DONO
BRONDI
Op.h. 1175

ANTONIO FERRACCIU
Professore ord. di Diritto Costituzionale nella R. Università di Siena

LA CONSUETUDINE COSTITUZIONALE

II.

NATURA SPECIFICA





TORINO
FRATELLI BOCCA, EDITORI
Librai di S. M. il Re d'Italia
Via Carlo Alberto N.° 3.

ROMA
Corso Umberto I, 216-217

MILANO
Corso Vittorio Emanuele 21

FIRENZE
P. Lumachi (Successori)

Depositario generale per la Sicilia: ***Orazio Fiorenza***, PALERMO.

1919

Estratto dagli *Studi Senesi* Vol. XXXV (Vol. X della II Serie)
Fascicolo 1-2.

SIENA, STABILIMENTO TIPOGRAFICO DITTA CARLO NAVA.

LA CONSUETUDINE COSTITUZIONALE

II.

NATURA SPECIFICA

SOMMARIO: 1. Indagine cui fa capo lo studio della natura specifica della consuetudine costituzionale. — 2. Obbietti e sfera di efficienza della medesima. — 3. L'azione sua: *a*) rispetto agli organi fondameutali. — 4. *b*) rispetto alle competenze degli organi stessi. — 5. *c*) rispetto ai rapporti fondamentali fra organi. — 6. *d*) rispetto ai rapporti fondamentali fra lo Stato e i cittadini. — 7. Il campo generale di efficacia di detta consuetudine nello Stato moderno. — 8. Gli organi immediati elaboratori della consuetudine costituzionale, e la sua formazione. — 9. I requisiti od elementi costitutivi di essa. — 10. α) La ripetizione degli atti: se essa sia un requisito essenziale. — 11. Differenza della consuetudine dal semplice ***uso*** e dal ***precedente***. — 12. La consuetudine, e la necessità come fonte di diritto. — 13. Le materie d'indole eccezionale, e la consuetudine. — 14. β) La ***opinio juris***. — 15. Indagine dei coefficienti che contribuiscono a determinarla. — 16. Predominio dell'elemento politico nella formazione della consuetudine costituzionale. — 17. Conseguenti caratteri inerenti alla norma consuetudinaria di questa natura. — 18. La consuetudine, e la correttezza costituzionale. — 19. La consuetudine costituzionale e la sua forza obbligatoria. — 20. La forza obbligatoria della consuetudine nella teoria generale delle fonti. — 21. Esame della questione in confronto ai diversi rami del diritto. — 22. Indagine relativa alla sfera della consuetudine costituzionale. — 23. Sul divieto legislativo della efficacia della consuetudine pel futuro. — 24 Le recenti tendenze contro la obbligatorietà della consuetudine al di fuori del richiamo da parte della legge. — 25. Teoriche empiriche, e loro valutazione. — 26. Le teorie giuridiche. — 27. Valutazione critica delle medesime. — 28. Continua. — 29. Orientazioni dottrinali favorevoli alle nostre conclusioni. — 30. Rinvio, per l'indagine dei diversi aspetti della consuetudine costituzionale.

1. La indagine sulla natura specifica della consuetudine costituzionale ha ragione di essere, in quanto sia possibile che questa fonte di produzione giuridica, nel campo specifico del diritto costituzionale, possa assumere condizioni di vita, caratteri ed atteggiamenti che diano ad essa una fisionomia speciale, in confronto di quanto si verifica ed è comunemente ammesso nella sfera del diritto comune.

Tale possibilità, a nostro avviso, sussiste; e può essere dedotta da una serie di ricerche, che si riferiscono propriamente: 1) agli obbietti ed alla sfera di azione propria di detta consuetudine; 2) agli organi che immediatamente la elaborano; 3) alle condizioni per le quali può sorgere con forza obbligatoria, quindi ai suoi requisiti essenziali ed al suo processo di elaborazione; 4) agli aspetti ed atteggiamenti con cui si manifesta.

2. Sotto il primo punto di vista, vuolsi tener presente, come altra voltà si osservò (1), che di una tale specie di consuetudine si parla, propriamente, in riferenza ad una delle fonti onde risultano le norme regolatrici dell' ordinamento fondamentale dello Stato moderno; e precisamente quelle che afferiscono alla formazione dei suoi organi costituzionali, alla determinazione ed esplicazione delle rispettive loro attribuzioni, alla disciplina dei rapporti fondamentali fra essi organi, e fra lo Stato e i cittadini: norme, che, insieme a quelle legislative, contribuiscono a delineare la struttura dello Stato stesso nella sua espressione giuridica (2), ossia la sua costituzione.

Quindi la consuetudine costituzionale può avere per obbietto:

a) la fissazione e determinazione di uno o più organi fondamentali dello Stato non contemplati dalle leggi costituzionali, o l' integrazione di quelli già esistenti;

(1) Cfr., in questa stessa Rivista, *La consuetudine costituzionale*, I, *Concetto, genesi, ufficio*, 1913, p. 9: primo saggio di una serie di studi in argomento, la cui elaborazione e pubblicazione rimase poi interrotta per circostanze indipendenti dalla nostra volontà.

(2) Con questa espressione compendiosa è stata definita la costituzione dall'Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, Roma, Athenaeum, 1912, p. 84.

b) la determinazione pratica delle funzioni attribuite agli organi costituzionali, dello sviluppo degli atteggiamenti e dei limiti di esercizio di esse, nonchè delle guarentigie accordate pel disimpegno delle funzioni stesse;

c) la disciplina dei rapporti che coordinano reciprocamente l' attività di detti organi, in conseguenza dello esplicamento delle rispettive loro competenze; ed altresì quella dei rapporti fondamentali fra lo Stato ed i singoli.

3. *a*) La determinazione degli organi statuali fondamentali, considerata disgiuntamente dalle funzioni, apparisce a dir vero un compito meramente formale; il che spiegherebbe come la importanza ed azione della consuetudine rispetto ad essa sia piuttosto scarsa, specie se messa in confronto con la sfera di efficienza che le è propria rispetto alle funzioni stesse (1).

Se si prescinde dal contrario esempio offerto dallo sviluppo della costituzione inglese, è innegabile che gli organi si trovano generalmente definiti nelle leggi costituzionali, col riguardo dovuto a quelle disposizioni che sono ritenute essenziali per lo esplicamento della esistenza stessa e della vita dello Stato, e senza le quali la costituzione mancherebbe allo scopo che le è proprio, di rappresentare la organizzazione della potestà d' impero dello Stato stesso.

Ciò però non esclude che gli statuti e le carte fondamentali possano non contemplare istituti od organi, i quali poi, attraverso lo sviluppo costituzionale, si rivelino indispensabili alla disciplina e distribuzione di certe funzioni statuali: onde la possibilità di lacune nell' ordinamento giuridico (2), a riempire le quali, nei casi concreti, provveda appunto l' opera della consuetudine.

Un caso tipico al riguardo, nel diritto pubblico italiano, viene offerto dallo istituto della Luogotenenza generale; per il quale, dalla dottrina prevalente, viene precisamente invocata la consuetudine come base della sua legittimità (3). Esso si

(1) In questo senso Amabile, *Le fonti del diritto costituzionale*, Catania, 1896, pp. 185-186.

(2) V. in contrario, per tutti, Donati, *Il problema delle lacune nell' ordinamento giuridico*, Milano, 1910.

(3) Contro Marchi, *Le luogotenenze generali nel diritto costituzionale*

è sviluppato, in armonia con l'ordinamento generale dei vari organi statuali e delle rispettive competenze, attraverso una serie di consuetudini, onde ha potuto acquistare nel nostro diritto pubblico una propria fisionomia giuridica (1).

Ma la formazione consuetudinaria di organi fondamentali trova la sua conferma più lucida ed esauriente nell'istituto essenziale del Gabinetto, giusta le più recenti rivendicazioni scientifiche (2), le quali hanno fatto giustizia delle più o meno ingegnose costruzioni escogitate allo scopo di dare al medesimo un fondamento diverso.

4. *b)* Senza dubbio, la sfera di efficienza della consuetudine si allarga ed accresce rispetto alla determinazione e disciplina delle competenze degli organi costituzionali, avendo queste un vero e proprio contenuto obbiettivo e sotanziale, per cui solo la consuetudine sarebbe in grado di conformarsi a quei larghi criterî sociali che corrispondono alle egigenze di esso contenuto (3).

Invero, le funzioni non hanno per solito ricevuto nelle carte costituzionali che una determinazione parziale, in ispecie rispetto ai particolari loro atteggiamenti, i quali vengono piuttosto affermati ed esplicati dalla consuetudine in conformità alle diverse esigenze sociali ed alle condizioni di vita politica in seno alle quali si elaborano i rapporti effettivi del potere politico.

In questo campo, la consuetudine può esercitare la sua influenza in diverse guise, ma con efficacia analoga; e propriamente:

a) per determinare il modo di esercizio di vere e proprie

italiano, Roma, Athenaeum, 1918, pp. 108-112, pure ammettendo che qui si abbia una lacuna, p. 109.

(1) In questo senso, ci sembra, Pagliano, *Reggenza e Luogotenenza*, Roma, Tip. Cam. dei Deputati, 1915, p. 163; vedi la bibliografia ivi ricordata.

(2) Il Raggi, *Sul fondamento giuridico del governo parlamentare*, nella *Rivista di diritto pubblico*, 1914, parte I, p. 439 e segg., ha il merito di aver messo in luce questo punto così controverso nella dottrina, e di cui si discorrerà in altro studio successivo.

(3) Cfr. Amabile, op. e loc. cit.

funzioni costituzionali, attraverso l'uso, o il non uso, delle attribuzioni che vi si riferiscono;

b) per fissare, nella pratica costituzionale, i limiti d'esercizio di una facoltà od attribuzione di potere, che non risultino nettamente segnati dalla lettera degli statuti e delle leggi costituzionali;

c) per affermare la possibilità di delegazione di funzioni propriamente costituzionali, dalle leggi fondamentali affidate a determinati organi;

d) per delineare la portata e l'estensione delle guarentigie a questi organi costituzionalmente accordate per l'esercizio delle rispettive loro competenze; ed in genere, per precisare e regolare quanto occorre su punti essenziali affermati nelle leggi fondamentali con semplici principî e disposizioni generali.

Il nostro diritto pubblico presenta numerosi casi, in cui si afferma la elaborazione del diritto consuetudinario, nella materia relativa alle funzioni fondamentali (1); ed in modo speciale, l'attività degli organi legislativi e degli organi supremi di governo è quella che offre un campo rigoglioso di elaborazione delle norme costituzionali consuetudinarie.

Invece, l'efficacia della consuetudine si arresta dinanzi all'esercizio della funzione elettorale.

La materia delle norme che, nello Stato rappresentativo moderno, sono destinate a regolare la formazione di certi organi della volontà statuale, com'è appunto la materia del diritto elettorale, sfugge sostanzialmente alla regolamentazione ed alla efficacia della consuetudine costituzionale.

(1) Intendiamo riferirci, per quanto non sorretti in tutti i casi dall'accordo della dottrina dominante, all'uso del potere discrezionale della Corona di nomina e revoca dei Ministri; al non uso del rifiuto di sanzione da parte della Corona nei casi normali; ai limiti del potere di scioglimento della Camera; ai limiti della funzione legislativa; ai limiti della facoltà regolamentare; alla possibilità di delegazione di detta facoltà dal Re ai Ministri; ai casi di delegazione riguardanti il comando effettivo delle forze di terra e di mare, la materia ecclesiastica ed in specie quella beneficiaria, e la facoltà di stipulare trattati internazionali; alla delimitazione delle guarentigie degli organi parlamentari; all'esercizio del potere d'inchiesta delle Camere, ecc.

Tutte le costituzioni moderne hanno provveduto a disciplinare codesta materia con leggi speciali, che, accennate o non nelle carte fondamentali, costituiscono pur sempre, per la natura del loro obbietto e del loro contenuto essenziale, leggi costituzionali di formazione successiva, come noi le denominammo. Epperò la formazione degli organi statuali di legislazione da parte del corpo elettorale è rigorosamente determinata, sia rispetto alla sostanza del diritto politico che alla parte procedurale, da espresse disposizioni legali, attraverso la scrupolosa osservanza delle quali deve svolgersi l'atto elettivo perchè possa pretendere a validità giuridica.

Quelli che comunemente si ravvisano come *costumi elettorali* costituiscono un complesso di regole di morale politica e sociale, che non devono confondersi con le consuetudini costituzionali, alle quali peraltro, come vedremo, potrebbero col decorso del tempo dar luogo, in ispecie rispetto al modo di concepire il rapporto rappresentativo.

5. *c)* Uno sviluppo abbondante della consuetudine costituzionale è dovuto, oltrechè alla configurazione pratica delle competenze rispettive degli organi fondamentali dello Stato, siano essi individuali o collegiali, alla estrinsecazione dei reciproci rapporti costituzionali fra gli organi stessi.

Nella sfera di dominio di codesti rapporti, spesso avviene che, in conseguenza dei mutamenti verificatisi nelle relazioni di potere politico fra organi, si faccia luogo a mutazioni di fatto, le quali dopo un certo periodo acquistano un carattere di diritto consuetudinario, col concorso dei requisiti richiesti per l'efficacia di esso (1).

Ed eventualmente, dalla elaborazione che di tali rapporti viene a crearsi nella pratica costituzionale, può derivare la formazione consuetudinaria di altri organi pure fondamentali: come dimostra l'esempio tipico del Gabinetto.

È risaputo che la costituzione di quest'organo, il più delle volte consuetudinaria, implicava già per se stessa una configurazione ed un atteggiamento dei rapporti fra due organi

(1) Cfr. Brie, *Gewohnheitsrecht*, in *Wörterbuch* di Stengel, Vol. II, Tubingen, 1911, p. 289.

costituzionali, la Corona ed il Parlamento, ben diversa da quella risultante dalla legge fondamentale, e può dirsi derivata precisamente dalla formazione di norme consuetudinarie intorno alla esplicazione di quei rapporti; ed a sua volta, poi, il Gabinetto, è venuto sempre meglio elaborandosi e perfezionandosi nella sua struttura organica, a misura che il ripetersi dello esercizio delle rispettive funzioni degli organi suddetti, nelle loro relazioni reciproche, ha sempre meglio elaborato questi rapporti.

Gli è che, nel *fatto*, i diversi obbietti della consuetudine costituzionale non possono con precisione assoluta ravvisarsi se non intrecciati, data la complessità speciale di essa, per cui la norma giuridica consuetudinaria che viene formandosi agisce d'ordinario così sulla costituzione degli organi come sulla delimitazione delle attribuzioni loro e sulla struttura dei rapporti che ne derivano.

Invero, se astrattamente è possibile la disintegrazione dell'organo dalla funzione, non può dirsi altrettanto nella *realtà* della vita delle istituzioni politiche, dove il funzionamento di esso si ravvisa così inerente al modo di sua costituzione, che molto spesso le due cose si influenzano a vicenda, se pur non si confondono; per guisa che l'azione della consuetudine sulla maniera di esplicarsi della funzione si ripercuote e reagisce sulla costituzione dell'organo stesso, la quale, ove pure non venga consuetudinariamente determinata, ne risulta col tempo meglio elaborata e definita; e viceversa, la configurazione sempre più precisa dell'organo determina nuovi orientamenti ed atteggiamenti alla funzione. Il che, poi, fa sì che sulla disciplina dei rapporti intrecciantisi necessariamente fra i diversi organi costituzionali, nel loro rispettivo funzionamento, si riverberino più direttamente e visibilmente i risultati della consuetudine, quale fonte di norme giuridiche.

Nel Governo parlamentare in genere, e nel nostro in ispecie, si può dire che la parte essenziale e sostanziale dei rapporti fra la Corona ed il Gabinetto, fra il Gabinetto ed il Parlamento, fra i due rami di questo, è frutto di elaborazione consuetudinaria: dacchè è per mezzo di norme di diritto consuetudinario che si esprimono più adeguatamente, e si traducono in regole

obbligatorie di condotta, fra i detti organi fondamentali, le condizioni ed esigenze più essenziali ed indispensabili della vita stessa del Governo parlamentare (1).

Si sottraggono invece di regola all'impero della consuetudine, nella disciplina di tali rapporti, i casi e le situazioni anormali.

6. *d)* Meno soggetta al processo formativo ed al criterio direttivo di norme consuetudinarie è, nello Stato costituzionale moderno, la materia dei cosiddetti *diritti fondamentali* di libertà dei cittadini, che si trovano consacrati con solenni affermazioni nelle principali carte costituzionali e che, secondo taluni, costituiscono le guarentigie stesse della libertà.

Vero è che questi diritti vi si trovano ordinariamente sanciti, con poche varianti notevoli di espressione, nella forma di supremi principî schematici, i quali per sè stessi non contengono che l'affermazione astratta della guarentigia. Ma è noto che un complesso di leggi svariatissime e di disposizioni di codici, alle quali si riconosce una importanza costituzionale, sono venute man mano sviluppando ed integrando quei principî, per guisa da doversi dire che la funzione e sopratutto i limiti del potere statuale di fronte a questa categoria speciale di diritti pubblici subbiettivi risultano per lo più definiti sufficientemente dalla legislazione, in modo da non lasciare che un margine assai scarso all'azione della consuetudine.

Ciò non toglie però che anche in questa materia possa pure verificarsi l'influsso della medesima, almeno nel senso di confermare eventualmente i cosiddetti principî generali di diritto e con essi confondersi, per stabilire la esistenza effettiva di taluno di quei diritti che non avessero trovato consacrazione nelle costituzioni scritte: così sarebbe avvenuto per l'appunto in Italia, rispetto al diritto di associazione, che non ripete il suo riconoscimento a disposizioni costituzionali o legislative, ma esclusivamente alla consuetudine determinata dai precedenti parlamentari e governativi (2).

(1) Su questo punto avremo occasione di ritornare, in ordine alla consuetudine introduttiva.

(2) Vuolsi avvertire però, sin d'ora, che la consuetudine non può assumersi, in materia di diritti di libertà, come fonte di norme giuridiche, per la determinazione di restrizioni di essi diritti, o, comunque, servire di criterio alla sospensione delle guarentigie costituzionali della libertà che è inerente alla stato d'assedio (Cfr., al riguardo, le interessanti osservazioni fatte di recente dal Romano, ***Sui decreti legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria***, nella *Rivista di Diritto pubblico*, diretta dall'Orlando, 1909, fasc. 5-6, p. 260).

7. Sotto una veduta più comprensiva e sintettica, si può bene affermare che taluni dei principî più fondamentali e basilari dello Stato moderno, e che ne rappresentano i caratteri costituzionali, si trovano consacrati nella Costituzione stessa o nelle leggi costituzionali successive sotto forma di consuetudini (1).

D'altro canto poi, la Costituzione medesima viene assoggettata dalla consuetudine, per ciò che si attiene al suo complesso funzionamento, a profonde e continue trasformazioni.

A queste non si sottraggono, secondo taluni, neppure i più alti principî della costituzione di uno Stato, data la efficacia derogatoria del diritto consuetudinario che incombe sulle norme fondamentali di diritto pubblico sancite nelle carte costituzionali (2), attraverso processi di formazione giuridica, coi quali si evita di applicare i requisiti costituzionalmente richiesti per le mutazioni di ordine costituzionale, che di solito oppongono delle difficoltà.

Questa sfera più larga di azione della consuetudine costituzionale non si palesa in tutta la sua efficacia se non dopo lunghi periodi di tempo, attraverso i quali essa abbia avuto occasione di manifestare lentamente la propria influenza, rispetto agli organi, alle funzioni, ai rapporti costituzionali.

Essa riflette un lento e silenzioso lavorio di integrazione, di interpretazione, di elaborazione di principî e di norme, che valgono a conferire una fisionomia tutta propria ad ogni singola Costituzione, per cui questa possa distinguersi nettamente,

(1) Cfr., per un accenno, Chimienti, ***Manuale di Diritto costituzionale***, Roma, Athenaeum, 1918, p. 227-235.

(2) Cfr. Brie, *Gewohnheitsrecht*, in *Wörterbuch* di Stengel, Vol. II, Tubingen, 1911, p. 289-290.

rispetto alla disciplina *effettiva* dei rapporti di vita politica e costituzionale, da ogni altra pure analoga nella forma.

È l'efficacia della consuetudine, che più specialmente differenzia le forme tipiche di Governo rappresentativo (1). E sotto questo punto di vista, essa è venuta affermandosi visibilmente con un complesso di norme sostanziali, come quelle regolanti l'istituto del Governo di Gabinetto, tali da limitare l'estensione della stessa competenza legislativa, che non potrebbe al riguardo esercitarsi per modificare od abolire quelle regole (2).

8. Quanto ai subbietti elaboratori della consuetudine costituzionale, vuolsi avvertire che essa non può derivare se non dagli atti degli organi costituzionali stessi, alla cui attività è circoscritta (3-4), in quanto appunto è consuetudine che si riferisce direttamente o indirettamente alla costituzione.

---

(1) Cfr. Arcoleo, *Diritto costituzionale*, Napoli 1904 p. 137 e passim. Delle accennate elaborazioni e trasformazioni costituzionali consuetudinarie, rispetto alle diverse specie di costituzioni, ci occuperemo in ordine all'esame dei singoli aspetti della consuetudine.

(2) Così il Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in Archivio del Diritto Pubblico, Roma, 1902, p. 304-305.

(3-4) Questo interessante rilievo è stato fatto specialmente dal Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, p. 153, il quale però non ha tratto da questa giusta affermazione le conseguenze di cui essa si rivela suscettibile, rispetto al problema della ammissibilità e della forza obbligatoria della consuetudine nel campo del diritto pubblico. Che basti ricercare il ripetersi degli atti e la convinzione della loro obbligatorietà negli organi costituzionali, e non anche nella generalità dei cittadini, afferma pure in proposito, richiamandosi al predetto autore, il Marchi, *Sul concetto di legislazione formale*, Milano, Soc. Ed. Libr., 1911, p. 154, in nota.

Cade in acconcio a questo punto il rilevare che, parlando di organi fondamentali o costituzionali, intendiamo riferirci a quegli organi, i quali, per la loro origine, fondano la propria esistenza e competenza nella costituzione dello Stato e si collegano direttamente alla sua potestà d'impero, della quale sono mezzi essenziali di esercizio; per la loro posizione, stanno a capo della organizzazione dello Stato, posti in condizione di reciproca autonomia e indipendenza; per il loro contenuto, esercitano funzioni fondamentali dello Stato, e, come tali, sono necessari a caratterizzare e individualizzare lo Stato stesso. Nella

È del tutto inconcepibile che si possano dar vita altri subbietti, ad es. i privati, e che quindi il tramite della sua formazione possa essere un atto di natura privata, o, comunque, non interessante la costituzione. E neppure il popolo, nella generalità dei suoi membri, può dirsi che la elabori immediatamente: se anche il contenuto delle norme in cui tale specie di consuetudine si concreta possa essere originariamente determinato od influenzato da fattori od elementi estranei alla organizzazione statuale, formalmente però sono gli stessi organi costituzionali, e *soltanto* essi, che dànno consistenza giuridica alla norma (1).

In materia di rapporti costituzionali, la consuetudine non può fissarsi che attraverso la ripetizione di una linea di condotta praticata in senso uniforme da uno o più organi statuali fondamentali, in seno ai quali sia sorta la convinzione della obbligatorietà degli atti e della giuridica necessità della norma; sicchè in definitiva essa apparisce come forma di manifestazione della volontà dello Stato.

Giova insistere su questa, che rappresenta a dir vero la caratteristica principale della consuetudine costituzionale: per cui, cioè, gli atti materiali di manifestazione tacita della volontà creatrice di una data norma che assume carattere consuetudinario, sono e debbono essere, in materia costituzionale, atti posti in essere da organi statuali, che si considerano

---

dottrina, sono stati di solito assunti solo l'uno o l'altro di questi caratteri per identificare la nozione di organo costituzionale (Cfr. specialmente Romano, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, Palermo, 1898, p. 27; Jellinek, *Allgemeine Stratslehre*, Berlin, 1905, p. 530; Racioppi, *Commento allo Statuto*, I, p. 213-214; Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, 1913, p. 272; Ranelletti, *Diritto Amministrativo*, Napoli, 1912, pp. 195-196, il quale peraltro dà un rilievo più accentuato ad alcuni dei caratteri suindicati).

(1) Ciò, a differenza di quanto avviene nel campo del diritto privato, in cui quella serie di atti uniformi e costanti accompagnati alla convinzione giuridica della loro obbligatorietà, nei quali si fa consistere e da cui si fa dipendere la consuetudine, prendono nascimento da rapporti individuali e sociali, che fan capo alla pratica degli interessati ed alla coscienza della collettività popolare, indipendentemente dal diretto intervento degli organi statuali; e, per altro verso, nella sfera dei rapporti

quindi come atti dello Stato; epperò quando, attraverso la pratica degli atti medesimi, si manifesta la convinzione giuridica della necessità di osservare la norma che ne emana, non si fa che tradurre in concreto una espressione di volontà statuale, perocchè gli organi per sè stessi, non avendo personalità, non possono avere una coscienza propria distinta da quella dello Stato.

Di solito, come è stato da altri avvertito, non tutti gli organi, ai quali la consuetudine si riferisce ed i cui rapporti tende a regolare, cooperano colla stessa attività ed intensità, e nella stessa maniera, alla sua formazione; ed invece avviene che codesto processo formativo si annunzia spesso e si produce in uno od in alcuni soltanto di essi, mentre gli altri concorrono o col seguire lo stesso impulso oppure consentendo che il compimento di quel processo avvenga senza disturbi: questo anzi si può dire il modo ordinario, onde sorgono le consuetudini nel campo del diritto costituzionale (1).

L' organo *immediato*, formatore della consuetudine costituzionale, è sempre un organo statuale, quello appunto che pratica l'atto dal quale sgorga immediatamente il contenuto della norma consuetudinaria; e questa si dirà formata allorquando, attraverso la ripetizione costante di quell' atto, accompagnata alla convinzione giuridica della sua obbligatorietà, sia intervenuto il *tacito* consenso degli altri organi statuali il cui concorso sarebbe eventualmente necessario per la introduzione legislativa della norma in conformità alle prescrizioni costituzionali, cioè di quegli altri organi designati all' uopo dalle medesime per competenza di materia (2).

Ma, in sostanza, gli elementi costitutivi di questa specie di consuetudine sono posti in essere in ogni caso per virtù

internazionali, in cui la consuetudine si riporta senz' altro nella sua genesi alla volontà collettiva e reciproca degli Stati, siccome espressione diretta e tacita dell'accordo di questi, che ne sono i soggetti immediati.

(1) Cfr. in questo senso Miceli, *Analisi giuridica della nozione d' incostituzionalità*, Milano, 1914, p. 47: vedi gli esempi ivi citati, a p. 43-46.

(2) Diciamo eventualmente, poichè un tale consenso non sempre è necessario, come quando, ad es. il Parlamento, interpretando le norme del suo funzionamento, fissi una consuetudine circa gli *interna corporis*.

di uno o più organi statuali fondamentali, i quali quindi sono i produttori ed elaboratori *immediati* di essa (1).

9. I requisiti od elementi costitutivi della consuetudine costituzionale, come implicitamente risulta dall' anzidetto, sono quegli stessi che è venuta delineando la dottrina comune nel campo privatistico, per la consuetudine giuridica: l' elemento esterno e materiale, che è dato dalla *ripetizione degli atti*; l' interno e psicologico, rappresentato dalla *opinio necessitatis*.

Di regola, anche in questa sfera specifica di rapporti, la consuetudine si concreta e si esprime per mezzo di una norma, che si elabora e si afferma attraverso la sua lunga *osservanza* di fatto, unita alla convinzione della sua obbligatorietà.

Coloro, cui nel caso la norma si indirizza e viene applicata, sono quegli stessi organi che la elaborano, gli organi costituzionali; epperò la effettiva esistenza degli anzidetti requisiti implica che gli organi predetti abbiano a lungo osservata *di fatto* quella data norma, e che tale osservanza sia stata accompagnata dalla *coscienza* di obbedire propriamente ad una norma obbligatoria.

Occorre esaminare distintamente i due requisiti.

10. α) La nozione tradizionale di consuetudine, nella dottrina comune ed ognora dominante, implica la esigenza della ripetizione continuata degli atti simili, come estremo essenziale per la costituzione ed esistenza della norma consuetudinaria.

Scrittori recenti ed autorevoli hanno bensì elevato al riguardo dei dubbî, ed è stato bene avvertito il periodo critico e d' inquietudine attraversato dalla dottrina tradizionale (2),

(1) Ciò sembra esatto, anche allorquando si tratti di consuetudini dirette non semplicemente ad interpretare, praticare od integrare attribuzioni e competenze e rapporti di organi già esistenti, ma piuttosto a fissare o costituire taluno degli organi statuali stessi, essendochè, in tal caso, la convinzione della giuridica necessità di quest' organo nuovo e gli atti diretti ad attuarla sorgeranno in seno agli organi che sono di già esistenti.

(2) Cfr. Raggi, *Sul fondamento giuridico del Governo parlamentare in Italia*, cit., e gli autori ivi ricordati in nota, a pag. 29 dell' Estratto; Marchi, *Le luogotenenze generali*, cit., pag. 122, ammettendo la nozione tradizionale.

per cui non si vorrebbe da taluni ammettere la esattezza del concetto comune di cousuetudine, od almeno se ne vorrebbe rifiutare la integrale applicazione al campo del diritto pubblico, in ispecie costituzionale.

V' ha chi ritiene che la ripetizione degli atti confermerebbe piuttosto l'esistenza della norma, senza esserne requisito essenziale, per cui a far sorgere la consuetudine basterebbe anche un solo atto, posto come il primo di una serie indefinita di altri simili (1).

E, nel campo specifico dei rapporti costituzionali, non si esiterebbe ad ammettere, da altri, che la consuetudine stessa possa nascere di un tratto, senza il concorso del suaccennato elemento, in virtù della intensità d'azione della convinzione giuridica: così sarebbe appunto avvenuto per riguardo alla costituzione ed attuazione del Gabinetto e della forma parlamentare in paesi che lo imitarono dall' Inghilterra, fra i quali l' Italia (2).

(1) Così, pel diritto internazionale, l' Anzilotti, *Corso*, cit., p. 52.

(2) Cfr. Longo, *Della consuetudine come fonte del diritto pubblico*, in *Archivio di Diritto Pubblico*, Palermo, Anno 2.°, 1892, p. 406 e segg. In realtà appare seducente, nel campo specifico dei rapporti costituzionali, ammettere che possano segnatamente distinguersi, sotto il punto di vista del modo di sua formazione, due aspetti diversi della consuedine: *normale* e fisiologica, allorchè la convinzione giuridica si forma lentamente ed agisce per gradi, con una serie di atti ripetuti, che denotino la convinzione della necessità della norma gradatamente affermantesi; *anormale* ed eccezionale, allorchè quella convinzione si affermi d' un tratto all' esterno, senza essere preceduta da un processo di lenta preparazione. Il che avrebbe una certa analogia con le due forme generali di sviluppo degli istituti giuridici: il processo di *evoluzione* e quello di *rivoluzione*, il quale ultimo si verifica quando forze esteriori impediscano l' adattamento graduale degli istituti, in ispecie politici, ai diversi bisogni ed ai mutati sentimenti della collettività (Vi accenna vagamente lo stesso Longo, ivi, p. 407-408).

Infatti, rispetto all' esempio citato, potrebbesi parlare, con una certa approssimazione di verità, di una consuetudine di natura rivoluzionaria, che risponderebbe perfettamente al processo storico di formazione dello Stato italiano, e rappresenterebbe con la determinazione del nuovo istituto una vera rivoluzione in rapporto alla natura intrinseca del governo rappresentativo, per quanto pur sempre, come direbbe taluno, una rivoluzione di forma mite.

Ma, a prescindere che la etimologia stessa della parola consuetudine, come è stato avvertito, importa degli *atti esterni ripetuti*, sì che sarebbe una contraddizione in termini il pensarla istantanea (1), non va negato che la ripetizione degli atti costituisce effettivamente la garanzia che una norma è stata osservata (2), e quindi essa *vige* come norma consuetudinaria; per il che non può ritenersi sufficiente un solo atto.

Il numero dei casi di osservanza della norma e la durata dell'uso non sono determinabili *a priori;* ma certo non può

Il fatto si spiegherebbe facilmente, nel senso che, in questo caso, i coefficienti e le cause indirette di formazione della norma abbiano potuto agire con maggiore intensità ed energia, sì da imprimere negli organi statuali esistenti la coscienza della necessità assoluta della nuova o delle nuove consuetudini, che per tal modo si affermerebbero decisivamente con forza obbligatoria sin dal primo atto. Ed esso avrebbe conferma, nell' esempio citato, dalla circostanza della percezione improvvisa, da parte degli organi dello Stato rappresentativo novello, della imperiosa necessità di accoppiare alla mera forma costituzionale quella parlamentare, onde la unicità sostanziale dell' atto con cui sarebbe stata determinata la relativa consuetudine: dietro la quale coscienza percettiva si nascondeva bensì la efficacia potentemente esercitata dalle classi più elevate in Italia, dove non furono estranee neppure l' influenze dottrinarie e lo spirito d' imitazione riflesso della costituzione inglese, come vuole il Longo (ivi, p. 408-409).

Giusto è peraltro constatare che, anche in questi casi, la consuetudine, se nella sua sintesi sostanziale si potrebbe ricondurre al primo atto esterno, non sarebbe peraltro da considerarsi definitivamente assodata se non cogli atti successivi, destinati ad esplicare gradualmente la norma od il complesso delle norme che ne costituiscono il contenuto. Così, nell' esempio citato, se è vero che il principio informatore della nuova istituzione del Gabinetto si può far risalire ad un atto unico, si può dire propriamente e veramente consuetudinaria la esplicazione di quel principio, attuata con atti successivi omogenei, nei quali si concreta il funzionamento di quell' istituto.

Il sopradetto serve a spiegare il sorgere improvviso dell' atto iniziale della consuetudine, ma non, più oltre, a far constatare la esistenza *effettiva* della medesima fin da quel primo atto.

(1) Cfr. Donati, op. cit., p. 152-153, il quale ritiene che, se vi è un elemento che della consuetudine debba dirsi essenziale, esso è ben più la ripetizione degli atti, l' uso, che non la convinzione della sua obbligatorietà.

(2) Cfr. Bonucci, *Il fine dello Stato*, Roma, Athenaeum, 1915, p. 79.

bastare un caso unico (1). E, nella materia costituzionale, non sembra vi siano motivi speciali perchè si debba derogare a questa regola.

Anzi, a proposito appunto dell'esempio addotto rispetto alla formazione del Gabinetto, scrittori autorevoli che di recente hanno negato ad un tale istituto un fondamento di diritto consuetudinario, han creduto di opporre, come obbiezione insuperabile per un tale fondamento giuridico, la mancanza del presupposto di fatto determinato dalla ripetizione degli atti, o per dir meglio la impossibilità di esistenza di esso all'inizio della instaurazione del Governo parlamentare, dovendo, se mai, la consuetudine ammettersi in referenza ad un momento posteriore (2).

Ed invero, in questo senso, noi riteniamo irrilevante l'obbiezione accennata, poichè, senza rifiutare la teorica tradizionale in ordine alla essenzialità del requisito in parola, non esitiamo ad ammettere che la norma fondamentale e direttiva dell'istituto del Gabinetto, pur non essendo veramente e propriamente giuridica sin dal primo atto di esplicazione di esso, lo sia diventata in seguito (3).

Ogni consuetudine, anche nella sfera dei rapporti costituzionali, presuppone uno stadio preparatorio del diritto, che è rappresentato dall'*uso*; il quale uso bensì, nell'esempio accennato ed in altri che si potrebbero addurre, data la intensità speciale della convinzione della obbligatorietà della norma negli organi che la praticano, potrà notevolmente ridursi nella sua durata, fino a far ritenere che anche con una sola ripetizione dell'atto o degli atti consacranti quella data linea di condotta, in circostanze simili, possa eventualmente considerarsi formata la consuetudine relativa (4).

(1) V. di recente Ranelletti, *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno*, Estratto dalla *Rivista di diritto pubblico*, 1913, parte 1ª, p. 7, e gli autori da lui ricordati a p. 8, nota 19.

(2) Cfr. Donati, op. cit., p. 150-151; Ranelletti, scritto cit., p. 29; Romano, *Diritto e correttezza costituzionale*, Estratto dalla *Rivista di diritto pubblico*, 1909, p. 492.

(3) In questo stesso senso, Raggi, scritto cit., p. 29-30 dell'Estratto.

(4) Così potrebbe dirsi per la luogotenenza generale nel diritto pubblico italiano; contro Marchi, *Le luogotenenze generali*, cit., p. 108-112; il quale però giustamente avverte che fin dal primo atto si ebbe nell'organo costituzionale rappresentato dal Governo del Re la coscienza della obbligatorietà della propria linea di condotta (ivi, p. 121-122), il che secondo noi accelerò la formazione della consuetudine. Questa, in ogni caso, nel primo periodo dovrebbe riguardarsi come una *consuetudine allo stato nascente*, se volessimo servirci di un'espressione già da taluno adottata (v. Manenti, *Ius ex scripto e ius ex non scripto*, negli *Studii in onore di L. Moriani*, Torino, 1906, Vol. I, p. 277-278), per quanto ad altri non sembri rigorosamente scientifica (cfr. Raggi, scritto cit., p. 29).

II. Quanto si è detto implica che la consuetudine, anche nella sfera dei rapporti che si esaminano, vuolsi di regola distinguere dal semplice *uso* e dal *precedente*.

Anzitutto, la consuetudine costituzionale non va in nessun caso confusa coi semplici *usi politici*, i quali son venuti formandosi in quasi tutte le costituzioni attorno a semplici modalità di esercizio di competenze statuali, e che, se possono avere importanza non comune come regole di convenienza e moralità politica, in ispecie per il più corretto funzionamento di certi organi, come ad es. le Assemblee parlamentari, ne hanno invece ben poca per quanto si riferisce alle norme fondamentali di organizzazione, di struttura e di vita dei rapporti statuali. Imperocchè codesti usi derivano dal fatto della semplice ripetizione materiale degli atti, sono cioè il risultato di una semplice osservanza di un certo modo di agire, non accompagnato altresì alla *opinio necessitatis*, che costituisce sempre un elemento integrante della consuetudine giuridica (1), anche nel suo aspetto di consuetudine costituzionale.

L'uso non può acquistare esso stesso valore giuridico che per virtù di consuetudine, a cui non assurge se non quando si sia sufficientemente prolungato, insieme alla coscienza della obbligatorietà degli atti: esso si risolve in una consuetudine *di fatto*, che, per diventare giuridica, ha d'uopo di essere integrata dell'altro elemento (2).

(1) Per un richiamo di tale distinzione, cfr. Korkounnov, *Cours de théorie général du droit*, Paris, 1903, p. 445.

(2) È la convinzione della obbligatorietà della norma che dà alla consuetudine la specifica efficacia di norma giuridica; se, e finchè quella convinzione non sorga, essa rimarrà puramente una norma *di*

L'uso, poi, rappresenta a sua volta un grado maggiore di elaborazione di fronte al semplice *precedente*, il quale denota il caso iniziale della serie di quei precedenti uniformi, il cui insieme costituisce propriamente l'elemento della ripetizione degli atti (1).

12. La consuetudine non vuolsi neppure confondere con la necessità.

È nota l'importanza che a quest'ultima è stata assegnata, in tempi recenti, quale possibile fonte di diritto, specie nel campo del diritto pubblico (2); e spetta sopratutto al Romano il merito di avere costruito una teoria rigorosamente scientifica, per cui la necessità verrebbe considerata una vera e propria fonte di diritto, autonoma di fronte alla legge ed alla consuetudine stessa (3).

---

fatto. Di contrario avviso sono lo Zitelmann, *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, in *Arch. für die civ. Pr.*, LXVI, 1883, p. 412 segg., 466 e segg.: ed in Italia, il Ferrini, *Consuetudine*, in *Enciclopedia Giurid. Ital.*, vol. III, parte 3.ª, 1898, p. 621, 626, il quale respinge nettamente il requisito della *opinio necessitatis*, e considera la consuetudine come una serie di atti uniformi che costituiscono un modo generale di regolare effettivamente un dato rapporto. Conforme, invece, la dottrina dominante, e di recente il Ranelletti, scritto cit., p. 10, nota 1ª.

(1) A questa graduatoria si riporta, sotto altro punto di vista, il Donati, op. cit., p. 160. Sulla uniformità dei *precedenti* in casi analoghi vogliosi basare le cosidette *consuetudini parlamentari*.

(2) Cfr. Scialoia, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, negli *Scritti in onore di F. Schupfer*, III, p. 306; Romano, *L'istaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Archivio Giuridico*, LXVIII, 1902, p. 56-57; *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del Diritto Pubblico*, I, 1902, p. 301; *Sui Decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, I, 1909, parte I, p. 260-261; Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin, 1906, p. 21; Radnitzky, *Dispositives und mittelbar geltendes Recht*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, XXI, p. 38 e segg.; Marchi, *Le luogotenenze generali*, Roma, 1918, p. 123-127; Klein, *Alcune considerazioni su la legittimità dello stato d'assedio civile*, Firenze, 1914, pp. 7 in nota, 17, e 23; per la valutazione della concezione di questo A. in merito alla necessità, v. Traversa, *Lo «stato di necessità» nel dir. pubb. int.*, Napoli, 1916, p. 178-179, in nota.

(3) V. specialmente di questo A. *Sui decreti-legge* ecc., cit., p. 260-261.

E la necessità, così concepita, come fonte diretta ed immediata della norma giuridica, in virtù di una forza che rappresenta per sè stessa un processo di produzione giuridica, è stata assunta a criterio di soluzione di problemi di diritto pubblico assai contrastati: quali il fondamento del Governo di Gabinetto (1), la giustificazione dell'istituto dell'ordinanza d'urgenza e dello stato d'assedio (2), il fondamento dell'istituto della Luogotenenza (3), e simili.

Ma è pure risaputo che una tale concezione è stata da altri avversata, per diverse vie, siccome non rispondente ai rigorosi criteri della dommatica giuridica (4).

Forse è più esatto ritenere, in senso assai generale, e sopratutto e soltanto da un punto di vista *sociale*, che la necessità, anzichè una fonte, un modo specifico di manifestazione del diritto, rappresenti piuttosto la causa remota che determina *tutto* il diritto (5), o la ragione del diritto stesso (6), il fattore sostanziale di esso (7), che può dar luogo

---

(1) Così il Radnitzky, op. e loc. cit.

(2) Cfr. Romano, *Sui decreti-legge* cit., p. 260-264; Klein, op. e loc. cit.

(3) Cfr. Marchi, op. cit., p. 120-127.

(4) Cfr. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, nel *Trattato* dell'Orlando, III, p. 1182 e segg., e assai di recente, Perassi, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1917, parte 1.ª p. 277 e segg., per il quale il problema della necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica vuolsi esaminare in rapporto ad un determinato ordinamento giuridico, e consisterebbe nell'indagare se la necessità sia quivi contemplata come fonte di diritto: il che egli nega per il nostro ordinamento. Contro la concezione della necessità come fonte di diritto obbiettivo nel nostro sistema giuridico positivo, è pure il Traversa, op. cit. Pel diritto internazionale lo ha di recente negato con una lucida ed esauriente dimostrazione il Borsi, *Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, Roma, 1916, p. 28 e segg. dell'Estratto.

(5) Cfr. Siotto Pintor, *Lo stato d'assedio nell'occasione del terremoto del 28 dicembre 1908*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1910, II, p. 10, il quale considera come asserzione estremamente generica quella della necessità quale fonte di diritto.

(6) Cfr. Raggi, *Sul fondamento giuridico del Governo parlamentare in Italia*, cit., p. 28.

(7) Così, ci sembra, il Borsi, scritto cit., p. 28; ed il Cavaglieri, *Lo*

quindi al sorgere della consuetudine, come della legge stessa. Dal punto di vista poi della dommatica giuridica, la concezione della necessità come fonte di diritto potrebbe, se mai, come ha dimostrato il Bonucci, ricollegarsi allo spirito ed alla finalità del complesso delle norme legislative esistenti, senza uopo di essere riguardata come fonte autonoma di produzione giuridica (1).

In ogni caso, ed è ciò che qui più importa, essa non deve farsi rientrare nel concetto di consuetudine se non quale causa di essa (2), nè con essa confondersi.

Per coloro che, come particolarmente il Romano, assegnano alla necessità un posto speciale fra le fonti dirette ed immediate del diritto, il contrasto fra essa e la consuetudine, pur avendo entrambe in comune il carattere di una manifestazione diretta delle forze sociali, si farebbe consistere nella maggiore energia e determinatezza della norma derivante dalla necessità, e nella efficacia immediata di essa dovuta al suo carattere urgente ed impellente, in confronto della consuetudine (3).

---

stato di necessità nel diritto internazionale, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. LX, 1917, p. 89-90.

(1) Il Bonucci, *Il fine dello Stato*, Roma, 1915, p. 82-84, da un punto di vista speciale considera la necessità come una norma immanente, determinata dal complesso delle norme costitutive dell'ordinamento giuridico, che può determinare delle norme, in obbedienza al fine ultimo cui esso ordinamento è orientato, le quali si rivelino in contrasto con quelle esistenti: a torto, secondo noi, il Perassi, loc. cit., p. 274, in nota, considera tale concezione come estranea alla teoria dommatica della produzione giuridica, laddove, per quella via, la necessità viene ricondotta, come fonte di diritto, alla legge in genere. La tesi del Bonucci, applicata al diritto internazionale (op. cit., p. 95-96; v. pure ***La clausola rebus sic stantibus nel diritto internazionale***, 1909, p. 30 e segg.) è confutata anche dal Cavaglieri, ***Lo stato di necessità nel diritto internazionale***, in *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, Vol. XL, 1917, p. 93.

(2) In questo senso, ci sembra, Scialoja, loc. cit., il quale parla di « necessità degli uomini e delle cose » come « fonte prima del diritto », di « quel diritto tacito, fondamentale, immediata emanazione delle forze sociali ordinate, che con parola omai tradizionale si può chiamare diritto consuetudinario, purchè a questa espressione non si connetta l'idea di una *lunga* consuetudine ».

(3) Cfr. Romano, *Sui decreti-legge*, cit., p. 261.

Ed invero, a prescindere dal carattere alquanto vago ed incerto, ed in ogni caso non facilmente controllabile, della maggiore energia della norma determinata da necessità; per chi si metta dal punto di vista da cui partono questi sostenitori, è innegabile che la efficacia *immediata* di essa norma sarebbe già sufficiente a distinguerla dalla norma consuetudinaria, la quale invece ha bisogno di un periodo di tempo più o meno lungo che la consacri e non si può far valere, neppure nel campo del diritto pubblico, immediatamente ed improvvisamente (1).

Ma, anche a voler rifiutare la suddetta concezione, per accostarsi all'altra, che sembra più rispondente al contenuto del concetto generale di necessità, si può ben dire che questa servirebbe piuttosto a spiegare il nascimento di ogni e qualunque consuetudine; e che nel campo del diritto pubblico e costituzionale, dove prevale l'interesse generale sul particolare, essa può per avventura determinare anche il sorgere di una consuetudine, la quale, pur rivelandosi in contrasto con la legge, sia invece in armonia con l'interesse supremo dello Stato. E d'altra parte, la necessità potrà presentarsi così imperiosa da semplificare talvolta il processo formativo della consuetudine, per la maggiore intensità, onde, per virtù di quella, sia rivestita la coscienza della obbligatorietà della norma in quegli organi che pongono in atto quella data linea di condotta (2).

---

(1) Romano, ivi, p. 261; Klein, op. cit., p. 17.

(2) Il Marchi, op. cit., p. 123, ritiene che il concetto della necessità riesca tanto più a mostrarsi quanto più lo si vuol respingere; che nello stesso momento iniziale del formarsi di una delle norme che vanno sotto il nome di norme consuetudinarie vi sia l'implicito riconoscimento di un *quid* anteriore al completo affermarsi della consuetudine quale giuridica, determinato appunto dalla necessità. E ciò noi non neghiamo, nel senso che la necessità sia ragione e fattore sostanziale del formarsi della consuetudine; ma ciò non implica la identificazione della convinzione della necessità della norma con la necessità stessa quale fonte di diritto: bensì dovrà dirsi, che la necessità, conforme a quanto affermiamo nel testo, sia talvolta così urgente da determinare quella convinzione, che dia luogo al *più rapido* formarsi della consuetudine, non appena intervenga l'elemento della ripetizione.

In ogni caso, però, la consuetudine non può dirsi formata se non sia intervenuta qualche ripetizione, in circostanze simili, dell'atto iniziale di essa, determinato appunto dalla necessità: quindi non è possibile confonderla con quest'ultima, soccorrendo sempre, come criterio discriminativo, quello della ripetizione degli atti, la quale è richiesta dalla consuetudine anche nel campo del diritto costituzionale.

13. Se molte volte può avvenire che la necessità costituisca il primo anello di una serie consuetudinaria, è dubbio però che la consuetudine costituzionale possa formarsi, come disciplina normativa di una serie di casi del tutto *anormali* ed *eccezionali*.

È stato avvertito, che per gli stessi motivi per cui una legge eccezionale e restrittiva non è suscettibile di essere generalizzata oltre i casi espressi, le norme emanate dal Governo per fronteggiare una evenienza straordinaria e che hanno carattere accentuato di eccezionalità e provvisorietà non potrebbero considerarsi come elementi di una consuetudine e valere quindi oltre la evenienza cui furono riferite; nè potrebbe la consuetudine avere alcun ufficio rispetto a provvedimenti determinati dalla necessità (1). Il modo di agire costante ed uniforme, che quella presuppone, per la forza stessa delle cose e per la inammissibile ripercussione di eventi collegati a cause analoghe, non potrebbe verificarsi in materia puramente eccezionale (2).

Ciò si applicherebbe, in modo segnatamente evidente, a taluni istituti, come quello dello stato d'assedio e dei decreti-legge in genere; onde la infondatezza della teorica di coloro che han creduto di potere, più o meno esplicitamente, ricorrere alla consuetudine per assegnare ad essi istituti una base giuridica (3).

(1) Cfr. Romano, *Sui decreti-legge* ecc. cit., pag. 260.

(2) Cfr. Klein, op. cit., p. 17-18.

(3) A dir vero, questa tesi, sostenuta da pochi (v. Gmelin, *Ueber der Umfang des Königlichen Verordnungsrechts und das Recht zur Verhängung des Belagerungszustandes in Italien*, Karlsruhe, 1907, p. 94 e segg.; Crosa, *La competenza regia nel diritto italiano*, Torino, 1916, p. 95) e da altri adombrata con lo esame dei « precedenti », come avverte il Romano, ivi, p. 259, ha avuto scarso seguito: ed è stata invece, con diversi argomenti più o meno fondati, riferentisi alla mancata esistenza dell'uno o dell'altro dei requisiti della consuetudine giuridica o in altro modo dedotti, oppugnata da diversi autori: v. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato*, ecc., nel *Trattato* di Orlando, Vol. III, p. 199; Gamberini, *I decreti di urgenza in teoria e in pratica*, Bologna, 1903, p. 25-26; Lessona, *La legalità della norma ed il potere giudiziario*, Firenze, 1900, p. 48-49; Porro, *Sul R. Decreto 22 giugno 1899*, nel *Monitore dei Tribunali*, LX, 1899, p. 783-784; Presutti, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 avanti la giurisdizione penale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1899, II, p. 370-371; Galeotti, *Facoltà legislativa del Governo*, in *Legge*, 1890, p. 176-177; Racioppi, *Commento allo Statuto*, Torino, 1909, I, p. 367; ecc.

Ma sopratutto, spetta al Romano il merito di avere messo in rilievo la insuscettibilità per natura della materia di cui trattasi alla disciplina consuetudinaria, con gli argomenti accennati nel testo, e che rappresentano il lato più decisivo forse della critica variamente fatta alla suaccennata teorica.

A conforto della tesi, che considera con diffidenza la possibilità di configurazione della consuetudine in materia eccezionale ed anormale nel campo nostro, si potrebbe aggiungere che, se la consuetudine in generale si riduce ad una norma, essa non può ricollegarsi che ad un rapporto costante ed omogeneo di fatti; quindi implica la possibilità della ripetizione dei casi e degli atti, cui quel rapporto può riferirsi e la norma relativa applicarsi: ciò che è di regola al di fuori di quel rapporto e si presenta solo in realtà in via anormale ed eccezionale, cade in ogni caso fuori della norma, che non può quindi nè vuole provvedere ai casi anormali.

Senonchè, codesto principio non vuolsi estendere oltre quanto comporta la natura stessa dei rapporti svolgentisi in materia costituzionale, taluni dei quali, anche e sopratutto perchè insuscettibili di essere legislativamente disciplinati, si lasciano piuttosto dominare dalla efficacia normativa del diritto consuetudinario. In rispetto a questi ultimi, le superiori considerazioni non costituirebbero un ostacolo insormontabile alla formazione della consuetudine; specie se fin dal primo atto iniziale di essa si presenti chiaramente costituita la convinzione della obbligatorietà della norma, e manchi solo

il requisito della ripetizione, che potrebbe anche raggiungersi in un secondo caso, ove non si elevino dubbi sulla costituzionalità dell'atto da parte degli organi che ne avrebbero la competenza per materia (1).

Il vero è che, la possibilità di configurazione della formazione consuetudinaria, cui di sopra si è alluso, è veramente e propriamente da escludersi quando si tratti di materia non semplicemente eccezionale, cui sfugga il dominio della norma che è propria dei casi normali, ma benanco *restrittiva* dei diritti e delle libertà dei singoli, le cui garanzie costituzionali non possono essere eliminate per virtù di una serie di atti consuetudinarî, i quali si rivelino in contrasto coi principî fondamentali dell'ordinamento giuridico (2).

Ciò può dirsi appunto, con evidenza, rispetto alla materia dei decreti-legge e dello stato d'assedio, per il cui fondamento giuridico può ben ricorrersi invece, a nostro avviso, caso per caso alla necessità, ove questa però si colleghi allo spirito finale dell'insieme delle norme costitutive dell'ordinamento giuridico, come richiede il Bonucci, anzichè considerarla quale vera e propria fonte del diritto.

14. β) Il secondo requisito integratore della consuetudine costituzionale è dato dall'elemento morale o psicologico, consistente nella *opinio juris* da parte degli organi statuali intitolati immediatamente alla elaborazione di essa.

Vuolsi, cioè, che gli organi predetti, attraverso un dato comportamente uniforme in casi simili, abbiano dimostrato di osservare *di fatto* quella data norma, *con la coscienza* di osservare una norma propriamente obbligatoria (3): alla convinzione che quella norma di condotta *debba* servire a disciplinare un rapporto fondamentale di vita nella organizzazione statuale, attinge di solito origine la manifestazione tacita di volontà statuale, che prende consistenza attraverso l'uso, nella disciplina di quel dato rapporto.

Quando possa dirsi formata la convinzione della obbligatorietà degli atti e della norma che li regola, è questione di apprezzamento di fatto: essa può precedere, ma anche seguire alla ripetizione degli atti stessi come effetto conseguenziale; per solito precede, quando a determinarla agisce imperiosamente la necessità (1). Ma ciò che importa qui affermare è, che una tale convinzione di diritto costituisce elemento indispensabile per conferire alla norma la qualità di norma giuridica consuetudinaria (2): che i due elementi, esterno ed interno, sieno coessenziali all'esistenza di essa, non poniamo in dubbio (3).

E si conviene nel ritenere, che le mutazioni di fatto verificatisi in taluni rapporti fra organi non acquistano talvolta carattere di diritto consuetudinario, appunto per la mancata convinzione della loro giuridica necessità (4), a prescindere

(1) Ciò potrebbe bene affermarsi, secondo noi, a proposito dell'istituto della Luogotenenza nel diritto italiano: contro Marchi, op. e loc. cit.

(2) Vi è taluno che, come il Vacchelli, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, nel *Trattato* dell'Orlando, III, p. 235, sembra voglia riconoscere alla consuedine il potere di uniformarsi ai principî diretti a rendere compatibile il diritto del cittadino e la facoltà del governante di attuare tutto ciò che è richiesto dall'assoluta necessità dello Stato.

(3) Non ci sembra di potere al riguardo aderire alla opinione del Ranelletti, che ritiene sufficiente la convinzione della necessità *sociale* dell'uso, senza che occorra quello della sua necessità *giuridica* (scritto cit. p. 8-9); ch'è opinione isolata, di fronte a quella già sostenuta dalla scuola storica e dalla stessa dottrina dominante, per la quale la *opinio juris* è concepita come la coscienza di obbedire ad una norma giuridica esistente (v. gli autori ivi ricordati, p. 9, nota 1ª).

(1) È ciò che abbiamo visto specialmente riguardo agli esempi di sopra ricordati, relativi alla regola fondamentale del Governo parlamentare ed alla istituzione della Luogotenenza nel diritto pubblico italiano. Convengono nel ritenere che la convinzione della loro giuridica necessità sia sorta subito, rispettivamente, il Raggi, op. cit. p. 30, ed il Marchi, op. cit. p. 122.

(2) Come già fu osservato, la ripetizione materiale degli atti, senza il vincolo della *opinio juris* che l'accompagni, dà luogo semplicemente all'uso, alla consuetudine *di fatto;* contro: lo Zitelmann, ed il Ruffini, con una teoria che, come si disse, non sembra fondata. D'altra parte però è stato giustamente osservato che la convinzione suddetta, per sè, non accompagnata dalla consuetudine, non dà luogo ad una norma esterna di condotta, e quindi non basta a stabilire il diritto consuetudinario (fra i più recenti, Ranelletti, scritto cit., p. 10, nota 1).

(3) Cfr. Ranelletti, per la letteratura dominante: ivi.

(4) Cfr. Brie, op. cit., p. 280.

che possono acquistare un carattere contestato per difetto di prova sicura di quest' ultima (1).

15. Ciò posto, occorre indagare quali coefficienti possano contribuire a determinare od influenzare la formazione della *opinio juris* da parte degli organi costituzionali, che sono *immediati* elaboratori della consuetudine.

Che tali coefficienti esistano, al di fuori della organizzazione statuale, è fuori di dubbio; ed anzi, la loro indiretta efficacia costituisce uno dei presupposti essenziali dello Stato moderno a regime rappresentativo.

Altro, infatti, è parlare in genere della oggettivazione o determinazione esteriore e positiva dei principî e delle norme giuridiche, che si riferisce alla fonte *formale* del diritto; altro delle cause o fattori remoti e materiali del diritto stesso, che lo producono o giustificano, ossia della fonte *materiale* di esso (2).

La prima non può essere data che da una volontà capace di tradurre, nel caso nostro, in vere e proprie norme giuridiche le *esigenze reali e fondamentali* della vita costituzionale dello Stato, qual' è appunto la volontà statuale manifestata *tacitamente* a mezzo degli organi suoi, i quali s' intendono essi stessi vincolare consuetudinariamente all' osservanza delle norme da loro immediatamente create. Ma, dal punto di vista delle cause materiali che a quella espressione di volontà hanno dato occasione, non si può fare a meno di risalire alle esigenze predette, le quali si traducono in bisogni statuali,

(1) Cfr. Brie, ivi.

(2) A questa distinzione, opportunamente richiamata dall' Anzilotti rispetto al diritto internazionale (cfr. *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905, p. 35-36; *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 45-46) occorre far capo, allo scopo di evitare equivoci.

Occorre appena avvertire che la *forma* ed il *contenuto* del diritto, che pure possono essere esaminati distintamente agli scopi della ricerca scientifica, si integrano come due momenti essenziali nel diritto, allorchè questo si considera nella sua realtà positiva (Il Solazzi, *Note critiche sulla libertà giuridica individuale*, Bologna, Zanichelli, 1910, p. 82, ha bene lumeggiato questo concetto). Come si passi dal contenuto alla forma, e quali possano essere i conflitti ed i modi di conciliazione, cfr. Miceli, *Principî di filosofia del diritto*, Soc. Ed. Libr. 1914, p. 219 e segg.

di cui gli organi costituzionali si rendono interpreti (1).

Come codeste esigenze si rivelino, è facile constatare.

A prescindere dalla cosiddetta coscienza giuridica collettiva, che si è voluta in genere considerare come il primo e più importante dei fattori remoti della volontà statuale, e che taluni raffigurano come la interprete vera di quella *necessità* sulla quale riposerebbe la fonte di tutto il diritto; è innegabile, da un lato, la ripercussione indiretta che sulla formazione della coscienza degli organi statuali e sulla determinazione degli atti riferentisi alla consuetudine costituzionale esercitano in genere le *condizioni sociali* del popolo, cui la costituzione politica vuolsi costantemente adattare, e che di questa impongono spesso come condizione d' adattamento una modificazione graduale rispetto allo spirito che ne anima e vivifica il contenuto, modificazione, che il più spesso è e dev' essere opera di consuetudine, all' uopo più appropriata della legge.

E d' altra parte, non è lecito disconoscere l' impulso proveniente alla preparazione ed elaborazione di quella coscienza da coefficienti meno remoti, come, nel caso nostro, le dottrine scientifiche, la necessità e lo spirito d' imitazione di costituzioni straniere, e sopratutto, un complesso di forze derivanti dalla vita politico-sociale, massima fra esse la *pubblica opinione* (2); le quali più efficacemente contribuiscono allo svol-

(1) È noto che il contenuto del diritto in genere è costituito dalle condizioni ed esigenze della vita ch' esso regola e dalle idealità cui s' inspira, ed esso progredisce appunto in rapporto della rispondenza sempre maggiore a quelle esigenze ed armonizzazione con quegli ideali (cfr. Miceli, op. cit., p. 794-795), in quanto rappresenta sempre un prodotto dell' adattamento fra la coscienza giuridica e le esigenze della vita (v. ivi, p. 731-732).

(2) Su questo argomento della pubblica opinione, ai molti e ben noti lavori precedenti si è aggiunto lo studio del Chimienti, *La pubblica opinione nello Stato moderno*, Discorso inaugurale, Cagliari, 1909, dove si pone nettamente il problema della misura in cui il diritto costituzionale possa riconoscere efficacia operante alle manifestazioni di essa (v. p. 19); la quale, come ben dice il Miceli, è divenuta ora « la suprema direttrice e moderatrice della vita del diritto », « la sentinella vigile in tutti i momenti della sua vita, dal momento della formazione

gimento della costituzione, e quindi anche alla determinazione consuetudinaria da parte degli organi statuali del valore e della efficacia delle norme scritte della medesima, nei riguardi delle attribuzioni loro affidate e dei rapporti costituzionali che vengono a crearsi nell' esercizio delle medesime.

16. Questo complesso di forze, di elementi e di cause più o meno remote, che tutte fan capo e si riannodano concretamente alle esigenze reali e fondamentali della vita costituzionale dello Stato, imprime con la sua influenza indiretta una speciale fisionomia ad una gran parte di quei rapporti statuali, cui la consuetudine costituzionale è più di solito destinata a disciplinare.

Di qui appunto deriva la larga preponderanza dello *elemento politico* sulla consuetudine stessa, e che ne rappresenta la caratteristica più spiccata, in quanto fa sì che la medesima, data la complessità ed oscillazione continua dei rapporti che regola, non possa stabilirsi con quel rigore di precisione e guarentigia di stabilità che è propria delle norme giuridiche in genere, e che invece non sempre si riscontra nelle norme fondamentali d' organizzazione statuale d' indole consuetudinaria; le quali hanno un carattere spiccato di flessibilità e di generalità, tale da renderle suscettibili di ulteriori concretamenti ed atteggiamenti speciali da parte degli organi stessi che sono chiamati ad applicarle (1).

Sotto questo punto di vista, anzi, taluno ha creduto di poter distinguere la *consuetudine giuridica* propriamente detta

della norma a quello della sua attuazione pratica nei singoli casi » (op. cit., pp. 356, 799).

(1) Tale carattere risponde del resto alla natura di buona parte dei rapporti di diritto costituzionale, i quali, soggetti ad una continua trasformazione per la necessità di adattarsi alle esigenze della vita statuale e con esse armonizzare, sono dominate dalla penetrazione dell' elemento *politico*. Vero è che, sotto un certo punto di vista, potrebbe dirsi altrettanto pei rapporti *sociali* regolati dalla consuetudine di diritto privato (Cfr. il nostro primo studio su *La Consuetudine costituzionale*, 1913, p. 20): ma l' elemento *politico*, a diff renza di quello *sociale* nel diritto privato, dove prevale un maggiore rigore formale di determinazioni positive, reagisce anche sulla *forma* concretata nella consuetudine, la quale ne conserva traccia costante.

e la *consuetudine costituzionale*, quali aspetti principali della consuetudine nel campo del diritto costituzionale: la prima, comune con tutti gli altri rami del diritto, che costituirebbe una norma obbligatoria come la legge, invocabile davanti una Corte di giustizia; la seconda, peculiare al nostro diritto, determinata, anzichè dai modi e dai mezzi possibili per renderla obbligatoria o da altri caratteri esterni, dalla natura dei rapporti complessi e mutevoli che è chiamata a regolare, ed alla quale competerebbe forza giuridica obbligatoria in base al generale rispetto e consenso che la circonda: l' una, che risponderebbe chiaramente alla *common law* inglese nella parte riferentesi ai rapporti costituzionali, l' altra a quelle che i giuristi inglesi appellano convenzioni della costituzione (1).

Ma, a prescindere dalla poca rispondenza della terminologia adottata (2), come non può confondersi la consuetudine costituzionale col così detto convenzionalismo, di cui avremo occasione di discorrere, è inesatto altresì ritenere che la mancanza di vere e proprie sanzioni giudiziarie alteri il carattere giuridico di essa specie di consuetudine.

La quale, invero, di rado si presenta sotto il primo aspetto indicato per chi consideri la coazione giudiziaria quale caratteristica della norma giuridica, perchè la natura dei rapporti relativi alle norme fondamentali di organizzazione statuale li sottrae di regola alle sanzioni giudiziali, cui non possono assoggettarsi organi egualmente partecipi della sovranità. In tale configurazione si riscontra di preferenza nelle costituzioni storiche non scritte, come quella inglese, dove il diritto comune ha largamente imperato sulla conformazione delle istituzioni politiche e sui rapporti di vita statuale.

Ordinariamente, invece, essa si manifesta in quella seconda forma, che ne costituisce il suo aspetto tipico e caratteristico,

(1) Cfr. in questo senso Miceli, *Principî fondamentali di diritto costituzionale generale*, Milano, 1898, pp. 40-43; *Analisi giuridica della nozione d'incostituzionalità*, Milano, 1901, p. 6 e segg.; *Principî di diritto costituzionale*, Soc. Ed. Libr., Milano, 1913, pp. 75-76.

(2) Ciò riconosce lo stesso Miceli, che adotta la suddetta distinzione (*Principî* cit., ed. 1913, p. 75).

in dipendenza appunto delle influenze indirettamente esercitate da quel complesso di forze e condizioni della vita politico-sociale, che servono d'impulso costante alla tacita elaborazione degli svolgimenti evolutivi degli ordinamenti costituzionali da parte dei supremi organi statuali.

17. In conformità al predominio dell'elemento politico in molte materie e rapporti di diritto costituzionale che costituiscono la sfera di efficienza della consuetudine, questa viene ad atteggiarsi, come norma giuridica, con una certa veste di indeterminatezza e flessibilittà, che, mentre ne è caratteristica accentuata di non lieve pregio (1), spiega anche la possibile evenienza di deviazioni.

Si osserva in contrario, che tale carattere speciale si potrà al più riferire alle difficoltà riflettenti la determinazione della norma stesssa e riconoscersi nel periodo di sua formazione, ma che, una volta formata e determinata, essa dovrebbe essere non meno precisa nel suo comando che se fosse posta con la legge e venire osservata senza deviazioni, le quali non potrebbero ammettersi per una consuetudine giuridicamente obbligatoria (2).

Ma è facile avvertire, che il carattere di vaghezza ed elasticità della norma, se è proprio e connaturato alla medesima, come prodotto e risultato dei coefficienti di sua formazione, deve necessariamente ripercuotersi da un lato sull'imperativo

(1) Questa è l'opinione comune in Italia, già ricordata dal Donati, op. cit., p. 160 in nota, e dal Ranelletti, scritto cit., p. 19, e conf rme al concetto da noi altra volta esposto nello scritto succitato, p. 18. Del resto è stato esaurientemente dimostrato che i caratteri formali della norma giuridica sono meno accentuati e spiccati nella consuetudine, che nella legge, in ispecie per ciò che si attiene alla *rigidità* della norma stessa (cfr. specialmente Miceli, *La norma giuridica*, Reber, Palermo, 1906, pp. 332-333; *Principî di filosofia del diritto*, 1914, pp. 212-213); e ciò si applica in modo specialissimo al diritto costituzionale, nel quale non è possibile un reciso distacco fra il contenuto materiale della norma, mobile ed oscillante per l'influenza dell'elemento politico, e gli elementi formali della norma stessa: in esso diritto si accentua la caratteristica rilevata nel testo.

(2) A questo concetto si riconducono i rilievi fatti dal Donati, *Lacune*, cit., p. 159, nota 2, e dal Ranelletti, scritto cit, pp. 19-20.

in essa contenuto, e dall'altro sulla sua applicazione, la quale pertanto, in luogo di rivestire la rigidezza propria della legge, si rivelerà suscettibile di modificazioni e di adattamenti alla varietà delle condizioni di fatto.

Nè ciò implica che la norma non vincoli, fondamentalmente, in quella data direzione, l'attività degli organi statuali: le deviazioni riguardano piuttosto, ed il più spesso, le *modalità* di sua applicazione, rispetto alle quali propriamente si manifesta una certa libertà negli organi stessi, in rispondenza alla variabilità delle esigenze della vita e dello svolgimento dei rapporti costituzionali.

La contraria opininione trae origine dal disconoscimento o dalla incompleta valutazione delle conseguenze derivanti dall'influsso dell'elemento politico sulla formazione della norma costituzionale consuetudinaria.

18. Tutto ciò, peraltro, induce ad accostare la consuetudine costituzionale alla cosiddetta *correttezza costituzionale*, per indagare se e come possano differenziarsi.

È noto che nel campo del diritto costituzionale, per la data recente di sua elaborazione ed a causa della mobilità e complessità dei rapporti in esso compresi e delle loro sfumature, non sempre è possibile l'azione del legislatore o la formazione di vere consuetudini; ed appunto a regolare, nella vita costituzionale e politica dello Stato, gli innumerevoli rapporti riluttanti ad ogni disciplina giuridica vera e propria, sarebbero destinate le norme di correttezza costituzionale. Le quali si concepiscono di solito come norme attinenti prevalentemente al costume ed alla moralità politica, cui debbono ispirarsi gli organi ed i corpi costituzionali nelle reciproche loro relazioni, per assicurare col mutuo rispetto la propria indipendenza ed autonomia, e rendere evitabili o meno sensibili o solubili i possibili loro contrasti od attriti; ed una parte notevole di esse sarebbe destinata a limitare e disciplinare il potere discrezionale della Corona e dei Ministri (1).

(1) Cfr. Miceli, *Principî* cit., p. 82-83; e specialmente Romano, *Diritto e correttezza costituzionale*, loco cit., al quale spetta il merito di

Quanto poi alla loro natura, queste regole non sarebbero vere norme di diritto; ma parecchie, attraverso la elaborazione di una pratica costante, potrebbero venire a confondersi con la consuetudine; ed anzi sarebbe facile e naturale il passaggio nel sistema delle consuetudini giuridiche di quelle molte che abbiano potuto consolidarsi; a prescindere da buona parte di esse, che, essendo incapaci di diventare giuridiche, costituirebbero un presupposto di queste, o servirebbero ad esse di sussidio o di complemento (1).

Ciò posto, è facile avvertire che l'elemento *politico* dominante, per quanto in grado diverso, così in materia di correttezza come di consuetudine costituzionale, rappresenta il lato di affinità sostanziale ed il punto di contatto fra le due categorie di norme relative.

Senonchè, è lecito ritenere, dal punto di vista teorico e prevalentemente formale, che una distinzione possa farsi fra esse (2).

La norma di correttezza costituzionale non può andar confusa con la consuetudine:

a) anzitutto, perchè la prima si afferma di solito e si pratica immediatamente senza uopo di quel decorso di tempo che occorre per la elaborazione della consuetudine, ed a cui talora, per effetto di quel decorso, riesce a dar vita;

---

avere in Italia esaminato con larghezza di criterio i rapporti fra il diritto e quella specie di norme, che solo in parte corrispondono alle « *conventions of constitution* » inglesi (v. ivi, pp. 490-492; Ranelletti, scritto cit., p. 30) e che si sono volute chiamare di *correttezza costituzionale*, la quale, secondo il Romano (ivi, pp. 497-498) può essere sostanziale, od anche solo formale. Esse corrisponderebbero veramente e propriamente, secondo il Miceli, alle *norme del costume* nel dominio del diritto costituzionale, op. cit., p. 82: in ogni caso, quest'ultimo scrittore non assegna il dovuto posto alla consuetudine costituzionale, ascrivendola alla categoria delle convenzioni inglesi (op. cit. pp. 75-76). Il problema del convenzionalismo inglese, già studiato da diversi scrittori, quali il Dicey, l'Hatschek, l'Jellinek, il Radnitzky, sarà di proposito esaminato in ordine alla consuetudine introduttiva.

(1) Romano, scritto cit., pp. 498-500.

(2) Tale possibilità è ammessa dal Romano, loc. cit., pp. 500-501, il quale accenna come criterî distintivi a quelli di cui appresso nel testo, alla lettera *a* e *b* (ivi, p. 501): e solo incidentalmente, a p. 494, a quello di cui al n. *c*, che per noi rappresenta un altro carattere distintivo.

b) in secondo luogo, perchè, se anche siasi verificato un uso ininterrotto e continuo a suo favore, manca l'elemento della *opinio juris*, che possa far assurgere la regola di correttezza ad una vera e propria consuetudine;

c) infine, perchè la norma di correttezza, di fronte a quella consuetudinaria, possiede, in grado più accentuato, quella elasticità e pieghevolezza che vanta quest'ultima di fronte alla regola legislativa.

Si dirà pertanto che una semplice norma di correttezza abbia assunto consistenza di una vera e propria consuetudine costituzionale, quando si possa constatare, con una approssimativa certezza, necessaria e sufficiente per quest'ultima:

a) che la norma sia stata osservata, per un certo periodo di tempo, per quanto non determinabile *a priori* e riserbato ad un apprezzamento di fatto, dipendente da elementi variabili;

b) che essa sia stata osservata con la coscienza di seguire una norma obbligatoria per la disciplina di quel dato rapporto;

c) che, perciò, con essa siasi inteso di obbedire ad una delle esigenze fondamentali della vita e del funzionamento della organizzazione statuale, da parte degli organi costituzionali, pei quali la norma attinge a quella coscienza sopratutto il motivo del suo consolidamento con una minore elasticità di quella che è propria alla norma di correttezza.

Così, ad esempio, sono da riguardarsi, a nostro avviso, come vere e proprie norme costituzionali di natura consuetudinaria, quella fondamentale del Governo di Gabinetto che richiede dalla Corona normalmente la scelta dei Ministri in seno alla maggioranza parlamentare della cui fiducia essi occorrono, e l'altra non meno essenziale che richiede la unanimità politica dei membri del Gabinetto, le quali entrambe, attraverso le possibili e giustificabili deviazioni, sono venute consolidandosi nel tempo con sufficiente certezza. Ed invece sarebbero regole di semplice correttezza quelle relative ai criterî di opportunità che debbono dirigere la Corona nella risoluzione di una crisi o nello scioglimento dell'Assemblea

elettiva ed agli indizî onde sono rilevabili la persistente o perduta fiducia di questa da parte del Gabinetto (1).

Il sopradetto non esclude, peraltro, che la materia possa dar luogo a gravi difficoltà di distinzione nella pratica, o possano in certi casi sorgere dei dubbi per la incertezza inseparabile dalla identificazione stessa della norma.

Perciò, oltre che agli elementi e caratteri formali di essa, vuolsi aver riguardo, per un adeguato criterio discriminativo di una vera consuetudine costituzionale, di fronte ad ogni altra norma, di semplice correttezza o puramente politica (2), anche al contenuto della norma stessa, che tende ad assumere la veste consuetudinaria quando vuol disciplinare un rapporto propriamente fondamentale di vita costituzionale degli organi statuali.

In ogni caso, non sembra da ritenersi criterio decisivo di esistenza di una norma consuetudinaria, di fronte alla semplice correttezza, il fatto che la norma sia stata consacrata in un regolamento (3): la qualcosa, se mai, potrà essere un indizio della consistenza della norma.

19. Comunque, presupposta la configurazione della esistenza di una consuetudine costituzionale, si tratterà ora di esaminare quale possa essere il fondamento giuridico del valore obbligatorio di essa.

Non basta aver delineato i requisiti, per cui la consuetudine possa raffigurarsi nel campo del diritto costituzionale; e

(1) Ci limitiamo ad un semplice accenno, con riserva di maggiore dettaglio, nello studio successivo, a proposito della natura delle norme regolanti il funzionamento del Governo di Gabinetto.

(2) Delle norme *politiche*, rispetto a quelle di correttezza, fa una categoria a parte, oltre l'Arangio Ruiz, *Istituzioni*, cit., p. 44, il Raneletti, scritto cit., p. 30 nota 3, che ritiene quelle informate ad un diverso concetto e ad una diversa valutazione. La distinzione pare ammessa anche dal Criscuoli, *Il Gabinetto dimissionario*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1919, n. 1, p. 26. In senso e con estensione molto ampia pei rapporti *politici* e per le norme *politiche* relative, v. Chimenti, *Manuale*, cit., p. 96-100.

(3) Cfr. Arangio Ruiz, *Istituzioni*, p. 614; Romano, scritto cit., p. 500; contro Hatschek, *Englisches Staatsrecht*, III, 1906, p. 38 e segg., 543 e segg.

neppure lo aver posto in chiaro che, in questa sfera di rapporti, le nuove formazioni giuridiche di natura consuetudinaria trovino sempre un sustrato più o meno remoto in un complesso di fattori e coefficienti, i quali, mentre contribuiscono in vario modo a determinarne la *opinio juris* nell'organo o negli organi statuali che alla consuetudine hanno dato origine con atti di manifestazione tacita di volontà, lasciano di solito nella consuetudine stessa l'impronta di quello elemento *politico*, per cui la norma si sottrae alla rigidezza propria della legge.

Occorre altresì ricercare, se e come, essa possa ripetere forza obbligatoria che debba farsi risalire a questa manifestazione di volontà.

20. A proposito di forza obbligatoria, non si ignorano le dispute cui ha dato luogo l'argomento, nella trattazione e formulazione della teoria generale del diritto consuetudinario, la quale è venuta specialmente elaborandosi nel campo del diritto privato.

Ed è noto del pari come, malgrado quella certa mancanza di precisione e di chiarezza che secondo taluni contrassegna tutta quella dottrina, si possono sostanzialmente ridurre a due le principali teorie, o meglio le opinioni estreme, in base alle quali si è tentato di spiegare la detta forza obbligatoria.

L'una, ormai tradizionale, che la vorrebbe far risalire alla sanzione del legislatore, il quale espressamente o tacitamente vuole o consente questo modo di formazione del diritto, cioè la *Gestattungstheorie*; l'altra, rimontante alla scuola storica, che fa capo alla cosidetta coscienza collettiva del popolo, nella quale la consuetudine si verrebbe spontaneamente elaborando ed affermando come norma giuridica senza alcun intervento statuale, e cioè la *Ueberzeugungstheorie*: tutte le altre teorie escogitate al riguardo non rappresentano che delle varianti intermedie e non decisive intorno a queste due principali (1).

(1) Per la esposizione e la critica di codeste teorie, cui ha recentemente accennato il Cavaglieri, *La consuetudine giuridica internazionale*, Padova, 1907, pp. 30-33, cfr. specialmente: Zitelmann, op. cit., pp. 361-446; Sturm, *Revision der gemeinrechtlichen Lehre Gewohnheitsrecht*; Leipzig, 1900, pp. 28-161; Knitschky, *Gewohnheitsrecht und Gerichtsbrauch*, Estratto dall'*Archiv für öffentliches Recht*, XIII, 2, pp. 161 e segg.;

A prescindere dalle critiche vivaci rivolte ad entrambe, considerate spesso come unilaterali o fittizie (1), e dalla ten-

Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, pp. 111-163. Non occorre ripetere la copiosa bibliografia in materia di consuetudine, già recentemente ricordata da Scialoja A., *Le fonti e l'interpretazione del diritto*, Perugia, 1907, p. 17. Cfr. pure, al riguardo, Ranelletti, scritto cit., pp. 12-13, in nota.

(1) Le critiche più vivaci furono dirette contro la *Gestattungstheorie*. prevalsa prima della scuola storica, alla quale si riannodano, fra i più autorevoli dei moderni scrittori, il Bruns, *Pandekterecht*, nella « Enciclopedia di Holtzendorff », I, p. 302, § 7; ed il Rümelin, *Das Gewohnheitsrecht*, in Jhering's *Jahrbucher*, vol. 27, 1889, spec. a pp. 124, 190, 193, 197. Fra le più recenti ricordiamo quella di Zitelmann, op. cit., pp. 351-364; quella di Bierling, *Zur kritik der juristischen Grundbegriffe*, I, spec. a p. 26, la quale sarebbe oggi da considerarsi esauriente rispetto alla teoria predetta, secondo lo Sturm, op. cit., p. 33; e quella dello stesso Sturm, op. cit., pp. 28-33.

Ma anche la seconda teoria, che fa capo alle concezioni della scuola storica, avrebbe incontrato, pure nelle sue diverse gradazioni e nelle sue più corrette formulazioni, critiche forti e serrate, come quella dello Zitelmann (op. cit., pp. 412-446); il quale rinuncia ad indicare una base della forza obbligatoria del diritto consuetudinario, ricollegandola alla questione più generale del fondamento del vigore di una norma giuridica (alla posizione della qual questione è dato il predominio pure dal Bierling), mentre l'eterna giustificazione del vigore del diritto consuetudinario riposerebbe solo su un fenomeno psicologico speciale, faciente capo alla rappresentazione che del vigore si fa un uomo che pensi normalmente (op. cit., pp. 451, 457, 459 e *passim*). Ma, alla teorica dello Zitelmann è mossa una forte critica da Rümelin, cui non sembra ammissibile la generalizzazione da lui data alla questione del vigore del diritto consuetudinario (op. cit., p. 251). — Poco soddisfacenti, poi, sarebbero entrambe quelle teorie principali, per il Knitschky (v. op. cit. pp. 164-165), il quale critica le dottrine di Zitelmann (p. 176 e segg.), e quelle di Rümelin (p. 181 e segg.). Anche lo Sturm vorrebbe rifiutarle entrambe, appoggiandosi per la critica della teoria della convinzione giuridica collettiva a quella di Zitelmann (v. op. cit., p. 38); ma, in sostanza, egli si avvicina alla teoria dominante, che vorrebbe liberare dalla cosiddetta convinzione (v. p. 39), per fondarla invece sul *sentimento giuridico* (v. spec. a pp. 158, 160, 165 e segg); mentre vi si discosta anche meno quella dello Schuppe, *Das Gewohnheitsrecht*, Breslau, 1890, p. 97 e segg., che fa capo al concetto della volontà collettiva. Ma, a sua volta, la dottrina dello Sturm ha incontrato le critiche del Dniestrzański, *Das Gewohnheitsrecht und die sozialen Verbände*, in *Österreichische Richter-Zeitung*, II Jahrgang, n. 5, marzo 1905, pp. 141-144. Poco favorevoli ad entrambe le teorie principali sono anche Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positive*, Paris, 1899, spec. pp. 302, 317-318; Lambert, che ha esaminato largamente le modificazioni apparenti subite dalla teoria relativamente al lato interno e psicologico (op. cit., p. 123 e segg.); Korkounov, op. cit., p. 45 e segg.: ed altri.

tata conciliazione delle medesime per parte di taluno (1), è risaputo che i più recenti scrittori preferiscono rinunziare ad una giustificazione razionale della forza obbligatoria del diritto consuetudinario (2).

In fondo, parecchi di coloro che hanno scritto in materia, han dovuto convergere nel punto iniziale e più generale della disputa: quello cioè di sapere se, nello Stato moderno, vi possano essere norme giuridiche il cui fondamento non debba ricercarsi nella volontà di esso Stato, oppure invece tutto il diritto debba essere ricondotto alla volontà ed autorità del medesimo: disputa, la quale naturalmente si specifica nella indagine, se effettivamente vi possa esere un diritto consuetudinario il cui valore obbligatorio emani spontaneamente dalla

(1) Così il Miceli, *La forza obbligatoria della consuetudine considerata nelle sue basi sociologiche e giuridiche*, Perugia, 1899, pp. 169, 185, che vorrebbe considerare la consuetudine quale prodotto della società e dello Stato, formazione sociale e formazione giuridica, che ad entrambi gli enti dovrebbe la sua forza obbligatoria. Si noti che in un lavoro più recente, *Le fonti del diritto dal punto di vista psichico sociale*, Palermo, 1905, egli dimostra di accostarsi piuttosto alla teoria già sostenuta dalla scuola storica (v. spec. a pp. 39, 198- 99, 200, 208); pur ammettendo che la costituzione ed il concetto dello Stato moderno apporti uno spostamento od una qualche modificazione nel processo formativo della consuetudine, consistente in una maggiore intensificazione della credenza che collega le norme consuetudinarie alla volontà dello Stato ed in un intervento più attivo degli organi statuali nella esplicazione di quel processo (v. spec. a pp. 103-105).

(2) Li ricorda specialmente il Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positive*, Paris, 1899, p. 299, note 4ª e 5ª. Vi è poi chi ha affermato, come il Gierke, *Deutsches Privatsrecht*, Leipzig, 1895, p. 162, che per la trattazione *giuridica* la obbligatorietà del diritto consuetudinario è un fatto fondamentale, che non avrebbe bisogno di dimostrazione. Cfr., sullo stato della dottrina a riguardo di questa controversia, il Windscheid, *Diritto delle Pandette*, Torino, 1902, I, pp. 30-51, nota 1ª.

realtà della vita sociale come diritto non statuale, oppure invece se anche la consuetudine debba la sua forza obbligatoria all'autorità medesima dello Stato (1).

(1) La risposta è stata indirizzata nel primo senso, da parte di coloro che hanno acceduto all'ordine d'idee professate dalla scuola storica, la quale si appoggiò per la intera formazione del diritto esclusivamente alla coscienza giuridica del popolo e la fece risalire, come nota il Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränität*, Groningen, 1906, p. 174, ad una efficacia istintiva di questa coscienza, la quale si manifesterebbe nella maniera più pura ed immediata con la consuetudine, che, ben lungi dall'essere considerata quale una condizione effettiva d'esistenza del diritto consuetudinario, ne sarebbe invece la forma esterna; mentre la forza obbligatoria delle norme derivatene riposerebbe sulla convinzione giuridica, precedente alla consuetudine. La esistenza di un diritto consuetudinario, anche di fatto, si vorrebbe considerare come la prova più forte dell'autonoma validità del diritto (v. lo stesso A., a p. 164), e servirebbe a confermare la verità della teorica della sovranità del diritto, della norma giuridica, la quale si imporrebbe agli organi della sovranità, com'è stata appunto recentemente affermata e formulata dal Krabbe.

Da altri, invece, la formazione del diritto viene considerata come funzione esclusiva dello Stato, ove il diritto si raffiguri in uno stadio di maturità, in quanto sarebbe sempre la volontà dello Stato quella che imprime alle norme vero e proprio carattere giuridico (così, anche recentemente, il Longhi, *La legittimità della resistenza agli atti della autorità nel diritto penale*, Milano, Vallardi, 1901, p. 1). L'evoluzione storica dello Stato nella società moderna lo avrebbe talmemente collegato con tutte le manifestazioni del diritto, da riuscire ormai difficile ammettere che ve ne possa essere alcuna cui egli si senta e rimanga indifferente, come disse Rumelin (op. cit., 190-191). Si vuole, anzi, che sia questo il significato della teoria tradizionale, e che, in virtù del nuovo e più stretto rapporto che sarebbe venuto formandosi fra lo Stato ed il diritto, debba apparire impossibile, in una società progredita, la formazione di norme giuridiche senza l'intervento ed il concorso della volonta statuale (cfr. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilità dello Stato*, Firenze, 1902, pp. 60-61). Sono aderenti a quest'ordine di idee i seguaci della teoria, che si direbbe oggi prevalente, della sovranità delloStato. Ai quali peraltro non può passare inosservato il fatto, che una grande quantità di norme regolatrici di rapporti giuridici non derivano certamente da una manifestazione *diretta* di volontà statuale, ma piuttosto da una lunga pratica consuetudinaria, accompagnata per parte dei consociati dalla convinzione della loro necessità giuridica. Indi i tentativi per ricondurre la forza obbligatoria ed il carattere giuridico di queste norme ad un riconoscimento indiretto da parte dell'autorità statuale.

21. Il vero è che, a nostro avviso, sono diverse le cause della forza obbligatoria della consuetudine a seconda della diversa natura dei rapporti da essa regolati.

Di facile risoluzione si presenta il problema rispetto alla sfera del diritto internazionale, dove la norma consuetudinaria è creata dalla volontà stessa collettiva e reciproca degli Stati, al pari di quella risultante dal trattato normativo; per cui, si riconosce senza dissensi che la forza obbligatoria della consuetudine internazionale deriva dal fatto, ch'essa rappresenta la manifestazione della volontà collettiva degli Stati (1), i quali riconoscono a questa volontà il potere di obbligarli (2); onde, ancora, si afferma giustamente che la consuetudine può abrogare il trattato normativo, come modo di manifestazione di volontà più recente (3).

La questione relativa alla forza obbligatoria della consuetudine sorse propriamente e venne più specialmente svolta nel campo del diritto privato: come era del resto naturale, postochè nell'ambito di rapporti da esso abbracciati la norma consuetudinaria si forma *al di fuori* della volontà dello Stato espressa nella legge, cui il giudice deve applicare; onde la ragione del contendere se occorra o non un richiamo del legislatore perchè la consuetudine stessa possa pretendere

Contro l'affermazione fatta in Germania, in maniera recisa, da Jellinek, che tutto il diritto deve considerarsi come creato od ammesso dallo Stato, è insorto il Rehm, *Die überstaatliche Rechtsstellung der deutschen Dynastien*, Giessen, 1907, p. 29, il quale considera questa teoria come fittizia e riposante su un'autosuggestione. Ma il Jellinek ha pure, contro di lui, ribadito nuovamente il concetto della insussistenza di un diritto soprastatuale ed estrastatuale, in applicazione alla dinastia tedesca, nel suo geniale discorso, *Der kampf des alten mit dem neuen Recht*, Heidelberg, 1907, spec. alla nota 15ª, pp. 59-61.

In Italia, la questione dei rapporti fra la sovranità ed il diritto è stata di proposito esaminata dal Raggi, *La teoria della Sovranità*, Genova, 1908, n. 39, pp. 234-251: egli considera la consuetudine come un semplice modo di riconoscimento di ciò che *può* diventare diritto (ivi, p. 239), e riconosce alla sovranità la piena libertà di dare il riconoscimento statuale alla norma per farla diventare veramente giuridica.

(1) Cfr. per tutti Anzilotti, *Corso* cit. p. 52.

(2) Cfr. Anzilotti, ivi, p. 27.

(3) Anzilotti, op. cit., p. 57.

validità giuridica: disputa che pare ormai risolta in senso affermativo.

Altrimenti accade per una buona serie di rapporti di diritto pubblico, e segnatamente in materia costituzionale.

È stato infatti avvertito, assai giustamente, che i rapporti di diritto costituzionale sono per lo più dei rapporti fra poteri pubblici, sovrani, i quali non cadono sotto la giurisdizione degli organi giudicanti: la consuetudine quindi può formarsi liberamente, ed il suo processo formativo non è arrestato dall'intervento di forze estranee: basta, come bene osserva il Miceli, la volontà degli organi stessi, fra i quali il rapporto si determina perchè la consuetudine sorga (1); ed essa, pare a noi, dovrà ritenersi fornita di efficacia giuridica, ove dalla ripetizione degli atti possa desumersi il fermo proposito di quegli organi in quel dato modo di agire, che essi considerano conforme al diritto, anche indipendentemente dalla legge od in contrasto con impedimenti che possono provenire da essa (2).

22. In realtà, come già si accennò, e dal punto di vista quì prospettato, nella sfera di attività del diritto costituzionale deve accordarsi la massima importanza al fatto, che così il ripetersi degli atti come la convinzione della loro obbligatorietà vogliono ricercare negli organi costituzionali stessi, che sono i subbietti elaboratori della consuetudine: epperò, basta che essi abbiano di fatto osservato una norma regolatrice di un dato rapporto, con la coscienza di osservare una norma obbligatoria, perchè ad essa possa conferirsi la qualità e forza giuridica di norma consuetudinaria.

Data la natura dei subbietti di essa consuetudine, la forza formale obbligatoria di questa può logicamente, e deve anzi necessariamente riportarsi ad una manifestazione *tacita* di volontà statuale, attraverso il consenso o concorso implicito prestato all'organo iniziatore da quegli altri organi che non vi

(1) Cfr. Miceli, ***Principî***, cit., p. 479.

(2) Questo ci pare propriamente anche il pensiero del Miceli, per quanto non parli espressamente di efficacia *giuridica* della consuetudine: ivi, p. 479.

si oppongono validamente ed invece si sottopongono gradatamente alla norma.

Non occorre pertanto alcun richiamo del legislatore per attribuire, nella materia in parola, valore alla consuetudine: dacchè il riconoscimento di questo è implicito nella supremazia che la norma esercita sugli organi, pel fatto che essi l'osservano con la coscienza di diritto, pure di fronte alla legge che dispone diversamente o tace al riguardo (1). E si comprende invece come, allorchè trattasi di rapporti costituzionali, creatisi fra organi sovrani dello Stato, il principio della forza giuridica formale della legge possa cedere di fronte alla efficacia della consuetudine. Tale efficacia si esercita, come ritiene da un punto di vista generale il Bonucci (2), nel senso di smentire la supremazia della legge per virtù di desuetudine, o di sostituire od aggiungere una norma nuova esprimente, al pari della norma di legge, la suprema volontà dello Stato.

Questa volontà, noi diciamo, è volontà *attuale*, perchè ed in quanto posteriore a quella manifestata con la legge (3); per cui si dirà che la consuetudine *vige*, e non più la legge, in quanto quella viene *osservata* dagli organi come espressione nuova di volontà dello Stato.

In sostanza, dunque, sembra possa ritenersi che il fondamento della forza obbligatoria della consuetudine costituzionale si accosti a quello assegnato alla legge, nel senso che non vuolsi istituire una vera e propria differenza fra la volontà

(1) Come alla originaria supremazia sugli organi possa riportarsi la caratteristica di riconoscimento di una norma quale espressione di volontà statuale, ha efficacemente dimostrato il Bonucci, *Il fine dello Stato*, Roma, 1915, specialmente ai numeri III e IV.

(2) Cfr. Bonucci, op. cit. p. 80-82. Cfr. per la desuetudine, nel senso che crei diritto obbiettivo, Cammeo, op. cit., p. 60.

(3) Che il silenzio, cioè la mancata protesta od opposizione da parte dell'organo che ne ha diritto, possa essere un fatto manifestativo di volontà, ci sembra ammesso pel diritto internazionale (Cfr. Cavaglieri, *L'intervento nella sua definizione giuridica*, Bologna, 1913, p. 117; Anzilotti, *Corso* cit., p. 208). Vero è peraltro che, dal punto di vista prospettato nel testo, l'Anzilotti nota esplicitamente che non può farsi un confronto, di fronte al diritto internazionale, nei rapporti che passano fra consuetudine e legge nel diritto interno.

espressa ed il consenso tacito con cui gli organi dello Stato procedono a regolare e svolgere le proprie attribuzioni ed i propri rapporti di natura costituzionale. Se ad una tale manifestazione tacita di volontà non potrà ascriversi alcuna efficacia vincolante finchè non sia intervenuto, nei casi e nei limiti in cui è richiesto, il consenso di tutti quegli organi col cui concorso soltanto possa legittimamente prodursi un cambiamento od una integrazione qualunque nelle leggi fondamentali; d'altra parte, ove ciò siasi verificato, una tale manifestazione di volontà dovrà ritenersi giuridicamente rilevante, fino tanto che una contraria volontà espressa nelle forme costituzionali a mezzo degli organi a ciò chiamati per competenza di materia non elimini formalmente l'efficacia di quella manifestazione.

Allorchè quegli organi costituzionali, i quali dovrebbero concorrere a produrre quella data interpretazione o modificazione od aggiunta in cui si concreta l'efficacia effettiva della consuetudine, abbiano dimostrato, con atti rivelanti implicitamente il loro consenso, che hanno inteso accettare la modificazione od integrazione prodotta da uno di essi con la pratica dell'atto iniziale della consuetudine, da cui sgorga immediatamente il contenuto della norma consuetudinaria, questa s'intenderà già fornita di forza obbligatoria per gli organi intervenuti nella formazione ed elaborazione di essa.

Di qui appare che, per quanto i coefficienti e fattori remoti della consuetudine costituzionale possano riscontrarsi al di fuori degli organi statuali destinati alla fissazione ed applizione del diritto nel più largo senso della parola, non è più il caso di poter far risalire, a riguardo di essa, la forza obbligatoria ad una coscienza collettiva popolare, o degli interessati, come nel campo del diritto privato; imperocchè le norme che essa ha per obbietto di fissare, e che riguardano determinazione o sviluppo di organi e funzioni e rapporti fondamentali statuali, sono opera diretta ed immediata di organi dello Stato, che risalgono allo Stato medesimo.

Si potrà discutere se il maggiore o minor grado di obbiettivazione della norma, che nella consuetudine, in ispecie costituzionale, si ravvisa sempre in misura più limitata che nelle

disposizioni legislative, possa influire sulla maggiore o minore osservanza *di fatto* della norma consuetudinaria stessa da parte degli organi statuali che l'hanno tacitamente creata e vi si sono sottoposti. Ma ciò nulla toglie al fondamento della sua obbligatorietà giuridica, la quale formalmente riposa sulla tacita manifestazione di volontà con cui gli organi statuali hanno dato origine ad essa e vi si sono sottoposti, mediante atti iniziati da taluno di essi e da altri non contraddetti od anche alla stessa maniera praticati; anche se una tale volontà siasi estrinsecata come volontà costitutiva di altri organi non contemplati nelle leggi costituzionali.

Legge e consuetudine costituzionale sarebbero pertanto, secondo il nostro avviso, da collocarsi allo stesso rango, relativamente alla base della loro forza obbligatoria (1).

Così si spiegherebbe come, nel campo nostro, una consuetudine possa sostituire o modificare od innovare ed aggiungere di fronte alla legge, come manifestazione di volontà più recente di fronte ad una meno recente.

23. Nella dottrina di diritto comune ha trovato pure ampio svolgimento la controversia, omai vecchia, sulla validità o meno di una disposizione legislativa che vieti anche pel futuro l'efficacia della consuetudine, e la cui risoluzione è dipesa appunto dal diverso modo di porre e di risolvere la questione sulla base della forza obbligatoria della consuetudine in genere.

Coloro che codesta forza obbligatoria hanno fatto risalire direttamente al comando od al consenso del legislatore, ed in genere gli odierni seguaci della teoria della sovranità illimitata dello Stato, inclinano ad ammettere la validità di una tale disposizione proibitiva; seguono invece l'opposta via quegli altri che quella forza obbligatoria riconducono alla co-

(1) Il principio della equivalenza fra volontà espressa dalla legge e volontà espressa tacitamente dalla consuetudine, come volontà dello Stato, ci sembra in via generale ammesso di recente dal Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, pp. 101-102; a prescindere da altri scrittori che riconoscono al diritto consuetudinario una forza uguale a quello legislativo, e che sono stati ricordati dal Ranelletti, scritto cit., p. 16.

scienza collettiva popolare, quale sorgente prima del diritto, ed in genere i seguaci della dottrina dell'autonoma validità del diritto. Adducono, in ogni modo, i più che un divieto del genere di cui si parla potrebbe esso stesso essere rimosso dalla pratica consuetudinaria, per cui la legge che proibisse il diritto consuetudinario avrebbe valore solo finchè essa stessa non sia caduta in duesuetudine (1).

Non è mancato poi qualche autorevole scrittore, al quale è parso che questa questione riflettente la obbligatorietà o meno del divieto di tener conto della consuetudine, scritto in una legge, non possa risolversi da un punto di vista assoluto; mentre il motivo di decidere in un senso anzichè in un altro vorrebbesi trarre dalla portata effettiva della sanzione legislativa in relazione alla natura dei rapporti giuridici di cui si discute, e quindi, in concreto, dalla maggiore o minore possibilità che a proposito di un dato rapporto giuridico possa aver luogo una controversia seguita da una decisione (2).

In realtà, da quest'ultimo punto di vista positivo, se vogliamo fare applicazione alla materia dei rapporti costituzionali, il più spesso sottratti ad una giurisdizione suprema che li regoli, l'argomento tratto dalla generale impossibilità di rendere *effettivamente* efficace il divieto legislativo delle norme consuetudinarie dinanzi al magistrato chiamato ad applicare

(1) Ciò è ammesso anche da taluni, che sono alieni dal ricondurre la forza obbligatoria della consuetudine alla coscienza collettiva del popolo, come specialmente il Rümelin (v. op. cit., pp. 242-243), per quanto con riserva (ivi, 243-244 e 246-247). Considerano il divieto di contenuto non obbligatorio, o inefficace per la possibilità di essere abrogato: Gierke, op. cit., p. 174; Seidler, *Das juristiche criterium des Staates*, Tübingen, 1905, pp. 20-30; Sturm, op. cit., p. 126 e segg., spec. a p. 141; Knitschky, op. cit., pp. 204, 211-212; Korkounov, op. cit., p. 436; ed altri parecchi; per quanto a taluno il suaccennato argomento sia apparso come un circolo vizioso (cfr. Longo, op. cit., p. 255). Cfr., al riguardo, Ranelletti, scritto cit., p. 16, nota 1.ª.

(2) Cfr. Orlando, *Le fonti del diritto amministrativo* nel volume I del « Trattato », pp. 1062-1063, 1066, e 1067, dove stabilisce come regola che « là dove la deviazione consuetudinaria da una legge non trova sanzione immediata in un giudizio capace di reprimerla, la consuetudine potrebbe, malgrado la legge, farsi valere ».

la legge, sarebbe per sè stesso perentorio a risolvere in senso negativo la questione prospettata rispetto alla consuetudine in genere.

Ma anche da un punto di vista più generale ed astratto, ci sembra di poter osservare, in conformità alle premesse superiormente poste, che, essendo nel caso nostro gli stessi organi statuali costituzionali i subbietti elaboratori della consuetudine, la volontà statuale espressamente manifestata, col divieto di cui si parla, sarebbe resa per sè stessa inefficace da una volontà contraria successivamente manifestata in modo tacito da uno o più degli organi statuali medesimi e dagli altri non contraddetta, col fatto della consuetudine stessa. Si tratterebbe, in sostanza, di una nuova manifestazione tacita di volontà, per effetto della quale lo Stato, a mezzo dei suoi organi, verrebbe a sottoporsi ad una norma giuridica consuetudinaria contraddicente al divieto dianzi espresso nella forma della legge, e quindi ad una norma diversa, in luogo della prima, che dagli organi statuali stessi non verrebbe osservata.

Il divieto, pertanto, se anche formalmente valido, si renderebbe inefficace per opera dello Stato medesimo, poichè la consuetudine costituzionale può operare con efficacia pari a quella della legge. Nè varrebbe, a renderlo produttivo di effetti, che esso fosse incluso nella stessa legge fondamentale con cui lo Stato si è costituito, non potendo con essa gli organi statuali pretendere ad una efficacia maggiore che con una legge ordinaria, in riguardo all'obbietto di cui trattasi.

24. Quanto siamo venuti dicendo serve a rispondere implicitamente, almeno in parte, alle obbiezioni che, in questi ultimi tempi specialmente, sono venute elevandosi contro l'efficacia giuridica della consuetudine nel campo del diritto pubblico, in ispecie costituzionale.

Per verità, di fronte ad una corrente dottrinale piuttosto notevole, che alla consuetudine vorrebbe riconoscere forza obbligatoria indipendentemente da qualsiasi richiamo o riconoscimento legislativo, almeno nel campo che non sia regolato da norme legislative (1), si è fatta strada una tendenza

(1) Vedi, per questa dottrina classica in merito al diritto costituzio-

decisamente contraria, che mira ad escluderla come fonte diretta di diritto anche nel campo del diritto pubblico, od almeno a restringerne notevolmente la portata e la efficacia, quando ad essa una norma giuridica non si richiami espressamente (1).

Siffatta tendenza, che accennerebbe ad acquistare prevalenza sull'altra, può sorprendersi attraverso una serie di affermazioni di principî e di teorie, che assumono un carattere empirico, o sono invece improntate a criterî rigorosamente giuridici; per cui giova distinguerle.

25. Da respingersi senz'altro sono le teoriche di coloro, che, partendo da una pretesa concezione realistica del diritto, la cui vita ed il cui svolgimento ravvisano collegati esclusivamente a quella serie di rapporti che siano disciplinati da norme precise, suscettibili di controlli giurisdizionali e di coazione, si trovano necessariamente condotti a negare risolutamente qualunque efficacia della consuetudine nel campo specifico del diritto costituzionale (2).

Questa tesi fu da noi largamente confutata in altra occasione (3).

E ci conforta il constatare che l'ordine di idee da noi

---

nale, gli autori ricordati dal Donati, *Il problema delle lacune*, cit., p. 147-148.

(1) Cfr. per la letteratura tedesca, Anderssen, *Das Gewohnheitsrecht*, nella *Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. XXXVII, 1916, p. 337 e segg., dove trovasi un sobrio e succinto riassunto dei principali problemi posti e delle relative soluzioni escogitate in ordine alla dottrina generale del diritto consuetudinario. Vedi, per l'Italia, Donati, *Il problema delle lacune*, cit., p. 143-144, e la letteratura quivi ricordata, in nota; ed inoltre Ranelletti, *La consuetudine*, cit.; Perassi, op. cit.; Traversa, *Lo « stato di necessità » nel diritto pubblico moderno*, cit., pag. 45-47, il quale però ritiene che la consuetudine possa, entro certi limiti, costituire una fonte di diritto pubblico, specie costituzionale.

(2) Cfr. specialmente i lavori di Siotto Pintor, ispirati a questo criterio, e sopratutto, *I criterî direttivi d'una concezione realistica del diritto pubblico*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, III, 1905, p. 66 e segg.

(3) Cfr. il nostro studio su *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie*, Perugia, Un. Tip. Coop., 1905, p. 89 e segg.

seguito si rafforza di recenti adesioni, in considerazione del fatto, che, ove non si voglia arrivare alla conseguenza esorbitante di ritenere non giuridiche una buona parte di disposizioni costituzionali e di regole non scritte ma pur fondamentali ed indispensabili nell'ordinamento giuridico dello Stato moderno, occorre ritenere che la coazione, specie in merito a rapporti svolgentisi fra organi supremi dello Stato, possa esercitarsi anche in forma indiretta, con una opposizione o resistenza da parte di altri organi contro un'eventuale trasgressione compiuta da alcuni di essi: pure in tali casi, si dice, siamo di fronte a norme giuridiche, poichè, per darci la caratteristica della coercibilità ch'è propria di esse, basta, in questa sfera di rapporti, la possibilità di una resistenza e dell'esercizio di una forza giuridica, se anche non giurisdizionale (1). Ciò appunto rende possibile la configurazione di norme giuridiche consuetudinarie di natura obbligatoria nell'ambito dei rapporti che esaminiamo.

Nè varrebbe, ad escludere tale possibilità, il riflesso che quivi la consuetudine non potrebbe applicarsi, senza mutare le linee tradizionali e fondamentali dello schema che se n'è elaborato nel campo del diritto privato, per un complesso di circostanze inerenti al modo tutto speciale di svolgersi di quei rapporti, come avverrebbe appunto per la vita del Governo parlamentare (2). Ciò non autorizza a rinnegare nel caso questa fonte di diritto, ma spinge, se mai, ad indagare con quali speciali atteggiamenti, data la specialità di rapporti, essa possa quivi riconoscersi. Il che appunto ha costituito obbietto della nostra indagine, che ha per risultato l'affermazione della efficacia giuridica da altri contrastata.

26. Maggiore considerazione meritano i rilievi di coloro che contestano alla consuetudine la qualità ed efficacia di fonte diretta e generale di diritto, inspirandosi a punti di vista diversi, ma con criterî rigorosamente giuridici.

---

(1) Cfr. Raggi, *Sul fondamento giuridico del Governo parlamentare in Italia*, cit., p. 26-27 dell'Estratto; ed analogamente, da uno speciale punto di vista, Romano, *Osservazioni preliminari* ecc., cit.

(2) Cfr. Caristia, *Il diritto costituzionale italiano nella dottrina recentissima*, Torino, Bocca, 1915, p. 135 e segg.

A questa conclusione si è pervenuti in tempi recenti, in base a considerazioni generali dedotte dalla natura dell'ordinamento giuridico dello Stato moderno, o dalle rigorose esigenze della dommatica giuridica in ordine al modo di formazione del diritto ed alla contemplazione delle fonti di produzione giuridica per ogni singolo ordinamento; ed, in modo speciale, per l'ordinamento positivo dello Stato nostro, da espresse disposizioni legislative.

a) Sotto il primo punto di vista, la ricusazione della forza obbligatoria della consuetudine indipendentemente da un riconoscimento o richiamo legislativo si vorrebbe collegare, come conseguenza diretta, alla tesi che esclude la esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico (1). Ma la ragione fondamentale e dirimente, che starebbe contro l'efficacia della consuetudine nel campo del diritto pubblico, sarebbe propriamente da riporsi nella natura del rapporto di sudditanza esistente fra lo Stato ed i suoi sudditi, compresi in questi gli organi, nei riguardi dei quali, non avendo carattere obbligatorio che la volontà dello Stato, nessuna norma che si formi al di fuori di questa volontà, potrebbe acquistare un tale carattere ove non venga accolta dalla volontà stessa: per cui in realtà alla consuetudine per sè non potrebbe riconoscersi obbligatorietà per nessun ramo del diritto (2), compreso il diritto costituzionale (3).

b) Per altro verso, rispondente ai criterî della dommatica, che riconducono l'esame della questione ad ogni singolo ordinamento giuridico positivo, dove la formazione del diritto

(1) Cfr. Donati, *Il problema delle lacune*, cit.: p. 143; il quale, partendo dal principio che non esistano vasi o zone di casi non regolati dalla legge, viene alla conseguenza che ogni consuetudine, la quale non sia secundum legem, è necessariamente contra legem, la quale ultima non potendo indubbiamente essere ammessa senza un richiamo o riconoscimento dello Stato, ne deriverebbe che *nessuna consuetudine* può essere obbligatoria a prescindere dal medesimo.

(2) Donati, op. cit., p. 144 in nota.

(3) Donati, op. cit., p. 148 e segg., con applicazione al fondamento giuridico del Governo di Gabinetto, che questo A. riconduce senz'altro alla legge, anzichè alla consuetudine.

può avvenire solo per un atto di volontà dello Stato o sul fondamento di essa, si vuole che la consuetudine non possa avere efficacia giuridica se non in quanto venga riconosciuta come fonte di diritto, esplicitamente o implicitamente, da un atto di volontà dello Stato stesso, e propriamente da una legge in senso formale, dacchè la formazione del diritto è attribuzione degli organi legislativi (1). Il qual principio, generalmente ammesso pel nostro diritto privato, vorrebbesi applicabile pure nel campo del diritto pubblico interno (2), il costituzionale compreso (3); tenuto conto che la formazione del diritto pubblico consuetudinario costituirebbe una deroga profonda alla distribuzione ed alle norme di esplicazione delle varie attività fra gli organi statuali ed una deviazione dai principî fondamentali della costituzione che regolano la formazione del diritto per opera dello Stato (4).

c) Infine, per l'ordinamente giuridico positivo dello Stato italiano, si assume che la consuetudine sia esclusa, come fonte di diritto, espressamente, dagli art. 3 e 5 delle Disposizioni preliminari del Codice Civile (5), il cui valore si estenderebbe anche al diritto pubblico, non potendo d'altronde ammettersi, tra l'altro, una diversità di trattamento al riguardo rispetto al diritto privato, postochè l'ordinamento giuridico di uno Stato deve ritenersi uno nella sua costruzione e non ispirato a principî fondamentali contraddittorî (6).

27. Si esamini ora la consistenza delle accennate obbiezioni fondamentali, tenendo presenti i principî da noi superiormente fermati.

a) Intanto si può dire, anzitutto, che ben altro che incontroversa deve ritenersi la dottrina della inesistenza di

(1) Cfr. specialmente Ranelletti, *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno*, cit., pp. 5-6, 11-12.

(2) Ranelletti, op. cit., p. 17.

(3) Ranelletti, ivi, p. 24.

(4) Ranelletti, ivi, p. 17.

(5) Cfr. specialmente Orlando, *Le fonti del diritto amministrativo*, nel *Trattato*, vol. I, p. 1057 e segg.; e conforme, recentemente, Traversa, op. cit., p. 46-47, che ne accetta le argomentazioni.

(6) Cfr. Ranelletti, scritto cit., p. 18.

lacune nell'ordinamento giuridico, specie nel campo del diritto costituzionale, dove invece è ritenuto il contrario da taluni che pure consentono nel principio generale della completezza (1); e pertanto non sembra prudente ricollegare a quella dottrina una così recisa negazione di efficacia della consuetudine, che non sia riconosciuta dalla legge come fonte di diritto (2).

D'altra parte, si osserva che, se in tutti i campi del diritto la validità della consuetudine ha d'uopo del riconoscimento dello Stato, non è però altrettanto necessario che lo Stato la richiami *esplicitamente* (3), mentre, nel campo nostro, tale riconoscimento può essere opera *tacita* degli organi statuali che quella pongono in essere (4), trattandosi, nella materia costituzionale, di norme consuetudinarie che non vincolano punto l'azione dei sudditi come tali, ma regolano invece il modo di agire dello Stato e quindi dei suoi organi (5).

b) Tale considerazione ha una portata generale, nel senso di far ritenere, indipendentemente dall'esame relativo ad ogni singolo ordinamento giuridico, e contrariamente a quanti altri pensa, che, in considerazione della formazione della norma giuridica come espressione di volontà dello Stato, alla consuetudine nei rapporti costituzionali possa riconoscersi la

(1) Cfr. Donati, op. cit., 99 e segg., che ha recentemente criticato questa corrente dottrinale; fra i recenti scrittori, il Marchi, a proposito della luogotenenza, op. cit. pag. 102, parla di una lacuna nell'ordinamento giuridico.

(2) Indipendentemente da ciò, la poca solidità dell'argomento addotto dal Donati (v. retro), — che sostiene particolarmente la dottrina accennata nel testo —, contro la consuetudine *praeter legem* e contro ogni altra, è stata di recente messa in luce dal De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1915, Vol. I, p. 89-90, il quale invece ritiene astrattamente ammissibili le diverse forme di consuetudine configurate dalla dottrina, ed afferma che, in mancanza di un divieto statuale, ben può alla consuetudine riconoscersi valore di fonte autonoma e concorrente col diritto scritto.

(3) Cfr. Raggi, scritto cit., p. 32, nota 2.

(4) In questo senso, ci sembra, anche Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, 1913, p. 614.

(5) Cfr. Raggi, scritto cit., p. 32, nota 2.

forza ed efficacia di smentire la voluta supremazia della legge o fondare la validità di norme nuove od integratrici, di fronte a quelle legislative vigenti, senza uopo di richiamo della legge (1); per cui a nulla approderebbe una esclusione legislativa di consuetudine (2).

Nè si dica che con ciò si ferisce il principio della forza formale della legge, che a rigore dovrebbe maggiormente valere per le leggi costituzionali, contenenti le garanzie e le forme di fissazione del diritto (3).

Senza ripetere il concetto da noi superiormente svolto, e posto pure che la forza ed efficacia della consuetudine sia sempre e soltanto materiale, dobbiamo tener presente che, nella sfera del diritto costituzionale, gli effetti di essa si equivalgono a quelli derivanti dalla efficacia o forza formale (4), precisamente perchè il rapporto non cade di solito sotto il controllo e la sanzione di una autorità giurisdizionale, che possa validamente negare quella efficacia della consuetudine, in quanto si riveli in contrasto od in aggiunta al disposto della legge (5).

Da siffatta considerazione non potrebbe, nè dovrebbe pre-

(1) Cfr. specialmente, in questo senso, Bonucci, *Il fine dello Stato*, cit., p. 80-82, il quale anzi afferma il principio come suscettibile di applicazione generale nel campo giuridico.

(2) Cfr. di recente Bonucci, op. cit., p. 82.

(3) È questa, più specialmente, la preoccupazione emergente dalla tesi sostenuta dal Ranelletti, scritto e loco cit., e dagli altri avversarî della efficacia della consuetudine; in senso conforme, rispetto al nostro ordinamento giuridico, fra i più recenti, De Ruggiero, op. cit., p. 91.

(4) Che in linea generale la consuetudine abbia forza di legge, è ammesso, fra i più recenti, dal Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911, Vol. I, p. 314.

(5) Appare strano che l'Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, 1910, p. 625, si appoggi a questo argomento della impossibilità della consuetudine in parola di essere invocata davanti al giudice, per dedurne la inefficacia, al punto da doverla considerare come una « morale giuridica instituzionale ». In quella vece, è da ritenersi che la consuetudine costituzionale si pone con forza ed efficacia obbligatoria, in luogo od accanto a quella della legge, come manifestazione tacita di volontà statuale cui gli organi giurisdizionali non possono aver occasione di rifiutare, quale illegittima.

scindere, nella materia specifica di cui si tratta, la dommatica giuridica (1). Epperò i suesposti principî trovano, secondo noi, per questo riguardo applicazione anche all'ordinamento giuridico dello Stato nostro, pure per chi ammetta che, nel campo del diritto privato, la consuetudine venga da esso esclusa come fonte diretta di diritto.

c) Il ricorso che i sostenitori della tesi avversaria sogliono fare agli art. 3 e 5 delle Disposizioni preliminari del Codice Civile, pure a prescindere da quanto sopra, non sembra decisivo per far accettare quella tesi.

Infatti, si è più volte osservato che queste disposizioni si riferiscono solo al giudice, chiamato ad applicare le leggi e decidere controversie (2), ed anche di recente si è ribadito che il loro scopo era quello di comprendervi le norme giuridiche regolanti rapporti soggetti alla normale possibilità di contestazioni intercedenti fra Stato e privati, non però quei rapporti che corrono fra organi supremi dello Stato, che mancano di coazione normale e sono privi di quella completa efficacia che è propria delle altre norme giuridiche (3). Pertanto, le accennate disposizioni non costituirebbero un ostacolo, nè negativo nè positivo, alla formazione di norme consuetudinarie da parte degli organi costituzionali.

E ciò, a prescindere che non manca chi ritiene che nei *principî generali di diritto* di cui al citato art. 3 possa farsi rientrare la consuetudine, la quale spesso è il tramite di elaborazione dei medesimi (4); e v'ha poi chi afferma che la disposizione dell'art. 5 non sia così assoluta e rigorosa da far ritenere che il legislatore abbia escluso la possibilità di abrogazione di una legge non in forza di legge, e cioè per dissuetudine (5).

---

(1) Decisamente contro, fra i più recenti, come si è visto, il Ranelletti, scritto cit., ed anche il Perassi, scritto cit.

(2) Cfr. spec. Ferrini, *Consuetudine*, cit., p. 630-631; Longo, op. cit., p. 262 e segg.

(3) Cfr. Raggi, scritto cit., p. 31 dell'Estratto.

(4) Cfr. Longo, op. cit., p. 259; Romano, *Lezioni di diritto costituzionale*, Pisa, 1909-1910, pp. 611-612.

(5) Cfr. in questo senso Presutti, *Diritto Costituzionale*, Napoli, 1915, p. 294; *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Roma, 1917, p. 77.

D'altronde, si dice, il legislatore non avrebbe potuto escludere che la disposizione dell'art. 5 non potesse cadere in dissuetudine (1).

Sarebbe addirittura voler pretendere l'impossibile, secondo taluno (2), lo escludere la consuetudine come fonte di diritto, anche derogativa od abrogativa, nel campo del diritto pubblico, in ispecie costituzionale.

28. La stessa forza delle cose, del resto, ha spinto i più recisi avversari della consuetudine a fare delle riserve ed ammissioni, che attenuano più che non sembri la recisione del diniego di essa come fonte di diritto.

Così, per taluno di essi, l'efficacia della consuetudine dovrebbe ritenersi *soffocata ma non estinta*, dacchè le prescrizioni di legge, che si pretende la escludano, non avrebbero punto soffocato la esistenza dei fattori ed elementi e tendenze onde essa origina e che determinano effetti analoghi a quelli della consuetudine *vera e propria*, specie nel campo del diritto pubblico, ove molti rapporti sfuggono alla possibilità di dichiarazione e disciplina giurisdizionale (3); ed infatti la consuetudine conserverebbe in quel campo efficacia anche di fronte alla legge (4), sia pure che si tratti di una efficacia *di fatto* (5).

Altri vogliono che, pur negandosi alla consuetudine la qualità di fonte *diretta* di diritto ove non sia contemplata dalla legge, nel diritto costituzionale essa trovi applicazione

---

(1) Presutti, op. e loc. cit.; la possibilità di cui nel testo è anche adombrata dal De Ruggiero, op. e loc. cit., p. 91; *contro:* Ranelletti, scritto cit., p. 16, in nota.

(2) Cfr. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, nel *Trattato* dell'Orlando, III, p. 61.

(3) Cfr. in questo senso Orlando, *Le fonti*, cit., pp. 1060, 1062.

(4) Cfr. Orlando, ivi, p. 1064; il quale, del resto, riconosce altrove la efficacia della consuetudine, sì innovatrice che abrogatrice (cfr. *Principî di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1919, p. 56).

(5) Tale è ritenuta la efficacia della consuetudine, nel diritto pubblico, anche dal Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, Soc. Ed. Libr., 1915, p. 52, riconoscendo che essa produce *effetti analoghi a quelli di diritto*.

come consuetudine interpretativa con *autorità* di fonte del diritto (1), o possa, in genere, andare rivestita di una *certa efficacia giuridica* pure indipendentemente dal richiamo del legislatore (2).

Tutto ciò è senza dubbio sintomatico per diminuire la portata delle affermazioni di principio.

Infatti, chi ammetta che la consuetudine, nei rapporti di cui trattasi, sia solo soffocata, è condotto necessariamente a ritenere che *essa vive*, ove non voglia avvolgersi in una proposizione contradditoria (3); ed il dire che essa determina effetti *analoghi* a quella di diritto, o della consuetudine vera e propria, non basta a far considerare la efficacia ad essa inerente come una semplice efficacia di fatto, laddove invece questa si risolve in una vera efficacia giuridica (4), anche ed appunto, come dicemmo, per la impossibilità di un'applicazione giurisdizionale, in grazia della specifica natura dei rapporti che regola; in ordine ai quali essa si forma per virtù del consenso tacito o della mancata resistenza di quegli organi che sarebbero destinati ad affermare la volontà dello Stato per via legislativa e ad impedire le deviazioni di competenza al riguardo da parte di altri organi statuali.

D'altro canto, di fronte alla costruzione di chi vorrebbe limitare la configurazione della consuetudine nel campo nostro alla sola consuetudine interpretativa con autorità di fronte del diritto, è stato rimproverato, ci sembra giustamente, un certo vizio logico, in quanto non parrebbe ammissibile che

(1) Cfr. Ranelletti, op. cit., p. 24.

(2) Cfr. Donati, op. cit., p. 158; il quale non può disconoscere che, in ogni caso in cui si tratti dell'esercizio di un qualunque potere discrezionale, non è indifferente che in casi precedenti siasi agito in un certo modo; talchè la serie dei precedenti uniformi costituirebbe una presunzione di utilità dell'atto, nel senso della conformità al pubblico interesse; onde spetterebbe a chi afferma il contrario l'onere di dimostrarne la non utilità (ivi, pp. 158-159).

(3) Cfr. in questo senso Raggi, scritto cit., p. 20.

(4) Questa, nel nostro concetto, è ben diversa da quella *certa* efficacia giuridica, cui allude il Donati, da altro punto di vista, per verità assai limitato e di non facile e frequente applicazione, rispetto all'onere della prova, in ispecie in materia di rapporti e di diritto costituzionale,

una interpretazione anche autorevole possa costituire una consuetudine, ove a questa non si riconosca la qualifica di fonte del diritto (1).

29. In virtù di quanto siamo venuti dicendo, sembra pertanto che, dal punto di vista dei principî, non possa disconoscersi alla consuetudine obbligatorietà ed efficacia di fonte del diritto, nel campo specifico dei rapporti costituzionali.

Che ciò si debba dire, nel caso di richiamo di essa da parte del legislatore, si consente in generale; ma, anche a prescindere da un tale richiamo, la conclusione non può essere diversa.

E ad avvalorare questa opinione, soccorre la tendenza, che pure attraverso scrittori recentissimi si sorprende, ad ammettere la consuetudine come fonte di diritto, nel campo nostro, almeno per taluno dei suoi più notevoli aspetti (2).

(1) Cfr. Raggi, scritto cit., p. 20.

(2) Ricordiamo: oltre il Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato*, cit., pp. 60-61; *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 307 e segg., il quale, si noti, vorrebbe ascrivere nel diritto amministrativo alla consuetudine la qualità di fonte principale anche per il partecipare della pubblica autorità alla sua formazione, ivi, p. 307 (autorità, che, pel diritto costituzionale, noi troviamo rappresentata negli organi costituzionali); Bonucci, *Il fine dello Stato*, cit., pp. 80-82, il quale dissente solo riguardo alla natura della dessuetudine, cui non crede produttiva di diritto obbiettivo (v. p. 30), ed assegna invece la efficacia di eliminare la supremazia della legge, e ammette d'altra parte con efficacia giuridica la consuetudine che sostituisce od introduce una norma nuova; Arangio Ruiz, *Istituzioni*, cit., pp. 503-504; Miceli, *Principî*, cit., ediz. 1913, pp. 476-481; Presutti, *Diritto costituzionale*. Napoli, 1915, che, pur con qualche incertezza, sembra che ammetta la efficacia della consuetudine nelle sue diverse forme, compresa quella *contra legem* (pp. 294-297), e afferma di ritenere che « la consuetudine sia fonte del diritto costituzionale », p. 297; *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 1917, già cit., pp. 76-80; Marchi, *Le Luogotenenze generali*, 1918, cit., p. 110, nota 1ª, il quale si dice convinto della ammissibilità della consuetudine come fonte introduttiva anche senza espresso richiamo del legislatore; Traversa, *Lo Stato di necessità* ecc., 1916, cit., p. 47, il quale esclude la consuetudine come fonte generale di diritto bensì, ed in ispecie una vera efficacia abrogativa o derogatoria di essa, ma ammette la consuetudine *introduttiva* come possibile spiegazione della instaurazione del sistema parlamentare in Italia; Raggi, *Sul fondamento giuri-*

E non manca persino, come già si accennò, chi non esita a ritenere che la consuetudine si porrebbe quivi con efficacia, non soltanto introduttiva di norme giuridiche, od abrogativa della legge, ma superiore a quella della legge stessa, in quanto agirebbe con forza di divieto sulla competenza stessa del legislatore (1): non potendosi ritenere decisivi in senso contrario i rilievi generali degli avversarî della consuetudine, nè, per l'ordinamento giuridico dello Stato italiano, le obbiezioni particolari dedotte dai noti articoli delle disposizioni preliminari del Codice Civile.

30. Comunque, è innegabile che la materia si presenta ognora non scevra di incertezze e di dubbî, di fronte alla ostilità dell'accennata tendenza dottrinale, che vorrebbe scuotere dalle basi l'impero e l'efficacia della consuetudine come fonte generale di diritto.

Forse, a dimostrare che la nostra tesi vuolsi ritenere più rispondente allo svolgimento effettivo del diritto costituzionale, e del nostro in ispecie, occorrerà integrare la indagine precedente con quella relativa ai singoli aspetti ed atteggiamenti che, nella sfera dei rapporti costituzionali, la consuetudine è venuta assumendo.

Ciò contribuirà a mettere in piena luce le caratteristiche specifiche proprie della consuetudine costituzionale, e costituirà appunto l'obbietto dello studio successivo, cui ci sentiamo sospinti ognor più dalla importanza della disputa che si è andata accentuando rispetto alla efficacia della consuetudine in questi ultimi tempi, e dalla fiducia di apportare qualche contributo alla soluzione di essa.

Siena, aprile 1919.

A. FERRACCIU.

---

dico del governo parlamentare in Italia, 1914, cit.; pel diritto pubblico belga, Errera, *Traité de droit public belge*, Paris, 1909, p. 5.

(1) Cfr. Romano, *Osservazioni preliminari* ecc., cit., pp. 302-306; *Lezioni*, cit., pp. 618-619.