenza è sempre e solamente atto giurisdizionale. I casi più noti sono quelli degli art. 544 e 578 cpv. cod. civ., nei quali il giudice, chiamato a decidere controversie fra i proprietari d'acque, "deve conciliare l'interesse dell'agricoltura e dell'industria coi riguardi dovuti alla proprietà", (544), oppure "deve conciliare nel modo il più equo i riguardi dovuti ai diritti di proprietà, ai maggiori vantaggi che possono derivare all'agricoltura od all'industria dall'uso a cui l'acqua è destinata o vuolsi destinare", (578 cpv.). In questi casi non esiste la norma obbiettiva, che il giudice debba applicare al caso concreto, ma il giudice è chiamato a crearla egli stesso per decidere secondo diritto. Il giudice, decidendo, esercita una doppia funzione: una funzione legislativa - o quasi legislativa, come la chiama il Segni (1) - e una funzione giurisdizionale; ma la sentenza è puramente e semplicemente un atto di natura giurisdizionale, per porre il quale il giudice dovette avere ed esercitare anche potere legislativo, allo scopo di creare la norma concreta da applicare al rapporto (2).

Anche quando il giudice deve decidere secondo equità, e quando, per esempio, il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale decide in merito viene esercitata una doppia funzione, legislativa e giurisdizionale, allo stesso modo che nei casi, ai quali si riferiscono i citati art. 544 e 578 cpv. (3); ma la sentenza o decisione è sempre un atto di pura natura giurisdizionale. Il potere legislativo attribuito al giudice ha servito unicamente per dare alla norma concreta, che il giudice crea per applicare al caso da decidere, il valore di norma legislativa, così che la sentenza sia veramente il diritto del caso concreto. Anche il Magistrato del lavoro, quando stabilisce nuove condizioni di lavoro, giudica secondo equità, contemperando gli interessi dei datori di lavoro con quelli dei lavoratori e tutelando, in ogni caso, gli interessi superiori della produzione (art. 16, 1° comma l. 3 aprile 1926); e per pronunciare questa sentenza anche il Magistrato del

(1) loc. cit., pag. 780.

(2) V. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Vol. I, Napoli, 1912, pag. 256.

(3) Che nel giudizio di equità vi sia esercizio, da parte del giudice, di potere legislativo, nel senso indicato nel testo, non è opinione comune. Altri ritiene, invece, che la norma di equità si trovi già nella legge e che il giudice non abbia

lavoro esercita una doppia funzione, giurisdizionale e legislativa, nel senso e nel modo indicato (salva l'opinione, sulla quale non intendiamo fermarci, che la funzione del giudice di equità, rispetto alla norma da applicare, non sia che la formulazione di una norma già esistente). Ma questo esercizio di potere legislativo non influisce affatto sulla natura giurisdizionale della sentenza.

Per vedere, quindi, se sia possibile, e come sia possibile, che uno stesso atto abbia natura di sentenza e di legge, non basta ammettere, in genere, che il giudice può esercitare funzione giurisdizionale e funzione legislativa, dal momento che dall'esercizio delle due funzioni può aversi un atto di pura natura giurisdizionale.

3. — Dobbiamo risalire al concetto di *giurisdizione*. Senza bisogno di discutere le diverse e molteplici teorie intorno alla natura della funzione giurisdizionale, possiamo ritenere che la giurisdizione in senso obbiettivo, è l'attività dello Stato che pone il diritto del caso concreto, o che attua una norma concreta di diritto obbiettivo (1), intendendo comprendere in questo concetto anche il caso, del quale abbiamo testè fatto cenno, in cui il giudice applica al rapporto concreto una norma da lui stesso creata. Anche se si volesse accogliere la teoria di Carnelutti, che il carattere essenziale della giurisdizione, o funzione processuale, è quello di essere una attività diretta a comporre una lite *inter partes*, rimane sempre vero che la giusta composizione dei conflitti si attua applicando la norma a un rapporto concreto (2). Giustamente si dice che la sentenza, che è l'atto in cui essenzialmente si manifesta l'attività giurisdizionale, è l'atto che contiene il diritto del caso concreto, cioè, è un *comando concreto*. La sentenza è un imperativo giuridico, e questo carattere è comune alla sentenza e alla legge; ma dalla legge la sentenza si distingue perchè è un imperativo essenzialmente limitato a un rap-

che da formulare una norma che esiste. V. SEGNI, loc. cit.; RASELLI, *Appunti intorno alla funzione della Magistratura del Lavoro in Studi per Chiovenda*, pag. 712.

(1) V. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3^a ediz., § 13, pag. 291 segg.; RANELLETTI, *Principii cit.*, pag. 248 segg., ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, 3^a ed., Padova, 1931, pag. 341 segg.

(2) V. CALAMANDREI, *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti in Rivista di dir. processuale civ.*, 1928, I, pag. 3 segg.

porto concreto, mentre la legge è un *comando astratto*, cioè un imperativo che regola una quantità indeterminata di rapporti. Perciò, la questione: come lo stesso atto può essere insieme sentenza e legge, si traduce nell'altra: come lo stesso atto può essere insieme comando concreto e comando astratto.

L'espressione, se rivela in modo chiaro la differenza fra sentenza e legge, manifesta anche limpidamente la portata e la difficoltà della questione proposta: cioè, come la sentenza, che formula nuove condizioni di lavoro, possa avere la natura di atto giurisdizionale e di legge in senso sostanziale.

Per superare la difficoltà non crediamo si debba estendere il concetto di giurisdizione e di atto giurisdizionale, che perderebbe in tal modo, come giustamente osserva il Segni (1), ogni caratteristica ed ogni valore sistematico. Ma nemmeno riteniamo che la difficoltà sia insuperabile, così che si debba negare alla sentenza, la quale stabilisce nuove condizioni di lavoro, il carattere di atto giurisdizionale per riconoscere ad essa soltanto la natura di atto legislativo.

4. — Giova richiamare, anzitutto, qualche nozione sul modo di formazione delle leggi. Nello Stato moderno la costituzione prevede un organo destinato alla funzione specifica di formare la legge, ed è l'organo legislativo. Se distinguiamo nella legge i suoi due elementi essenziali: contenuto e imperativo, possiamo dire che l'organo legislativo esplica la sua funzione costituzionale formando il contenuto e investendo questo contenuto della efficacia obbligatoria propria della legge. La legge, così formata, è legge in senso *materiale* e in senso *formale*: in senso materiale, perchè ha un contenuto investito della efficacia obbligatoria legislativa; in senso formale, perchè tale contenuto è stato costituito con attività propria dell'organo legislativo.

Il legislatore può costituire anche altre fonti di diritto, per es. la consuetudine. In questo caso, gli usi, che si formano come fenomeno di vita sociale, sono *immediatamente* investiti dal legislatore di efficacia obbligatoria legislativa; sono immediatamente trasformati in norma positiva. Abbiamo, qui, una legge in senso materiale,

(1) loc. cit., pag. 784.

cioè un contenuto dotato di efficacia obbligatoria legislativa; ma non abbiamo una legge in senso formale, perchè il contenuto non venne formato con attività del legislatore, ma si è formato come manifestazione collettiva di volontà sociale.

Anche un'autorità amministrativa, specialmente il Governo, può emanare atti che sono fonti di diritto. Si suol dire che, in questi casi, il legislatore attribuisce all'autorità amministrativa potere legislativo e che nell'atto amministrativo, in quanto è fonte di diritto, vi è esercizio anche di attività legislativa. Il fenomeno può concettualmente essere ricostruito anche in altro modo. L'autorità amministrativa, nei presupposti preveduti dalla legge, forma con attività amministrativa un contenuto, il quale è *immediatamente* investito, secondo le disposizioni del legislatore, di efficacia obbligatoria legislativa. Non vi sarebbe bisogno di supporre esercizio di attività legislativa da parte dell'autorità amministrativa. Ci sembra preferibile questo altro modo di ricostruzione, col quale si può avere un concetto unitario di fonte di diritto, che comprenda anche il caso della consuetudine. Riguardo alla consuetudine, infatti, ci sembra difficile indicare un soggetto che eserciti attività legislativa. Nella formazione del diritto, adunque, v'è una volontà, che è destinata o chiamata a formare un contenuto, il quale è diritto o legge in senso sostanziale per l'*immediata* attribuzione, fatta dal legislatore, di efficacia obbligatoria legislativa, ossia per l'*immediata* trasformazione di esso in norma positiva (1). L'autorità, che pone il contenuto, può essere, ed è, normalmente, secondo la costituzione l'organo legislativo; ma può essere anche altra autorità o altro soggetto, o anche la volontà collettiva, come nella consuetudine. La legge in senso sostanziale, cioè il contenuto avente efficacia obbligatoria legislativa, non è sempre legge in senso formale. La legge in senso sostanziale ha la natura *formale* dell'atto, che ne pone il contenuto; quindi è legge in senso formale quando il contenuto è posto dal legislatore stesso; e negli altri casi sarà, in senso formale,

(1) Una costruzione analoga vale anche per il cosiddetto *rinvio ricettizio o materiale*. V. ROMANO, op. cit., pag. 314. È naturale che il legislatore, attribuendo al contenuto dell'atto amministrativo *immediata* efficacia legislativa, può attribuire efficacia legislativa *sostanziale* - ed è il caso ordinario - ed efficacia legislativa *formale*, che è il caso, nel nostro diritto, dei decreti-legge e decreti-legislativi.

atto amministrativo o quel qualunque atto, in cui si manifesta la volontà che lo pone. In conclusione; una legge in senso sostanziale può essere, in senso formale, qualunque atto giuridico, purchè la volontà, che si manifesta nell'atto, possa essere diretta a porre una norma astratta, essendo la legge, come abbiamo detto, un comando astratto.

5. — Noi ora cerchiamo se una sentenza possa essere legge. Da quanto abbiamo detto appare che la questione si riduce a vedere se il contenuto di una sentenza possa essere, o diventare, contenuto di legge; cioè, se con un atto giurisdizionale, quale è la sentenza, si possa porre una *disposizione astratta*, la quale, per l'efficacia obbligatoria legislativa, di cui venga immediatamente investita, possa essere legge in senso sostanziale.

È necessario chiarire, per questo, il concetto di *interesse di categoria*.

In ogni gruppo sociale, che si formi per un dato scopo, oltre gli interessi dei singoli componenti il gruppo, vi sono interessi collettivi del gruppo stesso, propri, cioè, della collettività, come tale; interessi distinti dagli interessi subbiettivi dei singoli, ai quali possono anche contrapporsi. La distinzione fra interessi individuali e interessi collettivi si nota in ogni gruppo o aggregato sociale. V'è, quindi, anche nella categoria, intendendosi per categoria professionale il complesso di coloro che esercitano una data professione. L'interesse di categoria è un interesse collettivo; distinto dagli interessi individuali degli appartenenti alla categoria.

L'interesse collettivo può essere fatto valere come interesse a sè, quando la legge attribuisca o riconosca a un soggetto la facoltà di agire per l'interesse collettivo. Il soggetto, rappresentante dell'interesse collettivo, può essere la collettività stessa elevata a persona giuridica, o anche altro soggetto, fisico o giuridico, la cui volontà sia dal diritto riconosciuta come decisiva per l'interesse collettivo. La legge, attribuendo a un soggetto la facoltà di agire per un interesse collettivo, considera questo interesse come un interesse subbiettivo del rappresentante, il quale, in tal modo, ha interessi subbiettivi come persona singola a sè stante, e interessi subbiettivi come rappresentante di interessi collettivi. Così, lo Stato, per esempio, ha interessi subbiettivi come organizzazione a sè stante, e interessi subbiettivi

come rappresentante della società, cioè della collettività in esso organizzata. Un interesse collettivo, quindi, può essere considerato sotto due aspetti: riguardo ai singoli componenti la collettività e riguardo al rappresentante dell'interesse. Sotto il primo aspetto, l'interesse appare come interesse collettivo; sotto il secondo aspetto, l'interesse appare come interesse subbiettivo. Un interesse collettivo, potendo essere considerato come interesse subbiettivo del rappresentante, può essere fatto valere, di regola, con gli istituti, coi quali si fanno valere gli interessi subbiettivi. Quindi, l'interesse collettivo di categoria può essere considerato come interesse *subbiettivo* del sindacato, che ha la rappresentanza legale della categoria (art. 5 della legge del 1926), e, come tale, può essere fatto valere come ogni altro interesse subbiettivo di persona giuridica.

Di conseguenza; l'attività giurisdizionale presuppone un interesse subbiettivo concreto (prescindendo, qui dalla questione della cosiddetta giurisdizione di puro diritto obbiettivo), ma ciò non esclude che oggetto dell'attività giurisdizionale possa essere anche un interesse collettivo, in quanto questo viene considerato come interesse concreto e subbiettivo di uno o più soggetti determinati, rappresentanti della collettività.

6. — Queste considerazioni ci conducono facilmente a spiegare come un atto giurisdizionale (nel caso, una sentenza che pone nuove condizioni di lavoro) possa avere efficacia di legge in senso sostanziale. In materia di rapporti di lavoro, oltre gli interessi subbiettivi degli appartenenti alla categoria, v'è un'interesse collettivo della categoria professionale dei datori di lavoro e un interesse collettivo della categoria dei lavoratori della stessa professione: è l'interesse a una data regolamentazione collettiva dei rapporti individuali di lavoro. Si noti: non semplicemente l'interesse alla regolamentazione collettiva, piuttosto che alla regolamentazione individuale (che può essere un interesse comune alle due categorie); ma l'interesse a una regolamentazione collettiva in una data misura o proporzione, che può essere, ed è diversa da quella della categoria contrapposta. Tale interesse è interesse collettivo di categoria, che può coincidere, ma anche contrastare con l'interesse immediato dei singoli. Siccome la categoria è legalmente rappresentata dal rispettivo sindacato, l'interesse a quella data regolamentazione collettiva dei rapporti di lavoro è un interesse *collettivo* rispetto agli appartenenti alla categoria, ed

è un interesse *subbiettivo* rispetto al sindacato che rappresenta la categoria.

Il giudice, ponendo con sentenza nuove condizioni di lavoro, attua un interesse subbiettivo personale del sindacato. E l'interesse personale è questo: che i rapporti individuali di lavoro siano regolati con tali determinate condizioni. Questo interesse concreto diventa, nella sentenza, il diritto concreto *inter partes*, cioè tra i sindacati, e su di esso si forma la *res iudicata*. Che poi questa statuizione, così concretamente determinata, serva per regolare rapporti individuali di lavoro tra gli appartenenti alle categorie rappresentate, non dipende dalla volontà del giudice, ma da altra volontà, che è quella della legge, la quale trasforma *immediatamente* il contenuto della sentenza in norma positiva, secondo i concetti superiormente esposti. Solo con l'intervento di questa *vis legislativa*, di natura diversa dall'attività giurisdizionale, il contenuto della sentenza diventa legge in senso sostanziale. La sentenza del magistrato del lavoro è un comando concreto, perchè la sua efficacia giurisdizionale si esaurisce nei limiti della *res iudicata*. Riguardo ai singoli datori di lavoro e e lavoratori, la sentenza non è comando nè concreto nè astratto; è semplicemente il *contenuto* di un possibile comando astratto, e può diventare comando astratto per virtù di attività legislativa, non giurisdizionale.

Quindi non si può dire che lo stesso atto giurisdizionale sia comando concreto e comando astratto; si può dire, invece, che lo stesso contenuto posto dalla sentenza diventa comando concreto, in quanto contenuto di volontà giurisdizionale, e comando astratto, in quanto contenuto di volontà legislativa. Lo stesso atto riunisce in sè la natura di sentenza e di legge, in quanto il contenuto posto dall'atto giurisdizionale viene trasformato in norma positiva. Perciò la sentenza che pone nuove condizioni di lavoro è *legge in senso sostanziale e sentenza in senso formale*, secondo il significato che a queste espressioni abbiamo dato con le già fatte considerazioni.

La sentenza della Magistratura del lavoro è vero e proprio atto giurisdizionale ed è, in senso vero e proprio, fonte di diritto: l'attività giurisdizionale stabilisce il contenuto con efficacia di comando *inter partes*; l'attività legislativa eleva il contenuto a norma positiva con efficacia di comando *erga omnes*. L'art. 17, comma quarto, della legge del 1926 dice che le decisioni del Magistrato del lavoro fanno stato di

fronte a tutti gli interessati. Ciò vuol dire che la determinazione delle condizioni di lavoro, nella misura con cui è stabilita dalla sentenza, è definitiva e irrevocabile non solo di fronte alle parti, ma *erga omnes*; ma non vuol dire che la volontà del giudice trasformi il contenuto in norma positiva per gli interessati. In tal modo ci sembra che possa facilmente spiegarsi come la sentenza, che pone nuove condizioni di lavoro, sia sentenza e legge: è vera e propria legge, ma in senso sostanziale, ed è vera e propria sentenza, ma in senso formale.

Riguardo alla natura giuridica della sentenza del Magistrato del lavoro arriviamo a una conclusione parallela a quella che abbiamo ottenuto, considerando, in altro studio (*), la natura giuridica del contratto collettivo di lavoro. L'uno e l'altro atto sono legge in senso sostanziale; sono, rispettivamente, contratto o sentenza in senso formale. Uno stesso atto può essere sentenza e legge, come può essere contratto e legge.

7. — Coll'aver dimostrato come e in quale senso lo stesso atto possa essere sentenza e legge, crediamo di avere risposto, almeno indirettamente, anche agli autori, che, per salvare il carattere di atto legislativo alla sentenza, che pone nuove condizioni di lavoro, negano ad essa il carattere di atto giurisdizionale.

È facile osservare che anche la sentenza, la quale - nei presupposti richiesti dagli art. 71 e 89 del regolamento 1° luglio 1926 - modifica le condizioni di lavoro stabilite con un contratto collettivo o con altre norme equiparate o con una sentenza del Magistrato del lavoro, è, a tutti gli effetti, una sentenza che pone nuove condizioni di lavoro e, come tale, anch'essa è legge in senso sostanziale e sentenza in senso formale.

La Magistratura del lavoro giudica in prima ed ultima istanza anche di controversie relative alla disciplina dei rapporti collettivi di lavoro, che concernono l'applicazione dei contratti collettivi e di altre norme esistenti (art. 13 della legge del 1926). Abbiamo già detto

(*) La natura giuridica del contratto collettivo di lavoro in *Rivista di diritto privato*, 1931, I, pag. 241 segg.

altrove (1) che, essendo state attribuite col R. D. 26 febbraio 1928, n. 471 tutte le controversie individuali, derivanti da rapporti soggetti a contratti di lavoro e ad altre norme equiparate, alla competenza del pretore o del tribunale, quale giudice del lavoro, le controversie concernenti l'applicazione delle norme collettive di lavoro rimaste alla competenza del Magistrato del lavoro sono quelle che riguardano la *interpretazione*, in modo per tutti obbligatorio, dei contratti collettivi e delle altre norme equiparate. Ora, i contratti collettivi e le altre norme equiparate sono leggi in senso sostanziale, e l'interpretazione delle leggi in modo per tutti obbligatorio (la cosiddetta interpretazione autentica) è funzione legislativa (art. 73 dello Statuto): quindi, anche la sentenza della Magistratura del lavoro che interpreta, in modo per tutti obbligatorio, le norme collettive di lavoro è sentenza solo in senso formale ed è legge in senso sostanziale (2).

Abbiamo detto che la Magistratura del lavoro interpreta, in modo per tutti obbligatorio, i contratti collettivi e le norme equiparate. Veramente, l'art. 13 della legge parla di controversie concernenti l'applicazione dei contratti collettivi o di altre norme *esistenti*. Ora, le norme *esistenti* sono le norme *equiparate* ai contratti collettivi, oppure anche altre norme (leggi, regolamenti), che riguardino rapporti di lavoro? L'espressione "norme esistenti", è generale; ma, nonostante contrarie autorevoli opinioni (3), noi riteniamo che le norme *esistenti* dell'art. 13, non siano altro che le norme *equiparate*, ossia, come si

(1) *Le responsabilità per inadempimento di contratto collettivo di lavoro* in *Studi per Cammeo*, Padova, di prossima pubblicazione.

(2) Si potrebbe domandare se nel dare l'interpretazione autentica di un contratto collettivo il Magistrato del lavoro debba tenere presente l'art. 1131 c. c., oppure l'art. 3 delle preleggi. Riteniamo che il Magistrato del lavoro non debba essere rinviato nè all'uno nè all'altro di questi articoli. Gli articoli sono fatti per il giudice che interpreta in relazione al caso concreto, non per il legislatore che dà interpretazione autentica; quindi nemmeno per il Magistrato del lavoro, in quanto la sua sentenza ha contenuto di legge interpretativa. Il Magistrato segue il procedimento logico d'interpretazione con quella discrezionalità di valutazione che è propria del legislatore. Solo che il Magistrato del lavoro, anche nell'interpretare, non deve andar contro alle leggi e ai regolamenti, che costituiscono il limite normale dei contratti collettivi e delle altre norme equiparate.

(3) V. JAEGER, *Le controversie collettive e la competenza della Magistratura del Lavoro*, in *Il Diritto del Lavoro*, 1931, I, pag. 357 e nota (3).

esprime l'art. 1 del R. D. 26 febbraio 1928, n. 471, le norme, che hanno valore o effetti di contratti collettivi a termini della legge 3 aprile 1926, n. 563, e del regio decreto 1 luglio 1926, n. 1130. Non sono comprese, quindi, le norme contenute in leggi formali e in regolamenti, le quali, anche quando si riferiscono a rapporti di lavoro, non possono essere interpretate, in modo per tutti obbligatorio, dal Magistrato del lavoro. Difatti, l'art. 13 della legge del 1926 non attribuisce al Magistrato del lavoro una espressa facoltà d'interpretare, ma la facoltà di *applicare* norme. La facoltà di interpretare si ritiene giustamente attribuita, in quanto l'interpretazione è uno stadio del procedimento di applicazione. Ciò vuol dire che il giudice ha facoltà di *interpretare* quelle norme, che egli ha facoltà di *applicare*. Dopo il decreto 26 febbraio 1928 risultano distinte due funzioni interpretative: l'interpretazione in modo per tutti obbligatorio, e l'interpretazione relativa al caso concreto; la prima spetta al Magistrato del lavoro, l'altra al pretore o al tribunale quali giudici del lavoro. Ma se diversa è la funzione interpretativa, identica è la materia dell'interpretazione, che è costituita unicamente dalle norme da *applicare*. Ora le norme da *applicare* non sono altro, nel caso nostro, che i contratti collettivi e le norme equiparate, secondo l'art. 1 del citato decreto. Quindi, il Magistrato del lavoro e il giudice del lavoro possono interpretare — il primo, in modo per tutti obbligatorio; il secondo, in relazione al caso concreto — soltanto i contratti collettivi e le norme ad esso equiparate, escluse le norme contenute in leggi e regolamenti.

8. — Dobbiamo qui ricordare una interessantissima soluzione presentata da Calamandrei per spiegare l'efficacia di natura legislativa della sentenza del Magistrato del lavoro, che pone nuove condizioni di lavoro (1).

(1) Desumiamo il pensiero di Calamandrei da qualche cenno, ch'egli ne fa nell'articolo: *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico* in *Rivista di dir. proc. civile*, 1932, I, pag. 15 segg. Il concetto, appena accennato in questo articolo, è sviluppato in una memoria: *La natura giuridica della sentenza della Magistratura del Lavoro in Italia* inserita negli *Studi per F. Gény*, della quale però, non abbiamo potuto approfittare, perchè gli *Studi* non sono ancora stati pubblicati.

AmMESSo che la sentenza del Magistrato del lavoro ha effetti di natura legislativa, e che tali effetti non possono in alcun modo ricollegarsi alla volontà autoritativa espressa nell'atto giurisdizionale, il Calamandrei ritiene che nel caso in esame la sentenza si presenta come *fatto giuridico* in senso stretto. Cioè, gli effetti di natura legislativa non derivano dal comando formulato dal Magistrato del lavoro nella sentenza, ma sono ricollegate alla sentenza stessa da una norma di legge, la quale, pertanto, considera la sentenza semplicemente come *fatto produttivo d'effetti giuridici*.

Senonchè, la costruzione, quantunque logicamente risolva l'antinomia di un atto, che abbia insieme la efficacia di sentenza e di legge, non ci sembra tale da togliere ogni dubbio. Fatto giuridico, in senso stretto, è un fatto che provoca la nascita, la modificazione o la estinzione di diritti e di obblighi, e ciò in base a una volontà di legge regolatrice del rapporto costituitosi col fatto. In altre parole: il fatto giuridico è elemento di un rapporto concreto regolato da una norma di legge, per volontà della quale gli effetti giuridici - diritti e obblighi - si ricollegano al fatto. Ora, nel caso nostro, gli effetti giuridici sono i diritti e gli obblighi contenuti nella norma collettiva; questi diritti e obblighi, però, non sono fatti derivare, come da loro causa, da una volontà legislativa esterna alla sentenza, nè si considerano come semplicemente provocati dalla sentenza, ma sono fatti derivare dalla sentenza stessa.

Nella sentenza bisogna distinguere la volontà giurisdizionale e il contenuto. È vero che gli effetti di natura legislativa non si riconnettono alla volontà giurisdizionale della sentenza; essi non possono riconnettersi, come a loro causa, che a una volontà legislativa; ma questa volontà legislativa ha un contenuto che è lo stesso contenuto della sentenza. In questo senso si dice che derivano dalla sentenza, in quanto, cioè, derivano dalla natura sostanziale di un atto che è sentenza in senso formale. È vero, quindi, che gli effetti legislativi della sentenza del Magistrato del lavoro non si possono riportare sotto l'istituto del giudicato, ma è altrettanto vero che derivano, come da loro causa, da un atto che è legge in senso sostanziale e sentenza in senso formale. La sentenza, lungi dall'essere semplicemente un fatto produttivo di effetti giuridici, è fonte di diritto obbiettivo. Non si potrebbe dire, per esempio, che gli usi e la consuetudine siano semplicemente fatti, ai quali la legge ricollega certe conseguenze giuridiche; sono, invece, fonte di diritto, quando, si

intende, il rispettivo contenuto sia immediatamente dalla legge investito di efficacia legislativa e trasformato in norma positiva. E lo stesso si può dire della sentenza del Magistrato del lavoro.

Non ci sembra nemmeno che sia possibile appoggiarsi al sistema dei precedenti obbligatori del diritto inglese, dove pure la sentenza, per certi effetti, sarebbe considerata come un fatto giuridico. La sentenza del giudice inglese produce i suoi effetti normali *inter partes*, ma poi ad essa l'ordinamento giuridico ricollega il particolare effetto di vincolare per tutti i casi eguali. Questi effetti oltrepassano la volontà la potestà giurisdizionale del giudice e sono ricollegati alla sentenza dall'ordinamento, che considera la sentenza come un fatto giuridico in senso stretto. Ma l'efficacia vincolativa per i casi successivi è attribuita, nel diritto inglese, non alla decisione concreta formulata nella sentenza, ma al principio rinchiuso nella decisione concreta, o, come dice esattamente il Calamandrei stesso, alla premessa maggiore della sentenza che risolve la *quaestio iuris*; la quale, pertanto, essendo *immediatamente* investita di efficacia legislativa, è trasformata in norma positiva, come avviene per le norme consuetudinarie nel nostro diritto. Nel diritto inglese, infatti, il giudice è fonte di diritto in quanto esprime la consuetudine, il *Common law*.

9. — Le controversie, che vengono decise con sentenza che pone modifica o interpreta, in modo per tutti obbligatorio, norme collettive di lavoro, sono le cosiddette *controversie collettive* (1). Controversia collettiva è la controversia, il cui oggetto è un interesse collettivo di categoria, nel senso indicato, e che la Magistratura del lavoro decide come giudice di prima e ultima istanza con sentenza la quale è legge

(1) La Magistratura del lavoro giudica in unico grado anche delle cosiddette controversie *intersindacali*, cioè delle controversie concernenti gli obblighi, che i due sindacati stipulanti assumono in proprio nel contratto collettivo. Tali controversie, non riguardando propriamente rapporti di lavoro fra datori di lavoro e lavoratori, ma rapporti obbligatori intersindacali, non vengono qui considerate. Del resto, la sentenza, che il Magistrato del lavoro pronuncia in tali controversie, è atto puramente giurisdizionale, sulla cui natura giuridica non possono sorgere dubbi.

in senso sostanziale e sentenza in senso formale. Non è questo il significato di controversia collettiva comunemente accolto dalla dottrina (1); ma non possiamo qui fermarci sulla questione molto dibattuta circa la distinzione fra controversia collettiva e controversia individuale del lavoro (2). Notiamo soltanto, tra le opinioni contrarie, quella importante di Jaeger, la quale, però, nonostante l'acuta analisi, con cui è svolta, può forse lasciare luogo a qualche riserva. Secondo questo autore (3), sono collettive le controversie che possono essere composte con una sentenza (collettiva) o con un contratto collettivo; individuali le controversie che possono essere composte con una sentenza (individuale) o con un contratto individuale. Alla teoria ci sembra che si possa fare l'osservazione: che essa non riesce a comprendere fra le controversie collettive quelle relative alla interpretazione autentica, perchè tali controversie vengono bensì risolte con una sentenza (collettiva), ma non possono essere composte con un contratto collettivo. Non servono, qui, i casi che l'A., sulle tracce del Raselli, dice già avvenuti di contratti sindacali conchiusi per l'interpretazione di contratti collettivi precedentemente stipulati. Notiamo, anzitutto, che tali intese fra i due sindacati non potrebbero dirsi, in senso proprio, contratti. Il contratto suppone due interessi contrapposti, che nel contratto si compongono senza fondersi nè eliminare la contrapposizione. Perciò si comprende come vi possa essere contratto fra i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro per formulare condizioni di lavoro; ma nell'interpretare norme esistenti si possono avere bensì vedute diverse, ma non interessi contrapposti, da far valere. L'interpretazione, quindi, non può essere il risultato di un contratto, ma solo di un accordo in senso tecnico (*Vereinbarung*). Ma, prescindendo da questa questione, il contratto interpretativo

(1) Ci sembra che un concetto di controversia collettiva, conforme a quello affermato nel testo, sia stato espresso nella sentenza del Tribunale di Roma 12 luglio 1929 (sezione lavoro): ... « la Corte d'Appello [quale Magistratura del lavoro] ha potestà di *stabilire* norme aventi valore obbligatorio collettivo e di *modificare* o di *chiarire* quelle esistenti ». *Giur. It.*, 1929, I, 2, 430 segg.

(2) Agli autori citati, intorno a questo argomento, nell'accennato scritto su *Le responsabilità per inadempimento di contratto collettivo di lavoro* in *Studi per Cammeo*, aggiungiamo VIESTI, *Giurisdizione corporativa* in *Il Diritto del Lavoro*, 1931, I, pag. 585 segg.

(3) JAEGER, loc. cit., pag. 351.

(chiamiamolo così) non può mai avere il valore nè di un contratto collettivo, nè di una sentenza collettiva. Il contratto collettivo tutelato dalla legge non è qualunque contratto, che riguardi interessi collettivi delle due categorie rappresentate, ma esclusivamente un contratto che pone o modifica condizioni di lavoro. I sindacati interessati potranno dare una interpretazione di un contratto collettivo o di una norma equiparata, ma la loro interpretazione, che potrà anche essere fatta valere nell'interno dei sindacati coi mezzi disciplinari, non s'impone *giuridicamente* agli interessati con l'efficacia con cui a questi s'impone un contratto collettivo. Tanto meno l'interpretazione sindacale s'impone ai giudici. Non può essere, insomma, una interpretazione autentica. Quindi, è vero che le controversie collettive riguardanti la formulazione di condizioni di lavoro possono essere composte sia con sentenza sia con contratto collettivo; ma le controversie collettive riguardanti l'interpretazione, in modo per tutti obbligatorio, del contratto collettivo e delle norme equiparate possono essere risolte soltanto con sentenza (collettiva).

10. — La legge prevede anche rimedi contro la sentenza del Magistrato del lavoro: la revocazione, la revisione e la cassazione (art. 88 del R. D. 1 luglio 1926). Però, di questi solo la revocazione e la cassazione possono dirsi rimedi contro la sentenza; la revisione, quantunque sia dal legislatore enunciata insieme alla revocazione e alla cassazione, così da sembrare, secondo la lettera, un istituto ordinato, come questi, a correggere gli errori della sentenza, non è, propriamente, un rimedio contro la sentenza, ma è un istituto particolare, ben diverso dall'istituto dello stesso nome del diritto processuale.

Che la revisione, di cui all'art. 88 del regolamento 1 luglio 1926, non sia l'istituto previsto dal diritto processuale, appare anche solo da ciò, che contro la sentenza del Magistrato del lavoro è ammessa tanto la revocazione quanto la revisione; ora, l'istituto processuale della revisione è l'istituto che corrisponde in materia penale (art. 553 segg. c. p. p.) all'istituto della revocazione in materia civile (art. 494 segg. c. p. c.). I due rimedi sono dati dalla legge per il medesimo scopo, cioè per correggere l'errore commesso dal giudice, penale o civile, il quale nel sentenziare non abbia tenuto conto, per varie cause, di un *motivo di fatto* decisivo per il giudizio.

Amnesso, quindi, il rimedio della revocazione, non c'è ragione di ammettere il rimedio della revisione, anche prescindendo da ciò, che la revisione è istituto del diritto processuale penale.

La revisione, di cui al citato art. 88, è null'altro che la formulazione, fatta con sentenza, di nuove condizioni di lavoro da sostituirsi alle precedenti, stabilite pure da sentenza del Magistrato del lavoro. La legge ammette che le condizioni di lavoro stabilite da contratto collettivo o da norme equiparate possano essere modificate anche prima della scadenza del termine previsto per la loro durata, quando nello stato di fatto da esse presupposto si sia verificato un notevole mutamento. La formulazione delle nuove condizioni di lavoro da sostituirsi alle precedenti deve essere fatta con sentenza del Magistrato del lavoro (art. 71 e 89 del regolamento 1 luglio 1926); e quando le nuove condizioni sostituiscono precedenti condizioni stabilite con sentenza, la nuova formulazione è detta *revisione* e la sentenza che stabiliva le precedenti condizioni si dice soggetta a revisione. Nonostante le apparenze, la revisione, di cui all'art. 88 del regolamento, non è, dunque, un rimedio contro la sentenza, non è un istituto processuale; è nient'altro che una denominazione usata dal legislatore per indicare la formulazione di nuove condizioni di lavoro, fatta con sentenza, da sostituirsi a condizioni precedenti, prima della scadenza del termine previsto per la loro durata, quando anche le precedenti erano state stabilite con sentenza del Magistrato del lavoro.

Sono, invece, veri e propri rimedi contro la sentenza la revocazione e la cassazione, riguardo ai quali istituti si applicano, salvo qualche particolare modificazione, le norme del codice di procedura civile (art. 16, comma quarto, della legge 3 aprile 1926; art. 88 e 90 del regolamento 1 luglio 1926) (1).

(1) Il rimedio della revocazione contro la sentenza della Magistratura del lavoro è previsto anche dall'art. 87, terzo comma, del regolamento 1 luglio 1926. Ma il rimedio, di cui all'art. 87, riguarda sentenze emesse in materia di rapporti individuali di lavoro; per cui su di esso non abbiamo qui da trattenerci. Per la stessa ragione non possiamo qui occuparci della cosiddetta azione di annullamento (prevista nel secondo comma dello stesso articolo) di una decisione in controversia individuale di lavoro, che sia incompatibile con una sentenza del Magistrato del lavoro in materia di rapporti collettivi. Su questi argomenti v. ORSI, *Sulla revoca-*

Che alla sentenza del Magistrato del lavoro, la quale stabilisce o modifica o interpreta, in modo per tutti obbligatorio, condizioni di lavoro, siano applicabili i rimedi della revocazione e della cassazione, dipende dalla sua natura formale di sentenza. L'estensione e il carattere del controllo su di un atto segue la natura formale dell'atto stesso, non la sua natura sostanziale. Una legge formale, un regolamento, una sentenza sono atti, che possono avere natura di legge in senso sostanziale, come abbiamo visto, e, sotto questo aspetto, hanno tutti la stessa efficacia legislativa. Ma il controllo, al quale questi atti possono essere sottoposti, è diverso, e la diversità dipende dalla diversa loro rispettiva natura formale. Una legge in senso formale è sottratta a qualsiasi controllo; ha presunzione assoluta di legittimità; non può essere modificata che da un atto avente la stessa efficacia legislativa. Questa particolare efficacia dell'atto deriva dalla sua natura formale, non dalla sua natura sostanziale di legge; tanto è vero che l'efficacia è la medesima anche quando, essendo ancora legge in senso formale, avesse natura d'atto amministrativo in senso sostanziale. Un regolamento, essendo atto amministrativo in senso formale, è sottoposto al controllo proprio dell'atto amministrativo formale, anche se sia legge in senso sostanziale. È logico, quindi, che la sentenza della Magistratura del lavoro, essendo atto giurisdizionale in senso formale, sia sottoposta al controllo, al quale sono sottoposte le sentenze, sebbene abbia natura di legge in senso sostanziale.

11. — La sentenza della Magistratura del lavoro è posta dalla legge tra le fonti equiparate ai contratti collettivi di lavoro (ordinanza corporativa, arbitrato collettivo), per cui anche la sentenza (collettiva), come il contratto collettivo, trova un limite non solo nelle leggi in senso formale, ma anche nei regolamenti (1).

zione delle sentenze nelle controversie individuali di lavoro in *Riv. di dir. proc. civile*, 1930, pag. 166 segg.

(1) V. ROVELLI, *Natura giuridica de contratto collettivo di lavoro* cit. pag. 267. È naturale, quindi, che la sentenza della Magistratura del lavoro non possa contraddire alle norme stabilite dal Consiglio Nazionale delle Corporazioni. V. ROMANO, *La potestà normativa del Consiglio Nazionale delle Corporazioni* (Relaz. al II Convegno di Studi sindacali e corporativi), Roma, 1932, pag. 11; RANELLETTI, *Istituzioni di dir. pubblico*, 3^a ed. 1932, pag. 604, nota (1).

Per chiudere, notiamo, riassumendo, che la disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro, prevista dalla legge del 1926, si attua col contratto collettivo e con le altre norme ad esso equiparate, tra cui la sentenza collettiva. Tutti gli atti, che regolano rapporti collettivi di lavoro, hanno natura di legge in senso sostanziale, ma non hanno tutti la stessa natura formale. Il nostro legislatore riconosce diverse fonti delle norme regolatrici dei rapporti collettivi di lavoro, diverse, appunto, secondo la diversa natura formale degli atti che tali norme contengono: contratto (non obbligatorio), atto amministrativo, sentenza, lodo arbitrale. E secondo la loro diversa natura formale, gli atti hanno, rispettivamente, anche una diversa efficacia formale, quantunque abbiano tutti egualmente natura di legge in senso sostanziale.

FRANCESCO ROVELLI

Professore nell'Università Cattolica di Milano

INTERPRETAZIONI EUROPEE DELLA DOTTRINA AMERICANA DEL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI

SOMMARIO: 1. L'influenza esercitata da concetti di diritto naturale sull'affermarsi del principio del controllo giudiziario negli Stati Uniti. — 2. Il sindacato di costituzionalità e la dottrina della divisione dei poteri. — 3. Il dopo-guerra e le nuove costituzioni repubblicane dell'Austria, della Cecoslovacchia e della Spagna. — 4. Le vicende del problema del sindacato di costituzionalità in Germania. — 5. Gli ostacoli rappresentati dalla tendenza che vorrebbe attribuire al Capo dello Stato la protezione della costituzione. La teoria di Carlo Schmitt. — 6. Dell'opposta concezione Kelseniana, viziata da un formalismo che la rende vana, e del conseguente mancato accoglimento della dottrina americana.

1. — Fra tutte le concezioni filosofiche e politiche europee accolte al di là dell'Oceano dalle giovani colonie americane, quella della superiorità di un complesso di norme definite di "diritto naturale", ebbe una influenza singolarmente efficace nella formazione delle loro istituzioni politiche e giuridiche. Tralasciando di considerare sino a qual punto una simile concezione ebbe valore nella formulazione della dichiarazione d'indipendenza e sino a qual punto invece ne ebbero altre considerazioni d'indole storica e contingente, basterà soffermare la nostra attenzione sull'importanza decisiva esercitata dal concetto di supremazia del diritto naturale sul diritto positivo del legislatore, nel sorgere e nel consolidarsi del principio del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti. Il concetto si alimentava alla tradizione puritana della validità assoluta della volontà divina ed a quella lockiana dei limiti di natura imposti al legislatore: " [il potere legislativo] è limitato al pubblico bene della società. Il suo potere è quello di conservare, e quindi esso non potrà mai aver diritto a distruggere, rendere schiavi

o di proposito impoverire i suoi soggetti. I doveri della legge di natura non vengono meno nella società civile.... Così la legge di natura permane quale regola eterna per tutti gli uomini, legislatori o altri. Le regole che essi creano a guida delle azioni degli altri uomini e delle loro proprie, devono essere conformi alla legge di natura, cioè al volere di Dio, di cui essa non è che l'espressione „(1).

Se in Inghilterra non prevalse una simile teorica intesa a contenere entro limiti ben definiti l'attività del potere legislativo, essa fu l'arma principale nelle mani di coloro i quali condussero la lotta per l'indipendenza delle tredici colonie, e le prime sentenze dei giudici della nuova nazione americana non sono che una riaffermazione di quei principii. Così, in *Van Horne's Lessee vs. Dorrance* (1795), il giudice Paterson: “ è evidente che il diritto di proprietà e della sua protezione è uno dei diritti naturali inerenti ed inalienabili dell'uomo... Il potere legislativo non poteva quindi spogliare dei suoi beni un cittadino attribuendoli ad un altro senza giusto compenso. Ciò è contrario ai principii di ragione di giustizia e di morale „ (2). Nè più vigorosa affermazione del diritto di sindacare in virtù di principii superiori l'operato del potere legislativo, può ritrovarsi della sentenza della Corte Suprema del 1798 in *Calder vs. Bull*: “ Il popolo degli Stati Uniti creò l'attuale costituzione o forma di Governo per promuovere la giustizia, il benessere generale, assicurarsi i benefici della libertà e proteggere da ogni violenza persone e proprietà. La natura ed i limiti del patto sociale sono determinati dagli scopi che gli uomini vogliono raggiungere nella società medesima, e, formando essi a loro volta le basi del potere legislativo, ne fissano le vere funzioni. La natura e gli scopi del potere legislativo ne limitano l'esercizio. Questo principio fondamentale deriva dalla natura medesima dei nostri governi repubblicani, la quale vuole che nessuno sia costretto a fare ciò che le leggi non esigono, nè ad astenersi dal fare ciò che le leggi permettono. Ci sono atti che i poteri legislativi, sia federale sia statali, non possono compiere senza eccedere i limiti della propria autorità. Ci sono principii vitali nei nostri liberi governi repubblicani che impediscono ogni patente

(1) LOCKE, *Two treatises of civil government*, II, XI, § 135.

(2) Cfr. A. J. DALLAS, *Report of cases ruled and adjudged in the several courts of the United States and of Pennsylvania*, Filadelfia, vol. II, pag. 310.

e flagrante abuso del potere legislativo: come quello di compiere una evidente ingiustizia per mezzo di una legge, o di violare quella sicurezza della libertà personale o della proprietà privata, per la protezione delle quali i nostri governi furono stabiliti. Un atto (non posso infatti definirlo una legge) del potere legislativo contrario ai principii fondamentali del patto sociale, non può essere considerato come un valido uso della sua autorità. Il potere vincolativo di una legge, in governi creati in base ad un esplicito patto ed a principii repubblicani, deve essere determinato dal potere su cui essa è fondata... È contro natura e contro ogni giustizia, attribuire al potere legislativo facoltà di emanare leggi le quali ed es. puniscano cittadini innocenti, annullino o violino legittimi contratti privati, rendano ciascuno giudice nella propria causa... Non può quindi essere ammesso che simili poteri gli siano attribuiti. Il genio, la natura e lo spirito dei nostri governi di stato, vietano simili atti legislativi, i quali sono parimente esclusi dai principii generali di legge e di ragione „ (3).

Un simile atteggiamento da parte del potere giudiziario, che non parrà strano ove si ripensi alle serie di atti legislativi dichiarati nulli dai tribunali durante il periodo fra il 1776 ed il 1789(4), e che derivava dalla impossibilità logica di attribuire alla parte in causa un controllo sulla propria attività che si riconosceva da tutti limitata dai dettami superiori del diritto naturale, era confortato altresì dall'esistenza, a partire dal 1789, di una costituzione scritta e dai principii in essa sanciti di governo federale e di limitazione rigorosa dei poteri del congresso. Il popolo americano aveva infatti identificato le norme inviolabili del diritto naturale con una costituzione che era stata proclamata la legge suprema del Paese e che riservava agli Stati ed al popolo medesimo tutti i poteri non espressamente delegati agli organi legislativi federali. Sotto l'influenza di John Marshall, il primo grande interprete della costituzione (5), vi

(3) *Ivi*, vol. III, pag. 386 e segg.

(4) Cfr. su ciò M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli S. U.*, Torino, Memorie dell'Istituto Giuridico, 1931, pag. 17 e segg. e letteratura ivi citata.

(5) Nella sua celebre decisione del 1803, *Marbury vs. Madison*, che costituisce indubbiamente la più importante enunciazione della dottrina del controllo

fu la tendenza da parte della Corte Suprema a tradurre in termini giuridici più aderenti alla realtà costituzionale la terminologia filosofica e giusnaturalistica del secolo XVIII, sicchè nella prima metà del secolo XIX la magistratura federale volle ritrovare la giustificazione della propria opera di controllo dell'attività legislativa nei limiti precisi segnati dalla lettera della costituzione, senza che venisse tuttavia mai dimenticato lo spirito informatore di essa (6). Fu solo nel periodo seguito alla guerra civile e durato sino ai giorni nostri, che i giudici americani tornarono a fondare sempre più le loro sentenze su di una dottrina che a quella antica della superiorità del diritto naturale è in tutto simile, fuor che nel nome. Si può parlare di un vero e proprio "revival", determinato dalla formula di *due process of law*, che per quanto già contenuta del V° emendamento della costituzione federale, non si impose alla attenzione generale che dal

giudiziario sulla costituzionalità delle leggi, Marshall ha soprattutto davanti a sé il testo della costituzione, che egli interpreta alla luce dei principi in essa espressi. Primo fra tutti quello della limitazione dei poteri degli organi legislativi: "a che scopo, si chiede Marshall, sarebbero dunque limitati questi vari poteri, se questi limiti potessero a piacimento essere sorpassati?..... la distinzione fra un governo a poteri limitati ed uno a poteri illimitati è abolita..... se agli atti proibiti ed a quelli ammessi è data eguale validità. È un principio troppo semplice perchè possa venire contestato che, o la costituzione controlla ogni atto legislativo che le ripugni, od il potere legislativo può modificare la costituzione con una legge ordinaria. Fra questi estremi non esiste altra alternativa..... Certamente tutti coloro i quali hanno contribuito alla formazione di costituzioni scritte, hanno voluto che esse rappresentassero la legge fondamentale e suprema della nazione, e conseguentemente deve essere principio di ogni governo derivante i suoi poteri da una simile costituzione, che un atto del potere legislativo ad essa ripugnante sia nullo. Siffatta teoria è la conseguenza logica di ogni costituzione scritta, e come tale è ritenuta dal nostro tribunale come uno dei principii fondamentali della nostra società... È dovere e compito imperativo del potere giudiziario di dichiarare la legge... Se due leggi sono in conflitto, i tribunali devono decidere della validità di ciascuna di esse. Così, se una legge ordinaria è contraria alla costituzione.... il tribunale deve decidere quale delle norme in conflitto sia da applicarsi.... Se quindi i tribunali devono tener conto della costituzione, e la costituzione è superiore ad ogni ordinario atto legislativo, la prima e non il secondo deve essere applicata...

(6) Indubbi richiami alla dottrina giusnaturalistica, al di là del testo della costituzione, sono contenuti, ad esempio, in *Fletcher vs. Peck*, 6 Cranch, 87 (1810); in *Terrett vs. Taylor*, 9 Cranch, 43, (1815) e in *Wilkinson vs. Leland*, 2 Peters, 627, (1829), oltre che nei *Commentaries on the constitution of the U. S.*, pubblicati nel 1833 da J. STORY, il più fedele seguace delle dottrine marshalliane.

momento in cui essa fu inserita nel XIV° emendamento del 1868. Si assistette allora ad una trasformazione radicale del principio di *due process*, non più inteso a significare soltanto quali limiti formali e procedurali imposti ad ogni forma di attività degli organi dello stato, bensì esteso a comprendere la protezione dei più fondamentali diritti individuali di libertà, che non era lecito a nessuno di violare. Invocando ora il principio del *due process of law*, come prima i diritti naturali dell'uomo, i giudici ebbero a loro disposizione un'arma singolarmente efficace di controllo dell'operato legislativo, ed in verità essi non ne fecero parco uso (7). Il nuovo principio fu applicato a tutta la complicata serie di rapporti sociali sorti in seguito alle condizioni economiche rapidamente trasformantesi degli Stati Uniti, ed in virtù di esso i tribunali poterono proteggere dagli assalti del potere legislativo sia essenziali diritti di libertà individuale, sia interessi meno leciti di gruppi ammantati sotto ingannevole veste (8).

(7) Troppo lungo, nè a proposito, sarebbe elencare tutte le sentenze della Corte Suprema in cui ricorso è fatto alla dottrina del *due process of law*. Tuttavia ricordiamo: *Licence Tax Cases*, 5 Wallace, 462 (1866): "vi sono principii fondamentali di moralità e di giustizia che nessun potere legislativo può violare"; *Loan Association vs. Topeka*, 20 Wallace, 655 (1874): "vi sono diritti in ogni governo libero posti al di là di ogni intervento da parte dello stato"; *Twining vs. New Jersey*, 211 U. S., 78 (1908): "Il fondamento medesimo di ogni governo libero non è forse un principio di libertà e di giustizia, cui ogni cittadino ha diritto? Se questo principio è vero e deve applicarsi ai procedimenti legali, questo tribunale ha già riconosciuto in esso l'essenza del dovuto procedimento di legge (*due process of law*)"; *Monongahela B. Co. vs. U. S.*, 216 U. S., 177 (1910): "I tribunali non si sono quasi mai resi mancipii di regole procedurali a tal punto da non potere, in modo legittimo, opporre resistenza a quegli atti sia di governo, sia di individui, che violavano i principi di giustizia naturale"; *Adkins vs. Children Hospital*, 261 U. S., 525 (1923): "Vi sono limiti all'attività del potere [legislativo] e qualora essi vengano oltrepassati, i tribunali ne devono prendere nota nell'ordinario esercizio delle loro funzioni..... poichè non vi è irriducibilmente modo migliore di preservare gli interessi della collettività di quello di salvaguardare la libertà dei suoi membri da ogni arbitraria restrizione". Su queste nuove tendenze, cfr. HAINES, *The Revival of natural law concepts*, Cambridge, Mass., 1930, specialmente cap. V-VIII.

(8) Fu così possibile, ad es., la sentenza di *Lochner vs. New York*, 198 U. S., 45 (1905) la quale dichiarò nulla una legge dello Stato di New York che riduceva le ore di lavoro notturno nei panifici, perchè essa limitava la libertà di contratto degli operai, desiderosi forse, a detta della Corte Suprema, di lavorare un numero assai maggiore di ore.

In tale indeterminatezza di contenuto è stato da taluni additato il pericolo di formule come quella del *due process of law*, che non vincolando in alcun modo il giudice, possono essere troppo facilmente adoperate a sostegno delle particolari concezioni politiche e sociali proprie in un determinato momento della maggioranza dei giudici della Corte Suprema, concezioni che magari non trovano più riscontro nell'opinione pubblica del paese (9). Tale obiezione non ha fondamento, poichè vi è sempre la possibilità, anche se di lenta e difficile realizzazione, di far prevalere la volontà popolare mediante un emendamento alla costituzione esplicitamente formulato. Si deve inoltre riconoscere la sensibilità della Corte Suprema, la quale, se anche con lentezza, si è sempre adattata alle reali necessità del paese. Il bilancio di 150 anni non è certamente passivo: è in gran parte in virtù dell'opera svolta dalla Corte Suprema che è stata sino ad oggi riservata al cittadino americano una sfera d'azione libera da ogni forma di intervento statale di gran lunga superiore a quella

(9) Sempre vi furono minoranze in seno alla Corte Suprema medesima che espressero queste preoccupazioni. Così nel 1798 a proposito della citata sentenza di *Calder vs. Bull.*, il giudice Iredel diceva: « Se il potere legislativo federale o quello di uno degli stati membri emanano una legge entro i limiti dei propri poteri costituzionali, questo tribunale non potrà annullarla semplicemente perchè, a proprio giudizio, essa è contraria ai principii della giustizia naturale. I principii di giustizia naturale non sono stabiliti da nessuna regola fissa; i più abili ed i migliori fra gli uomini sono stati di opinioni discordi; e tutto quello che questo tribunale potrebbe dire in una simile occasione sarebbe che il potere legislativo (fornito di una eguale facoltà di giudizio) ha approvato una legge la quale nell'opinione dei giudici è in contraddizione cogli astratti principii di giustizia naturale „». E nel 1905, il giudice Holmes dissentendo dalla sentenza della maggioranza in *Lochner vs. New York* affermava: « Questa sentenza è fondata su di una teoria economica non condivisa da una notevole parte della popolazione. Se si dovesse stabilire il mio accordo o meno con questa teoria, io vorrei riflettere ancora a lungo prima di giungere ad una decisione. Ma ciò non rientra nei miei doveri di giudice, poichè io fermamente ritengo che il mio accordo o disaccordo non ha nulla a che vedere col diritto della maggioranza di dar valore di legge alle sue opinioni..... Una costituzione non deve racchiudere alcuna particolare dottrina economica, sia comunistica, sia liberistica. Essa deve servire a riunire persone di opinioni fondamentalmente divergenti, ed il fatto che noi si sia messi di fronte ad opinioni talvolta naturali e familiari, talvolta del tutto nuove o ripugnanti, non deve essere il fattore determinante nella nostra decisione sulla compatibilità o meno delle leggi colla costituzione degli Stati Uniti „».

dei cittadini di qualunque altro stato, fatto che, qualunque siano le necessità degli svolgimenti futuri, è stato certamente in passato condizione essenziale dello sviluppo degli Stati Uniti d'America.

2 — Il rapido cenno intorno ai grandi principii ideali, forniti in parte dal testo della costituzione medesima, di cui l'America si valse per attuare il controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi, ci è parso necessario per poter intendere appieno le condizioni in gran parte diverse prevalenti in Europa. Qui, dappertutto, la teorica della divisione dei poteri impedì sempre per il passato, e vieta ancora oggi, ogni efficace controllo giudiziario. Non essendo lecito al potere giudiziario di intervenire in un'attività del tutto estranea ai suoi compiti, come quella legislativa, esso non può controllare la costituzionalità delle leggi e deve limitarsi tutt'al più ad una verifica delle condizioni formali che di solito ne accompagnano l'entrata in vigore. Negli Stati Uniti, forse in realtà l'unico paese in cui la dottrina della divisione dei poteri sia stata oltre che ammessa nella costituzione anche rigidamente applicata per quel che riguarda i rapporti fra il potere esecutivo e quello legislativo, (con le tutt'altro che buone conseguenze che è possibile a tutti di constatare nel funzionamento della macchina governativa), si è conciliato tale dottrina con quella del sindacato giudiziario mediante un appello a principii di carattere superiore. In Europa, d'altro canto, si deve riconoscere che quasi sempre alla teorica della divisione dei poteri corrispose una attuazione in gran parte apparente, quasi ci trovassimo di fronte ad una finzione che pareva necessario di conservare. Essa non esisteva del resto neppure in Inghilterra all'epoca in cui Montesquieu bellamente teorizzava nell'XI capitolo del suo *Spirito delle leggi* i vantaggi di un tale regime, avendo ceduto il passo all'incontrastato dominio della Camera dei Comuni.

In tempi più vicini a noi, la formula della divisione dei poteri si è ancor più svuotata di significato, dimostrandosi incapace di resistere a quelle forze che, di volta in volta, hanno mirato al predominio assoluto della vita politica dei singoli paesi. Si hanno, da un lato, esempi di parlamenti i quali rivendicano a sè stessi la somma dei poteri, espressioni di democrazie che non vogliono riconoscere limiti alla propria volontà, dall'altro, esempi sempre più frequenti di dittature che rappresentano il volere di uno solo. In realtà quindi

occorre riconoscere che i tentativi sin qui compiuti di introdurre in Europa l'istituto del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi, non fallirono perchè in essi fosse ravvisata una violazione del principio della divisione dei poteri (principio che, qualora anche si fosse voluto sul serio conservare, non veniva affatto violato, non dovendosi confondere la *separazione* delle attribuzioni dei vari organi dello Stato con il *riconoscimento di una norma superiore*), bensì perchè essi andavano contro ad altre correnti politiche e costituzionali più forti. La loro mancata realizzazione fu dovuta al prevalere delle dottrine di dittatura o di sovranità parlamentare, con la conseguente riconosciuta superiorità della legge positiva di fronte a quelle altre norme a cui si sarebbe appellato il giudice.

Così la Francia non volle mai ammettere il principio del controllo giudiziario, espressamente vietato, ad es., dalle costituzioni del 1791 e del 1795 (10). Tuttavia, pur riconoscendo quasi sempre sostanzialmente la supremazia del potere legislativo, nella lunga serie delle sue leggi costituzionali essa cercò a varie riprese di porre un limite a tale supremazia, spinta a ciò in particolar modo dall'influenza della dottrina del Sieyès il quale invocava una "giuria costituzionale", a difesa della costituzione (11). La costituzione del 1795

(10) Così la costituzione del 1791, titolo III, cap. V, art. 3, stabilisce che i tribunali non possono intervenire nell'esercizio del potere legislativo, nè possono sospendere l'esecuzione delle leggi.

(11) "Je demande d'abord un jury de constitution, ou... une jurie constitutionnaire. C'est un véritable corps de représentants que je demande, avec mission spéciale de juger les réclamations contre toute atteinte qui serait portée à la constitution...". "Comment en effet la prévoyance di législateur s'accoutumerait-elle à l'idée d'une constitution abandonnée, pour ainsi dire, à elle-même, au moment de sa naissance? Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien, où sera la magistrature de ce code. Il faut pouvoir répondre.... Des lois quelles qu'elles soient, supposent la possibilité de leur infraction, avec un besoin réel de les faire observer et les lois constitutionnelles, plus que toutes autres, doivent être protégées contre les infractions; elles forment un corps de lois obligatoires, dont il est indispensable d'assurer la stricte observation...". Discorsi di SIEYÈS del 2 e 26 Termidoro, anno III: *Réimpression de l'ancien Moniteur*, vol. XXV, pag. 293 e 442, citati in BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Paris, 1928, pag. 174-175.

affidava coll'art. 377 la sua protezione “ à la fidélité du corps législatif, du directoire exécutif, des administrateurs et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français „. Protezione che sarebbe forse stata più efficace di quella attribuita con l'art. 21 della costituzione dell'anno VIII al *Sénat Conservateur*, il quale avrebbe infatti dovuto confermare od annullare tutte le leggi presentategli come incostituzionali dal Tribunato o dal governo. Strano modo quello di affidare il controllo dell'operato dei poteri esecutivo e legislativo ad un organo ad essi strettamente legato e da essi dipendente. Errore ripetuto in forma più palese ancora nell'art. 29 della legge costituzionale del 14 gennaio 1852 che proclamava un organo squisitamente politico come il senato “ guardiano del patto fondamentale „ (art. 25), costituendolo censore delle leggi “ alla luce dei grandi principii sui quali riposa la nostra società „ (preambolo). Come era prevedibile, gli effetti pratici di simili artifici furono nulli, conseguenza logica di un sistema che affida il giudizio alla parte in causa.

In Italia non si ricorse mai per il passato ad espedienti di questo genere, essendo prevalsa incontrastata l'opinione dell'impossibilità del controllo giudiziario sulla costituzionalità intrinseca delle leggi. Illimitati erano i poteri riconosciuti agli organi legislativi (12), pur essendovi chi riconosceva l'esistenza di un limite politico e di un limite giuridico al potere del parlamento di modificare lo Statuto (13). Tanto più inconcepibile sarebbe oggi l'introduzione di un

(12) “ Anche quando si ritenga in vario senso limitato il potere legislativo, i limiti cui esso va incontro non sono assoluti, ma removibili degli stessi organi cui si riferiscono, e, quindi, la loro inosservanza non rende incostituzionale la legge „. ROMANO, *Diritto costituzionale*, 1932³, pag. 354.

(13) “ Ma il potere del parlamento di modificare lo Statuto non può essere illimitato. Potrebbe, per esempio, il parlamento mutare la forma di governo del nostro Stato? Rispondiamo di no. Esso incontra in tale materia, anzitutto, un limite politico. L'Italia, come vedemmo, fu unificata quasi tutta sul fondamento di plebisciti... Ora, se il popolo, chiamato a plebiscito, votò l'annessione al Regno d'Italia “ colla monarchia costituzionale di Vittorio Emanuele II, e suoi legittimi successori „, era implicito in ciò che la forma di governo dell'Italia doveva essere la monarchia costituzionale con la dinastia di Casa Savoia. Se si volesse cambiare la forma di governo o la dinastia (sia lecito fare la questione in ipotesi), sarebbe una esigenza fondamentale sottoporre la proposta ad un plebiscito. Oltre a ciò,

sindacato di costituzionalità, date le profonde trasformazioni che il nostro diritto pubblico ha subito e tuttora subisce.

3. — Toccava agli Stati usciti dalla grande guerra sconfitti o rinati a nuova vita, di rinnovare il tentativo di introduzione in Europa di un istituto che si era sino allora mostrato refrattario ad ogni applicazione sul vecchio continente, il quale pure aveva originato quella dottrina su cui l'America l'aveva fondato. Le condizioni del dopo-guerra erano particolarmente favorevoli al compimento di questa esperienza; la necessità di ricostruzione radicale delle strutture costituzionali dei singoli paesi imponeva che fossero esplorate tutte le vie che potessero condurre ad un sistema più rispondente ai desideri ed ai bisogni effettivi dei nuovi stati. Memori della esperienza compiuta sotto gli antichi regimi oligarchici e semi-dittatoriali, ma aliene altresì dal riporre una troppo completa fiducia negli organismi legislativi allora sorti, fu evidente il desiderio da parte delle Assemblee costituenti cui toccò la responsabilità della formulazione delle nuove carte costituzionali, di porre determinate garanzie che dovessero salvaguardare dalle vicende quotidiane della politica queste manifestazioni così solenni della volontà dei popoli. Il compito fu singolarmente facilitato dal carattere democratico delle nuove costituzioni. Proteggere uno strumento di governo il quale era la libera manifestazione delle tendenze politiche di quel momento era assai più agevole che non proteggere uno strumento il quale esprimeva soltanto la volontà di dominio di una minoranza. Soprattutto per ciò le nuove costituzioni repubblicane parvero ammettere con disinvoltura il principio del sindacato di costituzionalità, negato sempre dalle precedenti monarchie.

vi è un limite giuridico, che ci sembra insuperabile. Un organo dello Stato, nell'esercizio delle sue funzioni, non può rinnegare la fonte della sua stessa esistenza e delle sue funzioni. Se le Camere esistono e funzionano in base allo Statuto, con quella forma di governo che esso consacra, non si capisce come si possa spingere la funzione legislativa fino a rinnegare la forma di governo, nella quale esse trovano la base della loro esistenza e delle loro funzioni. Ciò tanto più pel Re, che verrebbe con quella legge a disporre la propria fine, il che sarebbe contraddittorio». RANELLETTI, *Istit. di diritto pubblico*, 1932³, pag. 300-301. Nelle condizioni politiche normali a cui il Ranelletti si riferisce, è indubbia l'efficacia di questi due limiti.

L'Austria offre uno degli esempi più noti. Per merito principale di Hans Kelsen, la costituzione del 1° ottobre 1920 ammise il controllo giudiziario. Secondo gli art. 89 e 137 e segg., il tribunale costituzionale a tale uopo creato (*Verfassungsgerichtshof*) deve pronunciarsi sull'incostituzionalità delle leggi dei Paesi a richiesta del governo federale, e sull'incostituzionalità delle leggi federali a richiesta di uno dei governi dei Paesi. Il medesimo tribunale possiede altresì giurisdizione esclusiva circa la dichiarazione d'incostituzionalità delle ordinanze, e deve pronunciarsi anche a richiesta di un tribunale ordinario, il quale può temporaneamente sospendere l'applicazione di quelle ordinanze che esso ritenga invalide. I tribunali ordinari non hanno invece facoltà di provocare una sentenza del tribunale costituzionale per quel che riguarda le leggi (14). Pur così gravemente limitato nella sua attività e ridotto in gran parte alla composizione di dissidi sorgenti dalla natura federale del nuovo stato, il tribunale doveva la sua nascita all'ammissione di un nuovo fondamentale principio.

Anche la legge cecoslovacca del 9 marzo 1921 sul tribunale costituzionale seguì in gran parte l'esempio austriaco. Essa attribuisce a quel tribunale una giurisdizione esclusiva circa la determinazione di costituzionalità delle leggi e delle ordinanze. L'intervento del tribunale può avvenire soltanto a richiesta della Corte Suprema, del Tribunale superiore amministrativo, del Tribunale delle elezioni, della Camera dei Deputati, del Senato o del *Landtag* carpatico (15).

La nuova costituzione spagnuola dell'8 dicembre 1931, ha dato un'importanza molto maggiore al sindacato di costituzionalità, ampliando la giurisdizione del cosiddetto Tribunale delle garanzie costituzionali appositamente creato, ed ammettendo che anche cittadini

(14) Cfr. la legge del 18 dicembre 1925 che regola l'organizzazione e la procedura del *Verfassungsgerichtshof*. La nuova legge costituzionale del 1930 ha modificato solo le regole circa la nomina dei giudici e la composizione di questo tribunale lasciandone inalterata la giurisdizione. Cfr. inoltre Kelsen, *Die Verfassungsgesetze der Republik Oesterreich*, V^a parte: *Bundesverfassung*, Vienna, 1922, pag. 47, 181 e segg.; ADAMOVICH, *Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den Oesterreichischen Verfassungsgerichtshof*, Vienna, 1923; EISEMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constit. d'Autriche*, Paris, 1928.

(15) Cfr. SCHMITT, *Verfassungslehre*, pag. 137.

privati possano provocare una sentenza circa la costituzionalità di una legge. Inoltre è lecito ad ogni tribunale inferiore, contrariamente a quanto stabilisce la costituzione austriaca, di sospendere l'applicazione di una legge ritenuta incostituzionale, e di rivolgersi per parere al Tribunale delle garanzie (16).

4. — Un interesse del tutto particolare riveste tuttavia l'esperienza della Germania, sia per le molteplici proposte messe innanzi alla Convenzione di Weimar ed in seguito, sia per le importanti discussioni teoriche sorte sull'argomento. Occorre premettere una sommaria cronaca degli avvenimenti non del tutto esattamente conosciuti in Italia.

Quando il comitato costituzionale della convenzione di Weimar si accinse a discutere il problema del sindacato giudiziario sulla costituzionalità delle leggi, così forte era la sensazione fra i membri del comitato, in virtù soprattutto dell'influenza esercitata da Hugo Preuss, allora ministro degli interni del *Reich* (17), che qualora la

(16) Costituzione spagnola: art. 100: "Quando un tribunale debba applicare una legge che esso ritenga contraria alla costituzione, sospenderà il procedimento e si rivolgerà per parere al Tribunale delle garanzie costituzionali"; art. 121: "È costituito, con giurisdizione in tutto il territorio della Repubblica, un tribunale delle garanzie costituzionali che avrà competenza nelle seguenti materie: a) il ricorso di incostituzionalità delle leggi; b) il ricorso di difesa delle garanzie individuali, quando siano riusciti inefficaci i reclami avanti alle altre autorità; c) i conflitti di competenza legislativa e quanti altri sorgano fra lo stato e le regioni autonome e quelli delle medesime fra di loro..."; art. 122: "Questo tribunale sarà composto: da un Presidente, nominato dalla Camera, sia o no deputato; dal Presidente del Supremo Corpo consultivo della Repubblica, di cui all'art. 93; dal Presidente della Corte dei Conti; da due deputati liberamente eletti dalla Camera; da un rappresentante di ciascuna delle regioni spagnuole, eletti nella forma stabilita dalla legge; da due membri eletti da tutti i collegi degli Avvocati della Repubblica; da quattro professori della Facoltà di Diritto eletti col medesimo procedimento da tutte le Facoltà della Spagna"; art. 123: "Sono competenti a ricorrere avanti al Tribunale delle garanzie costituzionali: 1) il Pubblico Ministero; 2) i giudici e tribunali di cui all'art. 100; 3) il Governo della Repubblica; 4) le Regioni spagnuole; 5) ogni persona individuale e collettiva, quantunque non vi abbia interesse diretto".

(17) È nota la parte avuta dal Preuss nella redazione della costituzione tedesca. Alcuni dei suoi scritti più importanti a questo proposito sono raccolti in

costituzione avesse taciuto sull'argomento, tale sindacato sarebbe spettato senz'altro e naturalmente ai giudici, che la minoranza, opposta al principio del sindacato di costituzionalità, non osò spingere la propria opposizione al di là di una proposta la quale restringeva il controllo giudiziario al Tribunale di Stato, snaturandone in verità il contenuto col renderlo dipendente da un intervento di una minoranza del *Reichstag*. La proposta presentata dall'Ablass, era così concepita: "È vietato il sindacato giudiziario di costituzionalità delle leggi ed ordinanze del *Reich*. Qualora 100 membri del *Reichstag* lo richiedano, è data facoltà al Tribunale di Stato, di decidere sulla costituzionalità delle leggi e delle ordinanze e sulla compatibilità degli atti generali amministrativi coi principii della costituzione. La decisione del Tribunale di Stato è vincolativa.", (18). La veemente risposta del Preuss, il quale riattaccandosi alla tradizione dello Gneist difese un vero e proprio sindacato giudiziario di costituzionalità, come coronamento necessario dello Stato di diritto, merita di essere ricordata nei suoi punti più importanti: "Considero questa proposta, a causa del suo lato negativo, come singolarmente preoccupante, e come una negazione dello Stato di diritto in Germania. Il sindacato giudiziario esiste indubbiamente là dove esso non sia espressamente escluso. Aggiungerò anzi, che prima della presentazione di questo progetto di costituzione ebbero luogo approfondite discussioni. Alcuni desideravano l'introduzione di una norma esplicitamente contraria al sindacato giudiziario, mentre altri ne voleva l'affermazione esplicita. Io volli invece tralasciare ogni dichiarazione in proposito, persuaso come sono che, in un caso simile, il sindacato giudiziario è senz'altro sottinteso. Sulla questione di principio io

Staat, Recht und Freiheit, Tübingen, 1926 (cfr. spec. *Denkschrift zum Entwurf des allgemeinen Teils der Reichsverfassung vom 3. Januar 1919*, pag. 368 e *Begründung des Entwurfs einer Verfassung für das Deutsche Reich*, pag. 394). Ad ogni passo è ripetuta l'affermazione del particolare carattere di intangibilità della costituzione, legge fondamentale del vivere sociale: "Je höher ein Volk das Grundgesetz seines politischen Gemeinlebens, auf dem die regelmässige Ordnung aller politischen Gewalten ruht, schätzt und achtet, desto mehr wird es geneigt sein die Verfassungsgesetzgebung organisatorisch von der gewöhnlichen Gesetzgebung abzuheben, wodurch auch die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze stärker gesichert wird.", (pag. 390).

(18) *Beratungen der Weimarer Nationalversammlung*, Protocollo della commissione costituzionale, pag. 483.

mi trovo senza riserve con Gneist contro Laband. È nel giusto la maggioranza dei costituzionalisti nell'affermare in opposizione a Laband il diritto di controllo del giudice, poichè i tribunali devono applicare la costituzione. Del resto l'opinione generale ammetteva l'esistenza del sindacato giudiziario sulla costituzionalità delle leggi per quel che si riferiva alla antica costituzione del *Reich* (silenziosa in proposito), mentre lo escludeva per la costituzione prussiana, nella quale l'art. 106 che esclude espressamente il sindacato giudiziario, fu soltanto ammesso in seguito alle proposte regie del 7 gennaio 1850, sempre considerate come una clamorosa vittoria della reazione sullo stato di diritto del 1848. E si vorrebbe ora introdurre una simile clausola nella nuova costituzione del *Reich*?... Non posso pensare ad un esercizio completo dell'attività giudiziaria qualora un tribunale debba essere costretto ad applicare una legge da esso fermamente ritenuta incostituzionale in senso materiale... Nel modo più preciso debbo oppormi all'introduzione di un divieto dell'esercizio del diritto da parte dei giudici di esaminare la costituzionalità delle leggi., (19).

La proposta dell'Ablass venne infatti respinta (20) lasciando così impregiudicato il problema del senso voluto dal Preuss. Tuttavia, l'art. 19 della nuova costituzione rendeva competente il Tribunale di Stato per la soluzione dei diritti costituzionali sorgenti all'interno dei *Paesi del Reich*, e l'art. 178 (disposizioni transitorie) stabiliva che le leggi esistenti sarebbero rimaste in vigore in quanto non fossero state contrarie ai principii della nuova costituzione, il che pare confermare un sottinteso diritto giudiziario all'esame di costituzionalità che, ammesso per le vecchie leggi, non si vede come potesse essere negato per le nuove (21).

Nel 1926, il ministro degli interni del *Reich*, il Külz, presentava un progetto di legge per regolare il sindacato di costituzionalità, modellato in parte sui precedenti esempi cecoslovacco ed austri-

(19) *Ivi*, pag. 484 e segg. Da notare i richiami del PREUSS all'esperienza americana.

(20) L'intera discussione ed il voto sono riprodotti altresì in THEISEN, *Verfassung und Richter*, Archiv des öff. Rechts, N. F., 1925, pag. 260 e segg.

(21) Cfr. THEISEN, *cit.*, pag. 272.

aco (22). Il Tribunale di Stato, a richiesta del *Reichstag*, del *Reichsrat* o del Governo avrebbe dovuto decidere sulla costituzionalità delle leggi e delle ordinanze. Inoltre, tutti i tribunali di ultima istanza avrebbero avuto la facoltà di sospendere l'applicazione di una legge di dubbia costituzionalità, salva l'approvazione del governo circa questo loro intervento e la decisione finale del Tribunale di Stato. Ma il progetto non ebbe seguito per i suoi ovvi difetti. Esso faceva dipendere praticamente l'attività costituzionale del Tribunale di Stato dal beneplacito del governo del *Reich* al quale in fondo sarebbe toccato esclusivamente il diritto di iniziativa dell'esame di costituzionalità. Esso non sarebbe stato invero esercitato, in ogni probabilità, nè dal *Reichstag* autore delle leggi che si volevano sottoporre ad esame, nè dal *Reichsrat*, composto di rappresentanti dei *Paesi*, che già in virtù dell'art. 19 della costituzione possedevano il diritto di appellarsi al Tribunale di Stato a proposito della costituzionalità di tutte le leggi di loro interesse. Anche la facoltà concessa ai Tribunali inferiori di sospendere l'applicazione delle leggi di dubbia costituzionalità era di portata assai limitata dipendendo dal beneplacito del governo (23).

In mancanza di ogni esplicita norma, in condizioni quindi in parte simili a quelle in cui venne a trovarsi la magistratura americana, è di grande interesse ricercare quale sia stato l'atteggiamento della magistratura tedesca di fronte al problema del sindacato di costituzionalità. I primi accenni si ebbero nelle decisioni del *Reichsgericht* del 22 febbraio 1924 (24) e del *Reichsversorgungsgericht* del 21 ottobre 1924 e del 30 luglio 1925 (25), con le quali i giudici incominciarono a muoversi cautamente sulla strada indicata dal Preuss. Il presidente del *Reichsgericht*, Simons, proclamava il suo tribunale "guardiano e difensore della costituzione", (26), ed il *Reichsgericht*

(22) Il disegno di legge fu pubblicato nella *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1926, col. 837 e segg.; è riprodotto da GRAU, in *Archiv des öff. Rechts*, N. F. II, 1926, pag. 288-89.

(23) Per una minuta analisi del progetto di legge, cfr. GRAU, *Zum gesetzentwurf über die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen u. Reichsverordnungen*, *Archiv. des öff. Rechts*, N. F. II, 1926, pag. 289 e segg.

(24) Cfr. MORSTEIN-MARX, *Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmässigkeit des Gesetzes*, Berlino, 1927, pag. 14 e 70.

(25) Cfr. CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, pag. 195.

(26) in *Deutsche Juristen - Zeitung*, 1924, col 246.

medesimo, nella sua celebre sentenza del 4 novembre 1925, compieva il passo decisivo. Il frasario è reminiscnte di quello adoperato dai giudici americani. Che il giudice debba essere sottoposto alla legge “ non esclude che il giudice debba rifiutarsi di attribuire qualsiasi validità ad una legge del *Reich*, o anche solo ad una sua singola clausola, se essa è in contrasto con altre norme superiori che il giudice deve parimenti rispettare. Ciò si verifica qualora una legge violi una disposizione della costituzione del *Reich*, senza che per la sua approvazione siano state rispettate le condizioni imposte dall'art. 76 della costituzione per ogni legge di carattere costituzionale... Poichè la costituzione del *Reich* non contiene alcuna clausola la quale sottragga al giudice la decisione circa la costituzionalità delle leggi del *Reich* e la attribuisca a qualche altro organo definito, occorre riconoscere il diritto ed il dovere del giudice di esaminare la costituzionalità delle leggi del *Reich* „ (27). Lo *Staatsgerichtshof*, infine, nella sua sentenza del 15 ottobre 1927, si proclamava anch'esso “ protettore della costituzione del *Reich* „ (28).

Come Hugo Preuss aveva previsto, i giudici, muovendo dalla necessità di salvaguardare una costituzione scritta ed espressione solenne della volontà del popolo tedesco, si erano attribuiti spontaneamente il diritto di procedere al controllo di costituzionalità, pur senza esservi esplicitamente in alcun modo autorizzati. Non era possibile che un atteggiamento così rivoluzionario potesse sfuggire a critiche e ad opposizioni.

5. — Le opposizioni si fondavano in parte ancora su di una rappresentazione della realtà che era stata smentita dai fatti. Senza essere affatto giunti alla creazione di un tribunale costituzionale apposito, come lo Schmitt (29), ed il Grau (30) sembrano temere, il diritto di procedere ad un sindacato di costituzionalità delle leggi

(27) Decisioni civili del *Reichsgericht*, vol. III, pag. 322 e segg.

(28) Cfr. LAMMERS-SIMONS, *Die Rechtssprechung des Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*, vol. I, Berlino, 1929, pag. 295.

(29) Cfr. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, *Archiv des öff. Rechts*, N. F., 16, 1929, pag. 336.

(30) GRAU, *cit.*, pag. 334.

era stato anzi affermato da tutti quanti i tribunali superiori. Nè era corretto servirsi, a fini di opposizione, del gran nome di Gneist, il quale aveva bensì deprecato l'istituzione di un tribunale avente una giurisdizione esclusivamente costituzionale, ma aveva d'altro canto riconosciuto a tutti i giudici indistintamente il diritto di controllare la costituzionalità delle leggi (31). Si affermò inoltre che "da un punto di vista democratico sarebbe stato difficilmente possibile assegnare simili funzioni ad un'aristocrazia nella toga", (32), e si affermò essere in contrasto coi principii fondamentali della costituzione di Weimar l'attribuire compiti così importanti ad individui tratti da categorie sociali le quali molto probabilmente si sarebbero spesso trovate in contrasto con la vera volontà del popolo (33).

Tuttavia il tentativo più importante di opporsi all'esercizio da parte dei giudici del sindacato di costituzionalità, consistette nel negare la giudicabilità di questioni che si affermarono invece essenzialmente politiche; nel negare cioè la possibilità di risolvere *im Gebiet der Justiz* questioni che andavano risolte altrimenti. Il principale campione di questa protesta contro una eccessiva *Politisierung der Justiz*, è Carlo Schmitt, il quale ripetutamente si è occupato dell'argomento (34). Egli muove dal presupposto dell'unità del popolo tedesco realizzata dalla costituzione di Weimar, la quale avrebbe cancellato la vecchia distinzione della Germania imperiale fra *Staat*

(31) Lo Gneist si era infatti così espresso; "Per dirla in breve, le nostre costituzioni sono più sicure, qualora esse possano contare sull'appoggio della maggior parte dei giudici e degli avvocati tedeschi, invece che sull'appoggio di un così detto Tribunale di Stato, composto sia di 7 sia di 14 giudici, il quale venga creato appositamente [per proteggere la Costituzione]". Cfr. *Verhandlungen des 4. Deutschen Juristentages*, 1863, vol. II, pag. 32.

(32) Cfr. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, pag. 155.

(33) È questa l'opinione espressa dal Nawiasky al 4° congresso dei pubblicisti tedeschi, tenuto a Münster. Cfr. HOLSTEIN, *Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft*, in *Archiv des öff. Rechts*, N. F., 11, 1926, pag. 17.

(34) Di CARLO SCHMITT, si possono vedere su questo argomento i seguenti lavori: *Der Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50. Jährigen Bestehen des Reichsgericht, 1. Oktober 1929. Berlino, 1929, vol. 1, pag. 154-178; *Der Hüter der Verfassung*, in *Archiv des öff. Rechts*, N. F., 1929, pag. 161-237; *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931, un vol. di 160 pag., rifacimento ed ampliamento del saggio precedente.

e *Gesellschaft*, rappresentato il primo dal potere regio e dal governo, la seconda dal parlamento. Nei termini di questo dissidio si svolgeva la vita costituzionale della Germania guglielmina, contrassegnata da tentativi di sopraffazione della monarchia a danno dell'organo di rappresentanza popolare.

Secondo lo Schmitt, la guerra e la caduta della monarchia avrebbero dovuto mettere fine a questo dualismo: lo Stato, non più concepito in contrapposizione alla Società, sarebbe divenuto l'organo di esecuzione delle norme costituzionali liberamente accolte dal popolo tedesco, e non più strumento di polizia nelle mani di un sovrano diffidente delle istituzioni democratiche del suo paese.

La radicale mutazione, in quel modo cambiava la natura del problema del sindacato sulla costituzionalità delle leggi? Forse che, scomparso il monarca, e nell'apparente unanimità di consensi, la costituzione non va più salvaguardata?, e se sì, contro chi si deve esercitare tala opera di salvaguardia? Non più, risponde lo Schmitt, contro un governo ed una monarchia ostili, ma contro quei gruppi sociali che, sorti entro al corpo politico, stanno trasformando la vita costituzionale tedesca in un *Schauplatz des pluralistischen Systems*. Posto siffattamente, il problema diventa essenzialmente politico; ed è logico quindi, per chi segue lo Schmitt sul suo terreno, di considerare la salvaguardia dell'unità dello Stato contro tutte le forze che mirano alla sua distruzione come il compito primo di quel qualunque organismo il quale debba proteggere i principii fondamentali della costituzione. Ora è evidente che tale opera riveste carattere *politico* e non *giudiziario*, che cioè la diversità dei problemi da affrontare non permetterebbe alla Germania di imitare gli Stati Uniti, affidando alla Corte Suprema compiti che esulerebbero completamente dalla sua competenza e capacità. Lo Schmitt afferma: " Il potere giudiziario verrebbe ad essere sovraccaricato al di là di ogni misura, se ad esso si attribuissero compiti e decisioni politiche. Inoltre, la creazione di un simile protettore della costituzione sarebbe in diretto contrasto con le massime politiche che si devono trarre dal principio democratico. Di fronte al diritto reale di ordinanza del secolo XIX, un diritto di controllo giudiziario avrebbe potuto aver successo, sia in Francia, sia nella monarchia costituzionale tedesca. Oggi l'attività del potere giudiziario sarebbe rivolta non più contro un monarca ma contro il parlamento... Anche a questo riguardo la vecchia distinzione di Stato e

società è caduta, e non è lecito trasportare semplicemente le formule e gli argomenti del secolo XIX alla situazione politica e sociale interamente mutata del secolo XX. La necessità di un'istituzione statica e di contrappeso al parlamento si presenta, oggi in Germania, sotto veste del tutto diversa dall'antica necessità di un controllo del monarca. Ciò vale sia per il controllo giudiziario di costituzionalità generale e "diffuso", sia per il controllo concentrato in un unico tribunale. Restrungendo la soluzione di tutte le controversie costituzionali ad un unico tribunale composto di magistrati di carriera inamovibili e per ciò indipendenti, si verrebbe a creare una seconda camera i cui membri sarebbero funzionari di carriera. Nessuna procedura giudiziale potrebbe illudersi di farci dimenticare che un simile tribunale costituzionale equivarrebbe ad una istituzione squisitamente politica e munita di poteri legislativi in materia costituzionale „ (35).

La corrente pubblicistica a cui appartiene la Schmitt, ed anche da un certo punto di vista il Grau (36), vorrebbe dunque trasferire il sindacato sulla costituzionalità delle leggi del campo giudiziario al campo politico. Essendo evidentemente indispensabile talune garanzie di

(35) *Der Hüter der Verfassung*, 1931, pag. 155-156. Si possono ricordare a questo proposito le parole usate da Friedrich von Gentz nel 1795 nella sua *Darstellung und Vergleichung einiger politischen Constitutions-Systeme, die von dem Grundsatz der Theilung der Macht ausgehen*, pubblicata nel fascicolo di ottobre, pag. 81-157, della "Neue Deutsche Monatsschrift". Il Gentz analizza fra l'altro la proposta avanzata da Sieyès, di una *Jurie constitutionnaire*. Mentre il G. approva il concetto unitario che ha ispirato il Sieyès, egli si oppone al contrario ad ogni trasferimento di poteri politici ad un tribunale, contro il cui dispotismo non vi sono garanzie (pag. 105). Inoltre, "die Bürger würden unter einer solchen Verfassung niemals wissen was Gesetz ist, und wo das Gesetz zu suchen haben, niemals wissen, ob sie gehorchen, oder ob sie widerstreben, oder ob sie sich leidend verhalten sollen, so lange noch sie Möglichkeit bleibt dass das Constitutions-Tribunal die Operationen eines andern Zweiges der Regierung angreife, prüfe, und vielleicht vernichte. In einem so organisierten Staate wurde das Regieren ein ewiges Prozessieren, und der Zustand der Ruhe und Harmonie beinahe ein unnatürlicher Zustand werden..... Wenn manü ber die Idee eines eignen Constitutions-Tribunals weiter nachdenkt, so wird es immer einleuchtender dass ein solches Institut nicht bloss in den Sieyesschen, sondern in einem jedem Constitutions-Plane unzulässig und verderblich seyn muss „ (pag. 107-108).

(36) Cfr. art. cit., pag. 311 e 331.

imparzialità, lo Schmitt attribuisce un'importanza del tutto particolare alla teoria del *Pouvoir neutre*, di cui egli vede le prime elaborazioni teoriche negli scritti di Clermont-Tonnerre e di Benjamin Constant, e la realizzazione pratica più recente in quegli articoli della costituzione di Weimar che definiscono e garantiscono l'ufficio del Presidente della Repubblica. Nella relativa lunghezza del termine della sua carica, nelle garanzie che circondano la sua attività, nella sua quasi inamovibilità, si dovrebbero ricercare le ragioni della sua indipendenza; ma nel fatto che la sua elezione avviene in seguito a votazione plebiscitaria di tutto il popolo tedesco, si dovrebbe ritrovare il fondamento della sua necessaria neutralità; una neutralità tanto più indispensabile in quanto, nella confusione creata dalle molteplici forze in reciproco contrasto, lo stato tedesco non potrebbe addirittura sopravvivere senza la presenza di un istituto neutrale ed unitario. E, afferma lo Schmitt, i Presidenti della Repubblica tedesca hanno del tutto risposto all'aspettativa ed hanno dimostrato sin qui di avere perfettamente inteso il significato del compito ad essi affidato. Spesse volte essi hanno dichiarato di essere i protettori della costituzione, ed il lor o intervento ripetuto nel corso di gravi dissidi fra il governo del *Reich* e quelli dei *Paesi*, o fra il potere esecutivo e quello giudiziario, ha pienamente giustificato tale qualifica. Nè l'esercizio di tali funzioni o l'applicazione in questi ultimi tempi diventata frequente dell'art. 48 della costituzione, può far sorgere, a detta dello Schmitt, l'accusa di dittatura larvata da parte del Presidente della Repubblica sino a che lo spirito e la lettera della costituzione vengano rispettate (37).

La teorica schmittiana è preoccupante, anche se fino a ieri giustificata parzialmente dalle condizioni politiche della Germania, e non appare del tutto accettabile nelle sue premesse. Essa affida innanzitutto la protezione della costituzione, e quindi il sindacato di costituzionalità delle leggi, al Presidente della repubblica, il quale può agire soltanto, quasi sempre, congiuntamente al governo, ad un organo cioè la cui attività medesima, esplicantesi attraverso il diritto d'ordinanza, andrebbe controllata. Nè si comprende come la qualifica di "neutrale", pienamente convenga ad un Presidente che è

(37) Cfr. il già citato *Hüter der Verfassung*, 1931, pag. 132 e segg.; cfr. inoltre la mia recensione di quel volume in "La Riforma Sociale", 1931, pag. 640 e segg.

pure eletto in seguito ad una violenta lotta di partiti da una semplice maggioranza del popolo tedesco; nè come la sua posizione possa essere considerata non al di sopra bensì a fianco degli altri poteri dello Stato, quando proprio oggi l'esercizio ripetuto dell'art. 48 ha assommato nella persona del Presidente della repubblica poteri prima non posseduti neppure dal monarca. In secondo luogo, è errato negare la giudicabilità delle dispute sorgenti intorno alla costituzionalità di una legge, come se invece non fosse compito proprio dei tribunali quello di dichiarare la legge, determinando quale delle due leggi, l'una semplice e l'altra costituzionale, debba valere in uno specifico caso (38). Una simile affermazione della non giudicabilità delle dispute di carattere costituzionale può soltanto derivare, da un errato e parziale concetto di giustizia. Non è concepibile sottrarre, come vorrebbe lo Schmitt, le funzioni di controllo ad un organismo, soltanto perchè esso non può essere denominato "vero", tribunale e la sua attività "vera", giustizia in base a qualche astratta concezione; ciò sarebbe un tipico caso di quella *Begriffsjurisprudenz* che oggi si considera sorpassata, l'unica cosa che importa di stabilire essendo infatti se l'intervento dei giudici attui nel modo migliore il controllo che si vuol raggiungere (39). Infine, se è vero quello che afferma lo Schmitt circa la avvenuta fusione fra *Staat* e *Gesellschaft*, come è possibile che esista ancora il pericolo del pluralismo, contro le cui insidie sarebbe per l'appunto rivolta l'opera del Presidente? Insistendo troppo sui

(38) Lo Schmitt aveva rivolto a questo proposito i suoi strali contro la scuola di Vienna, così tenace sostenitrice del sindacato giudiziario: "Il problema di proteggere la costituzione ci pone di fronte alla questione di difendere la norma di validità maggiore da quella di validità inferiore. Ciò non rappresenta affatto un problema per la logica formalistica e normativistica; poichè infatti questa norma di maggiore validità non può essere messa affatto in pericolo da una norma di validità inferiore: il diritto costituzionale formalistico si esaurisce anche qui proprio là dove il problema reale incomincia." (*Hüter der Verfassung*, 1931, pag. 41). Il Kelsen non ha tardato a rispondere, affermando che la sua teoria della "Stufenfolge", non è fondata semplicemente sulla diversa difficoltà di modificazione delle singole norme, bensì sul loro diverso contenuto. Quindi anche una semplice legge può per il suo contenuto mettere a repentaglio una legge costituzionale di validità superiore la quale ha quindi pur sempre bisogno di essere protetta (KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, "Die Justiz", VI, 1931, pag. 593-4, nota).

(39) Cfr. a questo proposito, KELSEN, *art. cit.*, pag. 583-4.

pericoli rappresentati dalle forze che trovano la loro espressione nel Parlamento, e sui vantaggi derivanti invece da un Presidente armato di vasti poteri (40), lo Schmitt non si è accorto di aver richiamato in vita l'antico contrasto fra democrazia ed assolutismo, fra parlamento e monarchia che egli aveva considerato scomparso in seguito alla guerra e alla costituzione repubblicana di Weimar. In condizioni simili ci si può chiedere come lo Schmitt possa pensare ad affidare la protezione della costituzione ad una di queste due grandi forze in lotta, invece che ad un organismo estraneo ad esse e per sua natura imparziale quale il potere giudiziario.

6. — Una simile corrente dottrinale intesa ad ostacolare l'affermarsi del sindacato giudiziario, non poteva non suscitare un'opposizione vivace in chi, in teoria od in pratica, di tale sindacato era stato l'assertore. Così, non è meraviglia che, a causa della vasta ripercussione suscitata dalla soluzione cosiddetta politica avanzata dallo Schmitt, il Kelsen, autore del Tribunale Costituzionale austriaco, abbia ritenuto necessario di esporre nuovamente, in forma polemica, le sue teorie a favore del sindacato giudiziario di costituzionalità delle leggi (41). Su quale dottrina rigidamente formalistica egli basi però la sua dottrina risulta evidente da una considerazione dei seguenti punti. Il Kelsen concepisce pur sempre il sindacato di costituzionalità ridotto in sostanza ad un sindacato *estrinseco* della validità della legge, la quale, tutt'al più, potrà essere nulla perchè non sono state osservate le regole che governano l'approvazione di leggi di carattere costituzionale (42). Se tali regole non comportano procedura particolarmente

(40) Il Kelsen protesta contro questa rappresentazione della realtà costituzionale: "Aus der beiden von der Verfassung eingesetzten Trägern der Staatsgewalt wird ein Feind und ein Freund des Staates, einer der ihn, d. h. seine Einheit zerstören will, und ein anderer, der ihn gegen diese Zerstörung verteidigt; der Verletzer und der Hüter der Verfassung. Das alles hat mit einer positivrechtlichen Interpretation der Verfassung nichts mehr zu tun; das ist — in staatsrechtlichem Gewande — die Mythologie von Ormuzd und Ahriman" (art. cit., pag. 627).

(41) Art. cit., in "Die Justiz", pag. 576 a 628. Assai importante anche lo scritto precedente del Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, pubblicato nelle Veröffentlichungen der Deutschen Staatsrechtslehrer, 1928, Heft 5.

(42) Il Kelsen infatti sostiene che il controllo di costituzionalità compiuto attraverso un tribunale costituzionale, "bedeutet... stets die Entscheidung der

lenta e difficile come negli Stati Uniti, la costituzione sarà modificabile *ad libitum* del Parlamento, ed il sindacato giudiziario si ridurrà ad una mera parenza. Inoltre tale sindacato deve essere *limitato* e strettamente aderente al significato esplicito del testo della costituzione. Occorrerebbe cioè, secondo il Kelsen, evitare nella formulazione delle leggi fondamentali l'uso troppo ripetuto di parole generiche come "libertà", "eguaglianza", "giustizia", che non possono essere interpretate in un modo univoco. È necessario rivestire quelle parole di concetti giuridici ben definiti, per non correre il rischio che il giudice attribuisca loro un significato del tutto diverso da quello voluto, ad esempio, dal Parlamento (43). È quindi assolutamente illecito, sostiene il Kelsen, un qualunque appello dei giudici a vaghi principii di diritto naturale, a principii "die noch in keiner Weise positiviert sind". Non è possibile escludere "che un tribunale costituzionale, chiamato a decidere sulla validità di una certa legge, la annulli in quanto ingiusta, essendo il principio di "giustizia", uno dei fondamenti della costituzione, e come tale da applicarsi dal Tribunale. Ciò significherebbe tuttavia un trapasso insopportabile di poteri al Tribunale costituzionale. Ciò che la maggioranza dei giudici di questo tribunale considera giusto, può essere esattamente l'opposto di quello che la maggioranza della popolazione considera tale, ed è indubbiamente il contrario di ciò che la maggioranza del Parlamento, la quale ha votato proprio quella legge, ritiene giusto", (44). È logico quindi che anche di fronte alla possibilità dell'esercizio di una *actio popularis* intesa alla rimozione di una legge incostituzionale, il diritto che si fa valere non sia affatto un diritto "in dem naturrechtlichen Sinne angeborener von der

Frage: ob das Gesetz verfassungsmässig zustande gekommen ist. Denn auch wenn ein Gesetz darum verfassungswidrig ist weil es einen verfassungswidrig Inhalt hat, so ist es doch nur darum verfassungswidrig, weil es nicht als verfassungsänderndes Gesetz zustande gekommen ist, (art. cit., pag. 590).

(43) Ivi, pag. 595. Il K. si preoccupa anche lui, come già lo Schmitt, il Grau ed il Nawiasky, del pericolo "einer von der Verfassung nicht intendierten und politisch höchst unangebrachten Machtverschiebung vom Parlament in einer ausserhalb desselben stehenden Instanz, die zum Exponenten ganz anderer politischen Kräfte werden kann als jene die im Parlament zum Ausdruck kommen".

(44) Cfr. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, cit., pag. 69-70.

objektiven Staats-und Rechtsordnung unabhängiger, von dieser Ordnung zu respektierender, von ihr nicht verliener und durch sie daher auch nicht entziehbarer Rechte „, bensì “ nichts anderes als ein technischer Behelf zur Wahrung der Staatlichen Ordnung „ (45).

Si è così potuto vedere a quali ostacoli sia andata incontro la dottrina del sindacato giudiziario sulla costituzionalità delle leggi concepita secondo la tradizione americana. Da un lato esso è negato totalmente in virtù di un'affermazione del carattere politico dei problemi che esso dovrebbe affrontare e risolvere; dall'altro esso è bensì accettato in principio, ma attuato in un senso troppo rigidamente formale che lo priva di qualsiasi significato. Nelle più recenti elaborazioni teoriche si è ritornati insomma ad affermare, inconsciamente forse, i vecchi principi della supremazia del potere esecutivo o del potere legislativo, che di quello del sindacato giudiziario sulla costituzionalità delle leggi sono la negazione. Per uscire appunto da questo dilemma, a cause dei pericoli in esso nascosti, gli Stati Uniti hanno cercato di realizzare un sistema di controllo giudiziario che evitasse ogni estremo, mantenendosi fedele a taluni principi ideali di giustizia incorporati nella costituzione. La moderna pubblicistica europea è ben lontana, salvo rarissime eccezioni, dall'aver accolto una simile dottrina, la quale avrebbe senza dubbio bisogno di tutti quei temperamenti suggeriti dalla diversa natura dei nostri Stati, prevalentemente unitari. Forse solo i giudici di qualcuno dei paesi usciti rinnovati dalla guerra mondiale hanno inteso il significato vero dell'intervento che da loro si attende: ad essi tocca di indicare la strada, poichè dal loro futuro atteggiamento, più che da qualunque altro fattore, dipende oggi il successo o meno in Europa della dottrina del sindacato giudiziario della costituzionalità delle leggi.

MARIO EINAUDI

(45) Cfr. Kelsen, *art. cit.*, pag. 607.

NOTA SUL FR. 36 § 1 D. AD LEGEM AQUILIAM IX, 2 (*)

1. — MARCELLUS, 237 lib. XXI *digestorum*: “ Si dominus servum quem Titius mortifere vulneraverat, liberum et heredem esse iusserit, eique postea Mævius extiterit heres, non habebit Mævius cum Titio legis Aquiliae actionem, scilicet secundum Sabini opinionem, qui putabat ad heredem actionem non trasmettere quæ defuncto competere non potuit: nam sane absurdum accidet ut heres pretium quasi occisi consequatur eius cuius heres extitit. Quod si ex parte eum dominus heredem cum libertate esse iusserit, coheres eius, mortuo eo, aget lege Aquilia „

Il passo contempla l'ipotesi di uno schiavo ferito mortalmente *liber et heres esse iussus*. Alla sua morte, dice il giurista, gli eredi non avrauno l'azione aquiliana contro il feritore poichè l'ex-schiavo non potè trasmettere loro ciò che egli stesso non aveva; e, del resto, continua il passo, sarebbe ben strano che gli eredi conseguissero il prezzo *ut pro servo occiso* del corpo del *de cuius*!

Se, invece, lo schiavo liberato è erede soltanto di una parte della sostanza dell'antico *dominus*, il coerede, dopo la sua morte, potrà agire coll'*actio legis Aquiliae*.

Il passo può essere utilmente confrontato coi fr. 15 § 1 D. eod. e 16 D. eod.

Fr. 15 § 1 i. f. (Ulp. 615, lib. XVIII *ad edictum*): “ sed si vulneratum mortifere liberum et heredem esse iusseris, deinde decesserit, heredem eius agere Aquilia non posse „

Fr. 16 D. eod. (Marcian. 258, lib. IV *regular.*: “ quia in eum casum res pervenit a quo incipere non potest „

(*) Il presente studio fa parte degli Scritti dedicati al prof. Alfredo Ascoli in occasione del suo XLII anno d'insegnamento.

L'ipotesi contemplata è la stessa ed eguale è la soluzione: l'erede non può agire coll'*actio legis Aquiliae*, poichè questa non gli è stata trasmessa dal *de cuius*, che non l'aveva.

Quale la ragione di ciò? FABRO, nei *Rationalia in Pandectas*, ad fr. 16 D. 9, 2 così spiega: "quia res ad eum casum pervenit, ut velit quis agere lege Aquilia de se ipso occiso, quod est ridiculum cum mortuum eum esse necesse sit ut occisus dici possit. Et occisum, ut de occiso agi. Nemo autem post suam mortem potest agere...". E, commentando il fr. 36 § 1 D. eod., esprime ancor più chiaramente lo stesso concetto: "fieri nequit ut actio de occiso competat ei ipsi qui occisus est, cum non nascatur nisi demum eo mortuo, quo tempore iam nullus est. Ergo nec... heredi competere potest...".

Secondo lui, la ragione per cui l'azione aquiliana *de occiso* non può competere allo schiavo liberato è dunque il fatto che egli è ancor vivente.

L'azione può, invece, spettare al coerede, purchè sia intentata dopo la morte dell'ex-schiavo. Infatti, essa è acquisita al *dominus* sin dal momento della lesione e può quindi essere trasmessa al suo erede. Questi, però, non la potrà esperire se non dopo la morte dell'ex-schiavo (1).

L'interpretazione, benchè accolta dalla GLOSSA, (2) da CUIACIO (3)

(1) V. FABRO, *op. cit.*, ad fr. 36 § 1 D. 9, 2: "Qui vulneratus est et ex eo ipso vulnere quandocumque postea decessit, iam tum occisus intellegitur cum vulnerabatur... Ergo exinde nata fuit actio legis Aquiliae de occiso, *quamvis antea mortem vulnerati exerceri non potuerit*. Est enim hic casus ex eorum numero in quibus ex futuro eventu pendet ius quod in praeteritum fuit. Potuit ergo ius hoc transmitti ad heredem etiam admissa Sabini sententia: nec in persona coheredis habet locum ratio illa sive iuris sive absurditatis quam usurpavimus in vulnerato, eodemque coerede instituto. Et sane heres succedit non tantum in omne ius quod defunctum habuit agendi, sed etiam in id omne quod habuisset si diutius vixisset, id est quod habuit vel actu vel aptitudine cum ipsius personam repraesentet. Atqui si diutius vixisset dominus servi vulnerati, habuisset procul dubio actionem legis Aquiliae de occiso...".

(2) GLOSSA ad fr. 36 § 1 D. 9, 2 sub verba *competere non potuisset*: "quomodo enim vivens aestimationem sui ut mortui petet? et sic est iuris impossibilitas...".

(3) CUIACIO (Opera ed. Prato vol. II, col. 1218) così spiega: "Liberum de se experiri si vulneratus sit; occiso libero homine, heredi eius legis Aquiliae actionem non dari... e si richiama appunto al fr. 36 § 1 D. 9, 2. Altrove (I, 1195) commenta il passo *ex professo*, ma non spiega perchè l'azione non possa spettare al liberto e si limita a negare la trasmissibilità al suo erede.

e da altri interpreti (4), non mi sembra persuasiva. Se la ragione per cui si nega l'azione all'ex-schiavo fosse solamente questa, non vi sarebbe alcun motivo per negarla al suo erede. Poichè il *dominus* acquista l'azione al momento in cui lo schiavo è ferito, fin da quel momento la può trasmettere ad altri, col solo limite che essa sia esercitata dopo la morte dello schiavo (limite che, si noti, vale anche per lui): è perciò evidente che, una volta manomesso lo schiavo, se lo istituisce erede, gliela potrà trasmettere e questi a sua volta la potrà trasmettere al suo erede (che, poichè sarà cessata la condizione sospensiva della vita del ferito, la potrà finalmente esperire).

Se, invece, la soluzione data dalle fonti è diversa, vuol dire che la ragione per cui lo schiavo liberato non può agire, non è questa.

Secondo altri scrittori, tale motivo sarebbe da ricercarsi, almeno per diritto classico, nel fatto che l'*actio legis Aquiliae* non compete per le lesioni recate al corpo dell'uomo libero (5). Lo schiavo è ormai diventato libero e non può quindi più agire *ex lege Aquilia*, perciò non potrà trasmettere tale azione ai suoi eredi.

Per diritto giustiniano, l'azione gli sarebbe concessa *utiliter* e le contrarie affermazioni delle fonti in realtà si riferirebbero soltanto all'*actio directa*, tacendo invece di quella *utilis* (6).

(4) Cfr. SUAREZ DE MENDOZA, *Comm. ad l. Aquiliam* in MEERMAN, *Novus Thesaurus iuris civilis et canonici*, Hagae Comitum 1751, vol. II lib. I, C. 4, sez. 4 n. 10: "Nam ut servus agat necesse est ut vivat, et cum agit oportet ut quasi mortuus agat ..".

Tra i moderni sono dello stesso avviso CASTELLARI, *Della lex Aquilia ossia del danno dato in Arch. Giur.* XXII (1879), 374 e probabilmente (l'insigne autore non si esprime molto chiaramente sul punto) anche il FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, Milano 1902, n. 304.

(5) Tra gli altri DE MEDIO *La legittimazione attiva dell'actio legis Aquiliae in diritto classico* (Studi Scialoia I, 55 ss.). BRUNEMANNUS (*Comm. in Pandectas, Coloniae Allobrogum* 1752, lib. IX, 2 ad fr. 15 e seg. n. 3) dice: "nam moritur ut liber, cuius mortem lex Aquilia non punit, sed Cornelia .. ma diversa è la dottrina da lui sostenuta, poichè poco dopo egli continua "imo ratione curae et deficientium operum et expensarum funeris etiam de libero homine agi potest utili actione legis Aquiliae ..". Egli ritiene che l'azione utile aquiliana non sia stata estesa all'ipotesi di uccisione di un uomo libero.

(6) In questo senso PAMPALONI, *Osservazioni esegetiche ad legem Aquiliam in Arch. giur.* XXXII, (1884), 395 e POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, ad leg. Aquiliam XXXVI, n. 1.

L'interpretazione è certamente suggestiva ed a prima vista sembrerebbe da accogliersi. Ma, in realtà, ad un esame più attento, i dubbi incominciano a sorgere.

Se tale fosse la ragione della soluzione data in questo caso, come si concilierebbe essa colla circostanza che, se il liberto è istituito solo *pro parte*, l'azione viene egualmente trasmessa al coerede? e cioè che al *dominus* spetta sempre l'azione, anche dopo l'alienazione o la manomissione del servo? (7). Se è negata al liberto per una ragione obiettiva, inerente ai presupposti stessi dell'azione, tale ragione impedisce anche di attribuirla a chiunque altro. Per il fatto di essere esperita dal coerede anzichè dalla vittima del fatto delittuoso l'azione non cessa di dipendere dalle lesioni corporali recate ad un uomo libero.

L'apparente contrasto fra l'appartenenza dell'azione al *dominus* e il principio vigente per diritto classico che l'*actio legis Aquiliae*

(7) Cfr., oltre al fr. 36 § I D. h. t., il fr. 15 § I D. h. t.: “ Si servus vulneratus mortifere postea ruina vel naufragio vel alio facto maturius perierit, de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato; sed si manumissus vel alienatus ex vulnere periit, quasi de occiso agi posse Iulianus ait: haec ita tam varie, quia verum est cum a te occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit; at in superiore non est passa ruina apparere an sit occisus „.

E il fr. 51 pr.: “ Ita vulneratus est servus ut eo, ictu certum esse moriturum: medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit: quaero an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. Respondit: occidisse vulgo quidea qui mortis causam quolibet modo praebuit.... Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum; igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri „.

Vi è antinomia tra la soluzione data nei due passi (quella del fr. 15 § I si ritrova anche nel fr. II § 3 D. h. t.) e vari furono i tentativi degli interpreti per dirimerla. Senza analizzare le varie soluzioni proposte, (poichè ciò mi porterebbe troppo fuori dal tema che mi sono fissato) osserverò come probabilmente il fr. 15 § I sia genuino, mentre la soluzione del fr. 51 pr. è dovuta alla penna dei compilatori (cfr. BESELER, *Beitraege*, III, 8 e IV, 193 s.). V. sul punto, tra gli altri, LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klass. röm. Recht*, Berlin 1918, I, 25, n. 4; VANCEROW *Pandekten* III, 681, n. 2; GRUEBER *The roman law of damage to propriety (comm. ad l. Aquiliam)*, Oxford 1886, ad h. l., p. 35; CUIACIO, *Opera* cit. V. 1048 ecc.

non compete per le ferite recate ad un uomo libero scomparire invece sol che si ponga mente ad una circostanza. Al tempo in cui il liberto fu ferito mortalmente, egli era ancor schiavo e l'azione allora nata è relativa al corpo di un servo: nulla vieta quindi che essa sia esercitata dall'ex padrone e trasmessa ai suoi eredi (8).

Perchè allora non può essere trasmessa al liberto, ove egli sia erede del *dominus*?

Evidentemente, perchè è assurdo che egli intenti un'azione riguardo alla quale figura come proprietario del proprio corpo (fr. 13 pr. D. 9. 2) e cioè allo stesso tempo come persona e come cosa (9).

Questa, e non altra è la ragione per cui l'azione non può passare a lui.

2. — Il passo non può, quindi, venire addotto in sostegno della tesi, la quale nega che spetti un'azione di risarcimento all'ucciso e ai suoi eredi (10). Per diritto classico il problema non può neppure sorgere, poichè, come ho accennato, l'*actio utilis legis Aquiliae* per danni recati al corpo della persona libera era ignota ad esso (11).

Ma neppure per diritto giustiniano, benchè ormai l'*actio legis Aquiliae* sia concessa anche per le lesioni recate al corpo dell'uomo libero, il fr. 36 § 1 può indurci a credere che tale azione non potesse sorgere a favore della vittima. L'accennata circostanza, a prima vista, sembrerebbe tale da far cadere ogni ragione, che non fosse quella addotta da Fabro, per negare l'azione al liberto; un più attento esame del punto ci persuade del contrario.

(8) L'osservazione è ancor fatta dal GRUEBER, *op. cit.* p. 139 ma a tutt'altro proposito e per ricavarne altre conseguenze.

(9) Tale pure è l'interpretazione di GRUEBER, *op. cit.*, p. 54: "he would have to claim his own value...". Egli però non dà alcuna ragione di essa nè accenna ad altre interpretazioni.

(10) V. sul punto i miei studi *La legittimazione attiva nell'azione di risarcimento per la morte di una persona in Temi Emiliana*, 1930, II, 105, ss; *Ancora in tema di legittimazione attiva nell'azione di risarcimento per uccisione in Riv. di dir. priv.* 1932, II, 271 seg. e specialmente 276, n. 1, ove è preso in considerazione il fr. 7 § 4 D. h. t. largamente interpolato.

(11) Per l'origine giustiniana di questa *actio utilis* e per l'interpolazione della menzione di essa nei vari passi ed in particolare nei fr. 13 D. h. t., 5 § D. cod. v. DE MEDIO, *op. cit.*, 61 ss.; HAYMANN, *Zeitschr. d. Savigny Stiftung* (Rom. Abt.) XLI (1920), 50 n.; LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3^a ed. § 204. *Contra*, invece, tra gli altri, BINDING, *Die Normen*, IV, I, 41, n. 6.

Per vero, a che cosa è diretta l'azione che in conseguenza del ferimento dello schiavo sorge nel *dominus* e da questo viene trasmessa ai suoi eredi? Ad ottenere l'*æstimatio* del corpo dello schiavo. L'azione utile concessa agli uomini liberi per le lesioni loro inferte mira a conseguire il rimborso delle spese incontrate ed i lucri perduti in conseguenza del fatto delittuoso. Intentando la seconda, l'attore non pone come oggetto della domanda il valore del proprio corpo, se stesso considerato come una cosa, bensì un elemento a lui estraneo, il danno che gli è derivato (12).

Non vi è quindi alcuna contraddizione tra il concedere una *actio utilis* pel danno derivante da ferite ed il negare che possa esperirsi l'azione diretta ad ottenere l'*æstimatio* del proprio corpo. Anche se il liberto (e per lui il suo erede) potrà esperire l'*actio utilis* (di cui non è parola nel passo, poichè si tratta di una circostanza che non interessa la questione ivi trattata), questa sarà pur sempre da lui acquistata in quanto leso e non in quanto erede del *dominus*: nel patrimonio di questo, infatti, non può entrare che l'azione diretta all'*æstimatio*, e pertanto solo tale azione può da lui venire eventualmente trasmessa.

È quindi da ritenere che la ragione per cui si nega l'azione al liberto in diritto giustiniano sia la stessa che vale per diritto classico. E che effettivamente sia così è confermato da un lato dal fatto che questa è l'unica spiegazione che ci permette di conciliare con tale soluzione quella data nel caso di istituzione del servo *pro parte* anzichè nell'intera eredità, dall'altro dall'interpolazione (13) della frase esplicativa *nam-consequatur* (14).

Sarebbe assurdo, vi si dice, che l'erede del liberto conseguisse il prezzo del corpo del *de cuius*. Il prezzo: ciò mostra che l'a-

(12) D'altronde, vi è differenza tra il danno recato al *dominus* dalla lesione mortale del servo e quello offerto da chi viene leso. È evidente ad es. che la liberta non potrà essere in *delictis* di se stessa nè in genere il liberto prestare a sè le *operæ* etc.

(13) BESELER, *Beitraege*, III, 27.

(14) Cfr. Sch. 8 Bas. LX, 3, 36 § 1: Ἐνταῦθα γὰρ οὐκ ἠδύνατο αὐτῷ τῷ νεκεσάρῳ πληγέντι καὶ ἴσως ἐπιζῆσαντι ὁ περὶ αὐτοῦ ἀρμόζειν Ἀκουίλιος, ἀλλὰ καὶ ἀτοπὸν τι συνέβαινεν, εἰ ὁ κληρονόμος τοῦ νεκεσάρου τὴν διατίμησιν ἀπῆλθσε τοῦ σώματος τοῦ τεστατόρου.

zione che a lui viene negata è appunto quella (nè, d'altronde, potrebbe essere altra) che gli avrebbe dovuto trasmettere l'antico *dominus*, l'azione diretta all'*æstimatio* del servo.

E se essa può acquisiarsi dal coerede del liberto, ma non da quest'ultimo, ciò non può dipendere che dalla ragione posta in rilievo sopra.

In conclusione, quindi, neppure per diritto giustiniano il passo può costituire un argomento per negare che spetti a chi è percosso mortalmente l'*actio legis Aquiliæ* e che essa si trasmetta ai suoi eredi; anzi da quanto abbiamo detto si potrebbe argomentare in senso opposto.

Lo schiavo ferito mortalmente si considera ucciso nel momento stesso in cui è ferito, anche se sopravvive parecchi giorni e l'azione *de occiso* spetta al *dominus* (15) prima della morte di quello. Non è pertanto assurdo il concetto di un'azione *de occiso* spettante prima della morte dell'uomo colpito. Per la stessa ragione, se un uomo libero è ferito a morte, sin dal momento della percossa, entrerà nel suo patrimonio, l'*actio utilis de occiso*, che non potrà essere esercitata finchè egli è vivo, ma che non di meno sarà pur nata e quindi trasmissibile ai suoi eredi.

ALBERTO MONTEL

(15) L'azione spettante al *dominus* per la ferita mortale dello schiavo non non è un'azione *de vulnerato* che poi si trasforma in *actio de occiso* colla morte di quello, ma sin dall'inizio è *de occiso*, come si può argomentare dallo stesso fr. 36 § 1 cit. Il coerede - dice esso - potrà agire coll'*actio legis Aquiliæ* dopo la morte del servo: che ragione di dir ciò se durante la vita di questo gli fosse spettata un'azione *de vulnerato*? Se tale è invece la soluzione, ciò significa che l'*actio* nasce subito *de occiso*, col solo limite che non potrà essere esercitata prima che la morte non si sia verificata.