DONO
BRONDI
9/5h'
1175

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

LA CONSUETUDINE COSTITUZIONALE

III.
ASPETTI DIVERSI - EFFICACIA E SANZIONI

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 Succss.

Depositario generale per la Sicilia **Orazio Fiorenza,** Palermo.

1921

Cordiale omaggio e ricordo

Sella

ANTONIO FERRACCIU

Prof. ord. di Diritto Costituzionale nella R. Università di Siena

LA CONSUETUDINE COSTITUZIONALE

III.

ASPETTI DIVERSI - EFFICACIA E SANZIONI

TORINO

FRATELLI BOCCA, EDITORI

Librai di S. M. il Re d'Italia

ROMA Corso Umberto I, 216-217 — MILANO Corso Vittorio Emanuele 21 — FIRENZE P. Lumachi Succss.

Depositario generale per la Sicilia **Orazio Fiorenza,** Palermo.

—

1921

Estratto dagli *Studi Senesi* Vol. XXX, (Vol. IV. della Serie) fasc. 1-2

Siena, Tipografia Combattenti - Via Diacceto 3

LA CONSUETUDINE COSTITUZIONALE

ASPETTI DIVERSI — EFFICACIA E SANZIONI

III.

SOMMARIO: 1. Richiamo alle conclusioni dello studio precedente. — 2. I singoli aspetti della consuetudine costituzionale. — 3. La consuetudine interpretativa: sua ammissibilità ed importanza. — 4. Difficoltà relative all'accertamento di essa: principio generale da adottarsi in materia. — 5. Eventuali conflitti d'interpretazione: distinzione, al riguardo, fra norme costituzionali e norme interne. — 6. La consuetudine abrogativa, ed il suo duplice atteggiamento. — 7. La consuetudine abrogativa propriamente detta, e la sua ammissibilità. — 8. Efficacia derogatoria di essa nelle costituzioni non scritte e flessibili. — 9. Nelle costituzioni scritte e rigide. — 10. Nell'ordinamento costituzione dello Stato italiano. — 11. La desuetudine, ed i suoi aspetti principali. — 12. Il non esercizio di una attribuzione costituzionale: il non uso del veto regio nelle monarchie parlamentari. — 13. Continua: critica della recente teoria del Marchi al riguardo. — 14. L'abbandono di mezzi di esercizio di una attribuzione costituzionale: l'esempio tratto dal non uso dello *impeachment*. — 15. Altre manifestazioni non essenziali della desuetudine. — 16. La consuetudine innovativa o introduttiva, ed i suoi principali atteggiamenti. — 17. Sua efficacia rispetto al modo di esercizio di attribuzioni costituzionali: il Governo di Gabinetto. — 18. Recenti teorie sulla natura delle regole convenzionali relative al fondamento ed allo sviluppo di esso: la teoria del Dicey. — 19. La teoria dell'Hatschek. — 20. La teoria del Jellinek. — 21. La teoria del Radnitzky. — 22. Valutazione critica delle suesposte teorie. — 23. Lo studio del problema in Italia. — 24. Nostra opinione in proposito. — 25. La consuetudine introduttiva, come base del Governo parlamentare e delle sue fondamentali esplicazioni, in Italia — 26. Accenno alle recenti teorie, che assegnano a questa forma di governo una base diversa dalla consuetudine. — 27. La teoria che lo appoggia direttamente alla legge costituzionale. — 28. La teoria che lo deduce dal diritto esistente attraverso la interpretazione consue-

tudinaria. — 29. La teoria che lo fa risalire ai principî generali di diritto. — 30. Altre teorie al riguardo. — 31. Conclusioni sulla efficacia della consuetudine introduttiva rispetto all'argomento in esame. — 32. Il regime parlamentare e la consuetudine introduttiva, rispetto alle norme di correttezza costituzionale. — 33. La consuetudine introduttiva, e le lacune dell'ordinamento giuridico. — 34. Le consuetudini extracostituzionali. — 35. Loro natura politica, e tendenza ad innestarsi nel campo del diritto: conclusione.

1. La conclusione, cui siamo pervenuti nello studio precedente (1), è stata nel senso di affermare che alla consuetudine, nel campo specifico dei rapporti costituzionali, debba attribuirsi la efficacia di fonte autonoma del diritto: il che, almeno per taluno dei suoi più notevoli aspetti, sembra ammesso anche dalla dottrina più recente, non senza peraltro che regnino tuttora in materia incertezze e dubbi (2); ad eliminare i quali occorrerà, conforme alla riserva fatta (3), integrare l'indagine precedente con l'esame dei singoli aspetti assunti dalla consuetudine, nello svolgimento effettivo del diritto costituzionale, ed in specie, di quello italiano (4).

(1) Cfr. *La consuetudine costituzionale*, II, Natura specifica, Torino, Bocca, 1919 (Estratto dagli *Studi Senesi*, vol. XXXV, fasc. 1-2).

(2) Fu già da noi avvertita la ostilità di recenti tendenze dottrinali avverso l'impero e l'efficacia della consuetudine, quale fonte direttae generale di diritto (v. ivi, p. 48 e segg.). Ed a codesta tendenza, per quanto con una certa attenuazione di forme, sembra inspirarsi, in un suo recentissimo lavoro, il Criscuoli, *Il fondamento giuridico del Governo di Gabinetto*, Roma, Athenaeum, 1919, p. 24 e segg. Cfr. pure, per una tendenza analoga, Cioffi, *I soggetti e le difese dei diritti pubblici*, Milano, Soc. Ed. lib., 1920, p. 17-24. E, sotto un certo punto di vista, Caristia, *Saggio critico sul valore e l'efficacia della consuetudine nel diritto pubblico interno*, Macerata, 1919; fra i privatisti, di recente, Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, Vol. I., Roma, Athenaeum, 1921, pag. 125 e segg.

(3) Cfr. il nostro lavoro dianzi citato, p. 58 dell'Estratto.

(4) Si noti che il nostro esame ha una portata *generale*, in conformità ai criterî direttivi precedentemente adottati. E, per dimostrare che la determinazione delle fonti del diritto, nei riguardi della nostra indagine, può farsi anche in via generale, rispetto al diritto pubblico moderno, e non vuol essere fatta *necessariamente* in modo particolare per ogni dato ordinamento giuridico, come taluni affermano (cfr., fra i più

2. Nella sfera dei rapporti regolati dal diritto costituzionale si è tratti a distinguere tre diversi aspetti od atteggiamenti della consuetudine, secondo che essa si rivela con tendenza semplicemente interpretativa, oppure senz'al-

recenti ed autorevoli, Ranelletti, *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno*, Milano, Soc. Ed. libr., 1913, Estratto dalla *Rivista di diritto pubblico*, Parte I, n. 3-4, p. 5; Perassi, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1917, fasc. 2, p. 197: penetranti ed acute le osservazioni fatte al riguardo in senso contrario dal Caristia, scritto cit., p. 6 e segg., e la conclusione a p. 10), non occorre neppure seguire una recente tendenza, appoggiantesi ad una concezione del tutto eterodossa del diritto e dell'ordinamento giuridico, per verità ancora troppo contestata per potersi assumere pacificamente a base della dottrina delle fonti: alludiamo a quella delineata, con veduta magistrale e del tutto originale, dal Romano, L'*ordinamento giuridico*, Pisa, 1918 (cfr. le critiche del Bonucci, *Ordinamento giuridico e Stato*, Milano, Soc. ed. libr, 1920, Estratto dalla *Riv. di Diritto Pubblico*, parte 1., 1920; ed i giusti rilievi del Caristia, loc. cit., p. 19-20: e del Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. 2, nota 2.; di quel concetto invece si è creduto di fare applicazione ai rapporti internazionali dal Breschi, *La Società delle Nazioni*, Firenze, Vallecchi, 1920, p 87 e segg.).

Dalla cennata tendenza ci sembra si lasci, per un certo senso, rimorchiare il Casistia, scritto cit. p. 21; ma a torto. Basta attenersi, invece, al punto di vista tradizionale e formale, che considera esclusivamente la volontà dello Stato fonte diretta o indiretta delle norme giuridiche: sol che si tenga presente, che, nei riguardi del diritto costituzionale, una tale volontà può essere pure affermata tacitamente, con l'adesione implicita di quegli organi costituzionali ove d'uopo richiesta, i quali sono, come si disse, essi stessi gli elaboratori della consuetudine, rispondente a quelle nuove esigenze che, nella *vita* dei rapporti costituzionali, si sono manifestate indispensabili per lo svolgimento delle attribuzioni a quegli organi devolute. L'adesione almeno implicita della Stato, a cui si insiste che debba essere ricondotta l'efficacia della consuetudine (cfr. anche Criscuoli, scritto cit. pag. 26, che si richiama a questo concetto), altro non é, nel caso nostro, che il tacito assenso degli organi, che, di fronte all'organo iniziatore della pratica consuetudinaria, avrebbero competenza a resistere od opporsi nelle forme consentite dal diritto, come la protesta. È appunto in questo necessario intervento degli organi *costituzionali* nell'elaborazione della consuetudine di cui si tratta, e non semplicemente in una maggiore autorità di uno degli elementi concorrenti a costituirla (come pare al Criscuoli, ivi p. 30), o nella predominanza in essa dell'elemento politico (così ha interpretato il nostro pensiero il Cioffi, op. cit., p. 28; laddove essa, secondo noi, influisce

piuttosto sulla configurazione della norma anzichè sulla fonte di essa) : è in esso intervento, che devesi ravvisare uno degli elementi notevoli della specificità della consuetudine costituzionale, che a torto il Criscuoli vorrebbe negare (scritto cit. pag. 30).

Sulla questione dell'ammissibilità del diritto consuetudinario in generale, é di recente ritornato il Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Volkerrechts*, Tübingen, 1920, pp. 93-94.

Vero è che, a ricondurre nei rapporti costituzionali il processo di affermazione della consuetudine come fonte di diritto a quello proprio della formazione della legge, si vorrebbe trovare un doppio ostacolo : in ciò, che esistono nel diritto pubblico interno organi appositi di manifestazione di volontà, la quale assurge a *volere* dello Stato, solo se compiuta nei modi e nelle forme proprie della funzione legislativa; ed in ciò, che nella consuetudine la manifestazione implicita di volontà sarebbe di essenza diversa da quella estrinsecantesi nella formazione della legge (v. Criscuoli, scritto cit., p. 29-30). Ma il primo argomento è evidentemente eccessivo, perchè indurrebbe come conseguenza ultima ad escludere ogni formazione *efficace* di diritto consuetudinario : il che non è possibile, come ha dimostrato anche di recente il Caristia (scritto cit., *passim*, e specie a p. 66, ove espressamente rileva, richiamandosi ad un concetto del Bonucci, che « trattandosi, al caso nostro, di atti o fatti che spesso interessano gli organi costituzionali, la forza della consuetudine può esprimere, in un modo o nell'altro, al pari della legge, il supremo volere dello Stato »); e neppure, forse, era nelle intenzioni dello stesso Criscuoli, il quale ammette che la *pratica* degli organi possa bene operare quella *sintesi* di volontà statuale, attraverso il normale processo consuetudinario (scritto cit., p. 30). Quanto poi al secondo argomento, non ci pare neppure che regga, poichè, a differenza di quanto crede questo autore (ivi), nella consuetudine gli organi statuali non si limitano a riconoscere l'esistenza della norma attraverso la *opinio juris*, ma sostanzialmente la *pongono*, a partire dall'atto con cui si inizia la pratica della serie consuetudinaria, pel fatto stesso che questa si accompagna alla convinzione di obbedire per quel tramite ad una vera norma giuridica.

In linea di principio, pertanto, non ci sembra fondata la contestazione della nostra tesi, la quale si rende applicabile in via generale, indipendentemente da ciascun dato ordinamento giuridico.

Aggiungiamo che, posta la natura dei subbietti concorrenti alla formazione della consuetudine costituzionale, e che la riconducono al volere *tacito* dello Stato stesso, organo del diritto, si spiega com' essa possa configurarsi pur quando non concorra il *rigore assoluto* richiesto per le condizioni della consuetudine del diritto privato, specie in ordine alla ripetizione degli atti.

È stato detto, da poco, che di una consuetudine giuridica in cui ricorrano esattamente gli estremi di quella praticata nei rapporti di diritto privato difficilmente potrà parlarsi nel campo nostro (così il Caristia, scritto cit., p. 66); e chi così opina, poggiando sulla reiezione di ogni

tro abrogativa, od invece introduttiva, di fronte al diritto vigente (1).

---

trasporto analogico di schemi privatistici nel diritto pubblico, non esita infatti a restringere soverchiamente il campo e la portata d'applicazione di quella nel diritto costituzionale, dove invece essa assumerebbe piuttosto una natura ed un aspetto politico. Ma, da questo punto di vista, si esagera per altro verso.

La fisionomia speciale che, secondo le nostre vedute, é assegnata alla consuetudine costituzionale dall'elemento politico di solito in essa predominante non elimina, come condizione della sua esistenza, la necessità di configurazione degli estremi propri della consuetudine giuridica in genere, ma soltanto ne *attenua il rigore*: in quanto, da un lato, la *opinio juris* si sostanzia e risolve in un convincimento dal quale non esula che di rado la infiltrazione di elementi politici, e, d'altro canto, la intensità di questo convincimento di obbligatorietà della norma praticata da parte degli organi può essere tale da diminuire notevolmente la serie degli atti necessari a costituire l'elemento materiale. Al quale riguardo sembra qui opportuno notare, che il nostro concetto (v. scritto cit., p. 18) pare sia stato interpretato troppo alla lettera del Criscuoli, allorchè sulla successione di *due* atti, da noi addotta come possibilità esemplificativa di eventuale configurazione dell' elemento materiale, egli si fonda per oppugnare la nostra tesi.

Comunque, importa rilevare che la consuetudine, come fonte diretta ed indipendente, e non soltanto sussidiaria, di diritto, è riconosciuta, oltrechè da scrittori che partono da un punto di vista non discosto dal nostro, che è proprio della dommatica giuridica, da chi se ne distacca notevolmente per ragioni di metodo.

Anche coloro che, come di recente il Caristia, dimostrano di dissentire dal punto di vista da noi prospettato, ammettono implicitamente che, nella sfera dei rapporti costituzionali, per effetto della necessità, delle esigenze storiche del momento e di altri analoghi fattori possono ben formarsi, per via di consuetudine, delle norme aventi un' efficacia pari e spesso anche maggiore di quella spiegata dal diritto scritto (scritto cit., *passim*, specie a pp. 51, 65-66). Efficacia, diciamo, che, se pure è *di fatto*, riesce il più delle volte a convertirsi in *giuridica*, appunto per la mancanza di controlli e sanzioni di autorità giurisdizionali in riguardo agli organi sovrani che la praticano (cf. il nostro lavoro cit., pp. 53, 56; in senso analogo, Ferrara, op. cit., p. 146); il quale rilievo è sopratutto da tenersi presente da parte di chi è riluttante ad ammettere la possibilità giuridica della consuetudine *contra legem*, di cui diremo appresso. Per ora, ci basti di aver sgombrato il terreno da recentissimi appunti critici rivolti in generale contro la nostra concezione.

(1) Di solito, l'attenzione degli scrittori di diritto pubblico si concentra sugli ultimi due aspetti concreti della consuetudine; ma non man-

La consuetudine *interpretativa* si manifesta propriamente nel senso di determinare e regolare quanto occorre su principî essenziali affermati nelle leggi fondamentali con semplici disposizioni generali, o in esse impliciti, di cui vogliosi precisare il significato, la portata e l'estensione.

La consuetudine *abrogativa* è quella che ha veramente per effetto di derogare al diritto costituzionale esistente: o col sostituirgli senz'altro un diritto discordante, oppure con la mancata applicazione, costante uniforme ininterrotta, di regole giuridiche scritte, come avviene appunto con la desuetudine.

Infine, la consuetudine *introduttiva* o innovativa è quella che si esplica nel senso di aggiungere o supplire alle leggi costituzionali, con norme giuridiche nuove, in quelle parti nelle quali esse sieno suscettibili di ulteriori determinazioni o sviluppi, od in quelle materie o casi non contemplati nè preveduti dalle medesime.

Esaminiamo ora particolarmente l'efficacia della consuetudine costituzionale in codesti singoli suoi atteggiamenti.

3. L'aspetto meno contestato della consuetudine, nel campo del diritto costituzionale, è quello che si riferisce alla consuetudine *interpretativa*, la quale, in realtà, è forma impropria di consuetudine come fonte di diritto.

---

ca chi ammette esplicitamente questo triplice ufficio della medesima nel campo del diritto costituzionale: cfr. Morelli, *La funzione legislativa*, Bologna, 1899, p. 184. Esso risponde del resto alla tradizionale distinzione della consuetudine, in consuetudine *secundum legem, contra legem, praeter legem:* locuzioni esprimenti però semplicemente il rapporto logico della norma consuetudinaria (che può essere concordante, discordante, o diversa) con la norma legislativa (v. Donati, *Il problema delle lacune*, Milano, 1910, p. 142, nota 2).

Sulla terminologia, peraltro, non si può dire che esista un completo accordo fra gli scrittori, come può vedersi in Degni, *L'autorità del diritto consuetudinario nella legislazione civile italiana*, in « Studi giuridici in onore di Carlo Fadda », Napoli, 1906, p. 205. Per una definizione comprensiva delle diverse forme di consuetudine, cfr. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911, p. 306.

Invero, la medesima non potrebbe avere il valore di fonte diretta ed immediata, ma solo *autorità* di fonte di diritto, come affermazione ed attuazione di norme giuridiche dedotte per via di interpretazione dal diritto esistente, ed in ispecie dai principî generali su cui esso riposa (1), o fondamentali per quel dato ordinamento giuridico positivo.

Ma, come tale, essa viene ammessa anche dai più decisi avversarî della consuetudine (2).

Mentre per gli altri campi del diritto l'interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche spetta alla speciale categoria degli organi giurisdizionali, nella sfera del diritto e dei rapporti costituzionali, invece, avviene spesso che i più alti organi dello Stato procedano per via di attuazione puramente consuetudinaria nell'applicazione di principî e norme riflettenti la disciplina di taluni istituti, o, meno estensivamente, la consistenza il contenuto i limiti e gli effetti di talune attribuzioni di natura costituzionale, la loro delega, la portata delle guarentigie accordate per l'esercizio delle attribuzioni medesime (3).

---

(1) Cfr. in questo senso Ranelletti, scrit. cit., p. 28; cfr. pure Chimienti, *Manuale di diritto costituzionale*, Roma, 1920, II, il quale sostiene che nel diritto costituzionale trova, più che altrove, maggiore applicazione la consuetudine interpretativa con autorità di fonte del diritto, pp. 138, 141.

(2) Ranelletti, ivi, il quale anzi, sotto questa forma, a cui vorrebbe specialmente circoscritta la consuetudine di diritto costituzionale (ivi pp. 24, 28) crede di poter sussumere il fondamento del Governo parlamentare (ivi, pp. 29-30); ma a torto, come vedremo appresso. Il Chimienti, del pari, pare voglia ridurre a questa forma la consuetudine costituzionale, op. cit., pp. 138, 141.

(3) Si pensi, ad esempio, a quanto si è verificato al riguardo nel nostro ordinamento costituzionale, rispetto al riconoscimento ed alla disciplina dell'istituto della libertà di associazione, ed a quello della inchiesta parlamentare, del tutto o quasi affidati alla consuetudine. La quale ha operato pure, per via interpretativa, in ordine alla disciplina di poteri discrezionali della Corona, ad es. quelli di cui all'art. 9 dello Statuto: col rendere indeterminato il termine delle sessioni, o determinando gli effetti della chiusura delle medesime, o fissando i limiti della facoltà di scioglimento della Camera. Del pari è stata efficiente nell'esercizio della

Così avviene, che gli organi legislativi collettivamente o le Camere singolarmente, nello esplicamento delle loro competenze, possano seguire una certa linea di condotta, senza consacrare in alcuna disposizione legislativa o regolamentare la norma da quella pratica derivante, ma limitandosi a fissare per via di consuetudine questa norma: la quale verrebbe a qualificarsi come norma giuridica consuetudinaria, se per via di interpretazione possa ricondursi al diritto esistente, cioè derivare da disposizioni di legge o da principî generali del diritto positivo (1).

In ispecie, dànno occasione a questa forma di consuetudine gli organi parlamentari; i quali di rado ricorrono a vere e proprie leggi di interpretazione per fissare il contenuto e determinare la portata di disposizioni o principî d'ordine costituzionale, spesso troppo generali od oscuri; e si adattano invece a risolvere le difficoltà che possono sorgere intorno ad essi in base ad una serie di pratiche costituite di *precedenti*, che vengono poi acquistando, col lungo uso e con la convinzione della loro conformità al diritto, la consistenza di norme giuridiche consuetudinarie (2).

---

prerogativa di nomina dei Senatori, in ordine al modo di applicazione di talune categorie, come rispetto alla determinazione della condizione giuridica dei deputati nominati senatori. Così essa ha potuto legittimare la delega di talune funzioni costituzionali, es. la delega da parte del Capo dello Stato della competenza a stipulare trattati, nonchè quella della stessa funzione legislativa, della quale ha contribuito a fissare i limiti in conformità ai principî generali di diritto su cui poggia il nostro ordinamento giuridico positivo (cfr., per questi ultimi riguardi, Donati, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Torino, 1906, p. 259, e la bibliografia ivi richiamata; Arcoleo, *Diritto costituzionale*, 1904, pp. 385, 433; Chimienti, op. cit., pp. 216, 217; Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, Estratto dall'« Archivio del Diritto Pubblico », Roma, 1902, pp. 26-29). E così di seguito.

(1) Cfr. in questo senso Ranelletti, scritto cit., p. 27-28.

(2) La convinzione che anima la consuetudine parlamentare è rappresentata dalla *opinio necessitatis* che ad un dato principio o regola o rapporto costituzionale sia attribuita una certa portata. Ed una tale convinzione occorre perché si possa parlare veramente di consuetudine; altrimenti si rimane nel campo proprio degli *usi politici*, cui accennammo nello studio precedente (v. n. 11, pp. 19-20). Essa consuetudine, come fu detto (cfr. A. Majorana, *Il sistema dello Stato giuridico*, Roma, 1899, p. 154) è legge, ma più spesso giurisprudenza, in quanto la forma con cui sorge e si manifesta accusa lo sforzo di interpretare e di adattare la esistente legge scritta. Ed invero, nei risultati la cosidetta giurisprudenza parlamentare si confonde per lo più con la consuetudine interpretativa, nella quale si risolve.

Ed è noto quale importanza abbia, al riguardo, questo ramo della *consuetudine parlamentare*, in quanto si riveli come consuetudine interpretativa: ad es., nel nostro ordinamento positivo, in materia di esercizio del potere d'inchiesta parlamentare (1), in tema di applicazione del principio della responsabilità ministeriale (2), in ordine alla estensione delle prerogative concesse ai membri del Parlamento (3), ed in molti altri punti e materie (4).

---

(1) Cfr. i nostri lavori su *Le inchieste parlamentari nel diritto pubblico moderno*, Torino, 1899, pag. 189 e seg; *Sul potere d'inchiesta personale nelle assemblee parlamentari*, Torino, 1914, Estratto dagli *Studi Senesi*, Vol. XXX, fasc. 1-2, p. 8-9.

(2) Cfr. il nostro studio, *Per l'applicazione dell'art. 67 dello Statuto*, Torino, 1908, Estratto degli *Studi Senesi*, Vol. XXV, fasc. 5, p. 12-14.

(3) Numerose norme del nostro diritto parlamentare sono scaturite dall'art. 45 dello Statuto per opera della interpretazione parlamentare consuetudinaria (in questo senso Miceli, *Diritto parlamentare*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Vol. IV, Parte 5., p. 434; Racioppi, *Commento*, II, pag. 544, e seg.; Chimienti, op cit., pag. 245 e segg.).

(4) A prescindere da quelle non poche norme di *diritto parlamentare* contenute nei Regolamenti interni delle Assemblee, che trovano il loro fondamento in vere e proprie consuetudini parlamentari, altre di queste consuetudini sono venute consolidandosi di fatto pur senza far capo al Regolamento. Così è avvenuto: per la ripetizione del giuramento da parte dei senatori e deputati presenti al giuramento del nuovo Re, e non da parte degli assenti; pei modi di approvazione e votazione parlamentare dei Codici e Testi unici; per l'approvazione dei trattati di pace da parte delle due Camere, e di quella dei Deputati prima, avanti la loro ratifica; per la pratica di una larga discussione sul contenuto dei trattati stessi; per quella della partecipazione diretta od indiretta delle Camere all'approvazione della dichiarazione di guerra; del consentire una certa priorità del Governo in merito alla iniziativa di leggi organiche e finanziarie. È poi la consuetudine, che, insieme ai principî generali ed ai regolamenti, contribuisce ad ammettere l'esercizio del potere

L' efficacia di essa può essere tale da rendere equiparabile l' interpretazione da essa consacrata ad una interpretazione autentica (1).

---

di polizia delle Assemblee a favore delle medesime ; che assicura e regola l'immunità della sede del Parlamento; che determina l' astensione del Governo nelle elezioni del seggio di Presidenza e nelle votazioni su punti relativi a prerogative dei membri delle Camere; che fa respingere d'ordinario la prima volta le dimissioni presentate dai membri delle Camere ; che permette lo svolgimento degli ordini del giorno dopo la chiusura della discussione; che ammette i deputati al giuramento avanti la convalidazione nelle elezioni parziali, ecc. (Cfr., su questi punti, Arcoleo, op. cit , pp. 368, 374: Chimienti, op. cit. pp. 241, 140-141, 346-350, 385 ; Racioppi, *Commento,* III, pp. 240, 248 ; Romano, *Lezioni di diritto costituz.*, Pisa, 1909-910, pag. 409 e *passim*; Rossi, *L'ammissione del deputato alla Camera prima della convalidazione dei suoi titoli,* in *Archivio di Diritto Pubblico,* Vol. III, 1893,p. 211 e segg ; ed in genere, per queste consuetudini delle Assemblee, Miceli, *Diritto Parlamentare,* in *Enciclop. giurid. ital.* , vol. IV, parte V, pag. 429 e segg.).

Nella valutazione dei casi addotti e di altri del genere, vuolsi però tenere presente quanto dicemmo a proposito degli usi e dei precedenti (cfr. *La consuetudine costituz.*, II, cit. pp. 19-20), e la distinzione, non sempre facile, delle norme propriamente consuetudinarie da quella di semplice correttezza (v. ivi, § 11 e 18): e si avverta pure che non sempre certe consuetudini parlamentari hanno un fondamento giuridico (cfr. Miceli, op. cit., p. 440 ; Romano, *Lezioni* cit., p. 264-265).

(1) Contro, Criscuoli, scritto cit., p. 31. Tuttavia, che per le leggi di diritto costituzionale possa realizzarsi, per via di consuetudine, una interpretazione autentica, lo afferma lo stesso autore da lui citato, il Cammeo, *L'interpretazione autentica,* in *Giurisprudenza italiana,* 1907, Parte IV, p. 338-339, il quale, peraltro, fa dipendere la questione dalla soluzione dell'altra, se la consuetudine possa derogare o abograre una legge formale, e cui egli dà risposta affermativa, rispetto al diritto costituzionale ed amministrativo : contro, in tesi generale, Ferrara, op. cit., pp. 208, 210. Il vero è che la interpretazione autorevole data per via di consuetudine da una delle assemblee parlamentari può riuscire ad acquistare l'efficacia di una vera e propria interpretazione autentica, tutte le volte che essa possa considerarsi, attraverso ripetuti e non equivoci precedenti ed esperimenti, consentita tacitamente da quegli altri organi del potere legislativo, che, giusta la costituzione, avrebbero competenza a concorrere ad una legge di interpretazione.

Pure il Miceli, op. e loc. cit., p. 434, accenna alla possibilità di interpretazione autentica e di modificazione di disposizioni costituzionali attraverso la giurisprudenza parlamentare, che si trasforma in consuetudine,

Di regola, peraltro, la consuetudine costituzionale, che sia semplicemente interpretativa, non può pretendere ad essere obbligatoria per tutti, quindi per altri subbietti di diritto, oltre lo Stato (1).

4. Certo non è a dissimularsi, in ordine alla consuetudine parlamentare specialmente, la difficoltà di stabilire il punto in cui una pratica parlamentare, fatta di precedenti intorno alla interpretazione d' un principio, d' una regola, d' un rapporto costituzionale, abbia potuto dar luogo al sorgere di una norma giuridica consuetudinaria: tanto più che, in questa materia forse a preferenza che in altre, si verifica la possibilità d' innesto e di penetrazione dell'elemento politico, il quale di solito prevale

---

e ricorda al riguardo anche la trasformazione subita dell' art. 53 dello statuto, di cui si dirà in seguito. Ma, occorre avvertire che vuolsi distinguere fra la interpretazione che le Camere, anche isolatamente, possono fare di una disposizione statutaria o legislativa o regolamentare di natura costituzionale, *secundum legem,* e che, col ripetersi dei precedenti, genera appunto la consuetudine interpretativa; e la modificazione invece, che, attraverso quella interpretazione, possa arrecarsi ad una di quelle dispostzioni: nel qual caso, si spiana la via al sorgere di una consuetudine propriamente abrogativa, che non è quella di cui ora ci occupiamo.

Comunque, assai opportunamente è stato messo in luce dallo stesso A., come una parte notevole di quello ch' egli chiama *diritto parlamentare,* anzi la parte più viva ed attiva, che innesta sul diritto precedente tutta una nuova vegetazione di norme e di pratiche giuridiche, quando non ne rappresenti la parte più vetusta come in Inghilterra, è data dagli *usi e consuetudini parlamentari* (ivi, p. 431-432) ; le quali il più spesso, secondo noi, sono di natura interpretativa, in quanto si connettono alla determinazione delle modalità di esercizio delle attribuzioni della Camera (art. 61 dello Statuto).

(1) Così la consuetudine costituitasi in seno di ciascuna delle Assemblee parlamentari resta nell' ambito di ognuna di esse, ed ha una obbligatorietà limitata al loro interno, che si connette appunto alla *opinio juris* circoscritta entro i limiti di competenza dell'organo (v. Miceli, voce *Parlamento,* in *Enc. Giur. Ital.,* Vol. XIII, Parte I, pag. 177) Si avverta che ogni fattore produttivo della consuetudine vi dà vita da sè, col tacito consenso degli altri, quando il consenso degli altri organi sia necessario ; il che non è sempre ; come non lo é per le consuetudini proprie di ciascuno degli organi parlamentari, la cui efficacia si limita al loro interno.

nelle assemblee parlamentari; onde si comprende altresì l'oscillabilità propria di quella sorta di giurisprudenza che dà origine alla consuetudine parlamentare.

Ma, se ben si osservi, tale difficoltà è comune a tutta la materia del diritto consuetudinario, la quale, per sua natura ribelle a quel grado di oggettivazione che si adegua alla norma di diritto legislativo, sfugge di solito alla segnalazione precisa dello stadio di definitiva formazione di esso e lascia piuttosto apparire il lato dinamico del suo continuo divenire.

Basterà pertanto fissare, come principio generale, che una data norma di interpretazione da parte degli organi parlamentari vuolsi stabilita quale norma giuridica consuetudinaria, allorchè i relativi *precedenti* siensi consolidati in tal guisa da indurre negli organi medesimi la convinzione della necessità impreteribile d'intendere ed applicare quella data disposizione costituzionale o disciplinare quel dato rapporto in quella data maniera, in conformità al diritto esistente ed in rispondenza ad esso.

La interruzione o deviazione che, nella serie dei precedenti, può eventualmente verificarsi, non è sufficiente a far cadere nel nulla l'interpretazione costituita di già con quella norma che attraverso i precedenti stessi abbia preso consistenza, in ispecie se la deviazione si riveli influenzata o determinata da motivi di ordine esclusivamente politico, quali prevalgono con grande frequenza nei corpi parlamentari (1). Ciò, peraltro, non esclude che essa stessa talvolta si rappresenti come indice d'una mutazione avvenuta nella convinzione giuridica da parte dell'organo o degli organi che la pongono in essere, quale espressione di volontà statuale; nel qual caso, si darebbe luogo così al sorgere di una nuova interpretazione consuetudinaria (2), attraverso la disciplina nominativa di una serie diversa di precedenti nuovi, che venissero cioè a costituirsi *ex novo*.

(1) In realtà, se la consuetudine ha un vero fondamento giuridico, la non eventuale osservanza di essa in qualche caso non può eliminarne la esistenza o alterarne la natura giuridica.

(2) Contro, in tesi generale, Criscuoli, scritto cit., pp. 30-31

Ed il caso è segnalato con frequenti ricorsi negli annali delle nostre consuetudini parlamentari.

5. Le maggiori difficoltà sorgono, allorquando vi siano due organi o corpi costituzionali dello Stato, i quali vengano chiamati o si ritengano ugualmente competenti a giudicare intorno al significato ed alla estensione di una data disposizione d'ordine costituzionale.

Il caso si ripete, assai spesso, nei rapporti fra l'autorità parlamentare e quella giudiziaria, tuttochè le ordinarie Corti di giustizia sieno di rado chiamate ad interpretare ed applicare le leggi d'ordine costituzionale là dove non esista l'istituto del sindacato costituzionale: insegnino, al riguardo, le dispute ed i contrasti sorti intorno alla interpretazione ed estensione della prerogativa parlamentare di cui all'art. 45 dello Statuto italiano.

Sarà lecito, in questa ipotesi, affermare che attraverso l'interpretazione consacrata in una lunga serie di precedenti parlamentari siasi potuto far luogo al sorgere di una norma consuetudinaria dotata di tale efficacia da vincolare pure l'organo supremo del potere giudiziario? o dovrà invece prevalere la norma fissata con l'interpretazione della regola costituzionale attraverso la giurisprudenza giudiziaria? (1).

(1) È nota la grande incertezza della dottrina dominante sul posto che vorrebbesi assegnato alla pratica giurisprudenziale nell'insieme delle fonti del diritto. Vi ha una dottrina che tende a considerare il *Gerichtsgebrauch* come una varietà, una forma accessoria del diritto consuetudinario; mentre la dottrina opposta tenderebbe ad erigere la giurisprudenza in fonte giuridica autonoma: alla prima soluzione si attengono di preferenza gli scrittori che ricorrono alla finzione della rappresentanza del popolo da parte dei giuristi; alla seconda, di solito, i costruttori della distinzione, non sempre chiara, del *Volksrecht* e *Juristenrecht* (Cfr. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, pp. 148-149, dove, in nota, si trovano ricordati i principali seguaci delle diverse tendenze; cfr. pure, sul carattere della giurisprudenza, Geny, *Méthode d'interpretation et source sen droit privé positif*, Paris, 1919, Vol. II, p. 49 e segg.; Ferrara, op. cit., p. 148 e segg., 195 e segg.).

Ma la questione é stata di proposito e largamente esami-nata in rapporto alla giurisprudenza *giudiziaria*, sulla cui natura anche oggidí si

In realtà, avanti di poter fare l' ipotesi d' un conflitto di consuetudini, occorrerebbe stabilire che la norma abbia lo stesso contenuto e gli stessi destinatari. Può darsi bensì che la consuetudine formatasi parlamentarmente sorga con la tendenza ad essere come una norma di diritto obbiettivo legiferata ed indirizzantesi a tutti i subbietti ed organi statuali. Ma il più delle volte non avrà tale tendenza, e rappresenterà una norma di condotta propria dell' organo parlamentare e non di altri. E quando si tratti propriamente di *norme interne* (1), non è a parlarsi di conflitto se non nel senso improprio di voler rappresentare il contrasto sorgente dalla soluzione data ad una fattispecie attuale, in confronto con quella risultante dai precedenti lontani od immediati dello stesso organo parlamentare.

Perchè un vero e proprio conflitto esista, occorre riportarsi all' ipotesi di cui sopra: nella quale vuolsi ravvisare l' esistenza di due diverse manifestazioni di volontà emananti da organi statuali egualmente sovrani; ciascuno dei quali senza dubbio, in difetto d' una interpretazione autentica cui abbiano espressamente concorso i tre fattori del potere legislativo, riterrà che il conflitto possa risolversi a proprio favore (2).

6. Rispetto alla consuetudine abrogativa, che, come dicemmo, ha per effetto di derogare al diritto esistente, sostituendogli un diritto discordante, avviene non di rado che si parli della medesima distintamente dalla desuetudine in senso stretto per volerne fare due diverse configurazioni giuridiche, secondochè l' abrogazione del diritto

controverte: essa non è stata mai approfondita rispetto alla *giurisprudenza parlamentare*: certo non é identica la natura dei rapporti che l'una e l'altra sono chiamate a regolare, nè la posizione degli organi da cui rispettivamente esse emanano, rispetto al sistema giuridico dello Stato.

(1) Sul concetto di norme interne, vedasi Zanobini, *Le norme interne di diritto pubblico*, Estratto dalla *Rivista di diritto pubblico*, 1915, fasc. settembre-ottobre, parte II.

(2) Un altro esempio tipico, oltre quello indicato nel testo, é quello delle competizioni sorgenti dalle norme affermate dagli organi parlamentari e da quelli giuridizionali, in merito alla competenza a giudicare i reati ministeriali ed ai limiti di essa.

esistente si verifichi mediante una consuetudine contraria che ad esso si sostituisce, oppure semplicemente per effetto del non uso del medesimo.

Ciò, a dir vero, non sembra fondato nella realtà dei fenomeni; la quale invece dimostrerebbe che non si ha desuetudine senza lo stabilirsi di una consuetudine contraria. Per essere altrimenti, dovrebbero venir meno i rapporti prima governati dalla norma andata in disuso ma, se essi sussistono, non possono essere *sine norma*;: e se non esistono più, non è la norma che va in disuso (il che suppone sempre la potenzialità della sua applicazione), ma sono semplicemente i rapporti di fatto. Così, anche quando sembra in apparenza che sia caduto in disuso un obbligo od una facoltà senza che essi vengano corrispondentemente sostituiti, sta in fatto invece, che, esaminando a fondo la cosa, si trova essere avvenuta la sostituzione di uno stato diverso nel soggetto loro.

Ciò premesso, è giusto constatare che fra le due espressioni suddette esiste effettivamente una differenza; ma solo, in quanto la desuetudine accenna alla parte negativa del fenomeno, il non uso cioè; mentre la consuetudine abrogativa o consuetudine contraria, rilevando ciò che subentra in luogo del non uso, accenna piuttosto al lato positivo di quello.

Si tratta quindi semplicemente di due *aspetti* diversi del fenomeno di cui trattiamo: dei quali peraltro diremo separatamente, malgrado l' identità degli effetti (1).

7. In materia di consuetudine, certamente le maggiori difficoltà e diffidenze sorgono a proposito della forma *abrogativa*, la quale nel campo nostro si estrinseca me-

(1) Cfr. pure, nel senso di non dare alcuna importanza alla distinzione, Degni, op. cit., p. 206, 208, il quale si richiama anche all'autorità del Savigny, che avrebbe mostrato l' identità dei due aspetti del problema nel porre e risolvere la questione dell' ammissibilità della efficacia derogatoria della consuetudine, senza distinguere fra l' uso contrario alle disposizioni legislative e il non uso di queste; e del pari Morelli, op. cit., p. 184, nota 3, al quale sembra evidente che quando un diritto cade un altro si sostituisce sempre.

diante la pratica di principî di attribuzioni e di rapporti statuali, che sarebbero in evidente contrasto con quanto risulta dalla lettera delle leggi costituzionali.

La questione è stata per solito esaminata dal punto di vista generale, che riflette il fondamento della forza derogatoria della consuetudine; e non v' ha dubbio, come ha rilevato il Seidler (1), ch' essa appartenga ai più difficili problemi della scienza giuridica.

L' applicazione del principio che assegna alla consuetudine, come fonte giuridica formale, eguale efficacia che alla legge, diventa a dir vero troppo delicata, quando si tratti di consuetudine sorta in diretto e visibile contrasto con le disposizioni del diritto scritto vigente, per cui si è molto spesso perplessi ad accogliere il principio stesso poichè mentre da un lato esso parrebbe rispondente a necessità di fatto incontestabili, d' altra parte si rivelerebbe assai pericoloso, per la potestà suprema che occorre mantenere alla legge scritta, il far prevalere su di essa l' uso rivoltosi contro le sue disposizioni (2). Ed ancor maggiore il pericolo, allorchè

(1) Cfr. Seidler, *Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des österreichischen Staats- und Verwaltungsrechtes*, Stuttgart, 1898, p. 23.

Alla questione della possibilità o meno di abrogazione delle disposizioni della legge scritta, questione che si pretende mal posta, il Duguit ha voluto sostituire l' altra, se cioè, allorquando una disposizione scritta sia in evidente contrasto col diritto di un popolo in un dato momento e d' altra parte la regola adeguata a questo diritto non sia ancora constatata che da una pratica consuetudinaria, debba applicarsi la legge scritta o la regola consuetudinaria: nel qual caso, egli non esita a dare la preferenza a quest' ultima (cfr. *Droit constitutionnel*, Paris, 1907, p. 57; ed. 1911, vol. I, p. 53-57). Ma quanto egli dice a sostegno della sua tesi significa attribuire forza obbligatoria alla consuetudine di fronte alla legge scritta, che invece la perderebbe, e perciò stesso conferire alla norma consuetudinaria una vera e propria forza *abrogativa*: quindi i termini della impostazione del problema rimarrebbero sostanzialmente immutati, a prescindere dalla loro irrilevanza per il diritto costituzionale, nella cui sfera di rapporti, come notammo, la formazione della consuetudine avviene in diverso modo. E' da avvertirsi, peraltro, che il Duguit tace della predetta questione nella quinta edizione del 1918, a p. 36.

(2) Cfr. Geny, op. cit., I, pp. 391-392, il quale finisce per ridurre la soluzione ad un apprezzamento di fatto.

tale efficacia derogatoria debba potersi rivolgere contro le disposizioni ed i principî fondamentali della costituzione.

Molto restii ad ammettere di regola una tale efficacia si sono rivelati gli scrittori di diritto pubblico tedesco: a capo di tutti, il Laband, il quale nega per principio la forza derogatoria dei diritto consuetudinario, tentando di far reagire la eventuale mancanza di vigore del diritto legislativo sulla tacita volontà del legislatore stesso, in quanto, ove più non sussistano i presupposti sulla cui base soltanto costui ha emanato la legge, questa stessa legge avrebbe perduto la sua forza; epperò la pretesa virtù derogatoria del diritto consuetudinario si ridurrebbe alla interpretazione della legge ed alla regola, che la legge non sia da applicarsi a quei casi ai quali essa stessa non pretende punto di essese applicata (1).

Gli altri scrittori in genere, o si sono appoggiati a questa concezione, oppure limitati a riconoscere puramente il valore del diritto consuetudinario nel campo del diritto pubblico, più spesso limitandone o negandone al forza derogatoria (2).

Pare peraltro, secondo l'opinione più esatta, e rispondente del resto ai principî da noi fissati, che codesta forza derogatoria debba ammettersi.

(1) Cfr. *Staatsrecht*, ed. 1911, II, pp. 75-76. Ma si noti che una tale spiegazione, giusta, secondo taluno, solo in quanto vi sono di fatto dei casi di diritto consuetudinario derogatorio, in cui a causa dei mutati presupposti può ammettersi che il legislatore stesso abbia voluto tacitamente posta fuori vigore la legge contrastante, sarebbe invece ingiusta, in quanto si volesse estendere a tutti i casi di diritto consuetudinario derogatorio e si pretenda di avere con ciò risolto esaurientemente il problema; poichè, per contro, vi sarebbero dei casi, pei quali i presupposti sulla cui base è stata emanata la legge derogata non abbiano subito alcuna mutazione, ed ai quali quindi codesto motivo esplicativo non potrebbe essere applicabile (cfr. Seidler, op, cit., pp. 23-24).

(2) Cfr. specialmente Mohl, *Würtemberg. Staatsrecht*, I, p. 76; Zorn, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Berlin, 1895, I, pp. 398-399; Ulbrich, *Oesterreichisches Staatsrecht*, Tübingen, 1909, p. 5; Schulze *Preussische Staatsrecht*, Leipzig, 1888, I, pp. 6, 14; Gareis, *Allgemeines Staatsrecht*, in *Handbuch des öff. Rechtes*, 1883, pp. 29-21; Hauke, *Grundriss des Verfassungsrechtes*, Leizpig, 1905, pp. 3-4.

Pur riconoscendo che nel processo formativo di una consuetudine giuridica in contrasto con la legge debba ravvisarsi una rivoluzione di forma mite, com' è stato detto (1), vuolsi ritenere che, divenuta la legge in casi speciali inefficace, essa venga con ciò a mancare di vigore di fronte ad una norma consuetudinaria contraria, cui quella inefficacia ha reso appunto possibile di formarsi efficacemente, per poi sostituirsi alla volontà normativa espressa dalla legge (2).

Ed in verità, è innegabile che, nella sfera del nostro diritto, i fatti si impongono ineluttabilmente alle teoriche, per far ritenere sussistente la efficacia derogatoria della consuetudine, sovente messa in dubbio dalle medesime (3).

8. Intanto, la cosa non pare che presenti difficoltà per le costituzioni non scritte e flessibili, come l' inglese, presso la quale si è potuta esercitare in sommo grado la funzione della consuetudine, come derogatrice e trasformatrice del diritto.

(1) Così vorrebbe ritenere Seidler (op. cit., pp. 27-28), in quanto che si verificherebbe una violazione giuridica con la conseguente formazione di diritto consuetudinario contrario. Egli riconosce esplicitamente, a p. 39, che la storia costituzionale di tutta una serie di Stati darebbe la prova della grande forza derogatoria della consuetudine nel campo del diritto costituzionale, dove specialmente essa potè esercitare una salutare efficacia, evitando più serie e pericolose trasformazioni della vita dello Stato e del diritto.

(2) In senso più generale ed estensivo può affermarsi che il vigore di un dato ordinamento giuridico statuale è senza dubbio connesso alla sua efficacia, talché, per quanto vi sia differenza fra efficacia e validità, si suole considerare come in vigore un ordinamento che sia di regola anche efficace; ed a misura che nuove consuetudini diminuiscono, con la propria, la efficacia delle disposizioni costituzionali in vigore, si va formando un diritto nuovo, che acquista vigore in luogo del precedente (sui rapporti fra la efficacia ed il vigore di un ordinamento giuridico, e sopratutto sulla necessità di riportare ad una sfera di conoscenza estranea al diritto il motivo della regolare efficacia delle sue norme, ha interessanti rilievi il Kelsen, *Das Problem der Souveränität* ecc, cit., p. 94 e segg.).

(3) Prevale da noi la teoria che la consuetudine non possa abrogare la legge, come ha notato di recente il Ferrara, op. cit., p. 255; ma nel diritto pubblico la questione è più controversa, e diversi autori tendono ad ammettere il contrario, come già notammo nello studio precedente.

Una costituzione non scritta è inevitabilmente più soggetta, di quanto non sia una costituzione scritta, alle modificazioni determinate dall'uso, che vengano allontanandola su parecchi punti dalla sua forma originaria, nel senso di configurarla in contrasto con questa. Ed infatti la costituzione inglese vi è stata costantemente assoggettata, specie in forza del potere assoluto ch' essa riconosce al Parlamento per codeste modificazioni.

Uno dei maestri più eminenti del diritto costituzionale inglese, l' Anson, la raffigura appunto come un complesso di regole gradatamente adattate alle circostanze, un insieme di adattamenti incoscienti della pratica alle esigenze del momento, onde sono originati cambiamenti, che hanno avuto per principale conseguenza di determinare una vera divergenza fra la teoria e la pratica; per guisa che si trovano spesso dei poteri affidati dalla legge a certe mani che non li esercitano giammai di fatto, mentre poi altri sono esercitati di fatto da persone che la legge non conosce punto (1).

E questa nuova condizione di fatto viene a poco a poco a confondersi col diritto, in grazia sopratutto della efficacia riserbata alla *lex Parliamenti*, la cui importanza, come mezzo potente di trasformazione della costituzione, è stata assai bene messa in luce dall' Hatschek; il quale sostiene che la natura giuridica del regolamento parlamentare inglese sia tale da offrire in prevalenza diritto consuetudinario derogatorio (2), a differenza del Continente, dove i tentativi di mutazione non potrebbero aver luogo che furtivamente ed in segreto (3): avverrebbe bensì non di rado che le norme regolamentari portino il carattere di usurpazioni nel porre il diritto, ma tali usurpazioni intra-

(1) Cfr. *Loi et pratique constitutionelles de l'Angleterre, Le Parlement*, Paris, 1903, pp. 37, 38, 41-42.

(2) Cfr. Hatschek, *Englisches Staatsrecht, Die Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1905, pp. 365-366.

(3) Op. cit, p. 582, in nota.

prese dalla Camera bassa diventerebbero diritto attraverso il lungo esercizio (1).

Nella lex Parliamenti, nel diritto consuetudinario parlamentare, che tante modificazioni costituzionali ha prodotto e produce ognora, sarebbe da ricercarsi l'origine dello stesso Governo parlamentare (2), il cui sistema è andato formandosi, per mezzo della consuetudine, in contrasto col costituzionalismo (3). E così la costituzione si trasforma e si rinnovella mediante una continua deroga al precedente diritto costituzionale, che dà origine ad una nuova condizione giuridica, fissata sulla base della consuetudine (4).

9. Senonchè la consuetudine abrogativa può esercitare la sua efficacia giuridica anche nelle costituzioni *scritte* e *rigide*.

Non è possibile impedire che non solo accanto ad esse, ma anche *di fronte* ad esse si sviluppi un diritto costituzionale non scritto e si formino principî di diritto costituzionale materiale (5), che possono eventualmente produrre notevoli mutamenti costituzionali.

Di ciò parrebbe a prima vista doversi dubitare, potendo obbiettarsi che alla volontà tacita degli organi legislativi, cui attribuimmo il fondamento della forza obbligatoria della consuetudine costituzionale, non sarebbe lecito assegnare una maggiore forza ed efficacia giuridica

(1) Cfr. op. cit., p. 367, 369: dove l'A. dimostra che il non diritto consuetudinario parlamentare di fatto può trasformarsi in diritto consuetudinario mediante due momenti: la incontrollabilità delle risoluzioni parlamentari da parte dei giudici, ed il potere coattivo posseduto da entrambe le Camere contro gli individui ribelli.

(2) Cfr. op. cit., p. 582-583.

(3) A questo fatto notissimo, di cui si fece già parola, accenna anche il Seidler, op. cit. p. 39.

(4) Sul carattere flessibile della costituzione inglese e sulla consuetudine come fonte di emendamenti costituzionali, v. Grassi, *Il referendum nel Governo di Gabinetto*, Capo V. Il Caristia, op. cit p. 48-49, ha di recente ricordato i principali mutamenti costituzionali introdottisi, quasi insensibilmente, in Inghilterra ad onta del diritto scritto.

(5) Ciò è stato notato da Jellinek, *Staatslehre*, ed. cit, p. 491.

che allo stesso loro concorso espressamente manifestato, il quale, com'è noto, non potrebbe in questi Stati modificare le disposizioni costituzionali con una semplice legge, facendo a meno cioè delle maggiori garanzie di forma all'uopo richieste dalla costituzione.

Ma è facile avvertire che l'azione del consenso *tacito* deve estendersi in essi Stati anche al potere costituente, il solo intitolato a modificarne la costituzione: per cui, la consuetudine che sorga in seno ad uno dei corpi politici in senso contrario ad una disposizione costituzionale, allorchè quest'altro potere dimostri di consentirla con atti di adesione passiva, può perciò a poco a poco diventare legittima, e una volta consolidatasi, non essere più attaccata d'incostituzionalità; in questo caso si direbbe formalmente intervenuto, per quanto tacitamente e implicitamente, il consenso di tutti quei poteri, il cui concorso è costituzionalmente richiesto per una riforma della costituzione (1). Si vorrebbe anzi estendere l'efficacia di codesto consenso tacito persino a quel potere che esercita il sindacato costituzionale sulle leggi, là dove esso esiste, per modo da rendere anche colà legittime quelle formazioni di diritto consuetudinario che, pur essendo sorte in contrapposto alla costituzione, non siano state in qualche modo contraddette dagli organi di quel potere (2).

Pertanto, di fronte alle costituzioni non rigide, l'unica differenza consisterebbe nel maggior numero degli organi intitolati a cooperare e concorrere alla formazione della consuetudine; ma potendo essere tale concorso, come lo è per la maggior parte dei casi, passivo e tacito anzichè espresso, così il processo formativo della consuetudine potrà efficacemente svolgersi anche qui, per quanto meno speditamente (3).

Il fatto accennato spiegasi ponendo mente alla forza irresistibile della consuetudine, determinata per via indi-

(1) Cfr. in questo senso Miceli, *Analisi giuridica* ec., cit., p. 47-48.

(2) Tale concetto è nell'ordine d'idee dell'autore dianzi citato, ivi, p. 48.

(3) Cfr. ivi, pp. 49-50.

retta dai coefficienti di cui parlammo e immediatamente dalla coscienza dell'organo o degli organi statuali che l'hanno originata, mediante la pratica dell'atto da parte di uno di essi, non contraddetta oppure tacitamente approvata dagli altri in caso di necessità del loro concorso. Per cui la rigidità di un ordinamento politico non costituisce un ostacolo all' efficacia abrogativa della consuetudine, la quale per tal via riesce a produrre le più potenti trasformazioni costituzionali; la cui esistenza, invero, non è contraddetta neppure da quegli scrittori che teoricamente si mostrano avversi a questa specie di consuetudine.

Gli esempî al riguardo non mancano certamente, per quanto talune volte siasi contestata la portata giuridica dei fatti cui si riferiscono (1-2), specie in Germania, dove

(1) Caratteristico, sopra tutti, per la Germania, l' esempio riguardante la iniziativa imperiale per le proposte del Bundesrat, la quale viene considerata come un'importante mutazione di diritto consuetudinario della costituzione dell'Impero pur rimanendone immutato il testo al riguardo (cfr. per tutti Jellinek, *Staatslehre*, ed 1905, pp. 522-523). La grande importanza pratica della iniziativa imperiale é ammessa anche da Laband, *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresden, 1895, pp. 19-21; ma egli non consente nella esistenza giuridico-formale della medesima. Contro, anche Seulen, *Verfassungsaenderungen nach Preussischem und Reichsrecht*, 1002, p. 11; il quale dimostra di considerare la consuetudine come un mezzo di mutazione *anormale* della costituzione e ne esclude la forza derogatoria così in linea generale come in rapporto alla Prussia ed all'Impero, contestando espressamente i due esempi generalmente dedotti a favore del diritto consuetudinario per l'uno e per l' altro (ivi, pp. 58-61).

(2) Per gli Stati Uniti, si ricorda specialmente la formazione dei Comitati parlamentari stabili, mediante i cui Presidenti i Segretari di Stato, di fatto, stringono relazioni col Congresso, contrariamente alla costituzione (cfr. Jellinek, *Staatslehre*, ed. 1905, p. 523; Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel*, Paris, 1885, pp. 150-151; Wilson, *Le Gouvernement Congressional*, Paris, 1900, spec. a p. 54 e segg.). Ma in special modo, sui modi di mutazione della costituzione americana, fra i quali appunto la pratica consuetudinaria, si è intrattenuto il Bryce, *La République américaine*, Paris, 1900; dove egli considera la consuetudine come il metodo più facile e più frequente di mutazione costituzionale, ammettendo che essa spieghi particolarmente la sua attività in ciò che concerne la

peraltro le teoriche ostili all' efficacia giuridica del diritto contuetudinario rispecchiano forse più che altrove le condizioni speciali di quello Stato, le quali hanno effettivamente determinato un' influenza assai limitata a favore di questo diritto, tanto da essersi potuto quivi conservare

condotta pratica dal Governo (ivi, vol. I, p. 512, 553); ed offre una serie di esempi assai significativi (ivi, pp. 554-557), dai quali emerge che le principali regole consuetudinarie riguarderebbero privazione, rinuncia. concessione, restrizione di diritti, o uso di poteri, o formazione di corpi speciali; molti dei quali si potrebbero bensì far rientrare sotto la forma della consuetudine introduttiva, ma tutti implicanti più o meno una efficacia derogatoria di fronte alla lettera ed allo spirito della costituzione: pei risultati dello sviluppo della costituzione, v. il capitolo XXXV. Cfr. pure al riguardo Caristia, op. cit. p. 49-50.

Vero é, peraltro, che, a riguardo della efficacia giuridica di codeste consuetudini, dalle quali specialmente deriverebbero i diversi tratti salienti del Governo americano attuale, l'autorevole scrittore vorrebbe istituire una differenza fra le costituzioni flessibili e quelle rigide, nel senso che in queste ultime, diversamente che in quelle, tali usi e consuetudini non potrebbero considerarsi come parti integranti della costituzione, né come conseguenze necessarie delle sue regole (vedi ivi, pp. 556-558). Ma — a prescindere dalla distinzione da lui introdotta al riguardo fra consuetudini ed usi svolgentisi attorno a subbietti menzionati o taciuti dalla costituzione — egli non può a meno di riconoscere che, pur quando la questione della legalità di un atto fatto in conformità all'uso si pone dinanzi alle Corti, queste sono piuttosto inclinate ad appoggiare il fatto compiuto, e la Corte suprema trova sempre un terreno adatto per seguire l'opinione pubblica e dare ai termini della costituzione una interpretazione assai larga; al quale riguardo, anzi, sarebbe giusto il dire che appunto l'opinione pubblica avrebbe grandemente contribuito ad evitare possibili conflitti, conducendo i tribunali a dare la loro suprema sanzione a misure ed usi a primo aspetto incostituzionali (ivi, pp 558, 559; nella traduz. italiana del Brunialti, Torino, P. 1ª, 1913, vedasi, per tutta questa materia, a p. 467 e segg.).Ond'è, che ritorna in campo il concetto della possibilità che la efficacia derogatoria della consuetudine diventi *giuridica* anche nelle costituzioni a tipo più rigido, come l'americana, per effetto del consenso implicito di quegli organi che sarebbero chiamati indirettamente a controllarne l'azione, allo scopo che questo sindacato costituzionale,come avviene appunto in America, specie in riguardo alla consuetudine, si eserciti solo di nome. Epperò, per tal modo anche consuetudini per loro natura anticostituzionali potrebbero venire ad essere sanate, se non pure a costituire parte integrante della costituzione, per rigida che essa sia.

assai più che in altri Stati inalterato il valore giuridico e politico della cessata costituzione.

Tuttavia, anche a proposito dell' Impero tedesco, furono addotti dal Jellinek, a riprova di importanti modificazioni costituzionali verificatisi senza intervento di fattori legislativi e determinati dalla *necessità*, degli esempî assai interessanti, che ben si possono considerare, secondo noi, come formazioni di diritto consuetudinario derogativo, avvenute in contrasto con la costituzione. Tali: la stabilità acquistata dal Bundesrat, punto in armonia col contenuto e lo scopo della cessata costituzione dell' Impero, e che pure non appariva più ad alcuno come una istituzione anticostituzionale; la trasformazione subìta dalla posizione del Cancelliere dell' Impero, pur essa inaccordabile con la lettera ed il contenuto della costituzione; la stabilità acquistata dalla istituzione dei rappresentanti responsabili del Cancelliere dell' Impero in contrasto con la originaria natura della medesima, cui la lettera della costituzione considerava una semplice istituzione facoltativa (1).

Diremo di più: la rigidità dell' ordinamento politico talvolta non può neppure impedire le trasformazioni che operi la legge in senso contrario alla costituzione (2), e non lo può appunto in grazia dell' efficacia derogatoria *indiretta* esercitata in tali casi dalla consuetudine.

Infatti, come ha notato lo stesso Jellinek, un numero abbastanza copioso di mutamenti costituzionali presso le costituzioni rigide si effettua anche per via di semplici leggi o risoluzioni; nè esiste, nella maggior parte degli Stati privi dell' istituto del sindacato giudiziario sulla materiale concordanza della legge con la costituzione, alcuna determinata garanzia che codeste semplici leggi, in con-

(1) Cfr. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin, Hâring, 1906, pp 22-27: dove vengono acutamente rilevati, per quanto forse non valutati decisivamente nella loro portata giuridica, questi fatti spesso inosservati o male spiegati dai precedenti scrittori; v. un accenno, di recente, nel Caristia, op. cit., p. 51.

(2) Contro, Miceli, *Analisi giuridica*, cit., p. 49.

trasto col diritto costituzionale, non modifichino la costituzione con efficacia giuridica (1).

In specie riguardo al cessato Impero tedesco, dove pure per massima avrebbe dovuto ad ogni atto della legislazione contraddicente ad una disposizione della costituzione precedere una mutazione di quella stessa disposizione, è stato rilevato come questa forma non venisse di fatto osservata: infatti, durante le prescrizioni vigenti per le mutazioni costituzionali, sarebbero state emanate semplici leggi, che hanno abrogato o modificato o destituito di applicazione in determinati casi vere disposizioni costituzionali: eppure fu ammesso da scrittori autorevoli, che « per la *prassi* costante, che assiste questa procedura, deve la medesima essere considerata come *riconosciuta per diritto consuetudinario* » (2).

Tratterebbesi pertanto di annettere così efficacia giuridica ad una consuetudine, che implica una vera e propria forza *derogatoria*, sia pure *indiretta*, in quanto consente e legittima l' emanazione di leggi altrimenti incostituzionali.

In questo senso si comprende come la consuetudine non solo possa sorgere *direttamente* in contrasto alle disposizioni costituzionali, ma per altro verso sanare l' incostituzionalità dell' azione a questo riguardo esercitata dai principali corpi costituzionali dello Stato, postochè essi

(1) Cfr *Staatslehre*, pp. 253-524; contro, Criscuoli, op. cit, p. 22-23.

(2) Cfr. Meyer, *Lehrbuch d. D. S. R.*, ed. 1905, p. 587, il quale soggiunge che le obbiezioni mosse da taluni scrittori contro la procedura in vigore, per quanto in principio sieno fondate, hanno perduto la loro importanza di fronte alla *prassi costante* (ivi, p. 589). Il fatto è rilevato anche da Haenel, *Deutsches Staatsrecht*, Leipzig, 1892, I, p. 785, e da Zorn, *Staatsrecht*, cit., I, p. 432. Vero è che dando alla prassi, nelle costituzioni rigide, la virtù di creare nel riguardo un *diritto consuetudinario di deroga* (quale si avrebbe, ritenendo legittime e valide le semplici leggi che mutino la costituzione contro il disposto di questa), si viene a dire in sostanza che sarebbero illusorie le prescrizioni più gravi escogitate dalle costituzioni rigide per le mutazioni costituzionali. Ma così è di fatto, per la forza derogatoria che la consuetudine ha, all' infuori che in quei paesi dove esiste il sindacato costituzionale, ed anche in questi entro certi limiti.

sono sovrani per decidere sulla costituzionalità della loro condotta medesima (1).

10. I principî dianzi esposti si rivelano naturalmente vieppiù applicabili per le costituzioni scritte, che non contemplino espressamente forme e garanzie speciali per la loro mutazione, fra le quali la nostra.

Che la consuetudine, presso di noi, siasi esercitata spesso con vera e propria efficacia derogatoria, di fronte a parecchie disposizioni costituzionali, non sembra ormai più possibile di contestazione: la concordia degli scrittori su questo punto è grande, malgrado i recenti dissensi, che, come si è visto, nel senso di escludere la consuetudine come fonte immediata di diritto, appariscono infondati.

Solo piace rilevare, come la forza derogatoria della consuetudine costituzionale si è in Italia affermata per lo più in maniera indiretta: chè di regola neanche per mezzo della legge si è creduto opportuno derogare direttamente alle disposizioni deilo Statuto. A prescindere da molte norme che, in contrasto più o meno diretto e sensibile con quelle statutarie, sono state emanate dal Parlamento italiano forse per la desuetudine in cui erano cadute quelle statutarie (2), altre per l'origine loro sarebbero apparse incostituzionali, ove non fosse intervenuta l'azione derogatoria della consuetudine.

---

(1) Non vale eccepire che si tratti, nei casi addotti, di semplici *mutazioni di fatto*, quando non essendovi controllo giurisdizionale, esse s'impongono con efficacia uguale a quella determinata dalle mutazioni seguite in conformità alle prescrizioni del diritto.

(2) Cfr. l'accenno di Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa*, Roma, 1902, p. 25 Per avere una conoscenza di codeste norme spesso non conformi alla lettera della legge fondamentale o non in armonia con esse, si può utilmente consultare l'appendice di Arcoleo, *Diritto Costituzionale*, Napoli, 1904, a p. 228 e segg: significatissime le deroghe avvenute con una serie di leggi di fronte all'art. 55 dello Statuto, specie al capoverso riguardante la discussione delle leggi (v. ivi p. 30; ed anche Miceli, *Analisi giuridica*, cit., p. 45-46, riguardo agli effetti della consuetudine, rispetto a questa disposizione).

Così, e non altrimenti, si spiega l'esempio con grande frequenza citato a proposito di consuetudine derogaroria, e che secondo noi costituisce il caso veramente tipico di essa, intesa nel suo primo aspetto: alludiamo a quello riferentesi alla disposizione contenuta nell'art. 53 dello Statuto, rispetto alla legalità e validità delle sedute e deliberazioni delle Camere.

È noto come al criterio della maggioranza assoluta ivi richiesto sia stato sostituito quello della maggioranza relativa, pel quale non si computano nel numero legale i deputati o senatori assenti per congedo od altra legittima causa. Ed è da rilevarsi che codesto secondo criterio, evidentemente contrario alla lettera della costituzione, è stato dalle Camere stesse adottato nei loro rispettivi regolamenti, le cui relative disposizioni, con le conseguenti modificazioni prodottesi, avrebbero dovuto ritenersi incostituzionali (1).

Per quanto si tratti, come nel caso, di disposizione riguardante il funzionamento interno delle Assemblee, il cui regolamento è lasciato di regola a questi stessi corpi, pure è risaputo che le medesime non possono arbitrariamente mutare una di codeste disposizioni, allorchè essa sia entrata a far parte, per la sua speciale importanza, della costituzione dello Stato: esse non potrebbero essere modificate che per legge. Eppure la consuetudine ha fatto sì che, non essendosi gli altri organi legislativi, rispetto a quello che ha operato la modificazione per regolamento, opposti agli atti approvati con la norma determinata dal criterio della maggioranza relativa, ed essendosi quindi presunto, di fronte al concorso diretto di uno di questi organi, il consenso *indiretto* degli altri, quella data modificazione, per sè stessa incostituzionale, è diventata legittima; per guisa da far ritenere *abrogata* la disposizione dell'art. 53 dello Statuto, in quanto fissava invariabilmente

---

(1) Cfr. in materia gli art. 35 e 36 del Regolamento della Camera; e per la storia del procedimento, Mancini e Galeotti, *Norme ed usi del Parlamento Italiano*, Roma, 1887, p. 125 e segg.

ed in modo assoluto il *quorum* per la validità delle sedute e deliberazioni delle Camere (1).

Senza che occorra ricordare altri esempi (2), riguardanti piuttosto rapporti non essenziali o casi di deroghe avvenute mediante leggi, almeno secondo taluni (3), si può senz'altro ritenere che il diritto pubblico italiano riconosce la forma della consuetudine abrogativa: come risulta ancor meglio dall'esame, che ora faremo, del suo aspetto negativo.

11. L'atteggiamento negativo della consuetudine si concretizza nella desuetudine in senso stretto, la quale nel campo del diritto costituzionale si riferisce più specialmente al non uso del potere statuale (4).

(1) Il Racioppi si limita ad affermare che la necessità delle cose ha indirettamente *quasi* abrogato l'art. 53 (*Commento*, cit., III, p. 75). Altri come il Miceli (*Diritto parlamentare*, loc. cit., p. 442, ove è diffusamente trattato della storia dell'applicazione di esso articolo), e più specialmente il Ranelletti, scritto cit., p. 25, ed il Chimienti, op. cit. p 164, vorrebbero piuttosto considerare la deviazione in parola come determinata da una consuetudine interpretativa, anche per ciò che riguarda la presenza del numero legale. Ma, in realtà, tratterebbesi, se mai, di interpretazione che *deroga* al disposto dell'art. 53 dello Statuto, ed una tale efficacia derogatoria della legge sarebbe stata accolta, appunto per opera della consuetudine, nella sfera del nostro diritto parlamentare.

(2) Il Caristia, op. cit., p. 65-66, ha voluto di recente assumere come esempio di consuetudine abrogativa la estensione data praticamente ai casi di approvazione parlamentare di cui all'art. 5 dello Statuto. Senonchè a noi pare che qui si tratti, più che di consuetudine *contra legem*, di una consuetudine interpretativa di carattere estensivo; il che è altra cosa, in quanto non contraddice propriamente alla disposizione costituzionale.

(3) Così il Donati, op. cit. p. 149, in nota, che ridurrebbe ad una mezza dozzina i casi citati come esempi di abrogazione per consuetudine di espresse disposizioni costituzionali e non riguardanti rapporti di grande importanza; ed il Ranelletti, scritto cit., p. 24-26, pel quale si potrebbero logicamente spiegare in altro modo: della stessa opinione, Traversa, op. cit., per 47-48. Ma — salvo a ritornare su ciò appresso — osserviamo fin d'ora che non perciò è lecito negare alla consuetudine valore di fonte diretta e immediata, in senso derogativo: ed invece è a ritenersi che, in questa forma, la sfera di applicazione della consuetudine sia soltanto più ristretta (analogamente, Caristia, op. cit., pp. 52,65).

(4) Essa è ammessa esplicitamente, come forma speciale del diritto pubblico interno, da Aranzio Ruiz, *Istituzioni*, cit., p. 503-504, che riduce propriamente la consuetudine abrogativa alla mancata applicazione costante uniforme ininterrotta, di una regola giuridica scritta, in base alla persuasione ingeneratasi, a causa della lunga inosservanza, che lo Stato o altro ente pubblico abbia tacitamente rinunziato a valersi di una potestà non più conforme alle mutate esigenze sociali.

Questo potrebbe in ipotesi estendersi — per quanto il caso si presenti assai eccezionalmente — ad un complesso di istituzioni politiche ed alla costituzione intera; nella quale fattispecie condurrebbe, attraverso un lungo periodo di tempo, alla effettiva distruzione di un dato ordinamento statuale (1).

Ma, più di frequente, il non uso si concreta:

a) rispetto a diritti o poteri costituzionali speciali, che verrebbero mano mano abolendosi nella pratica; oppure

b) rispetto a mezzi di tradurre in atto cosiffatti poteri, cui del pari col non uso verrebbe a mancare la ragion d'essere.

12. La desuetudine si rivela per solito, nella sua maniera più sensibile ed efficace, con la mancanza costante di esercizio di un'attribuzione di potere statuale, in luogo della quale, con l'aspetto positivo della consuetudine dianzi accennato, subentra un uso diverso da quello indicato o sottointeso dalla legge costituzionale.

Un esempio assai interessante di consuetudine costituzionale, nel suo aspetto negativo, sarebbe quello del non uso del potere di veto attribuito al monarca, ossia della potestà di rifiuto della sanzione, di cui egli è investito come parte del potere legislativo.

È risaputo che in Inghilterra, da oltre due secoli a questa parte, il Re non ha fatto più uso di questo diritto; e lo stesso si è verificato nelle monarchie parlamentari sorte ad imitazione della costituzione inglese. Ond'è che la moderna dottrina costituzionale, tenendo conto del modo di svolgersi dei rapporti della vita costituzionale inglese al riguardo, ha sostenuto che questo potere di veto della

(1) Cfr. i rilievi interessanti fatti al riguardo dall'Jellinek, *Verfassungsänderung*, cit., pp. 44-46.

Corona sarebbe venuto perdendosi ed annullandosi per la mancanza dell' uso. Esso infatti sarebbe incompatibile con un governo strettamente parlamentare; imperocchè il Gabinetto avrebbe a sua disposizione dei mezzi per impedire che vengano in porto leggi non accettabili, durante il periodo della loro formazione stessa, senza uopo di ricorrere perciò all'estremo diritto di rifiuto del monarca.

Vero è, che questa tesi della incompatibilità del rifiuto di sanzione con un sistema di governo parlamentare è stata autorevolmente combattuta, pure in relazione ad altri paesi oltre l' Inghilterra. Così, il Jellinek ha affermato che per vari motivi, non ultimo il desiderio di non esporre la persona del monarca, si evita generalmente di applicare il veto, come appunto in Inghilterra, benchè secondo la tradizione costituzionale, il Re sarebbe quivi costretto a ricorrervi per quanto dolorosamente in casi eccezionali, ove il Gabinetto lo volesse; e questa attribuzione del veto costituirebbe ognora una forza politica reale di grande importanza, non del tutto annientata in quello stesso paese quale mezzo impeditivo della legislazione, malgrado la costante mancanza di esercizio di essa. Pertanto, da un difetto così prolungato di esercizio di questo potere non si dovrebbe arguire che le corrispondenti disposizioni costituzionali e legislative sieno diventate dissuete; anzi si potrebbe dire che il diritto di potestà statuale sia per sua natura imprescrittibile. Apparterrebbe ad una delle ricerche più difficili la determinazione, nei casi singoli, del punto fino al quale un potere non esercitato mai di fatto sussista o non, cioè se esso sia in vigore ed abbia l' efficacia di dimostrare in qualche caso il suo valore normativo per la vita statuale (1).

In definitiva, dunque, si verrebbe cosí ad evitare di risolvere la questione; o meglio, si vorrebbe fissare, come principio giuridico generale, la inammissibilità della desuetudine, e ridurre piuttosto la questione medesima ad un puro apprezzamento di fatto, nei casi singoli.

(1) Cfr. Jellinek, op. cit,. pp. 35-41.

Certo qui non si tratta di ricorrere all'esempio di paesi non governati con la forma parlamentare; se si guarda a questi ultimi, esso depone, bensì, per la possibilità di reviviscenza del potere in parola, ma solo pei casi eccezionali.

È fuor di dubbio che l' annullamento della potestà del veto regio non fu giammai ufficialmente proclamata dal Parlamento inglese, e questa parte della prerogativa regia, al pari di ogni altra, potrebbe rivivere, ove un qualche Gabinetto ne scorgesse la necessità, assumendosene per sè tutta intera la responsabilità: il che potrebbe ripetersi per gli altri Stati a forma parlamentare, il nostro compreso.

Ma è pure indubitato che la pratica di quella potestà nelle condizioni di vita normale dello Stato urterebbe direttamente contro lo spirito della costituzione, qual' è venuto delineandosi attraverso la nuova configurazione giuridica da essa assunta appunto con la forma parlamentare; la quale, checchè si dica in contrario, esclude l' *uso normale* di quel potere da parte della Corona. Tale uso non potrebbe in alcun modo accordarsi con la struttura essenziale e lo spirito informatore del Governo di Gabinetto secondo la nuova coscienza formatasi negli organi fondamentali dello Stato, per ripercussione delle esigenze della sua vita costituzionale.

Pertanto vuolsi ritenere che il non esercizio di una data potestà da parte di uno degli organi costituzionali, tacitamente consentito dagli altri per un tempo lunghissimo, abbia tolto a quella il vigore normativo per i casi ed i rapporti della *vita normale* dello Stato, cui appunto la consuetudine tende a regolare, nei suoi diversi aspetti.

Nè, ad infirmare un tal principio, può ritenersi sufficiente l'accenno ad una possibilità di risurrezione dell'uso di quella potestà per casi eccezionalissimi; perocchè, in occasione ed a proposito di questi, sarebbe forse più proprio ritenere che si verifichi una *restauratio ex novo* della medesima (1).

(1) Così sembra che possa dirsi del diritto di rifiuto del bilancio; il quale, se vuolsi considerare come *dissueto* nei casi normali, potrebbe però risorgere in casi eccezionalissimi, siccome arma estrema di resistenza legale, dal punto di vista politico.

13. Contro questa veduta, che del resto è condivisa sostanzialmente da molti scrittori (1), ci sembra che indarno abbia voluto insorgere di proposito il Marchi (2), ritenendola infondata.

L'argomento perentorio contro l'affermata desuetudine, sulle tracce medesime su cui si era posto il Jellinek, si trarrebbe, secondo lui, dalla giuridica impossibilità di poter parlare, in questo campo, di desuetudine, data la natura della competenza di rifiuto della sanzione, la quale sarebbe tale da non potersi perdere col non uso, trattandosi di una di quelle competenze discrezionali affidate ad un organo in vista di un interesse essenzialmente pubblico, il cui esercizio o non esercizio vengono ad esser fondati su circostanze di fatto immensamente variabili (3).

Ad escludere, invece, la possibilità d'un eventuale rifiuto di sanzione da parte della Corona, soccorrerebbe un principio di vera e propria correttezza costituzionale (4), non essendo, d'altronde, da ritenersi incompatibile il potere della Corona di rifiutare la sanzione col fondamento della forma speciale di Governo parlamentare (5).

In verità, a noi pare che, qualunque opinione si voglia accogliere in merito al fondamento giuridico di questa forma di Governo, ciò non influisca sul fatto che, pur essendo rimasta la lettera della costituzione, la quale concede alla Corona il predetto potere, si è però profondamente modificato lo spirito della medesima, in guisa da rendere quello stesso potere una lettera morta, come ritengono i più, data l'impossibilità attuale di attuazione pratica di esso, sgorgante dal meccanismo e dalla natura del Governo di Gabinetto.

Di qui appunto deriva il fatto del non uso costante, in circostanze normali, di quella potestà; la quale, cioè, in

(1) Essi si trovano ricordati nel recente lavoro del Marchi, *Sul concetto di legislazione formale*, Milano, 1911, pag. 150 e segg., in nota.

(2) Marchi, op. cit., p. 154.

(3) Ivi, pag. 154-155.

(4) Ivi, p. 157.

(5) Ivi, p. 160 e segg.

tanto più non si esercita di solito dalla Corona, in quanto il non esercizio di essa è indissolubilmente connesso alla *nuova* struttura giuridica assunta dal Governo parlamentare (1).

Epperò, a nulla giova il fare ricorso all'indole della facoltà di rifiuto della sanzione per farla ritenere insuscettibile di desuetudine; nè è rilevante la considerazione che la facoltà stessa possa ricomparire, *ex novo*, in *casi anormali*.

Non la correttezza costituzionale è quella che ha imposto alla Corona un dovere analogo al dovere giuridico, quello di non far uso di detta potestà, come vuole il Marchi (2); ma la desuetudine ha imposto al Monarca il dovere *giuridico* di non farne uso in *casi normali*, talchè, operando altrimenti, egli violerebbe lo *spirito* della costituzione, farebbe atto anticostituzionale (3).

Nè si dica che, così, si rende inconciliabile il dovere giuridico della Corona di sanzionare le leggi col potere ad essa espressamente riconosciuto dalla lettera della Costituzione di rifiutare la sanzione (4). Imperocchè tale potere, quale risulta *letteralmente* dalla costituzione, è soverchiato appunto dallo spirito di essa, com'è venuto delineandosi attraverso l'evoluzione giuridica della medesima.

Sicchè, ad evitare di aggirarsi in un circolo vizioso, è giocoforza ammettere come insufficiente il ricorso ad una regola di pura correttezza costituzionale per ispiegare il meccanismo con cui attualmente funziona la facoltà in parola, riserbata solo ai casi eccezionali.

(1) Gli argomenti addotti a sostegno di questo principio si trovano ricordati esaurientemente dallo stesso Marchi, op. cit., pp. 163-164; nè la confutazione da lui fatta sembra che possa scuoterne il valore.

(2) Marchi, op. cit., p 157.

(3) Cfr. l'Orlando, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Bibliot. di Scienze Politiche*, Serie I, Vol. V, p. 958, per un accenno alla possibilità di giustificare il rifiuto di sanzione in qualche caso eccezionalissimo, come la necessità di opporsi ad una legge violatrice della costituzione.

(4) Marchi, op. cit., p. 166.

E che di casi veramente eccezionali ed impreveduti si tratti, allorchè viene in campo la giustificazione di un eventuale rifiuto di sanzione, è consentito dal citato autore (1); cui, peraltro, non deve sfuggire che cosiffatta eccezionalità di contingenze non potrebbe non confermare la regola destinata a disciplinare la *normalità dei casi*, e che discende dall' attuale *condizione giuridica* del Governo parlamentare; la quale appunto esclude la possibilità *normale* di ricorso al rifiuto di sanzione, cui invece suppliscono parecchi altri mezzi offerti dalla speciale struttura di questa forma di Governo.

Ciò posto, non ci sembra di dover derogare, in materia, alla opinione prevalente, che considera come dissueto il rifiuto di sanzione.

14. Il principio dianzi fissato si ravvisa applicabile anche riguardo ai *mezzi* di tradurre in atto certe attribuzioni costituzionali di potere, rispetto ai quali dicemmo ipotizzabile la desuetudine.

È classico, e ben a proposito spesso ricordato, l' esempio della desuetudine in cui sarebbe caduto, in seguito ai nuovi rapporti di vita statuale, l' *impeachment,* uno dei più formidabili mezzi di cui la Camera dei Comuni inglesi abbia in altre epoche fatto uso, per tradurre in atto il proprio potere di sindacato e di controllo sulla condotta dei ministri, affermando nel fatto la responsabilità di costoro.

Esso è andato in disuso, perchè dagli organi costituzionali dello Stato moderno si è ritenuto omai inadatto alle nuove configurazioni assunte dalla forma di governo parlamentare, in cui alla necessità di far valere la responsabilità giuridica e specialmente penale dei ministri si è sostituita quella di affermare ed applicare coi mezzi proprî di tale forma di governo la responsabilità politica, che di fatto ha preso il posto di quella.

Con ciò non si può dire che l' applicazione di quel mezzo estremo sia esclusa per casi pure estremi, nei quali

(1) Marchi, op. cit., p. 167-169.

invece l' uso di essi è incontestabilmente ammesso in Inghilterra; ma, nella vita normale dello Stato, ormai si considererebbe come un anacronismo la pratica di quello strumento così potente di affermazione di potere, che il costante non uso ha posto in dimenticanza.

Infondato vuolsi ritenere il dubbio avanzato da taluno, nel senso che, data la mancanza di disposizioni costituzionali e legislative ben chiare e definite intorno al principio della responsabilità ministeriale, si possa in parecchi Stati mettere in forse la stessa esistenza dell' istituto della responsabilità medesima come istituto giuridico (1); chè il tratto distintivo dello Stato moderno si manifesta precisamente nella possibilità di applicare ai governanti il principio di responsabilità (2), inerente alla natura dell' ufficio pubblico ed alla struttura delle istituzioni politiche; e la mancanza di sviluppi legislativi del medesimo nella sua forma più tipica, come pure la difficoltà di applicazione pratica e la mancanza di attuazione sotto qualche aspetto, non possono condurre alla negazione dell' istituto in genere.

Vero è, invece, che si possono semplicemente considerare caduti in desuetudine solo certi mezzi di tradurlo in atto, beninteso, nell' andamento normale della vita dello Stato; salvo ad ammettere sempre la possibilità di restaurazione di essi e del loro uso pei casi eccezionali; e ciò, ripetiamo, pel fatto che la regola normativa della vita del moderno Stato parlamentare, in materia, implica la possibilità generale di far valere continuamente la nuova forma di responsabilità, la politica, venuta mano mano affermandosi nei governi parlamentari, appunto col graduale annientamento della forma più grave rappresentata dall'*impeachment,* come dimostra luminosamente la storia costituzionale inglese.

15 Altre manifestazioni, d'indole secondaria, può avere la consuetudine nel suo aspetto negativo, che qui si esamina.

(1) Cfr. Jellinek, op. cit., pp. 41-42.

(2) Così l'Orlando, nella prefazione all' interessante pubblicazione in materia del Teixeira De Mattos, *Accusa parlamentare e responsabilità ministeriale,* Milano, Vallardi, 1909, p. IX.

La desuetudine infatti può esercitare, ed ha esercitato spesso la sua efficacia di fronte a certe disposizioni statutarie, com' è accaduto specialmente in Italia.

Sovente vengono ricordati dagli scrittori alcuni articoli dello Statuto, nel senso di ritenerli caduti in desuetudine: orbene, un attento esame dei motivi, che hanno talvolta indotto il Parlamento all' emanazione di norme non armonizzanti con quelle statutarie, dimostrerebbe appunto che tali motivi debbono rinvenirsi nella desuetudine, in cui quest'ultime erano cadute (1).

Con ciò, si risponde a coloro che reputano irrilevanti gli esempi addotti a riprova della efficacia derogatoria della consuetudine, rispetto a norme dello Statuto per tal mezzo modificate od abrogate (2); poichè, la incompatibilità di esse con altre norme legislative posteriori aventi valore costituzionale, se in apparenza deriva semplicemente dal fatto stesso della emanazione di queste ultime, in realtà però trova la sua base nella desuetudine in cui quelle erano cadute, e della quale le norme emanate rappresentano, indirettamente, la ufficiale consacrazione.

Nè si dica che, per talune di quelle norme statutarie, è venuta a mancare la condizione di fatto, che n' era il presupposto (3); chè la consuetudine, nel suo aspetto negativo, può talvolta operare, anzichè direttamente sulla disposizione di legge, nel senso appunto di far venir meno il presupposto e l'oggetto della legge stessa, che per tal modo perde la sua efficacia (4).

È irrilevante, poi, che nei casi di solito citati non si tratti di disposizioni veramente essenziali della costituzione

(1) Cfr. Romano, *Lezioni di diritto costit.*, Pisa, 1909-10, p. 618; *Ossesvazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, Roma 1902, p. 25; e. per un accenno a queste nuove norme, v. Arcoleo, *Diritto costit*, cit., p. 228 e segg.

(2) Così Ranelletti, scritto cit, pp. 24-26; Traversa, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico moderno*, Napoli 1916, pp 47-48, in nota; Chimienti, op. cit., p. 52; e ciò a prescindere da quanto fu da noi osservato a p. 30, nota 3.

(3) Ranelletti, ivi; Traversa, ivi, p 48.

(4) In questo senso e con questo intendimento, ci sembra, Romano, *Lezioni* cit., pp. 616-617.

e che essi non sieno molti (1); poichè invece, importa piuttosto che si possa dimostrare, anche in un solo caso, la possibilità di efficacia derogatoria della consuetudine: siccome si è assunto, per l' atteggiamento di essa fin qui esaminato.

E si noti, che non è difficile sorprendere talvolta la consuetudine costituzionale, sotto questo aspetto negativo, in via di formazione, allorchè un esplicito comando della legge non venga eseguito ed accenni a non esserlo in seguito (2).

16. La consuetudine, che noi chiamiamo *introduttiva*, o altr menti detta *innovatrice*, è quella in generale diretta a sviluppare ed integrare le leggi costituzionali fondamentali, pur rispettandole nella forma (3).

(1) E' questa, come vedemmo (retro, p. 30), l'obbiezione del Donati, op. cit., p. 149.

(2) Così, col Chimienti, op. cit. p. 141, potrebbe dirsi per ciò che riguarda la *periodica* revisione del reparto del numero dei deputati e la corrispondente circoscrizione dei collegi, che presso di noi non hanno avuto luogo, come d'obbligo, in conformità al disposto dell'art. 46 Testo unico della legge elettorale politica del 1895, ripetuto nell'art. 54 Testo unico della legge 26 giugno 1913 e nell'art. 41 della legge attuale. Si avverta peraltro, che semplici motivi di opportunità politica per la inosservanza della legge non basterebbero a determinare il consolidamento di una tale desuetudine, come invece a lui sembra; perchè questa possa dirsi avvenuta, occorrerebbe propriamente che, attraverso la pratica de la ripetuta inosservanza, siasi rivelata negli organi costituzionali la convinzione di obbedire con ciò ad una norma di condotta obbligatoria in luogo di quella consacrata nel disposto della legge; altrimenti dovrebbe parlarsi puramente e semplicemente di violazione di legge ripetuta.

Del pari, potrebbe a nostro avviso ricordarsi a questo riguardo il mancato sorteggio dei deputati impiegati nella XXIV e XXV legislatura come inizio di una desuetudine, rispetto alle disposizioni relative alla incompatibilità, se, ripetendosi ancora, dovesse attribuirsi alla convinzione della necessità di obbedire ad una norma nuova in materia.

Altro esempio potrebbe dedursi dalla pratica del mandato imperativo in contrasto col disposto del capoverso dell'art. 41 dello Statuto, che, per effetto di quella pratica, potrebbe cadere in desuetudine; ma di ciò appresso (v. § 34).

(3) Ci sembra preferibile questa formula generale a quella adottata dal Presutti, *Diritto cost.*, Napoli, 1915, p. 296, *Istituzioni*, 2.ª edizione

Codesto atteggiamento, che più specialmente ha fatto acquistare alla consuetudine il posto eminente da essa tenuto nel campo del diritto costituzionale, di preferenza si esplica:

a) o intorno al *modo di esercizio* delle competenze attribuite agli organi costituzionali dello Stato, ed alla disciplina dei rapporti fra gli organi stessi;

b) o intorno all'esercizio di attività ed alla fissazione di principî e regole relativi a rapporti non contemplati dalla costituzione.

Ond'è che noi distinguiamo, rispetto a questa funzione, due diversi aspetti, secondochè si tratti di consuetudini esplicatrici della costituzione, nella parte in cui hanno acquistato carattere di regole giuridiche e non si riducano a pure norme di correttezza costituzionale, oppure, propriamente integratrici della costituzione stessa.

Sotto il primo riguardo, il contributo maggiore e più notevole alla formazione delle consuetudini introduttive è dato dalle cosiddette *convenzioni* o regole convenzionali della costituzione; sotto il secondo aspetto, invece, esse si riannodano direttamente alle lacune costituzionali, di cui si vedrà in seguito.

Ed infine, vi è posto anche per una sorta di consuetudini, che forse potrebbero chiamarsi *extracostituzionali*, in quanto si sviluppano al di fuori e al di sopra dei principî fondamentali presupposti dalla costituzione dello Stato moderno

Occupiamoci intanto del primo gruppo, formantesi in seno alla costituzione per lo svolgimento delle competenze statuali, nonchè delle relazioni fra gli organi costituzionali.

17. Senza dubbio, la consuetudine costituzionale di natura introduttiva ha acquistato una forma più visibilmente efficace e concretato risultati giuridici più duraturi

1920, p. 202, il quale ci pare che restringa la portata di tale specie di consuetudine, affermando semplicemente che « essa si ha in tutti i casi in cui una norma consuetudinaria viene a restringere od a condizionare ulteriormente l'esercizio di una potestà spettante ad un organo dello Stato »: ciò sarebbe esatto, è vero, riguardo all'azione esercitata rispetto alla potestà del Capo dello Stato nella nomina dei Ministri; ma talvolta una tale consuetudine può avere per effetto di allargare quella data potestà.

in quanto concerne il modo di esercizio del potere e delle attribuzioni statuali, sempre sotto l'impulso delle nuove esigenze sociali, che hanno *necessariamente* determinato nuove e più larghe espansioni alla rigidezza dei precetti giuridici consacrati nelle disposizioni costituzionali.

Ora, il prodotto giuridico definitivo che, nell'assunzione di questo aspetto, la consuetudine costituzionale ha fissato, si concentra in una parte del convenzionalismo, com'è stato chiamato in Inghilterra, ossia di quel complesso di regole convenzionali della costituzione, *conventions of constitutions* (1), cui anzi taluno vorrebbe specialmente appropriato il titolo ed il significato di consuetudini costituzionali (2), che hanno determinato una trasformazione pressochè completa di talune disposizione della costituzione.

Basta accennare all'esempio più saliente, tanto comunemente ripetuto, dell'istituto del Gabinetto e della conseguente forma di governo parlamentare, intorno al quale si è determinata in Inghilterra, in contrasto con la costituzione legale, la cosiddetta costituzione convenzionale, ed a cui si riferiscono, pure negli altri Stati che hanno imitato la costituzione inglese, una buona parte di codeste regole convenzionali.

(1) Per quanto si riferisce alla denominazione di « regola convenzionale », si è creduto opportuno di rilevare dal Jellinek, che il concetto della medesima implica la rappresentazione di una formazione contrattuale cosciente, mentre molte di queste regole, secondo lui, prodottesi del tutto all'impensata, sono spuntate dalla prassi, nella quale esse si sono consolidate per il lungo esercizio di fatto, dal quale derivano anche la loro forza normativa (vedi p. 28-29, in nota). Ora, ci sembra di poter osservare che tale forza normativa diventa per talune di esse, come si vedrà, forza *giuridica* normativa; la quale riposa propriamente su una specie di *accordo tacito* degli organi supremi dello Stato, ch'è venuto determinandosi come contenuto di volontà dello Stato medesimo, appunto attraverso il lungo esercizio di fatto, sotto l'impulso delle nuove esigenze sociali, com'è proprio della consuetudine; quindi anche il vocabolo inglese non sembrerebbe del tutto improprio a caratterizzare il fenomeno, quale noi l'intendiamo.

(2) Cfr. Miceli, nelle opere già ricordate nella seconda parte del nostro studio su *La Consuetudine costituz.*, cit., p, 31.

In Inghilterra lo svolgimento latente ed estralegale di questa costituzione convenzionale è stato per tutto lo spazio di due secoli altrettanto considerevole come i cambiamenti formali della legge scritta, siccome notò il Freeman (1); il quale fu appunto colui che pose per primo la dottrina del contrasto fra il diritto costituzionale e le cosidette convenzioni costituzionali, dottrina svolta poi profondamente dal Dicey e da altri, al punto che questa ricerca, come rileva Jellinek (2), è diventata un luogo comune dei politici e giuristi inglesi (3).

Ma anche nel Continente furono obbietto di investigazione scientifica codeste convenzioni costituzionali, le quali, come dicemmo, vi trovano applicazione e costituiscono pur sempre la materia della sorgente più abbondante della consuetudine costituzionale innovatrice (4). Epperò è opportuno riassumere le principali teorie delineatesi a riguardo delle medesime.

18. Viene prima la teorica del Dicey, appoggiantesi alla opinione del Freeman ed agli esempi principali ai quali costui si riferisce (5).

(1) Cfr. Freeman, *Lo svolgimento della Costituzione inglese*, in Bibl. scienze politiche, Serie II, Vol. II. p. CL, ed in genere tutto il capo III, che costituisce uno sviluppo del principio.

(2) Cfr. *Verfassungsänderung*, cit., p. 28, in nota.

(3) Sul rapporto fra la costituzione inglese e le regole convenzionali, sulle quali è in sommo grado appoggiato il sistema di governo inglese, cfr. specialmente, nella traduzione tedesca, Low, *Die Regierung Englands*, Tübingen, 1908, pag. 2 e segg.

(4) Ciò mi sembra innegabile, pur dovendosi tener conto della diversità degli ambienti politico-giuridici influenti variamente sul carattere delle determinazioni consuetudinarie, come giustamente vorrebbe il Criscuoli, *Il fondamento giuridico del governo di Gabinetto*, Roma, 1919, p. 8 in nota : onde la indagine circa il carattere delle regole convenzionali è da ritenersi tutt'altro che indifferente, per noi (contro, lo stesso Criscuoli, ivi, n. 8).

(5) Cfr. Dicey, *Introduction a l'étude du d oit constitutionnel*, Paris 1902, pp. 324-325: dove si accenna particolarmente agli esempi concernenti l'obbligo alle dimissioni di un Ministero battuto dai Comuni, la facoltà di appellarsi in tal caso al paese per mezzo dello scioglimento di essi, l'obbligo preciso del ritiro in caso sfavorevole delle elezioni, la

Secondo il Dicey, le « convenzioni della costituzione » sono composte, a differenza delle leggi della costituzione, di usi pratiche e massime che rappresentano un corpo di *morale costituzionale* o *politica* (1).

Le regole di questo codice della morale costituzionale attuale, e che, pur sacre come quelle contenute nei principali statuti e costantemente applicate, non vogliosi considerare come leggi perchè insuscettibili di sanzione giudiziaria, sarebbero numerose e differenti per l'importanza il contenuto e l'obbietto; ma la maggior parte di esse regolerebbero il modo o spirito di esercizio dei poteri discrezionali della Corona, altre invece sarebbero consuetudini o regole dirette a determinare il modo di esercizio dei poteri discrezionali o privilegi delle Camere del Parlamento: loro obbietto, quello di assicurare l'accordo del Parlamento con la volontà della nazione, o se si vuole meglio, la supremazia della Camera dei Comuni, ed in definitiva quella della nazione a mezzo di essa (2).

Codeste regole convenzionali, peraltro, sarebbero quasi obbligatorie ed altrettanto rispettate come la maggior parte delle disposizioni legislative: così ad es., quella che impone la convocazione annuale del Parlamento, e l'altra consacrante il principio basilare di tutti i precetti convenzionali, che richiede l'esercizio del governo in armonia con la volontà della Camera dei Comuni e in definitiva con quella della nazione da essa espressa. E tale forza ob-

responsabilità solidale del Gabinetto di fronte al Parlamento per la condotta degli affari e per le nomine fatte dalla Corona, il diritto per il partito in maggioranza nei Comuni di avere i suoi *leaders* al potere, il principio che il più influente di questi sia Primo Ministro; ed a quelli riguardanti diversi altri obbietti, come la conclusione dei trattati, la politica estera e le dichiarazioni di guerra o pace, la convocazione annuale del Parlamento, etc.

(1) Cfr. op. cit., p. 321: non altrimenti dal Freeman, il quale aveva parlato di « un codice non scritto e convenzionale di norme politiche » derivato dallo sviluppo silenzioso e clandestino della costituzione, senza il concorso di alcun atto legislativo (op. cit., p. CXLIX).

(2) Cfr. op. cit, pp. 326-333.

bligatoria dovrebbesi alla potenza della legge, per cui la violazione di queste convenzioni metterebbe quasi immediatamente il violatore in conflitto coi tribunali e con la legge del paese, per effetto di una serie conseguenziale di atti illegali da lui attuati, suscettibili di essere giudicati dai tribunali: in ciò risiederebbe la loro sanzione (1).

Certo, esse conterrebbero in sè un elemento particolare di vaghezza e di mobilità; o almeno, mentre alcune si ravvisano intimamente legate al rispetto che contribuisce ad assicurare l'autorità e supremazia parlamentare o nazionale, altre invece lo sarebbero solo fino ad un certo punto e apparrebbero vaghe per se stesse. Così, dovrebbe distinguersi fra la regola assai precisa che impone ad un ministro non più sorretto dalla fiducia della Camera dei Comuni di rassegnare le sue funzioni, e quella invece, meno facilmente determinabile, riferentesi alla percezione degli indizi dell'avvenuta disapprovazione parlamentare: così, fra la regola generale indiscutibile che impone in definitiva alla Camera dei Lordi di cedere in materia legislativa di fronte a quella dei Comuni, e quella concernente il quando ciò debba avvenire, che ammetterebbe solo una risposta assai vaga. Del pari, tutte le convenzioni dirette a regolare le relazioni personali della Corona con la condotta attuale del Governo sarebbero estremamente vaghe, incerte e mal definite (2).

Tale, in sostanza, la teoria del Dicey.

19. Dalla opinione degli scrittori inglesi, che ripongono la radice del Governo parlamentare nel cosiddetto convenzionalismo della costituzione, considerandolo semplicemente come etica costituzionale e politica, ha preso le mosse l'Hatschek per approfondire la ricerca sulla natura di questo fenomeno.

Anche per lui la parte principale di quel convenzionalismo non sarebbe che un insieme di regole di prassi

(1) Cfr. ivi, pp, 341-350.

(2) ivi, pp. 354-360: intorno agli effetti delle prerogative sopravviventi della Corona, vedasi ivi, a p. 361 e segg

politica; ma un'altra parte avrebbe invece il carattere di regole giuridiche.

La determinazione dei limiti fra le semplici massime politiche e le norme giuridiche in questo campo, nonchè del passaggio dalle prime a queste ultime, sarebbe teoricamente assai interessante e rimunerativa. Ed egli, al riguardo, fissa il principio che ogni regola convenzionale, la cui inosservanza renda illusoria una norma del regolamento o della legge del Parlamento o di uno dei suoi istituti, sarebbe altresì da riguardarsi come norma giuridica che non vuolsi elusa (1).

Il Dicey, considerando le convenzioni soltanto come norme di etica politica, non avrebbe dato delle medesime una caratteristica soddisfacente: la sanzione da lui eventualmente ad esse attribuita potrebbe invece incondizionalmente appellarsi sanzione giuridica, dacchè la coazione ond'è corredata la norma giuridica non suol essere una coazione fisica. In questa intrinseca sanzione della norma giuridica, consistente nella lesione di altre importanti norme giuridiche emanata dalla violazione di quella, dovrebbe precisamente trovarsi il punto d'uscita della indagine. Molte regole convenzionali non potrebbero connettersi con norme giuridiche già riconosciute; ma talune di quelle considerate dal Dicey come convenzionali sarebbero invece di già norme giuridiche, in quanto la loro inosservanza condurrebbe ad un conflitto con regole ed istituti stabiliti nei regolamenti parlamentari, nel qual caso vogliono considerare come diritto consuetudinario. Erroneo poi sarebbe il tentativo fatto dal Dicey, di restringere le regole convenzionali ai rapporti fra la Corona ed il Parlamento (2).

(1) Cfr. *Englisches Staatsrecht* voi. I, p. 543: sarebbe, ad es.. una norma giuridica quella richiedente la convocazione annuale del Parlamento, chè altrimenti verrebbe annullata l'istituzione del Comitato delle vie e dei mezzi e dei sussidi espressamente contemplata nel regolamento della Camera bassa; del pari, quella che richiede l'appartenenza al Parlamento dei Ministri della Corona come membri di esso, chè altrimenti sarebbe elusa la norma ragolamentare, per cui il Parlamento può escludere dal suo seno ogni estraneo (cfr. ivi, pp. 543-544).

(2) Cfr. ivi, p. 546 in nota. La sanzione disconosciuta dal Dicey sa

Esse deriverebbero in sostanza dalla morale di partito, *Parteisitte*, le cui norme, pur essendo semplicemente convenzionali, potrebbero tuttavia fissarsi al pari delle norme giuridiche, e non altrimenti dalle medesime operare *praeter, contra* o *secundum legem*. Impossibile una decisiva limitazione fra morale di partito e norma giuridica: possibile criteesterno di delimitazione, il regolamento parlamentare, il riopiù importante se non pure l'unico sbocco della norma convenzionale nel campo giuridico: onde il principio, che « ogni regola convenzionale giunta ad essere norma di regolamento parlamentare è ormai norma giuridica » (1).

Così l'A. il quale più di recente ha ribadito il concetto della esistenza, nel campo del diritto pubblico, di norme vigenti di fatto, che rappresentano uno stadio pregiuridico, ma non sono meno efficaci delle norme giuridiche, dalle quali si distinguono solo in quanto han bisogno di essere protette da una norma giuridica; e che conducono sempre ad un ampliamento o mutamento del diritto, col trasformarsi in diritto consuetudinario o col sostituire al diritto esistente un nuovo diritto. Esse giustifichererebbero *a posteriori* una pratica fatta, attraverso l'osservanza di una serie di precedenti, in conformità al raggiungimento di uno scopo, proprio dell'ordinamento interno di una istituzione; e potrebbero diventare diritto consuetudinario, data questa possibilità nel diritto pubblico, per l'inesistenza di divieti diretti all'accoglimento di norme consuetudinarie. Benchè, secondo l'A., le regole convenzionali non sieno ancora dentro il diritto per non avere ancora ricevuto la sanzione delle fonti giuridiche ufficiali, esse traggono la loro efficacia dalla forza normarebbe determinata dalla forma organica di associazione delle norme giuridiche, in modo affatto speciale sviluppatasi in Inghilterra pel continuo svolgimento giuridico ivi da più secoli esistente.

(I) Cfr. op cit., II, p. 35 e segg. Nè questa forma e sorgente dell'ordinamento giuridico presenterebbe alcun che di straordinario pel diritto inglese, postochè la *lex Parliamenti* è la più grande trasformatrice della costituzione. Vari esempi potrebbero addursi per dimostrare come la norma convenzionale sia diventata norma di diritto costituzionale,

tiva della realtà, dal fatto che in precedenti casi analoghi si è operato nello stesso modo (1).

Una di queste norme appunto sarebbe quella che giustifica la introduzione del regime parlamentare: norma di fatto, non ancora diventata ufficialmente diritto (2).

20. Del problema di cui si discute si è occupato anche il Jellinek (3), limitando il suo esame a quelle, fra le regole convenzionali della costituzione, che si riferiscono all'esercizio del potere attribuito ai supremi organi statuali, le cui competenze verrebbero appunto regolate nella forma di esclusive attribuzioni di potere.

A queste vien dato innegabilmente in pratica un contenuto, estensivo e limitativo, senza che il medesimo venga in alcun modo violato nella sua formale sussistenza: il che avverrebbe, ad es., rispetto alla prerogativa regia della una volta consolidata nel regolamento: esempi rivelanti la impercettibilità del trapasso della regola convenzionale in giuridica, per cui la precisazione del limite fra l'una e l'altra sarebbe del tutto impossibile talvolta, oltrechè interamente superflua. Certo è che nell'appoggio alle norme giuridiche già esistenti, per sè inviolabili, starebbe, secondo l'A. la sanzione della morale di partito; ed in questo annodamento intimo delle regole convenzionali alle regole giuridiche esistenti risiederebbe l'ultima e più elevata conseguenza della sapienza politica inglese (cfr. ivi).

Ma il convenzionalismo di partito non sarebbe un fenomento propriamente speciale del diritto pubblico inglese: più esatto sarebbe invece affermare che il convenzionalismo inglese è fondato sulla natura della *common law* e sulla tenace osservanza di essa, la quale per suo mezzo appunto in Inghilterra sarebbesi ringiovanita e tenderebbe a ringiovanirsi ancora per l'avvenire (ivi, pp. 41-45; sotto questo punto di vista l'A. denota il convenzionalismo quale *principio di vita* della *common law*).

Comunque, al convenzionalismo di partito devesi la prevalente determinazione in Inghilterra delle norme fondamentali che governano la formazione del Gabinetto e lo dominano (ivi, pp. 30,45).

(1) Cfr. Hatschek, *Konventionalregeln, oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht*, in *Jahrbuch des öffentlichen Recht der Gegenwart*, III, 1909; p. 1 e segg., specie a pp. 4-6; contro la concezione di questo A. v. Kelsen, op. cit. pp. 105-106.

(2) Cfr. Hatschek, scrit. e loc. cit. Alla opinione di sopra esposta si vorrebbe accostare quella di Arangio Ruiz, *Istituzioni*, cit., pp. 501,614 (cfr. Raggi, op. cit. p. 23).

(3) Cfr, *Verfassungsänderung*, cit., § V, pp. 27-34.

direzione dello Stato e della nomina dei ministri, la quale formalmente rimarrebbe integra, di fronte al modo di esercizio di essa, che invece cambia (1).

Ora, secondo lui, le norme che vi si riferiscono, al pari di tante altre che in altro modo han trovato accesso nel testo delle costituzioni, costituirebbero diritto, in quanto implicano norme riconosciute e garantite per l'esercizio della potestà statuale; ma esse, nella maggior parte dei casi, non avrebbero il carattere coattivo, bensì quello di diritto non coattivo, che in ogni tempo può essere adattato ai rapporti politici costantemente mutantisi; per cui una deviazione da tali regole non implicherebbe alcuna violazione di diritto, il quale potrebbe cambiarsi ininterrottamente, senza che perciò occorra una mutazione espressa di una regola giuridica. Il mutamento della costituzione inglese sarebbe principalmente da considerarsi come mutamento del diritto pubblico dispositivo (2).

Pertanto l'A. ravvisa nelle norme convenzionali una specie di diritto dispositivo; e sarebbe, secondo lui, assai interessante il ricercare negli Stati continentali la specialità e la maniera di efficienza di questo diritto non coattivo, il quale esiste in tutti, malgrado il formalismo del diritto pubblico non abbia potere di spiegarlo: applicazione notevole di esso, sarebbe l'organizzazione della istituzione del Ministero, la cui esistenza ed efficacia, là dove manchino norme giuridiche scritte ed in quanto non sia regolata con leggi materiali, riposerebbe appunto sul diritto costituzionale dispositivo (3).

(1) Cfr. ivi, p. 29. Relativamen.e alla prerogativa di nomina dei ministri, l'A. rileva che il monarca, pur avendo la libera scelta dei medesimi, li sceglie dalla maggioranza dominante nel Parlamento; come d'altra parte i ministri, pur potendo in ogni tempo domandare le dimissioni, si sentono senz'altro obbligati a farlo, ove sia intervenuto un voto di sfiducia della Cam.ra. Onde deriva poi la posizione della questione: se, nel caso che un tale fenomeno sia rappresentato da un procedimento praticato ininterrottamente per lungo tempo, ne possa derivare nuovo diritto (v. ivi, a p. 28).

(2) Cfr. ivi, pp, 29-30.

(3) Cfr. ivi, pp. 31-34.

21. Tale opinione ha. a sua volta, dato occasione ad uno studio ulteriore sulla natura delle convenzioni, da parte del Radnitzky (1), convergente in ispecie sulla qualifica giuridica da darsi alle regole convenzionali dominanti i rapporti reciproci fra gli organi fondamentali dello Stato e dirette a disciplinare fenomeni di assai pratico rilievo: importanti, fra tutte, quelle che attuano la forma di governo parlamentare (2).

Anch'egli ritiene che tali regole siano *diritto,* ma non diritto flessibile. Si esamini la più notevole di esse: quella, per cui il monarca, che governa parlamentarmente, malgrado il suo diritto di nomina formalmente libero, può chiamare a far parte del Gabinetto solo coloro che appartengono ad entrambe le Camere e ne godono la fiducia. I diniegatori di un tale dovere giuridico del monarca non potrebbero spiegare la situazione di lui se non ammettendo che egli con l'esercizio del suo diritto di nomina obbedisca ad un *dovere politico,* oppure che sia *costretto di fatto* ad esercitare un diritto in questo senso. Fermandosi di preferenza sulla seconda concezione, l'A. parte dal principio, che chi è giuridicamente obbligato all'adempimento di uno scopo è anche giuridicamente obbligato ad applicare i mezzi idonei; fra i quali l'obbligato ha la scelta solo ove siano disponibili parecchi mezzi per raggiungere quello; ma, ove non vi sia che un mezzo solo, egli agirebbe evidentemeute sotto l'impero d'un dovere giuridico, in quanto quel mezzo conduca al definitivo e pieno adempimento dello scopo. Quindi nello Stato parlamentare, dove, pur essendo il monarca immediatamente obbligato dal diritto costituzionale a governare con osservanza delle leggi senza alcuna limitazione nella scelta dei suoi consiglieri, i rapporti di fatto di potere sono disposti in tal guisa che egli possa compiere questo dovere giuridico solo scegliendo questi consiglieri dalla maggioranza della Camera bas-

(1) Cfr. *Dispositives und mittelbar geltendes Recht,* in *Archiv für öffentliches Recht,* 1907, pp. 380-409.

(2 Cfr. ivi, pp. 386-387.

sa, deve ritenersi che egli sia giuridicamente obbligato a governare parlamentarmente, dacchè questo sarebbe l'unico mezzo per governare costituzionalmeute (1).

Ne deriverebbe la conseguenza, che la regola convenzionale tolta ad esempio sarebbe diritto costituzionale non scritto, ma non diritto consuetudinario: essa avrebbe il carattere di una norma giuridica mediatamente, indirettamente o implicitamente vigente; e ciò non solo in Inghilterra, ma anche negli altri Stati governati parlamentarmente, nei quali la formazione di un diritto consuetudinario sarebbe esclusa dalla brevità della data di loro esistenza. Con una tale concezione si spiegherebbe come tali regole convenzionali sorgano, si trasformino e di nuovo svaniscano, senza che occorra mutare il diritto costituzionale ad anche senza che, nel caso della loro scomparsa, debba al loro posto apparire il diritto consuetudinario derogatorio; imperocchè l'obbligo giuridico vincolante la libertà di scelta del monarca cesserebbe da sè, non appena intervenga un'alterazione di rapporti, o mediante il frazionamento del Parlamento od in virtù di un rafforzamento in altro modo acquisito al potere della Corona (2).

In sostanza le regole convenzionali, dal Dicey contrapposte alle norme giuridiche ed impropriamente qualificate dal Jellinek come diritto dispositivo, costituirebbero invece, secondo quest'altro autore, *diritto assoluto,* ma *mediatamente vigente,* cui, come tale, sarebbe inerente la clausola « rebus sic stantibus », e dal quale deriverebbero obblighi giuridici implicanti un contenuto che si adatta automaticamente ai rapporti effettivi di potere del tempo (3): ossia,

(1) Cfr. ivi, pp. 387-390, 390-394.

(2) Cfr. ivi, 394-395: l'A. discute, in base a questa sua concezione, gli esempi e le opinioni addotte dagli scrittori precedenti da noi ricordati, e ne cita altri a sostegno della propria, sebbene non sempre a proposito, traendoli dal diritto austriaco e dell'Unione americana (v. ivi, pp. 395-406).

(3) Cfr. ivi, pp. 397, 408-409. L'A. concorda col Jellinek nel ritenere che sarebbe un compito assai rimunerativo la esposizione esauriente delle regole convenzionali dominanti nei differenti Stati (ivi p. 408). Ma si noti che tali regole, secondo lui, non dovrebbero confondersi con quelle di diritto consuetudinario, abbenché, fra le qualifiche inglesi delle regole convenzionali, si trovi anche quella di *customs,* ciò che per lo meno accennerebbe ad una relazione prossima fra il *diritto mediato* ed il *diritto consuetudinario*: codesta somiglianza consisterebbe in ciò, che entrambi comincierebbero ad aver vigore senza alcun atto di volontà determinatrice di diritto: ma, secondo l'A., non la consuetudine, bensì la necessità sarebbe la creatrice del diritto mediato; il che, peraltro, non escluderebbe che i rapporti di potere, sui quali essa necessità riposa, possano essersi talvolta formati principalmente col decorso di un lungo spazio di tempo (ivi, p. 407).

sarebbero regole sussidiarie indirette ed implicite, la cui osservanza s' impone necessariamente come mezzo di applicazione delle norme principali ed esplicite.

22. Dalla esposizione fatta risulta controversa la natura di quelle che in Inghilterra sono state chiamate convenzioni costituzionali.

Quivi si tende a considerarle come un complesso di regole di morale costituzionale, alle quali si vorrebbe dare una grande estensione, per quanto di preferenza riguardino il modo di esercizio dei poteri discrezionali della Corona. Gli scrittori continentali invece, o si limitano a riconoscere ad una parte almeno di esse il carattere di regole giuridiche, oppure estendono in genere questo carattere a tutto il complesso delle medesime, relative al modo di esercizio del potere costituzionale attribuito ai supremi organi statuali ed alle relazioni fra loro intercedenti, salvo poi a dissentire sul punto della *categoria* di norme giuridiche cui si vorrebbe farle appartenere.

Comunque, sembra che solo un fondamento di verità si riscontri nelle diverse teorie escogitate al riguardo.

a) Al Dicey spetta certamente il merito di avere nelle sue pagine assai geniali analizzato, più largamente se non profondamente di altri, questo fenomeno così complesso e sorprendente del convenzionalismo inglese, ponendo in luce la forza obbligatoria delle regole convenzionali, che si equipara a quella delle vere e proprie leggi costituzionali, ed analizzando il carattere di vaghezza e di mobilità ch' è più specialmente proprio ad alcune di esse in confronto di altre.

Ma la sua opinione non semhra accettabile, nel senso di doversi ritenere escluso dal campo giuridico tutto il complesso di queste regole, sol perchè esse non possono essere sanzionate dai tribunali: il che, come dicemmo, si verifica assai di rado a proposito di principî e di rapporti di natura costituzionale (1). Ed in ispecie, com' è stato di recente avvertito, non pare sostenibile che la norma che impone il governo parlamentare sia una *convention*, anzichè una norma giuridica, in quanto manca di sanzione giudiziaria (2). D'altra parte, poi, come ha obbiettato l'Hatschek, ben si potrebbe considerare una sanzione *giuridica* quella che indirettamente lo stesso Dicey loro attribuisce, allorchè considera la ripercussione che la loro violazione avrebbe su altre importanti norme giuridiche (3).

b) Senza dubbio assai interessanti sono le ricerche dell' Hatschek sulla possibilità d' una sanzione giuridica interna, determinata in Inghilterra dalla forma organica di associazione delle norme giuridiche, in rapporto ad una certa quantità delle regole convenzionali; nonchè altresì sul lento trapasso delle medesime, quali norme derivanti dalla morale di partito, in vere e proprie norme giuridiche, e sulla difficoltà d' una decisa demarcazione fra la regola, convenzionale e la regola giuridica.

Ma è discutibile la sicurezza del criterio da lui adottato per il riconoscimento dell'avvenuta trasformazione della norma convenzionale, la consacrazione di essa, cioè

(1) Contro la distinzione fra convenzioni e norme giuridiche fondata sul fatto del non essere od essere riconosciute da una Corte di giustizia, v. Romano, *Diritto e correttezza costituzionale*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1909, I, p. 500, nota 1.a. Ma se anche il criterio che inspirava il Dicey in quella distinzione fosse applicabile alla costituzione inglese, non sarebbe estensibile ad altre, come la nostra (in questo senso Arangio Ruiz, *Istituzioni*, p. 614).

(2) Cfr. Raggi, scritto cit. p. 25.

(3) Al Romano, che sembra voglia far rientrare i principi e le regole convenzionali inglesi nel concetto di correttezza costituzionale (scr. cit., p. 490-491), appare peraltro addirittura impresa disperata il voler cercare il carattere differenziale fra la norma giuridica e quella di semplice correttezza nell'elemento della sanzione (ivi, p. 500).

nel regolamento parlamentare: certo è un criterio angusto, poichè parecchie di quelle regole avrebbero una sanzione giuridica indiretta anche se non si trovino fissate nel regolamento (1), ed in ogni modo esso non si rivela applicabile negli Stati che conoscono il convenzionalismo, all' infuori dell' Inghilterra.

A parte ciò, ed a prescindere dalla difficoltà rilevata di una decisa demarcazione fra la regola convenzionale e quella giuridica, si pretende insostenibile l' esistenza, dall' A. prospettata, di una norma di fatto, intermedia quasi fra il non diritto e il diritto (2): per quanto, del resto, una tale configurazione non sembri da escludersi, nel periodo intermedio di passaggio, cui accenna l'A. che si vuole criticare, e che può costituire il tramite di arrivo al diritto consuetudinario.

c) Il Jellinek, dal suo canto, che meglio degli altri ha potuto assurgere ad una impostazione generale del problema, per quanto limitatamente all'esercizio del potere attribuito ai supremi organi statuali (cui del resto si riferiscono le più importanti regole del convenzionalismo moderno), ha secondo noi il merito di avere prospettato in genere il catattere giuridico delle norme attinenti al modo d' esercizio di quel potere, quali norme riconosciute e garantite per l'esercizio della potestà statuale (3).

Ma, mentre avrebbe potuto ulteriormente accertare la natura consuetudinaria di quelle derivate poi dalla lunga pratica ininterrotta, cui egli stesso accennava nella posi-

(1) Per il Romano, scrit. cit. p. 500, nota 1.a, questo A. avrebbe torto nel ritenere che sieno divenute norme giuridiche tutte quelle regole convenzionali che possono avere una sanzione giuridica; ma di ciò noi dubitiamo.

(2) Cfr. Raggi, scritto cit., p. 23; in senso analogo Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, p. 105-106, al quale pare che alla regola convenzionale manchi quella qualità attribuitagli dall'Hatschek per differenziarla dalla norma giuridica.

(3) Si noti che noi non riteniamo giuridiche *tutte* le regole convenzionali; ma ci sembra che rappresenti un progresso nella dottrina il fatto di aver superato le precedenti affermazioni, più o meno contrastanti, di altri scrittori al riguardo.

zione del problema, ha creduto di negare a queste norme il carattere coattivo già ben dimostrato dagli scrittori precedenti, e di assumere invece per esse la qualifica di diritto *non coattivo,* la quale, se apparentemente corrisponde all' indole propria delle medesime di potersi adattare ai mutevoli rapporti effettivi di potere che si svolgono in seno all' organizzazione statuale, non colpisce quella parte del *fondo consolidato,* come taluno l' appellò, di codesti rapporti, che esiste sempre quale base di un complesso di principî giuridici inviolabili.

Più rimunerativa forse sarebbe stata la sua ricerca, s' egli si fosse fermato a considerare più da vicino il carattere della *necessità* dei rapporti che la maggior parte delle regole convenzionali sono destinate a regolare, come ha fatto appunto a proposito del Ministero.

Comunque, non sembra che le norme di cui trattasi, attinenti al modo di esercizio del potere attribuito ai supremi organi statuali, possano annoverarsi tra le norme giuridiche dispositive (1), la cui inammissibilità, d'altronde, nel campo del diritto pubblico, pare non dovrebbe lasciar luogo a dubbi e contestazioni (2).

d) Infine, al Radnitzky spetta pure il merito di avere giuridicamente apprezzato la natura delle regole convenzionali ; ma, mentre la nuova formula da lui escogitata, che assegna tali norme alla categoria del *diritto mediatamente vigente,* è meno innovatrice di quanto possa apparire di fronte ai risultati delle teoriche precedenti, la costruzione di codesto autore ci sembra che pecchi di eccessiva artifiziosità e sottigliezza.

Egli stesso riconosce di essere sostanzialmente d' accordo col Dicey nella concezione delle regole convenzionali, se si toglie che quest' ultimo, rispetto alla sanzione, ne avrebbe espresso la caratteristica in maniera negativa, considerando la regola convenzionale come mezzo d' impedimento d' una violazione giuridica, mentre egli le avrebbe dato un' espressione positiva, dovendosi per la sua concezione quella regola considerare come complemento di un dovere giuridico ; onde il vantaggio di esprimerne il carattere giuridico, dall' altro disconosciuto (1).

(1) Ne avrebbe dato una dimostrazione esauriente il Radnitzky, scr. e loc. cit., p. 380 e segg; cfr anche Criscuoli, op. cit. p. 16-17.

(2) Cfr. Aranzio Ruiz, *Istituzioni,* p. 613.

Ma la teoria escogitata per affermare l' esistenza di questo dovere giuridico, riferentesi, nel caso ipotizzato della prerogativa regia di nomina dei ministri, all'obbligo di scegliere l' unico mezzo per governare costituzionalmente, il quale si estrinsecherebbe col governo parlamentare, sembra che possa condurre all' annientamento di quella giuridica libertà, che invece, nel giusto concetto di Jellinek, dovrebbe pur sempre ritenersi inerente al potere costituzionale, pur quando a questo si voglia dare un contenuto obbligatorio, e che infatti si rivela essenzialmente fattiva allorchè si tratti di provvedere ad emergenze eccezionali della vita statuale.

D' altra parte, codesta nuova costruzione non sembra che dia una spiegazione adeguata della possibilità di pronta trasformazione delle regole convenzionali in conformità ai mutantisi rapporti effettivi di potere senza una contemporanea mutazione del diritto costituzionale, allorchè assume, siccome inerente alla regola convenzionale su cui riposa il dovere giuridico prospettato nel monarca, la clausola « rebus sic stantibus ». Qui evidentemente sta l' artifizio della teoria, che tenta distaccare la categoria di questo *diritto mediato* da quella del diritto consuetudinario, il quale invece, pur non escludendo la possibilità d' una sanzione ed efficacia mediata, bene spiegherebbe al caso, per la *flessibilità* ch' è caratteristica di esso, la possibilità d' adattamento della regola che lo esprime ai mutati rapporti di potere.

Del resto, non sembra da accogliersi l' idea di un diritto mediato, che valga come mezzo al fine, poichè è a dubitarsi che la legge, imponendo il fine, imponga impli-

(1) Cfr. scrit. cit. p. 398: dove si afferma l'opportunità di sostituire l' espressione non del tutto appropriata di « regola convenzionale » con quella di « mittelbar geltendes Recht ». Si tenga presente quanto abbiamo avvertito a p. 53, nota 3.

citamente non soltanto i mezzi, ma, per di più, quei dati mezzi (1).

E sopratutto, in riguardo al fondamento del Governo parlamentare, non si comprenderebbe perchè la possibile applicazione degli stessi mezzi sia tale da costringere il Governo a diventare parlamentare soltanto in alcuni Stati, e non in tutti (2).

23. Presso di noi non è mancato chi ha voluto, di recente, assegnare senz'altro alle regole convenzionali, puramente e semplicemente, il carattere di vere norme di diritto, poggiando anzi su di esse il fondamento del Governo parlamentare (3).

Senonchè, non sembra esatto affermare *sic et simpliciter* la giuridicità di *tutte* le regole convenzionali in genere. E ciò si è cercato di mettere in luce dal Romano, il quale, indagando di proposito l'indole delle norme di correttezza costituzionale, le quali in parte corrispondono a quelle (4), mentre avrebbero in realtà un campo molto

(1) Cfr. in questo senso Arangio Ruiz, *Istituzioni*, cit., p. 613; Raggi, scritto cit. p. 9; Criscuoli, scritto cit. p. 17; anche il Romano, scritto cit. p. 499, nota 1, rifiuta la tesi dell'A. per altro motivo.

(2) Cfr. Raggi, scritto cit. p. 9; e, con riserva, il Criscuoli, scritto cit. p. 18. Né si è trascurato di dimostrare che, riguardo alla nostra storia giuridico-costituzionale, il regime parlamentare non sarebbe stato imposto da una vera *necessità*, quale fonte che ne giustificherebbe l'introduzione secondo l'A. che si confuta (cfr. Raggi, ivi, pag. 9-13). In senso contrario a questo concetto di necessità, come *giustificazione finale* dell'esistenza della norma, v. Criscuoli, scritto cit. p. 19.

(3) Cfr. Caristia, *Saggio critico*, cit., p. 64-65, il quale peraltro non tien conto dei risultati delle indagini al riguardo proseguite nella dottrina

(4) Cfr. Romano, scritto cit. p. 490-492: per gli esempi di regole convenzionali inglesi, v. p. 491. Interessante sarebbe, secondo quest'A., proseguire un confronto fra il convezionalismo inglese e le norme di correttezza costituzionale venute formandosi nel Continente: molte di quelle regole convenzionali quivi appartenenti al costume politico sarebbero divenute, nella loro accezione presso gli altri Stati, delle vere e proprie norme giuridiche talvolta attraverso la legge, altre volte in modo imprecisabile; non così, pel funzionamento del Governo parlamentare, il quale non sarebbe fondato nè sulla legge, nè sulla consnetudine (ivi p. 491-493): ma a quest'ultima veduta noi non possiamo accedere.

esteso (1), ha voluto distinguere fra quelle di esse che sono incapaci di trasformarsi in diritto, pur potendo costituire un presupposto delle norme giuridiche o servire a queste di sussidio o di complemento, ed altre invece che possono diventare giuridiche, in ispecie attraverso l'elaborazione di una pratica costante, in guisa da venire a confondersi con la consuetudine (2).

Ed è su questo punto, sopratutto, che giova soffermarsi pei nostri intenti.

24. Tenuto conto dei precedenti rilievi, noi pure siamo tratti ad ammettere una distinzione in seno alla predette convenzioni costituzionali, considerate di preferenza in rapporto al modo di esercizio del potere attribuito ai supremi organi dello Stato ed al dominio che esse esercitano nelle relazioni intercedenti fra questi stessi organi costituzionali.

Le più importanti fra queste regole, ed in ispecie quelle che sono venute a costituire i caratteri fondamentali del Governo di Gabinetto ed attuare la caratteristica propria del medesimo, di mantenere cioè una costante armonia tra la Corona ed il Parlamento (3), e che, perciò, ne rappresentano gli *essenziali postulati*, in quanto rispondono ad esigenze fondamentali nello svolgimento della vita di un dato organismo politico, ci sembra che debbano considerarsi norme giuridiche di carattere consuetudinario: esse anzi rappresentano a nostro avviso i risultati più sa-

(1) Sulla natura e sull'ufficio complesso delle norme di correttezza, vedi le conclusioni dello stesso A. nello scritto cit., p. 498, n. 17.

(2) Cfr Romano, scritto cit p. 501, dove si accenna espressamente « quanto sia facile e naturale il passaggio nel sistema delle consuetudini giuridiche, per molte norme di correttezza, che abbiano avuto tempo e occasione di consolidarsi ». Quando tale passaggio possa dirsi avvenuto, noi indicammo nello studio precedente su *La Consuetudine costituzionale*, cit., p. 35.

(3) Cfr. in proposito Orlando, *Principî di diritto costituzionale*, Manuale Barbera, ed. 1919, p. 233-235. Egli avverte, in riguardo al diritto di nomina e revoca dei Ministri da parte della Corona, che questo trova un limite essenziale, inteso appunto ad attuare la caratteristica principale del Governo di Gabinetto, a mantenere cioè una costante armonia fra la Corona ed il Parlamento (ivi, p. 235).

lienti, visibili e decisivi conseguiti dalla consuetudine costituzionale nel campo più strettamente suo proprio (1).

Codeste regole derivano essenzialmente la loro forza normativa dalla lunga e ininterrotta pratica fondata sul tacito accordo degli organi supremi dello Stato rispetto a quella data maniera di esercizio delle loro attribuzioni, e determinata dalla necessità di corrispondere per tal modo adeguatamente ai rapporti di potere di fatto svolgentesi in seno allo Stato in conformità alle nuove esigenze sociali; onde gli organi predetti vi si sono uniformati con la coscienza di seguire norme obbligatorie di condotta. Epperciò esse hanno potuto consolidarsi e fissarsi per via di consuetudine anche nei paesi in cui il regime parlamentare è stato introdotto ad imitazione dell' Inghilterra.

Trattasi di principî cardinali e di norme fondamentali per lo sviluppo della organizzazione e della vita dello Stato moderno, attorno alle quali, come altra volta dicemmo (2), è venuta fissandosi, attraverso, l' elaborazione evolutiva della nuova forma di regime parlamentare, tutta una *nuova condizione di diritto*, talmente differente dalla originaria da poter agire sugli stessi organi costituzionali dello Stato con efficacia decisiva e perentoria; per guisa che, malgrado quelle norme restino scompagnate da una sanzione positiva e sicura, pure non sarebbe lecito disconoscerle a piacimento, senza immutare con ciò profondamente l' intima natura ed essenza del Governo di Gabinetto, ossia senza disconoscere quella nuova condizione di

(1) È vero che gli Inglesi si studiano di distinguerle dal diritto consuetudinario vero e proprio; e ciò può anche essere esatto, se si tien conto del significato da essi annesso alla espressioze con cui sogliono additarle; ma è uopo avvertire che codeste regole non debbono considerarsi soltanto in rapporto all'Inghilterra, dove vorrebbero di preferenza confinarsi nel campo dell'etica politica, bensì in relazione a tutto quel gruppo di Stati oggi governati con la forma parlamentare.

(2) Cfr. *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie*, cit., pp. 74-75, e lo studio II su *La consuetudine costituzionale*, nel quale vi facemmo accenno a p. 35.

diritto che la necessità delle cose ha creato (1), e, con ciò, violare il diritto medesimo.

Tali sono, ad esempio, le regole che presiedono alla solidarietà politica dei membri del Gabinetto, nonchè alla sua unità organica consacrata nell' istituto del Primo Ministro; e quelle che affermano l' obbligo del Sovrano di scegliere normalmente i suoi Ministri dalla maggioranza parlamentare, ed il dovere in costoro di dimettersi dietro una decisiva dichiarazione di sfiducia della Camera; o il potere della Corona di appellarsi al corpo elettorale in caso di dubbio fondato che la Camera più non risponda alle esigenze del paese; o la necessità per la Camera Alta di cedere di fronte all' altra in materia legislativa, ove quest' ultima rappresenti veramente la nazione, e simili.

Si vuol alludere, insomma, a quella specie di norme che governano le manifestazioni più salienti ed essenziali del sistema parlamentare, e che non potrebbero essere violate senza alterarne tutta la struttura organica e l' equilibrio di funzionamento.

Un disconoscimento costante di questi principî e di queste norme costituirebbe infatti una violazione sistematica dello spirito della costituzione attuata nella sua forma parlamentare, e metterebbe il più delle volte i violatori in aperto contrasto con essa, determinando eventualmente la possibilità di una coazione giuridica indiretta, come quella di cui ci ha parlato l' Hatschek.

Si tratta, è vero, pur sempre di norme dotate di una certa flessibilità, data la continua penetrazione dell' elemento politico, per cui esse possono facilmente adattarsi ai mutati rapporti di potere statuale. Ma è erroneo negare, specialmente a talune di esse, il carattere di norme giuridiche consuetudinarie: sono quelle appunto così forti e costituzionali, come rilevò il Romano, che si attengono al fondamento della vita statuale, e inducono a credere insi-

(3) Si avverta che qui intendesi parlare di necessità nel senso generico da noi altra volta accennato (v. scritto ultimo dianzi cit., p. 21) e non come fonte diretta ed immediata di diritto.

ta in loro una potenza giuridica tale da reagire sulla stessa competenza degli organi legislativi, per modo da impedire che questi emanino una legge che le abolisca (1), la quale rimarrebbe inefficace, di fronte alla volontà tacitamente manifestata, mercè l' uso costante, da parte degli stessi organi fondamentali statuali, di seguirle ed osservarle, quale condizione essenziale di sviluppo dei loro rapporti.

Ciò posto, non si può però disconoscere che un' altra categoria di queste regole abbiano piuttosto un carattere politico, come ad es. quelle tendenti ad apprezzare gl' indizi di disaccordo dei membri del Gabinetto, di sfiducia in esso da parte della Camera bassa, di deviazione della medesima dalle esigenze del paese, e simili: ma queste non sono le norme sostanziali, sibbene le accidentali rispetto all'istituto del Gabinetto, e voglionsi distinte dalle altre (2). Ed è in questo campo, dove impera più specialmente la correttezza costituzionale pura e semplice o la norma politica (3).

Da questo punto di vista, soccorrono i geniali rilievi del Dicey sulla possibilità ed opportunità d' una tale distinzione. Con le regole di sopra accennate, di carattere generale, fortemente assodate per la lunga pratica e ritenute costantemente obbligatorie, per quanto suscettibili di deroghe in contingenze speciali per la vita statuale, non

(1) Cfr. *Osservazioni preliminari,* cit., p. 26-27 dell'estratto.

(2) Fu acutamente rilevato da Luigi Rossi, che, pure fra tutte le anomalie che questa materia eminentemente politica trae con sé, si potrebbero costruire quelle corrette norme parlamentari che con la loro importanza consuetudinaria hanno prodotto il cosidetto regime parlamentare, sol che una tale materia si analizzasse più addentro, con la preoccupazione cosciente di scindere ciò ch'è *sostanza giur dica* da ciò che è *movenza politica* (Cfr. *La moderna letteratura nelle nazioni latine,* p 8); e qualche tentativo al riguardo non è mancato in Italia: cfr. spec. Miceli, *Le crisi di gabinetto,* Milano, 1904. Ma qui ci aggiriamo in una sfera di rapporti assai oscillanti, che si lasciano piuttosto governare da norme d'indole politica.

(3) Circa la concezione delle norme *politiche,* come distinte dalla correttezza, v il nostro studio precedente su *La Consuetudine cost.,* cit., p. 36, nota 2.

debbono confondersi quelle appartenenti a questa seconda categoria, di carattere più particolare, meno assodate e più oscillanti, variabili col mutarsi delle circostanze politiche del momento. Queste ultime sono piuttosto pure norme di correttezza, o politiche, il cui rispetto è subordinato al ripetersi di quelle date condizioni di vita politica, onde appunto la notevolissima pieghevolezza ed adattabilità che le distingue.

Sono esse specialmente che si riannodano in maniera diretta alle norme della morale di partito, pur non essendo restie a quella lenta trasformazione per la quale possano anch' esse riuscire ad entrare nel campo giuridico, attraverso una lunghissima pratica consuetudinaria (1), che riesca a mettere in luce la necessità di riguardare come essenziale per la vita dei rapporti costituzionali fra gli organi supremi dello Stato la forza normativa ad esse inerente.

Certo, in questa materia, com' è stato rilevato, sarebbe un mezzo molto acconcio, per intendere i problemi di diritto pubblico, la formazione di una politica scientifica quale dottrina delle forze creatrici del diritto che esistono accanto ed al disopra del legislatore, ed uno studio diretto a delimitare con caratteristiche decisive il campo politico di fronte a quello giuridico (2); e così si eviterebbero certe esagerazioni, come quando dal campo della politica si vogliono senz' altro far rientrare in quello del diritto taluni fenomeni inerenti alla *disciplina* ed agli *accordi di partito* (3), che costituirebbero invece, secondo noi, nel momento attuale, consuetudini puramente politiche.

(1) A questo, più che al criterio escogitato dall'Hatschek, consistente nella consacrazione della norma nel regolamento parlamentare (per quanto sia giusto il dire che l'A. ha voluto riferirlo all'Inghilterra) occorre por mente per avere, con sufficiente approssimazione di esattezza, un criterio al riguardo; poichè infatti, quando si tratti di semplici costumanze politiche, non si riscontra quella pratica lunga ininterrotta ed uniforme che assiste di solito la consuetudine giuridica e ne costituisce l'elemento esterno.

(2) Cfr. Jellinek, op. cit., pp. 31-32: dove si trovano interessanti rilievi al riguardo.

(3) Così Radntzky, op. cit. pp. 404-406. Per negare che dagli *accordi di partito* contemplati dall'A. derivino veri e propri doveri giuridici,

Ma non giova dissimularsi le indiscutibili difficoltà derivanti dal fatto, che in questa sfera speciale di materie più che in qualunque altra forse, si palesano evidenti quelle certe *zone grigie*, nelle quali l'infiltrazione degli, elementi politici in quelli giuridici è così forte e profonda, che spesso non riuscirebbe neppure possibile lo scindere, come si vorrebbe dal Rossi, la sostanza giuridica dalla movenza politica (1).

Frequente in ogni modo, per quanto spesso inavvertito ed inafferrabile nel dinamismo costante delle forze giuridico-politiche che agitano lo Stato, è il graduale passaggio dalle norme politiche alle giuridiche, nella sfera delle convenzioni costituzionali, ingiustamente considerate fino a questi ultimi tempi come un codice di semplice morale costituzionale o politica.

Questo fenomeno del convenzionalismo si è generalizzato ai principali Stati moderni (2). E tale estensione è stata così grande, che, nel diritto costituzionale moderno, può ben dirsi ad esso fenomeno dovuta la sorgente più notevole della consuetudine costituzionale, nella sua figura di consuetudine introduttiva o innovatrice che dir si voglia: motivo per cui abbiamo creduto opportuno di diffonderci, forse soverchiamente, intorno a questa materia.

---

non occorre davvero considerare col Dicey la possibilità di applicazione giudiziale quale caratteristica essenziale del diritto (v. p 406). Si può trattare semplicemente di *doveri politici* o di obblighi determinati da *coazione di fatto,* che non si riannodino direttamente, col vincolo inseparabile di mezzo e scopo, al raggiungimento dell'obbietto loro (cfr del resto lo stesso A. a p. 408, dove egli fa al riguardo certe riserve che servirebbero ad indebolire la sua teoria).

(1) Cfr. al riguardo il nostro citato lavoro, *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie,* nonchè il precedente sul *Contributo allo studio della funzione regia,* Milano, 1902, nel quale ci studiammo di delineare una delimitazione dei due aspetti, giuridico e politico, di essa funzione.

(2) Non a torto è stata avvertita, sì dal Jellinek come dal Romano, la necessità di studiarlo presso tutti questi Stati, mentre prima era creduto esclusivo all'Inghilterra, dove forse è più esatto ritenere che abbia assunto una fisionomia ed un atteggiamento speciale.

25. Per ciò che si riferisce all'azione esercitata in questo senso dalla consuetudine costituzionale in Italia, dopo quanto s'è detto in linea generale, non abbiamo che da riferirci a quanto scrivemmo altrove.

Basterà ricordare, che, mentre l'art. 65 dello Statuto concede senz'altro al Re il diritto di nomina e di revoca dei suoi ministri, esprimendo quindi letteralmente un diritto assoluto proprio della monarchia costituzionale, la pratica consuetudinaria invece, instituita dai primordi del Parlamento subalpino, ne ha trasformato completamente lo spirito dando luogo ad una serie di norme e di atti, attorno a cui si è svolta, com'è noto, la teoria e la pratica del cosiddetto Governo di Gabinetto. È tutta una serie di modificazioni e di nuovi adattamenti costituzionali che, gradatamente elaborandosi ed aggiungendosi alla rigida parola della legge, *hanno modificato la primitiva condizione di diritto,* come taluto ha scritto egregiamente: sicchè — per quanto il nuovo sistema sia stato talora esplicitamente regolato da alcune norme direttive consacrate in leggi o decreti speciali — il Gabinetto è rimasto per molta parte *consuetudinario* nel complesso dei rapporti delicatissimi che esso intreccia da un lato col Capo dello Stato, dall'altro col Parlamento; e consuetudinaria è pure la materia riguardante le *crisi di Gabinetto.* In nessun altro ramo del diritto si è verificato un tal fenomeno ed in nessun'altra sfera di rapporti, si può dire, la consuetudine ha dimostrato ed acquistato tanta forza e potenza da produrre tali e tante trasformazioni ed innovazioni (1).

E con ciò veniamo a ribadire ancora una volta un'affermazione, che ha trovato largo consenso fra i nostri scrittori di diritto pubblico (2).

---

(1) Cfr. il nostro studio, *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie,* già cit., pp. 69-70, e gli scrittori ivi ricordati in nota.

(2) Cfr. Longo, op. cit. pp. 405-406: Arcoleo, op. cit. p. 217; Rossi, op. cit., p. 76; Miceli, *Analisi giuridica,* cit., p. 76; Orlando, *Principi,* cit., p. 233 e segg., *Le Fonti,* nel *Trattato di Diritto Amministrativo,* Vol. I, p. 1064, dove afferma esplicitamente l'esistenza di norme giuridiche che

26. Nè ad infirmare una tale conclusione, in ispecie nei riguardi del fondamento giuridico del Governo parlamentare, possono ritenersi appropriate alcune recenti teorie, assai ingegnose per verità, che a codesto istituto vorrebbero assegnare una base ed una giustificazione altrove, che nella consuetudine introduttiva.

Notevoli, sopratutto, quelle che hanno voluto appoggiarlo direttamente alla legge costituzionale e precisamente all' art. 65 dello Statuto; oppure lo considerano come una interpretazione consuetudinaria dedotta dal diritto esistente; o intendono farlo risalire addirittura ai principî generali di diritto.

E ciò, a prescindere da altre concezioni, che più o meno traggono profitto di questi diversi elementi per una più esatta comprensione giuridica di questa forma di Governo, che ci è propria; oppure accennano a tenere distinto, al riguardo, il fondamento vero e proprio da quello ch' è il funzionamento di esso regime.

Di talune di queste teorie, critiche assai recenti e ben note hanno messo in luce l' inammissibilità; ed altre potrebbero ancora affacciarsi.

È pregio dell' opera il farvi un rapido cenno.

27. Una teoria che, per la sua importanza e novità, ha specialmente richiamato l' attenzione degli studiosi, è quella del Donati, il quale vuole che, fin dal primo momento di vita delle nostre istituzioni costituzionali il regime parlamentare siasi affermato come giuridicamente obbligatorio; in quanto, dovendo il potere discrezionale derivante al Re dall' art. 65 dello Statuto esercitarsi solo in conformità all' interesse pubblico, e, quindi, con riguardo alle condizioni politiche particolari dello Stato, che, richiedendo il funzionamento del regime in omaggio al principio della concordia fra Monarca e popolo, esigevano la scelta e conservazione dei ministri in conformità al volere manifestato dalla legale sappresentanza popolare, questo

presiedono al funzionamento del Gabinetto, e che non possono tradursi io leggi di diritto positivo. E di recente, per rispetto al fondamento del Governo parlamentare, Raggi, scritto cit.: Traversa, op. cit., p. 47, e altri.

principio doveva fin d' allora rappresentare pel Capo dello Stato un dovere giuridico derivante dalla disposizione stessa di legge (1).

Ma è stato avvertito, in senso contrario, che al concetto vero di potere discrezionale contraddice il supposto, che il potere stesso possa esercitarsi in una sola direzione costante ed in un sol modo, e per raggiungere un interesse politico diverso da quello propostosi dalla legge (2); nè del pubblico interesse, finalità e limite generico all'esercizio di ogni potere discrezionale, può farsi una norma a contenuto *specifico* da imporsi costantemente al Capo dello Stato (3); e, d' altronde, il limite posto dall' A. al potere discrezionale, di cui all' art. 65 dello Statuto, che del resto non sarebbe proprio del regime parlamentare soltanto, è assolutamente fuori di detta disposizione dello Statuto (4); il quale, nel tempo in cui fu concesso, non poteva avere di mira che il sistema costituzionale, mentre i principî relativi alla natura e modo di esercizio del potere del Re sono venuti affermandosi solo gradatamente (5).

Epperò la costruzione sopraccennata à apparsa piuttosto artificiosa e tale da non potersi sorreggere, col semplice ricorso all' art. 65 dello Statuto; sicchè non ha potuto trovare accoglimento.

28. Altri, come il Ranelletti, ha voluto sostenere che il regime parlamentare debba raffigurarsi quale attuazione consuetudinaria di norme giuridiche dedotte per via di interpretazione dal diritto esistente: in altri termini, codesto regime non sarebbe stato introdotto in Italia per consuetudine, bensì perchè lo Statuto fu in quel senso interpretato, fin dalla sua prima attuazione (6).

(1) Cfr. Donati, op. cit., pp. 154-157.
(2) Cfr. Raggi, scritto cit., pp. 16-19.
(3) Cfr. Criscuoli, scritto cit , pp. 20-21.
(4) Cfr. Arangio Ruiz, *Istituzioni*, p. 616; Raggi, scritto cit., p. 16-17.
(5) Cfr. Caristia, *Il diritto costituzionale italiano*, Torino, 1915, pp. 132-133, 135, 140; che da diversi motivi ha desunto l'artificiosità della costruzione del Donati.
(6) Cfr. Ranelletti, scritto cit. p. 27.

Senonchè, a prescindere che non si può fondatamente sostenere che la comparsa del regime parlamentare in Piemonte sia proprio simultanea alla prima attuazione dello Statuto, e che anzi il nostro Costituente non pare avesse di mira la instaurazione di un vero e proprio governo parlamentare (1), è stato giustamente avvertito che può attribuirsi valore giuridico alla interpretazione consuetudinaria solo allora quando alla consuetudine si annetta valore come fonte di diritto (2).

E del resto, in sostanza, questa tesi riconduce a quella della consuetudine (3).

29. Vi è, invece, chi ha voluto giustificare giuridicamente l'istituto del Gabinetto per via di deduzione dai cosidetti principî generali del diritto (4), o, come altri dice, dai necessari presupposti delle norme statutarie (5).

Infatti, i principî su cui quello si fonda dovrebbero, a giudizio del Romano, considerarsi come una logica e completa applicazione dei principî regolatori del Governo costituzionale, nel senso di fare una necessità giuridica dell'accordo fra il Gabinetto e le Camere e dei conseguenti limiti imposti alla Corona (6). Tale accordo fra i due poteri, esecutivo e legislativo, si presenterebbe, nello spirito del Governo costituzionale, come un principio di diritto, traducentesi, secondo si è affermato assai di recente, in un

(1) Cfr. Caristia, *Il diritto costituzionale italiano nella dottrina recentissima,* Torino 1915, p. 140, in nota ; *Saggio critico,* cit., pag. 54, dove è confutata la tesi del Ranelletti ; l'A. si rifiuta di ammettere che tanto Carlo Alberto quanto Vittorio Emanuele avessero fin dall'inizio del loro regno una idea chiara e netta del Governo parlamentare, come noi ora lo conosciamo; ed in ciò si può anche consentire; ma non certo nella conseguenza che l'A. stesso vorrebbe trarne, come vedremo appresso.

(2) Cfr. Raggi, scritto cit., p. 21-22.

(3) Cfr. Criscuoli, scritto cit., p. 34-35.

(4) Così il Romano, *Diritto e correttezza costituzionale,* in *Riv. di diritto pubblico,* Vol. I, p. 493.

(5) Cfr. Criscuoli, op. cit., p. 47, il quale, di recente, ha presentato una costruzione che vuole apparire come un ulteriore sviluppo della veduta prospettata dal Romano.

(6) Cfr. Romano, scritto e loc. cit., pp. 445-447.

imperativo giuridico rivolto al Capo dello Stato al fine di ristabilire l'armonia in caso di turbamento: imperativo però, che, negli ordinamenti parlamentari, verrebbe ad assumere una fisionomia specifica, in quanto diversi elementi avvicinerebbero i termini dell'accordo, tracciandone anzi la direzione e precisandone i mezzi: onde il doveroso intervento dell'azione conciliatrice del Capo dello Stato, esplicantesi col potere di scioglimento della Camera e di nomina e revoca dei suoi Ministri, assumerebbe quivi una più precisa e concreta estrinsecazione: dovendosi intendere come un dovere giuridico del Capo dello Stato di informare la propria condotta al conseguimento d'una specifica finalità, il che presuppone una discrezionalità tecnica (1).

Ora, se non può riguardarsi obbiezione rilevante, come a taluno è parso, il dire che a base del Governo di Gabinetto sta una regola generale giuridica, e non già un principio generale che può essere soltanto indotto da norme giuridiche (2), è però fuor di dubbio decisivo il rilievo fatto da altri, che cioè, dato il concetto comune dei principî generali di diritto (3), sembra difficile trovare, avanti la pratica del Governo parlamentare, dei principî costituzionali, dai quali, a seguito di generalizzazioni successive,

(1) Cfr. Criscuoli, op. cit., pp. 35-46; il quale A. vuole confermata la sua conclusione, in via induttiva, dall'esame dei precedenti storici, che dimostrerebbero come le carte costituzionali moderne modellatesi sull'esempio inglese abbiano accettato mediatamente fra le proprie norme giuridiche gli essenziali postulati del costume inglese (ivi, pp. 47-52).

(2) In questo senso Arangio Ruiz, *Istituzioni,* cit., p. 612; il quale in tal modo verrebbe a confondere la norma fondamentale posta a giustificazione dell'istituto coi principi da cui essa stessa si vuol far discendere, da parte di chi intenda dare a quella una base diversa dalla legge o dalla consuetudine.

(3) Tale concetto, di recente ribadito (cfr. Orlando, *Introduzione* alla traduzione italiana de *La dottrina generale dello Stato* di Jellinek, p. 23; Ferrara, *Trattato* cit., p. 228; Cavaglieri, *Lo stato di necessitá nel diritto internazionale,* in *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* Vol. LIX-LX, p. 206) è contrastato, pure di recente, dal Del Vecchio, *Sui principî generali del diritto,* in *Archivio giuridico,* Modena, 1921, p. 33 e segg., che delinea una concezione assai diversa da quella tradizionale.

si possa pervenire alle norme basilari ed ai principî costitutivi ed inspiratori di questo nuovo regime (1). E se, d'altronde, questo si voglia considerare come naturale e logica esplicazione del Governo puramente costituzionale, occorrerebbe spiegare perchè ogni forma di Governo soltanto tale non raggiunga necessariamente quello stadio più avanzato di evoluzione.

A noi pare che, se da quella *necessità* di accordo fra poteri, che vuolsi dedurre dalle norme costituzionali comuni ai due tipi di Governo rappresentativo, *deve* discendere un imperativo giuridico pel Capo dello Stato nel senso profilato dalla suesposta teoria, non basterà, a spiegare la mancata evoluzione di taluni ordinamenti costituzionali verso la forma parlamentare, il dire, come ha fatto il Criscuoli (2), che ciò fu dovuto a fatti estranei al diritto, connessi all'attuazione della vita politica. Questi fatti, in verità, avrebbero al più potuto modificare od alterare il processo evolutivo, ma non arrestarlo: gli è invece che l'attuazione *consuetudinaria* della norma fondamentale del Governo parlamentare, e solo essa, ha determinato la *giuridicità* della forma di Governo più evoluta, presso gli Stati che l'hanno adottata (3).

30. Non si discosta in sostanza dalle vedute precedenti, in ispecie da quest'ultima, chi, come il Marchi, afferma che la forma parlamentare di Governo si lascia fin dall'inizio dedurre dai principî generali costituenti una vera e propria fonte di diritto, e che poi la sua effettiva esplicazione sarebbe in buona parte dovuta anche ad una retta

(1) Cfr Raggi, scritto cit., p. 14.

(2) Cfr. scritto cit., p. 54.

(3) Dove, come nell'Impero germanico, non si é svolto un tale processo consuetudinario, è mancata la evoluzione accennata. Ed oggi è oggetto di dubbio se, di fatto, il regime parlamentare potrà quivi attecchire, malgrado vi abbia trovato cittadinanza, per espressa disposizione della nuova costituzione, in virtù dell'art. 54. Sul sistema parlamentare nella recente dottrina germanica, cfr. specialmente Piloty, *Das parlamentarische System*, Berlin, 1917, Hasbach, *Das parlamentarische Kabinettsregierung*, Berlin, 1919.

interpretazione dei principî generali stessi da parte dei nostri organi costituzionali, cementata in seguito dalla lunga osservanza, ed inspirata alle tendenze e condizioni politiche del tempo (1). Nè appare concezione diversa quella di chi, come il Chimienti, più di recente, ha inteso di voler fondare l'istituto del Gabinetto su quegli stessi principî su cui poggia in genere l'ordinamento giuridico dello Stato moderno e sulle norme di diritto positivo che disciplinano i rapporti tra alcuni organi costituzionali dello Stato, mentre avrebbero vero e proprio carattere di fonte consuetudinaria gli usi e precedenti attraverso i quali si è venuto svolgendo il funzionamento del Gabinetto (2).

Di altre vedute troppo vaghe, e di secondaria importanza, non è il caso di far cenno (3); ed è piuttosto da rilevarsi, come assai significativo, il fatto che, in fondo a tutte le opinioni espresse in merito alla presente indagine, si fa più o meno un certo ricorso, sia pure con intenti speciali, all'elemento consuetudinario (4).

Ma, sopratutto, mal si dissimula in queste ultime teoriche la tendenza a distinguere il fondamento dalla effet-

(1) Cfr. Marchi, *Sul concetto di legislazione formale*, Milano, Soc. Ed. libr., 1911, p. 161-162

(2) Cfr. Chimienti, *Manuale*, II, 1920, p. 457.

(3) Così quella di Aranzio Ruiz, che vorrebbe riportare la base giuridica del Governo di Gabinetto al sentimento giuridico della comunità (*Istituzioni*, cit., p. 615): opinione, che è stata riaccostata a quella dell'Hatschek (v Raggi, scritto cit., p. 23 in nota), ma che rivelasi infondata, in quanto considera come fonte di diritto piuttosto il mezzo di passaggio dal fatto al diritto (ivi), e che si concreta nella coscienza giuridica collettiva, ben diversa dalla volontà dello Stato (cfr. Criscuoli, scritto cit. p. 22).

(4) Lo stesso Donati, infatti, non esclude che i principî informatori del Governo parlamentare, per il lungo continuo ininterrotto uniformarsi ad essi del Capo dello Stato nell'esercizio della prerogativa, siano divenuti anche contenuto d'una consuetudine, e per quanto non obbligatori come tali, abbiano valore giuridico come un modo particolare secondo cui nel diritto pubblico la consuetudine può andare rivestita d'una certa efficacia (op. cit. p. 157-158): Il Ranelletti applica al caso, come vedemmo, la categoria giuridica della consuetudine interpretativa. Per il Criscuoli, v. quanto afferma nello scritto cit., a p. 52-53.

tiva esplicazione del regime parlamentare, per sorreggere quello alla stregua di una fonte di produzione giuridica diversa dalla consuetudine, la quale varrebbe invece solo pel funzionamento del regime stesso (1).

Ed infatti tale concezione apparrebbe seducente, trattandosi di un istituto, che, negli Stati in cui fu accolto dall' Inghilterra, si rinviene e funziona in modo quasi identico fin dagli inizi dell' attuale ordinamento, com' è stato spesso avvertito; onde mancherebbe il requisito della ripetizione degli atti per una base giuridica consuetudinaria di esso, che solo in seguito sarebbesi venuto sviluppando consuetudinariamente.

Ma neppure alla veduta così prospettata noi sapremmo accostarci, dopo quanto s' è detto per escludere le diverse teorie suesposte.

31. Senza troppo preoccuparci delle origini storiche che l' istituto del Gabinetto ha avuto nella costituzione inglese (2), per la quale non vi è motivo a dubbio (nel senso, s'intende, di riportare quella genesi alle regole convenzionali, come si disse), riteniamo che, nei paesi in cui esso istituto fu accolto insieme col regime cui si accompagna, la sua giustificazione giuridica, nonchè il suo funzionamento, e non meno di questo, debba ricercarsi nella consuetudine introduttiva; conforme, del resto, alle conclusioni cui si era di sopra arrivati.

---

(1) Il Criscuoli, in ispecie, ha distinto fra gli *essenziali postulati* del regime parlamentare, riconducibili ai necessari presupposti del nostro diritto costituzionale, e le altre norme che entrano nel giuoco del governo parlameutare presso i paesi che l'attuano: secondo lui, la norma fondamentale di quel regime si esplicherebbe in poche regole particolari, che rappresenterebbero appunto quegli essenziali postulati; mentre, di quelle che accompagnano la sua *attuazione*, alcune assumerebbero giuridica obbligatorietà o per effetto di consuetudine o per essere accolte nel diritto scritto, altre invece sarebbero riferibili al costume politico ed incapaci di trasformarsi in diritto (cfr. ivi, p. 52-53).

(2) Così il Chimienti, op. cit. p. 465, ha accennato a quella corrente secondo la quale l'istituto del Gabinetto, in omaggio alle sue origini storiche, sarebbesi formato in forza della consuetudine, plaudendo anzi al freno salutare che scrittori recenti avrebbero posto a tale corrente.

Conclusioni, ribadite recentissimamente dal Raggi, che ha saputo dimostrare all' evidenza, nel caso, la sussistenza degli estremi dalla dottrina richiesti perchè alla consuetudine si faccia luogo, e cioè: da un lato, la costante ripetizione nel Regno di Sardegna, e più in quello italiano, del fatto posto a base della norma fondamentale del regime parlamentare; dall' altro, una convinzione giuridica formatasi al riguardo all' epoca di attuazione del Governo costituzionale nel Regno Sardo (1).

Per verità, in ordine ai requisiti della consuetudine, noi non abbiamo esitato ad accogliere nel campo del diritto pubblico la teoria tradizionale, per quanto possa apparire a taluni discutibile (2): ed applicandola integralmente alla materia in esame, ci confermiamo risoluti nella cennata opinione, che ha trovato il recente appoggio di altri scrittori (3), più o meno categoricamente espresso.

L' obbiezione che si vorrebbe decisiva per vulnerare una tale veduta, e che è stata ripetuta a sazietà, si deduce, com' è noto, dal fatto che nel primo momento di at-

---

(1) Cfr. scritto cit., pp. 29-30; se mai, si potrà dubitare se una tale convinzione sia proprio coeva all'inizio di attuazione del detto regime. Contro l'opinione del Raggi, di recente, Caristia, *Saggio critico*, cit. p. 58 e segg. Peraltro il Raggi ha opportunamente rilevato, che l' inconsistenza ed insostenibilità delle opinioni, le quali vorrebbero giustificare su altra base giuridica che non sia la consuetudine l'osservanza del Governo parlamentare costituisce già un forte argomento acquisito a sostegno della tesi da lui accolta (scritto cit. p. 24).

(2) Cfr. il nostro studio precedente su *La consuetudine*, cit., § 9. Anche il Raggi, scritto cit. pp. 29-30, accentua la discutibilità della teoria tradizionale sulla consuetudine, che, peraltro, vuole applicata al caso, come dimostra nella conclusione (ivi p. 32).

(3) Cfr. gli scrittori ricordati nel nostro studio precedente su *La consuetudine costituz.*, cit., pag. 57-58, in nota; e fra i più recenti, specialmente Traversa, *Lo stato di necessitá nel diritto pubblico interno*, Napoli, 1916, cit., p. 47, in nota, pel quale « forse la instaurazioue del sistema parlamentare si può giuridicamente spiegare con la consuetudine introduttiva »; Presutti, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1915, p. 296; *Istituzioni*, 2ª edizione, Napoli, 1920, p. 202, il quale considera senz'altro come « vere e proprie norme consuetudinarie » tutte quelle norme che in Italia limitano il libero apprezzamento del Capo dello Stato nella nomina e revoca dei Ministri.

tuazione del nuovo regime mancava il requisito della ripetizione degli atti (1).

Ma si risponde, lasciando da parte ogni esitanza (2): sia pure che solo in un periodo posteriore alla concessione delle istituzioni rappresentative abbia potuto consolidarsi l'instaurazione del regime parlamentare, e sia venuta acquistando consistenza giuridica consuetudinaria la norma fondamentale di osservanza di esso (3); la quale, in un primo momento, pur essendo apparsa quasi obbligatoria, dovette essere praticata come pura norma convenzionale o di correttezza costituzionale, poichè come tale era stata introdotta nel Continente, l'Italia compresa, dal paese di origine onde fu imitato il regime parlamentare (4).

Nessun ostacolo pregiudiziale ad ammettere ciò: perocchè ciò non significa punto, come taluni pretendono, disconoscere il fondamento giuridico del Governo di Gabinetto negli Stati continentali: bensì riconoscerne l'esistenza giuridica quando *effettivamente* negli organi costituzionali si era andata radicando la coscienza giuridica della sua obbligatorietà, attraverso la necessaria osservanza della norma fondamentale che limita il potere della Corona nella scelta dei ministri, e di quelle altre che ad essa sono indissolubilmente connesse.

Nè, d'altra parte, sembrano esaurienti le testimonianze addotte, a riprova della pretesa inesistenza dell'accennata

(1) Cfr. Donati, op. cit., pp. 153-154; Romano, *Diritto e correttezza*, cit., p. 492; Ranelletti, scritto citato, p. 29; Criscuoli, scritto cit., § 10.

(2) Un tono di esitanza al riguardo ci sembra di rinvenire nel Raggi, scritto cit., p. 30: del resto, non può sfuggire ad alcuno la gravità della obbiezione accennata nel testo.

(3) Questo affermammo senza esitazione nello studio precedente su *La Consuetudine costituzionale*, cit., p. 18; meno risolutamente, forse, il Raggi, loc. cit.

(4) In realtà il Governo parlamentare fu determinato presso di noi dalla necessità, ma intesa nel senso altra volta esposto (scritto su cit., p. 23; onde non deve ciò apparire contraddittorio con quanto si é più indietro accennato, a p. 56 nota 2ª): necessità, che a sua volta determinò la consuetudine: quindi, come stato di *fatto*, diventato giuridico per consuetudine, la quale, per ciò, è quella che ne costituisce il vero fondamento.

opinio juris, da chi, come il Caristia, partendo da un punto di vista troppo lontano dal nostro, crede non si possa parlare di consuetudine nel campo del diritto pubblico così come se n'era discorso nella sfera del diritto comune (1): gli è che da costoro non vuolsi tener conto, ma a torto, del carattere specifico della consuetudine costituzionale, specie in ordine all'elemento suaccennato.

Il vero è, invece, che quella convinzione non dovette tardare a formarsi (2): onde sorse la necessità, da parte dei supremi organi costituzionali, di conformare ulteriormente la propria condotta a tutto quel complesso di regole, pure essenziali, che alla norma fondamentale del nuovo regime *necessariamente* si collegano e con vincolo logico si riconducono, come ingranaggi indispensabili del suo funzionamento: quali, appunto, quelle relative alla necessità dell'accordo politico fra i membri del Gabinetto ed all'ufficio del Primo Ministro, le norme fondamentali che disciplinano le crisi ministeriali e lo scioglimento della Camera, e quelle in genere più salienti che integrano la struttura del regime e ne accompagnano l'attuazione (3):

(1) Cfr. Caristia, *Il diritto costituzionale* ecc., cit., pp. 137-142; *Saggio critico*, cit., p. 59-60, specie a p. 61: ma v. quanto rilevammo nello *studio* precedente, già citato, p. 26, e segg. Né, ad infirmare l'esistenza dell'accennata *opinio juris*, tanto meno giova l'indugiarsi, come ha fatto il Caristia, a dimostrare che nei primi periodi del nostro costituzionalismo l'opinione pubblica e della stampa fosse contrastante; poichè, come osservammo, la *opinio juris* che integra la consuetudine costituzionale deve formarsi da parte degli organi costituzionali dello Stato.

(2) Anzi, la intensità speciale con cui quella convinzione andò formandosi fece sì, come altra volta osservammo (scritto cit. su *La consuetudine*, p. 18), che anche il processo di ripetizione degli atti, in ordine alla formazione della consuetudine, vuolsi nel caso ritenere che abbia subito una notevole riduzione, rispetto a quello che ordinariamente é richiesto perchè una consuetudine giuridica possa dirsi già esistente. Ma ciò non si identifica col ritenere che una tale convinzione siasi formata fin dal primo atto.

(3) Rientrano fra queste ultime, a nostro avviso, la norma che ha fissato l'appartenenza dei Ministri all'una od all'altra Camera, prima della nomina o subito dopo; l'altra, che impone la necessità di comunicazioni da parte del Governo che si presenta alla Camera dopo una

delle quali troviamo ben scarsa traccia di accoglimento nel diritto pubblico scritto dei paesi continentali, ed in ispecie, del nostro.

L' efficacia della consuetudine introduttiva è stata tale, da investire tutto questo insieme di regole, che si riferiscono così al fondamento come all' attuazione della nuova forma di Governo.

32. Ciò non esclude, peraltro, che questa abbia dato luogo, nella sua esplicazione, ad una larga serie di norme di semplice correttezza costituzionale, le quali non sono peranco diventate consuetudinarie (1).

Queste norme, com' è noto, si sono venute formando più specialmente nei rapporti e per regolare i rapporti fra organi o corpi costituzionali dello Stato: fra la Corona ed il Gabinetto, fra il Gabinetto e il Parlamento, fra i due rami del Parlamento stesso, fra ciascuna delle Camere ed i supremi organi del potere giudiziario; nel senso di determinare la correttezza di esercizio dei rispettivi poteri, e per evitare o risolvere i possibili contrasti od attriti fra di essi.

Esse si riferiscono a rapporti che in genere si svolgono in funzione dell' interesse pubblico, mutantisi in ragione e rispondenza delle rinnovantisi condizioni sociali, e che richiedono appunto, per la loro disciplina, il potere normativo di principî e di regole flessibili, le quali, se stanno fuori del diritto, vi possono però rientrare attraverso un grado adeguato di esperimentata consolidazione (2).

---

crisi; quella che attribuisce l' efficacia di produrre le crisi solo alla Camera dei deputati, etc.

(1) Cfr. lo scritto più volte citato del Romano, *Diritto e correttezza cost.*, specie a p. 495 e segg.

(2) Alle norme di carattere politico (oltrechè a quelle di morale costituzionale vera e propria) noi crediamo si possa estendere il concetto di correttezza, che, come già fu avvertito nello studio precedente, p. 36, nota 2, sembra invece da esse distinto pel Ranelletti (scritto cit., p. 30), e che è più ampio pel Romano, il quale però apprezza il vantaggio, di cui nel testo, per le regole di correttezza (scritto cit.. p. 493-494). Per la necessità di un complesso di regole di morale costituzionale, che completino ed interpretino le leggi della costituzione, cfr. anche Salandra, *Diritto e politica*, in « Annuario della R. Università di Roma », 1906-907, p. 8.

Ora, questo complesso di regole e di principî normativi, che pure costituiscono un complemento essenziale del diritto costituzionale vero e proprio, solo in parte han potuto tramutarsi, per una lenta ma continua elaborazione e consolidazione, in diritto consuetudinario (1). E ciò è avvenuto, precisamente, per le più fondamentali di esse, specie in riguardo all' istituto del Gabinetto ed ai rapporti di esso coi principali organi o corpi costituzionali dello Stato; le quali, presso di noi, sono venute consacrandosi, attraverso il ripercuotersi d' una serie di atti uniformi in una *opinio juris* incontestabile, in solide ed *essenziali* consuetudini costituzionali (2), che vengono a far parte integrante dell' ordinamento giuridico statuale (3). Altre sono rimaste,

---

(1) Tale distinzione è accennata anche dal Criscuoli, op. cit., p. 53; ma egli erra, secondo noi, nel considerare come viventi fuori del diritto tutte le norme che si deducono dalle *prassi* relative alle crisi (v. ivi, p. 52-53; *Il Gabinetto dimissionario*, Roma, 1918, § 10): v. nota seguente.

(2) Così può dirsi, per le norme fondamentali che fissano le cause politiche di crisi (come il disaccordo fra la Corona ed il Gabinetto, o fra i membri del Gabinetto, o fra il Gabinetto e il Parlamento), e riconoscono alla Corona, in quest'ultimo caso, la facoltà di ricorrere ad una delle tre soluzioni costituzionali prospettate dalla dottrina (l'accettazione delle dimissioni del Gabinetto, il mantenimento di esso al potere con facoltà di scioglimento della Camera, il mantenimento al potere e ulteriore rinvio del Ministero al Parlamento), etc.

Il Chimienti ha voluto di recente tentare una elencazione delle norme più importanti che disciplinano l'istituto del Gabinetto ed i rapporti annodantisi intorno ad esso (come può vedersi nell'opera citata, pp. 478-480), forse però non sempre rispettando la distinzione accennata nel testo. E quando dice che quelle norme, la cui applicazione trova la sua forza nella virtù degli usi e precedenti consolidati dalla consuetudine, sono essenziali alla costituzione giuridica dello Stato italiano e dànno il fondamento giuridico all'istituto del Gabinetto (ivi, p. 480), dice sostanzialmente cosa esatta e che conforta la nostra tesi, ma forse non troppo coerentemente con quanto, sotto quest'ultimo riguardo, lo stesso A. aveva affermato a p. 457, e che noi accennammo (v. retro § 30).

(3) È questo il criterio, pel quale pare possa riconoscersi il carattere della positività del diritto, ove si parta dal presupposto della sovranità dello Stato; né è da mettersi in dubbio la positività del diritto consuetudinario (cfr., in questo senso, le recenti osservazioni del Kelsen, *DasProblem der Souveränität*, cit., p. 93).

almeno per ora, allo stato di norme puramente politiche, o di correttezza costituzionale (1).

La consuetudine introduttiva, pertanto, rappresenta in questa parte il tramite principale per il quale le norme di correttezza possono diventare norme giuridiche, acquistando così una indubitabile e permanente consistenza: ed in ciò, sopratutto, sta la sua portata, ed il motivo precipuo della sua importanza, nello sviluppo della forma di Governo parlamentare.

33. Non meno rilevante è la efficienza della consuetudine introduttiva, nel senso di determinare e regolare quanto occorre, in argomenti e punti trascurati dalla costituzione, attraverso la forza normativa dei principî e delle regole nuove ch' essa è capace di porre.

È ciò che avviene appunto rispetto alle lacune legi-

---

(1) Così, sarebbero norme politiche, o di pura correttezza, quelle che presiedono ai criterî di apprezzamento delle circostanze per cui, in caso di dimissioni del Gabinetto al potere, convenga adottare l' una o l' altra delle soluzioni più sopra prospettate (v. nota 2 p. 75); o disciplinano la condotta del Gabinetto in seguito alle elezioni sorte dallo scioglimento della Camera; le attribuzioni del Ministero in carica nell'intervallo fra le presentate dimissioni e la nomina del nuovo Gabinetto; gli atti che accompagnano la soluzione delle crisi, ed in ispecie i criterî che devono guidare la Corona nella scelta del Primo Ministro all'infuori del caso più frequente e normale, ed il Primo Ministro nella scelta dei suoi collaboratori; la condotta di costui durante il periodo di formazione del Gabinetto; quella del Parlamento in ordine all' esercizio del suo diditto di sindacato sulle crisi, etc.

Del pari, in ordine alla potestà della Corona di scioglimento della Camera, mentre sembra si debbano qualificare come norme giuridiche consuetudinarie (sia pure di carattere interpretativo, come dicemmo al § 3, per quanto, del resto, possano a lor volta rappresentare norme *nuove*, integratrici della disposizione fondamentale dell' art. 9 dello Statuto), quelle relative alla disciplina dei casi principali in cui possa e debba farsi uso di quella potestà; sarebbero invece rimaste allo stato di regole politiche, o di semplice correttezza, quelle altre che presiedono ai criteri di valutazione delle condizioni politiche od esigenze dello Stato che consigliano di ricorrere o meno all'esercizio di quella prerogativa, o di ricorrervi una o più volte di seguito, o di risolvere altrimenti il conflitto con l'uso di una diversa potestà.

slative, o dell' ordinamento giuridico (1); le quali, a nostro avviso, esistono certamente presso tutte le costituzioni; poichè, se è vero che la costituzione dovrebb' essere, come talvolta si è detto, una codificazione effettivamente esauriente di tutti i principî supremi del diritto statuale, è pur vero che ciò di rado si verifica e può verificarsi, siccome avvertimmo fin dal principio di questo lavoro.

Tali lacune possono essere previste o non dal legislatore; comunque, esse si rivelano suscettibili di essere colmate per mezzo della consuetudine, con la quale, in questo caso, gli organi costituzionali che la pongono in atto altro non fanno, tacitamente, che quanto il legislatore medesimo avrebbe provveduto, se avesse voluto, oppure se ne fosse stato in grado in caso di imprevedibilità della lacuna.

Un esempio tipico di lacuna riempita dalla consuetudine, nel nostro ordinamento costituzionale, è quello relativo alla disciplina dell' istituto della Luogotenenza generale (2).

---

(1) È noto che queste lacune *legislative*, o del diritto scritto, vengono distinte secondo taluni dalle lacune *giuridiche*, o dell'ordinamento giuridico: cfr. Anschütz, *Lücken in Verfassungs-und Verwaltungsgesetzen*, in *Verwaltungsarchiv*, Berlin, 1906, p. 318. Sull' importante argomento delle lacune, v. per tutti Donati, *Le lacune*, cit., il quale peraltro ammette, in omaggio alla teoria prevalente, la completezza dell'ordinamento giuridico: nello stesso senso, fra i più recenti, Ranelletti, scritto cit., p. 19. Contro, e giustamenle, secondo noi, rispetto al diritto pubblico: Romano, *Diritto e correttezza*, cit., p. 493; *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 268, 271; *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Pisa, 1909, p. 24; Caristia, *Saggio critico*, cit., p. 48 e segg.; Graziano, *Lo Stato giuridico*, Torino, Bocca, 1919, pp. 61-64; Hatschek, *Konvenzionalregeln*, cit., p. 40.

Una efficacia *suppletiva* del diritto scritto da parte della consuetudine, ove quello non preveda né provveda, è ammessa di recente dal Traversa, op. cit. p. 85, in nota.

(2) Cfr. quanto dicemmo al riguardo nel nostro studio precedente su la *Consuetudine costituzionale*, cit., p. 5-6; e della stessa opinione, di recente, il Chimienti, *Manuale*, cit., p 496, il quale afferma che tale istituto ha nel nostro diritto pubblico una fonte di diritto consuetudinario, che torna a vivere quando una necessità di Stato ne consiglia la rinascita. Contro, Marchi, *Le luogotenenze generali*, Roma, 1918, p. 121, che ne riconduce il fondamento alla *necessità*, intesa come fonte immediata e diretta di diritto.

35. Un' ultima serie di consuetudini, che si connettono a quelle introduttive, sarebbe rappresentata dalle consuetudini *extracostituzionali;* le quali non vorremmo confuse con quelle formantesi propriamente in seno alla costituzione per lo sviluppo degli organi e delle competenze e rapporti fondamentali, come in ispecie le consuetudini attinenti allo sviluppo del Governo di Gabinetto: esse, invece, si elaborano lentamente al di fuori dei limiti segnati agli organi dello Stato dalle leggi costituzionali.

Intendiamo alludere a quella sorta di consuetudini politiche, destinate non tanto e propriamente a sviluppare in senso normale la costituzione, quanto piuttosto ad esprimere attività non consentite dalla medesima ed affermare principî e regole più o meno contrastanti coi postulati fondamentali della dottrina giuridica dello Stato moderno e coi suoi essenziali presupposti; ed attraverso la cui formazione si tenderebbe non più soltanto al mutamento di questo o quel punto della costituzione, bensì alla trasformazione completa dell' attuale tipo di istituzioni costituzionali.

Esse consuetudini condurrebbero, invero, dopo un lungo spazio di tempo non delimitabile a priori, ad una struttura e configurazione giuridica del tutto nuova dello Stato rappresentativo moderno, attraverso un doppio processo, rivelantesi o col trasferimento di potere da uno ad altro degli organi fondamentali di esso Stato, o con l' inversione e trasfigurazione di principî costituzionali che stanno attualmente a base del medesimo.

Da un lato, infatti, è stata avvertita la tendenza crescente dei Parlamenti a trasferire il loro potere in altro organo da essi derivante o con essi collegato, od a cedere comunque in importanza politica (1).

---

(1) Cfr. al riguardo le ricerche di Jellinek, *Verfassungsänderung*, cit., p. 46 e segg., che ricorda l'esempio della costituzione degli Stati Uniti, per l'avvenuto trasferimento del predominio della Camera dei rappresentanti nei suoi Comitati, soggetti a lor volta all'influenza determinante del loro presidente; quello della costituzione inglese, per l' avvenuta sostituzione di fatto a favore del Gabinetto di tutta la reale potenza del Parlamento, dal quale pure formalmente continua a derivare; ed in genere l'esempio delle principali costituzioni moderne: i quali tutti, contro la teoria costituzionale corrente, autorizzerebbero la conclusione, che, di fatto lo sviluppo costituzionale si è manifestato con un rafforzamento progressivo del potere del Governo, accompagnato talvolta da un crescente potere personale del Capo dello Stato.

D' altro canto, poi, non è sfuggito il fatto della presenza di nuove forze politiche e sociali dirette ad attrarre a sè il potere effettivo che l' attuale ordinamento giuridico attribuisce alle esistenti istituzioni, ad esercitare cioè nella vita statuale una vera e propria efficacia istituzionale non dissimile da quella che vien loro riconosciuta nella vita sociale.

Così, si è rilevata la marcia ascensionale, al di fuori della volontà del Parlamento, della forza del popolo, e ciò in virtù di un complesso di cause che gli hanno procurato un' organizzazione destinata ad avere per necessità storica la sua efficacia sulla conformazione dei rapporti statuali: come denotano di già l' influenza esercitata al di fuori del Parlamento dalle organizzazioni di partito sulla direzione stessa dello Stato, nonchè l' immediata ripercussione dei bisogni del popolo sull' origine di molte importanti riforme procedenti dal Governo. A prescindere dal riconoscimento giuridico di già conseguito da istituzioni implicanti un' immediata partecipazione del popolo stesso al potere statuale, come il referendum e l' iniziativa popolare; la volontà extraparlamentare del popolo sarebbe già diventata un fattore riconosciuto della vita statuale (2).

Ed attraverso le nuove forme organizzzate della società, tendenti ad influire sul Governo e sulla legislazione, già sarebbesi venuta determinando una *creazione di norme,* che, se non giuridicamente, certo socialmente operano con efficacia analoga a quella delle leggi. Sicchè, in sostanza,

---

(2) Cfr. Jellinek, op. cit., pp. 72-78; Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, discorso accademico presso la R. Università di Pisa, 1909, p. 27, nel quale assai efficacemente l'egregio A. ha delineato il movimento di *crisi* che in questo senso attraversa lo Stato moderno.

al disopra dei Parlamenti, avrebbero cominciato di già a contrapporsi, l'una di fronte all'altra, le due singole forze naturali indistruttibili dello Stato, Governo e popolo (1). Ed il fenomeno, com'è noto, si è andato sempre più accentuando in questi ultimi tempi (2).

È tutta una tendenza trasformatrice delle attuali istituzioni rappresentative, che s'è venuta delineando, per mezzo di usi e consuetudini nuove, nel senso di oltrepassare i limiti giuridici degli odierni istituti costituzionali, taluni dei quali già si avvierebbero verso configurazioni giuridiche differenti da quelle attuali: cosí, in ispecie, avverrebbe rispetto alla vita dello stesso rapporto rappresentativo (3).

Questo rapporto infatti, che è fra elettori ed eletti, mira ormai a costituirsi sulla base di impegni apertamente imposti, riferentisi segnatamente agli interessi specifici di determinate località e classi sociali. E pertanto, mentre precise norme legislative di diritto pubblico moderno ten-

(1) Cfr. Jellinek, op. cit., p. 79-80; analogamente Romano, scritto cit., p. 28. Per un accenno a trasferimento di fatto di poteri legislativi dagli organi politici centrali in organi decentrati di classe, che ha avuto qualche recente riscontro in Italia, v. Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Archivio giuridico*, 1921, fasc. 2, p. 267.

(2) In senso diverso, assai di recente, il Salemi, *Il nuovo diritto pubblico e le sue caratteristiche fondamentali*, estratto dalla *Rivista di Diritto pubblico*, 1921, Parte I., p. 6 e segg, accanto alla più larga partecipazione del popolo alla potestà di comando, come uno dei caratteri fondamentali del nuovo diritto pubblico, ha creduto di porre in rilievo l'accresciuto potere delle Camere, con conseguente restrizione delle facoltà del potere esecutivo; ma in verità, se ben si osserva, malgrado il conseguito suffragio universale, il popolo tende sempre più ad influire sul Governo con mezzi e per vie indipendenti dalla rappresentanza legale del Parlamento.

(3) Il fenomeno, già avvertito dal Chimienti, *Il principio rappresentativo nel diritto costituzionale moderno* (in *Archivio Giuridico*, Volume LXXVIII, 1906, p. 164 e segg.), e da noi accennato nel nostro discorso inaugurale su *Le tendenze recenti del costituzionalismo*, Siena 1911, p. 35 e segg., è stato di recente ribadito magistralmente dal Ruffini, *Guerra e riforme costituzionali*, Torino, 1920, *passim*, in ispecie a p. 50-52.

dono a porre il divieto del mandato imperativo, certe nuove consuetudini introducentesi in senso contrario darebbero invece al rapporto rappresentativo una nuova interpretazione, la cui portata costituzionale non è stata abbastanza valutata. Così del pari, il classico concetto della dottrina costituzionale, consacrato negli Statuti, per cui l'elettore si afferma come rappresentante della nazione, sarebbe di già superato nei costumi ed attenderebbe in nuove formule giuridiche ed in nuovi istituti costituzionali quella certa abrogazione che è stata elaborata dalla desuetudine. E ciò, a prescindere dal campo dell'attività dei Parlamenti e dei rapporti di questi con l'azione degli altri organi sovrani: dove, con evidente contrasto fra gli insegnamenti dottrinali e quelli emananti dalla realtà della vita politica, si assommerebbero i risultati concreti del cammino progressivo e generale della segnalata tendenza (1).

35. Chi esamini, nell'intima sostanza delle cose e senza preconcetti, i fenomeni dianzi segnalati, è tratto a

(1) Cfr. Chimienti, scritto cit., pp. 164-170; dove è giustamente rilevato che una parte degli effetti dell'accennata tendenza, agevolata dalla pressione degli interessi economici organizzati delle classi e dei ceti, che ha superato la concezione teorica del principio rappresentativo, sarebbe di certo dovuta all'impero di nuovi bisogni e di nuove necessità sociali, le quali reclamano ed elaborano, nel campo del diritto costituzionale, istituti nuovi o la trasformazione dei vecchi, in armonia a quei bisogni.

Nè, di fronte alle trasformazioni di fatto operatesi nella concezione della rappresentanza, per cui sembra ormai superata, o certo di molto scossa, la dottrina classica al riguardo (v. specialmente, per questa dottrina, Solazzi, *Diritto elettorale politico*, Bologna, 1910, pp. 65-66; Ranelletti, *Principî di diritto amministrativo*, cit., pp. 227-230), e così bene messe in luce oggi dal Ruffini, scritto cit., p. 50-52, vale attardarsi a sorreggere la solidità e persistenza formale di codesta dottrina, come ha fatto da poco il Siotto-Pintór (v. la recensione allo scritto dello stesso Ruffini, in *Rivista di diritto pubblico*, marzo-aprite 1920, pp. 417-418): dove, del resto, l'A. stesso riconosce che vi è un modo di concepire il diritto, pel quale in quelle ed attraverso quelle trasformazioni possono ravvisarsi forme giuridiche nuove (ivi, p. 417). Vero è che, per arrivare a queste, occorre nel caso che possa constatarsi la esistenza di consuetudini giuridiche fortemente radicate e consolidatesi nel tempo: v. la nota 1ª a p. 83.

ritenere che essi, indiscutibilmente sussistenti (1), non possono certo farsi strada attraverso la legge, contro il cui spirito anzi dirigono, o almeno, al di fuori di esso, esercitano, la propria efficacia; ma debbono invece aprirsi il varco attraverso la forza della consuetudine.

Ed infatti, essi vengono lentamente ed insensibilmente consacrandosi nel fatto con un complesso di *usi* e di *consuetudini meramente politiche,* la cui fisionomia non è possibile fissare sistematicamente con contorni precisi, appunto perchè la loro origine ed il loro processo di formazione e di consolidamento sfuggono all' occhio indagatore del giurista: innestate com' esse sono, dall' intima radice, nel dinamismo complesso delle forze e dei rapporti politici *reali,* non assoggettabili alla disciplina legislativa ed indipendenti dalle forme giuridiche esterne.

Nelle interferenze dei contrastanti interessi e bisogni sociali che cercano, per mezzo di esse, di farsi valere con efficacia istituzionale nella vita dello Stato, neppure il legislatore può prevenire o reprimere la formazione di questo genere di consuetudini (2), implicanti per sé stesse un esercizio di attività avverse alla lettera o allo spirito della costituzione, e che nel complesso contribuiscono a determinare il delinearsi di un ordinamento giuridico ad essa contrapposto, o almeno estraneo (3).

In realtà, attraverso la loro efficacia, che si attinge alla forza della coscienza popolare in evoluzione, si delinea una lenta ed impercettibile trasformazione della importanza giuridico-politica degli istituti e delle istituzioni costituzionali, in conformità alla progressiva organizzazione di questo nuovo fattore della vita statuale, che è rappresentato dalla *volontà* del popolo.

(1) Ciò è dimostrato anche da prove recenti della vita politica dello Stato italiano.

(2) Esso non può, infatti, regolare la distribuzione *effettiva* del potere statuale fra gli organi contemplati dalla costituzione, e tanto meno dominare l'insieme delle forze politiche e sociali che premono senza posa sulla compagine della medesima.

(3) In molti Stati, secondo Jellinek, la volontà extra-parlamentare del popolo si afferma come fattore della vita statuale *attraverso la lettera o la prassi delle costituzioni* (op. cit., p. 78): ciò invece avviene per lo più *al di fuori* di esse; per il rilievo dettagliato di queste tendenze extra costituzionali, cfr. il nostro discorso su *Le recenti tendenze del costituzionalismo,* già citato.

E, con un processo spontaneo, per il tramite di cosiffatte consuetudini, alimentate da nuove forze estranee alla struttura giuridica dello Stato moderno, si viene elaborando, insieme alla trasformazione dei vecchi, la necessità di nuovi istituti costituzionali, meglio rispondenti alle mutate esigenze sociali: al quale scopo si ravvisa più adeguata la elasticità propria delle formazioni consuetudinarie, che valgono ad evitare improvvisi sconvolgimenti.

Non è escluso che codeste consuetudini possano apparire sotto forma di desuetudine, come in rapporto all'esempio citato della concezione della rappresentanza (1); ma il più spesso assumono la fisionomia della consuetu-

(1) La nuova concezione di essa desunta dalla realtà della vita politica, secondo il Chimienti, come s' è visto, avrebbe già messo in dissuetudine quella dottrinale (contro Siotto, cit. recensione); più esatto però sarebbe il dire che si accentua sempre più la tendenza ad operare quella abrogazione: ma di questa, a rigore, e dal punto di vista giuridico, non potrebbe propriamente parlarsi, finchè le Camere non accogliessero implicitamente il concetto nuovo di rappresentanza, più che nazionale, locale o di classe, con l'accettare anche le dimissioni dei suoi membri motivate da sopravvenute divergenze con le opinioni politiche dei rispettivi collegi (la giurisprudenza parlamentare finora prevalente è nel senso di respingere le rinunzie in tal modo motivate, che includono il concetto del mandato imperativo: cfr. Solazzi, *Diritto elettorale politico,* Torino, 1916, p. 155; ed il nostro lavoro su *La rinuncia del mandato politico,* Modena, 1903, § 7; per la interpretazione dell' art. 41 dello Statuto, al riguardo, v. Racioppi *Commento,* II, p. 485 e segg., specie a p. 497). Il Salemi, scr. cit. p. 12, non esclude la futura possibilità d' un riconoscimento della rappresentanza giuridica e del mandato imperativo, mentre accenna che ora sarebbe soltanto messo *in serio pericolo* l' art. 41 dello Statuto insieme alla dottrina della rappresentanza parlamentare, muovendo, s' intende, dal punto di vista accennato nella p. 80, nota 2.

Si tratterebbe, qui, d' una lenta e progressiva elaborazione, nei riguardi del rapporto concepibile fra il deputato ed il collegio elettorale, in senso diverso e contrario a quello presupposto dall' art. 41 dello Statuto, attraverso una pratica inspirata a convincimento giuridico rispondente alle nuove esigenze sociali e politiche, da parte del-

dine introduttiva (1). In ogni caso, esse tendono ad imprimere una intonazione talmente diversa agli attuali istituti politici, da far apparire addirittura incostituzionali i procedimenti dei quali si servono per affermarsi, in quanto si rivelino in contrasto con leggi o principî giuridici costituzionali fondamentali (2). Ma, sostanzialmente, esse sarebbero solo *extracostituzionali*, perchè affermate al di fuori della sfera ordinaria d'azione degli organi costituzionali, anche se rispondenti ad esigenze reali della coscienza giuridica della convivenza; e potrebbero talvolta, attraverso la lunga ed ininterrotta pratica, diventare anche *formalmente* costituzionali, ove riuscissero a conseguire riconoscimento giuridico, sia pure indiretto, da parte degli organi fondamentali dello Stato (3).

Non giova peraltro dissimularsi la difficoltà di scambiare, con le nuove tendenze trasformatrici degli attuali

---

l'organo sovrano, l'Assemblea, che implicitamente dimostrasse di accogliere quel concetto del mandato imperativo: onde la possibilità di una tacita abrogazione della formula contenuta nel detto articolo, e quindi del trapasso nella sfera delle consuetudini costituzionali di una di quelle che, secondo il nostro concetto, si preparano al di là dei limiti della costituzione.

(1) Così, sopratutto, può dirsi di quelle riferentisi ai modi di manifestazione delle nuove organizzazioni sociali, nei riguardi dell'ufficio di legislazione, che costituzionalmente è attribuito agli organi statuali.

(2) S'intende, in quanto questi procedimenti ed atti esterni possano distinguersi dalla norma consuetudinaria che ne promana: così, non giova dissimularsi la incostituzionalità quasi costantemente apparente dei procedimenti stessi, in riguardo ai *comitati* legislativi scelti dai gruppi sociali.

(3) Ed invero, rispetto a talune di queste consuetudini, ancora incipienti, non si può attribuire loro un'incompatibilità *assoluta* coi postulati dell'attuale costituzione dello Stato moderno, sì da escludere che esse riescano a conseguire, sia pure a scadenza ancora molto lontana, quegli stessi *effetti giuridici* che, di fronte alla lettera di molte costituzioni moderne, ha prodotto la introduzione consuetudinaria del regime di Gabinetto; sicchè possono considerarsi come *essenziali* trasformazioni dell'attuale ordinamento giuridico, determinate dalla trasfusione di nuove improrogabili esigenze sociali nella vita delle istituzioni politiche, e destinate appunto ad attuare una *nuova condizione di diritto*, per le medesime; v. p. 83, nota 1.

regimi che rappresentino una sana orientazione verso configurazioni giuridiche nuove, vere e proprie manifestazioni degenerative del sistema parlamentare, quali possono venire talvolta celate da codeste consuetudini, specie se si concretino in semplici usi politici rispondenti ad esigenze di partito od a bisogni fittizi della società (1).

Comunque, è innegabile che la presenza reale ed effettiva della indicata tendenza trasformatrice, costituirebbe, come con frase felice disse il Chimienti, uno degli interrogativi più formidabili per la dottrina costituzionale dello Stato moderno (2).

E, per questo verso, ci sentiamo direttamente tratti a parlare dell'efficacia della consuetudine costituzionale.

---

(1) La necessità ed anche la possibilità, almeno in astratto, di tale distinzione sono però evidenti: mentre di ciò non sembra che la dottrina siasi resa sempre abbastanza conto.

(2) Cfr. scritto cit., p. 70, e gli interessanti rilievi del Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., e dell'Arcoleo, *Forme politiche e riforme sociali*, Napoli, 1901; e di recente, Graziano, *Lo Stato giuridico*, cit., *passim*. Anche il Siotto, recensione cit., p. 419, ha accennato di recente a elaborantesi trasformazioni costituzionali, cui è forse ineluttabile che si adatti la struttura formale del diritto, il quale però, frattanto rimarrebbe quello che è statuito e sancito nei testi, se anche possa apparirvi appassito.

IV.

SOMMARIO: A) 1. Diversa efficacia della consuetudine, nei suoi diversi atteggiamenti. — 2. Diversa efficacia rispetto ai diversi tipi di costituzioni: in che essa consista. — 3. Efficacia della consuetudine, nei rapporti con la legge, nel campo nostro. — 4. Efficacia della consuetudine sulla stessa competenza degli organi legislativi. — 5. Come si comporti l'efficacia di nuove consuetudini rispetto a consuetudini precedenti di carattere essenziale. — 6. La legge come abrogatrice di consuetudini esistenti, e la sua efficacia. — 7. Limiti alla efficacia giuridica della consuetudine: principio generale al riguardo. — B) 8. La sanzione del diritto: il diritto privato ed il pubblico, in ispecie costituzionale. — 9. Le garanzie delle norme di diritto costituzionale. — 10. Esistenza di garanzie e sanzioni, rispetto alle consuetudini costituzionali. — 11. Conseguenza della violazione di questa specie di consuetudini. — 12. Incostituzionalità dell'atto in ordine alle diverse forme di consuetudine costituzionale. — 13. Elementi diversi che influiscono sulla entità e misura delle conseguenze derivanti dalla violazione. — 14. Sintesi dell'azione delle diverse sanzioni, ed elementi influenti su di essa. — 15. Conclusione al riguardo.

A) **1.** Da quanto siamo venuti dicendo deriva evidentemente, che l'efficacia e gli effetti della consuetudine costituzionale in genere si assommano e sintetizzano in definitiva nella trasformazione della costituzione, comunque possano variare la misura ed il grado di espressione di codesta efficacia.

Tale potenza trasformatrice, invero, si estende da una portata minima ad una massima, a seconda che si consideri l'uno o l'altro degli aspetti cha la consuetudine può assumere.

a) Essa rivelasi anzitutto, in una certa misura, rispetto alla funzione interpretativa; ed il motivo è evidente. La necessità di adattare il testo costituzionale invariabile

alle mutate esigenze politiche e sociali, nonchè l'inevitabile influenza esercitata dal contrasto delle parti e delle passioni politiche nelle assemblee parlamentari, fan sì che in una data epoca possa prevalere una interpretazione della costituzione diversa da quella affermatasi attraverso i precedenti di un'epoca meno prossima.

Per effetto di nuove consuetudini di questo genere, che alle precedenti si sostituiscono, si comprende pertanto come possa prodursi una certa mutazione nella costituzione: essa verrebbe determinata dalla stessa interpretazione del suo contenuto (1).

b) Niun dubbio, poi, che la misura ed il grado di trasformazione costituzionale aumentino con la consuetudine abrogativa: sia ch'essa si eserciti mediante desuetudine di attribuzioni e competenze costituzionali, sia mediante formazione di consuetudini nuove direttamente contrarie alle disposizioni della costituzione.

Senonchè, in questa seconda funzione, la forza trasformatrice anzidetta non ha raggiunto ancora il grado massimo, malgrado le contrarie apparenze: infatti, le più recenti ricerche hanno posto in luce come, di fronte alla stabilità con cui si è cercato di guarentire le più essenziali disposizioni costituzionali, rimane sempre alquanto scarsa la misura dell'azione derogatoria della consuetudine; la quale si esercita invece direttamente solo, o almeno più di frequente, rispetto a disposizioni d'importanza meno essenziale.

c) Di gran lunga più elevato è il grado della potenza trasformatrice determinata in genere dalla consuetudine introduttiva: anzi, la portata giuridica della consuetudine costituzionale, sotto questa forma, consiste più specialmente nella efficacia, ad essa propria, di tramutare la forma stessa

(1) Il Jellinek, *Verfassungsänderung*, cit., p. 9, ha rilevato ciò per le leggi d'interpretazione; ma il rilievo può bene estendersi alla consuetudine. È nota, d'altronde, la funzione più larga che alla *interpretazione* delle leggi in genere, sotto il punto di vista da noi contemplato, tenderebbero ad assegnare certe correnti nuove del pensiero scientifico (cfr. fra i più recenti, Ferrara, *Trattato*, I, cit., pp. 238-239).

di governo in una varietà distinta da quella resultante dalla lettera della costituzione e delle leggi costituzionali: dove una tale funzione non sia stata esercitata dalla consuetudine, lo sviluppo costituzionale s'è arrestato alla forma rappresentativa pura (1).

Infine, il grado massimo della efficacia predetta è proprio alle consuetudini da noi appellate extracostituzionali, le quali, da un vero e proprio spostamento e disquilibrio di poteri costituzionali possono condurre fino alla trasformazione completa del tipo attuale di costituzioni, come già si ebbe occasione di notare.

Pertanto si può ritenere che, per virtù della triplice funzione assegnata alla consuetudine costituzionale, si viene sempre a produrre una modificazione, uno sviluppo ed un rinnovamento, che si direbbero costanti nelle costituzioni (2): come costanti appunto sono i cambiamenti delle effettive relazioni di potere politico e delle condizioni politiche e sociali su cui esse costituzioni riposano.

2. L'efficacia trasformatrice propria della consuetudine costituzionale si rivela pure, in misura più o meno larga, rispetto ai diversi tipi di costituzione: essa è massima

(1) Così, infatti, era avvenuto nell'Impero germanico e negli Stati singoli: le cui costituzioni poco o punto andarono soggette alla forza delle consuetudini innovatrici, ed i poteri pubblici si esercitarono rigorosamente entro i limiti segnati dalla costituzione.

(2) Essi corrisponderebbero alla *Verfassungswandlung* del Jellinek, da non confondersi, secondo il suo concetto, con la *Verfassungsänderung*, cioè con la mutazione introdotta nel testo costituzionale mediante atto di volontà preordinato alla medesima, per cui la legge costituzionale potrebbe essere abrogata, acquistare un altro contenuto od essere destituita di vigore mediante successive leggi derogatorie; mentre la prima rappresenterebbe quella mutazione che lascia sussistere formalmente inalterato quel testo, e viene causata da fatti, i quali non sieno accompagnati dal proposito o dalla coscienza di una tale mutazione (cfr. op. cit., pp. 3, 5-6). Il che appunto avviene, secondo noi, per effetto della formazione del diritto consuetudinario; poiché il consenso tacito e passivo degli organi statuali cho vi concorrono si produce all'infuori della coscienza della mutazione costituzionale che sia per conseguirne. Si tratterebbe, qui, di quei fatti di cui parla appunto il Laband, *Wandlungen*, cit., p. 3, e che avrebbero, secondo lui, determinato una ricostruzione costituzionale dell'Impero, se non nella forma, nella sostanza,

nelle costituzioni non scritte ed organiche, minore nelle costituzioni scritte e flessibili, ed ancora meno sensibile in in quelle scritte e rigide.

In generale però si può dire che, in grazia ad essa, senza che avvengano notevoli o punti mutamenti nella lettera della legge costituzionale, può venire assoggettata alle più grandi trasformazioni la condizione *effettiva* dei lineamenti costituzionali di uno Stato, in conformità alle mutate esigenze dei tempi.

Questo, anzi, è stato il modo pel quale il più delle volte si sono potuti evitare conflitti pericolosi per la vita dello Stato stesso, anche presso quei paesi in cui, come negli Stati Uniti, che rappresentano il tipo per eccellenza delle costituzioni rigide, si è cercato di assicurare con le maggiori possibili garanzie la stabilità delle disposizioni costituzionali (1).

Imperocchè, i freni costituzionalmente imposti ai mutamenti costituzionali nelle vie legislative sono talvolta tali e tanti, che vi si ricorre assai di rado; e quindi verrebbe a stabilirsi un contrasto troppo stridente e pericoloso, per la stabilità dell'ordinamento politico, fra la primitiva ed originaria condizione di diritto da un lato e le mutate esigenze politiche e sociali dell'altro, ove questi rinnovamenti, relativi più specialmente alle condizioni di vita costituzionala, non trovassero la via di ripercuotersi attraverso la consuetudine (2).

(1) A proposito della costituzione americana, ha potuto osservare assai giustamente il Bryce, op. cit., p. 561, 563, che una delle cause che hanno determinato la sua resistenza nella forma è appunto il fatto di essere stata sottoposta ad un sistema di trasformazioni costanti, per quanto talvolta appena percettibili, e di essersi così potuta adattare ai bisogni di una nuova epoca, mediante questa costante ed incessante trasformazione nella sua sostanza e nel suo funzionamento, pure attraverso l'identica redazione letterale di essa; il che, in modo non indifferente, è derivato dalla forza degli usi e delle consuetudini, com'è stato dimostrato da questo e da altri autori.

(2) Tale via è agevolata dalla scarsezza stessa di contenuto delle carte costituzionali, che le rende suscettibili di molti adattamenti, destinati ad evitare violenti crisi politiche; cfr. Romano, *Le prime carte col-*

Gli è invece che la flessibilità propria del diritto consuetudinario si adegua facilmente a trasformare lo spirito della costituzione, anche se la lettera rimane immutata, e ciò col determinarne un funzionamento sostanzialmente diverso da quello postulato dal rigore delle disposizioni letterali, ma per altro verso più rispondente alla pressione delle esterne esigenze sociali.

A dir vero, sull'esistenza delle trasformazioni *di fatto* operate dalla consuetudine non sorge contestazione, giacchè esse si rivelano visibilmente anche ad uno sguardo superficiale, salvo la diversa misura di efficacia che abbiano potuto determinare nei diversi Stati ed a seconda dei diversi tipi di costituzioni; queste trasformazioni, in conseguenza dell'azione consuetudinaria, seguono effettivamente, in diversa misura, ovunque.

Ma i dubbi sorgono sul punto di decidere, se la nuova condizione *di fatto* creatasi per tal via possa anche costituire, in materia costituzionale, una nuova condizione *di diritto*: se cioè, alla *efficacia effettiva e reale* della pratica costituzionale faccia riscontro la *efficacia giuridica* di essa, emergente dall'esistenza di una o più consuetudini vere e proprie; poichè, invero, non sembrerebbe ammissibile a priori che il diritto costituzionale consuetudinario di uno Stato possa mettere nel nulla il suo diritto costituzionale scritto, come qualcuno ha detto.

E ciò è sembrato tanto più grave, in quanto le costituzioni esse stesse hanno ritenuto spesso di dover sottoporre la stessa mutazione espressa delle loro disposizioni ad un aggravamento e ad una complicazione di forme e di garanzie, facenti capo all'azione d'un potere costituente; onde non sembrerebbe concepibile quest'altro mezzo di mutazione giuridica, che, trascurando le forme

stituzionali, Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella R. Università di Modena, 1906, p. 20-23. Rispetto alla flessibilità e stabilità dell'ordinamento statuale, osservazioni analoghe, per le norme di correttezza costituzionale, si trovano, dello stesso autore, in *Diritto e correttezza costituzionale*, cit., pp. 493 494.

più gravi e quelle ordinarie imposte al potere legislativo, si attui attraverso la consuetudine.

Senonchè, è proprio la forza stessa delle cose che riesce a trasformare la nuova condizione di fatto creata dalla consuetudine costituzionale in condizione *giuridica* nuova, non altrimenti di quanto avviene in seguito e per effetto di una rivoluzione (1): quella forza si fa valere a tal punto, che anche la più grande rigidità delle costituzioni non riesce ad impedire le nuove formazioni di diritto consuetudinario, le quali rappresentano uno stadio successivo di *evoluzione giuridica* nei riguardi della espressione della vita costituzionale di uno Stato.

3. Alcuni fatti valgono ad indicare specialmente la potenza dell'efficacia giuridica della consuetudine, nei rapporti con la legge, nel campo nostro:

a) Così, una legge può intervenire per regolare una *pratica consuetudinaria;* ma la legge essendo stata poi abrogata, prevalere efficacemente l'antica consuetudine (2);

b) Una legge può intervenire per ristabilire l'efficacia d'un istituto, al quale se ne vada sostituendo un altro consuetudinariamente: ebbene, quest'ultimo finirà per avere il sopravvento, in guisa da determinare l'abrogazione di quella legge; e se anche la legge non venisse abrogata, la

(1) Là dove non esista l'istituto del sindacato costituzionale, per mezzo del quale possa giuridicamente dichiararsi privo di efficacia un atto compiuto in conformità ad una consuetudine di quel genere, che pur devii da qualche disposizione della costituzione, la cosa non sembra difficile ad ammettersi; ma in realtà, come già fu osservato (v. retro, p. 43), l'efficacia sanatoria della consuetudine, di fronte ad un atto incostituzionale, è anche più estensiva, in quanto riesce a ripercuotersi indirettamente sul potere di controllo dell'autorità investita del sindacato costituzionale

(2) Es: il Presidente americano può revocare, senza sollecitare il consenso del Senato, dei funzionari la cui nomina dev'essere ratificata dal Senato: durante un certo periodo di tempo questa pratica era regolata da una legge; ma quest'ultima fu abrogata, e prevalse di nuovo l'antica consuetudine (cfr. Bryce, *La République Americaine*, Paris, 1900, p. 556; traduz. italiana, 1913, p. 410).

consuetudine nuova acquisterà tanta efficacia da paralizzare la forza della legge (1).

c) Anche se un' intera costituzione venga rimossa e sostituita da un' altra per mezzo della forza rivoluzionaria, potranno continuare a valere ulteriormente come diritto consuetudinario alcune norme giuridiche contenute nella costituzione abrogata, purchè non sieno inseparabilmente congiunte col precedente diritto legislativo (2);

d) Non è inconcepibile che norme di diritto costituzionale proprie dello Stato assoluto possano trasformarsi per diritto consuetudinario in norme giuridiche costituzionali dello Stato costituzionale, e che diritti consuetudinarî vigenti sotto il precedente regime possano rimanere tali anche dopo l' emanazione delle leggi costituzionali (3).

4. L' efficacia giuridica della consuetudine, in materia costituzionale, sembra che debba andare anche più al di là di quanto comunemente si ritiene da coloro che consentono nell' ammetterla.

Mentre, infatti, essa suole concepirsi tutto al più come capace di abrogare o trasformare le disposizioni della legge scritta, si è invece osservato con fondamento che, in materia di diritto costituzionale, ad essa debba attribuirsi una forza ancor maggiore di quella che dà luogo alla figura della consuetudine abrogativa. Si vorrebbe, cioè, riconoscerle un' efficacia che va ancora più indietro del momento in cui la legge è formata, in quanto essa verrebbe ad agire non sulla legge esistente, ma sulla competenza stessa degli organi legislativi, in guisa da impedire che questi emanino una legge ad essa contrastante (1). In altri termini, secondo tale concezione, la consuetudine essa stessa potrebbe limitare l'estensione della competenza legislativa, costituire cioè un *limite giuridico* rispetto alla competenza degli organi ordinarî della legislazione.

Io non dubito di consentire in questa, ch' è l' opinione del Romano. Poichè, infatti, sembra innegabile la esistenza di consuetudini così forti e così costituzionali, com' egli dice, le quali si riferiscono al fondamento della vita dello Stato, in modo da poter dominare, a dir così, tutte le manifestazioni di esso, comprese le più alte. Ed in concreto, basterebbe guardare a quelle norme più sostanziali e più delicate, di natura del tutto consuetudinaria che regolano l' istituto del Governo di Gabinetto; le quali non sembra davvero che possano abolirsi o modificarsi per via di leggi (2), aventi, s' intende, la pretesa di riuscire efficaci. E così si rivelerebbe esatto il principio, che, talvolta la consuetudine può fare ciò che la legge non potrebbe (3).

È quanto risulta precisamente dalle considerazioni svolte a proposito delle convenzioni costituzionali (4).

---

(1) Es.: la legge, con la quale in Inghilterra, di fronte alla formazione consuetudinaria dell' istituto del Gabinetto, si tentò di ristabilire l' antica autorità del Consiglio privato, fu dovuta abolire sotto la regina Anna, per la persistenza ostinata di quella nuova formazione di diritto consuetudinario.

(2) Es.: i cosidetti *principî del 1789* si ritiene dai più autorevoli scrittori francesi che facciano parte anche oggi, per diritto consuetudinario, del diritto pubblico francese; nonostante, dopo le precedenti rivoluzioni, che abbatterono le costituzioni anteriormente in vigore, non sieno state ripetuti nelle leggi costituzionali attuali del 1875: trattasi di principî fondamentali per lo Stato moderno, acquisiti ormai alla struttura giuridica del medesimo (v. al riguardo la questione contemplata in Jellinek, op. cit., p. 3-5).

(3) L' ipotesi è fatta dal Seidler, op cit., pp. 33-34, rispetto alla sopravvivenza del diritto consuetudinario dello Stato assoluto nel costituzionale.

(1) Cfr. Romano, *Osservazioni preliminari* ecc., cit., pp. 25, 26-27.

(2) Cfr. Romano, ivi, p. 27: e gli argomenti addotti a sostegno della tesi enunciata nel testo, a p. 28.

(3) Romano, ivi. p. 27; contro, Longo, op. cit., p. 68.

(4) Cfr. quanto dicemmo più sopra, al § 24. La virtù della efficacia limitatrice della consuetudine, nel senso contemplato nel testo, è tale che anche nelle costituzioni più flessibili come quella inglese, dove pure il potere legislativo ordinario può determinare le più profonde mutazioni costituzionali, si ammette per *consuetudine* che, allorquando tali mutazioni riguardano principî o norme costituzionali di gravissima importanza, debba essere consultata la volontà della nazione con la convocazione dei comizi; e ciò é ammesso anche in Italia.

Ma sarà possibile assurgere, in questa materia così poco ben definita, alla fissazione d' un principio di carattere generale ?

Se ci è lecito arrischiarlo, potremmo dire che tutte quelle consuetudini costituzionali, le quali disegnano i *tratti caratteristici differenziali* del governo rappresentativo guardato dal punto di vista intrinseco o sostanziale, e che, come tali, implicano *condizioni essenziali* dell'ordinamento costituzionale attualmente in vigore, sono pure consuetudini essenziali, le quali non potranno essere abolite con una semplice legge.

Tali consuetudini, così fondamentali e sostanziali da segnare , nella evoluzione costituzionale d' una data forma di governo, una vera e propria *condizione giuridica* nuova, sono da reputarsi talmente efficienti, che la violazione di esse importerebbe una vera violazione di diritto ; ed una legge che vi contraddicesse espressamente — credendo di far *tabula rasa,* con ciò, della manifestazione *tacita* di volontà precedentemente intervenuta da parte dei supremi organi costituzionali dello Stato per consentire alla formazione di quelle consuetudini — una legge di tal genere, diciamo, nascerebbe morta.

In altri termini, una legge, che abroghi o tenda ad abrogare una o più consuetudini costituzionali ritenute essenziali e fondamentali, non sarebbe *giuridicamente* efficace, nel senso di far perdere ad esse il proprio vigore, neppure durante il periodo del vigore formale della legge: tali consuetudini, infatti, avrebbero reagito *di già* sulla competenza degli organi legislativi, per modo da doversi ritenere che, data la persistente ininterrotta efficacia di esse, le medesime sieno rimaste sempre giuridicamente efficienti, di fronte alla morta lettera della legge (1), indipendentemente dalla possibile desuetudine di quest'ultima.

(1) Con codesta formulazione crediamo di poter rispondere alla elegante questione prospettata dal Romano, scritto cit., p. 28-29, a proposito della inosservanza del limite che la consuetudine costituzionale potrebbe eventualmente imporre alla funzione legislativa ; ed alla quale questione l'insigne Autore, se non ci inganniamo, dà implicitamente la stessa risposta. Bene osserva anche il Del Vecchio, *Sulla positività come carattere del diritto,* Modena, 1911, che occorrono di frequente nella storia giuridica dei popoli anche più progrediti casi di leggi non espressamente abrogate, e nondimeno rimaste o divenute lettera morta.

Dovrebbe però ritenersi altrimenti, rispetto alla consuetudini *accessorie,* consacranti norme consuetudinarie di natura secondaria, come quelle, ad es., che si vadano elaborando nell' interno di un organo statuale collegiale, e che si riferiscano piuttosto ai modi e mezzi di esercizio delle sue attribuzioni, senza però alterare sostanzialmente la fisionomia di queste ultime.

5. Potrebbe, peraltro, rispetto ad una delle consuetudini essenziali sopraindicate sovrapporsi una *nuova consuetudine,* in guisa da togliere alla precedente tutta la sua efficacia giuridica ?

Sembrerebbe di sì, data la virtù speciale del diritto consuetudinario di potersi piegare, anche rapidamente se occorre — tenuto conto del grado sempre *relativo* di perfezione che la norma riveste, in confronto di quella legislativa —, a quegli adattamenti richiesti dalla necessità di secondare le oscillazioni e variazioni del sentimento di giustizia e delle concrete esigenze della coscienza sociale collettiva.

Sicchè, mentre, come s' è accennato, negli Stati retti a governo parlamentare *il ritorno allo Statuto* non potrebbe verificarsi per opera della legge — la quale sarebbe da considerarsi senz'altro come un colpo di Stato, ove volesse distruggere subitamente dalla radice tutta una nuova condizione di diritto che l' evoluzione storica costituzionale è venuta sovrapponendo sulla semplice lettera nella carta fondamentale — ciò potrebbe invece forse avvenire per opera della consuetudine.

In altri termini sarebbe concepibile a dir così una consuetudine costituzionale di efficacia regressiva, di fronte ad una consuetudine già formatasi in seno alla costituzione quale *essenziale sviluppo* di essa.

In proposito, però, non pare si possa prescindere da alcune riserve e temperamenti, cui la natura assai delicata del fatto ipotizzato richiede:

a) Se la consuetudine abroganda è di tale importanza, che ad essa si accompagni nella pratica un complesso di altre consuetudini essenziali, l'abrogazione di quella s' intenderà avvenuta soltanto quando sieno andate scomparendo o perdendo di efficacia quelle altre che vi si connettono (1);

b) La scomparsa di una o più consuetudini accessorie d' indole politica, che si attengano alla modalità di attuazione di norme o disciplina di rapporti costituzionali di essenziale importanza (2), non può far presupporre l'abrogazione d' una consuetudine essenziale cui esse si riannodino, potendo dipendere, anzichè da mancata efficacia giuridica di quest' ultima, da condizioni o ragioni politiche transitorie, punto influenti sulla medesima;

c) in conseguenza, l' abrogazione di cui si parla non potrebbe dirsi compiuta se non mediante un lentissimo processo consuetudinario, destinato ad investire tutto l' insieme del sistema: processo che richiederebbe, com' è naturale, un decorso di tempo assai lungo, durante il quale si possa con sicurezza affermare che gli organi costituzionali abbiano inteso retroagire alla *condizione di diritto* precedente;

d) epperò, non potrebbe dirsi avvenuto per parte di questi organi il riconoscimento giuridico della nuova o delle nuove consuetudini, allorchè queste sieno presumibilmente

(1) Ciò può ipotizzarsi rispetto alla consuetudine essenziale che impone al Sovrano di scegliere i membri del Gabinetto dalla maggioranza parlamentare, all' altra che afferma il presupposto della unanimità politica dei membri del Gabinetto, ed a quelle in genere che si collegano intimamente al sistema parlamentare; le quali sono venute affermando la loro efficacia giuridica solo in dipendenza le une dalle altre, e, come tali, non potrebbero rimanere destituite della efficacia medesima che attraverso lo stesso processo di connessione intima.

(2) Così, nell' esempio ipotizzato, quelle relative alla disciplina di partito in seno ai corpi parlamentari ed a talune modalità che accompagnano le crisi di Gabinetto.

determinate da peculiari condizioni della *vita politica attuale*, difficili a ripetersi in condizioni normali;

e) infine, se un tale processo consuetudinario si rivela concettualmente ipotizzabile, non è guari facilmente attuabile in pratica, nè è probabile che si attui, in quanto l' esperienza degli Stati farebbe ritenere tale processo in contrasto più o meno diretto con le leggi della evoluzione costituzionale (1).

6. Si è affermato di già sostanzialmente che, in rapporto ad una o più consuetudini introduttive, implicanti un ulteriore sviluppo *intrinseco* della forma di governo (come da costituzionale in parlamentare) e rispondenti ai nuovi rapporti effettivi di potere creatisi nello Stato per ripercussione delle esigenze sociali, una legge che intendesse dichiararne l' abrogazione sarebbe per sè stessa incapace di togliere alle medesime l' efficacia giuridica; questa, per contro, corroborata dalla piena rispondenza di esse alle improrogabili esigenze dei detti rapporti, si rivelerebbe superiore all' efficacia della legge stessa.

Or si domanda invece, se siano da ritenersi giuridicamente efficaci una o più consuetudini introduttive, che importino uno sviluppo intrinseco costituzionale non con-

(1) Noi abbiamo prospettato una tale ipotesi in via puramente astratta e di esigenza scientifica. In Italia si ricorda sempre il grido di allarme lanciato in un' epoca memoranda dal Sonnino, col suo famoso articolo *Torniamo allo Statuto*, che mise tanto a rumore il campo politico. Ora, la sua invocazione avrebbe potuto trovare una ripercussione di positiva applicazione solo con l' attuazione rigorosamente letterale dell' art 65 dello Statuto, attraverso l' instaurarsi d' una serie del tutto *nuova* di consuetudini, in contrasto con le precedenti, le quali hanno invece sopravvissuto. Ed a tale sopravvivenza, malgrado i ripetuti e crescenti lamenti dei danni del Governo parlamentare, non può darsi certo altra spiegazione all' infuori della *fatalità* dell' evoluzione degli ordinamenti costituzionali; come ha dimostrato anche il recente esempio, già ricordato, della costituzione germanica (cfr. le assennate considerazioni fatte di recente dal Ruffini, scritto cit., sulle riforme costituzionali). Anche di recente è stato riaffermato il concetto che le istituzioni politiche non sono delle « forme », che, una volta create, irrigidiscano nelle linee esterne, ma sono invece dominate da una fatale evoluzione, che non arresta un istante le sue vibrazioni storiche (Graziano, op. cit , p. 338).

sentito dalle normali e consuete linee di esplicazione di una data forma di governo: rispetto a codeste consuetudini, la legge, avrebb' essa il potere di annullarne l' efficacia? Noi crediamo di sì.

Il caso potrebbe bene ipotizzarsi in una o più consuetudini essenziali e fondamentali che si attengono al Governo di Gabinetto, le quali si venissero innestando, per una vera e propria deviazione politica, in una costituzione naturalmente refrattaria ad uno sviluppo di questo genere, come, ad esempio, la costituzione americana a tipo presidenziale, che si vuole giuridicamente incompatibile col Governo suddetto, o, in ogni modo, restìa ad accoglierne i principî direttivi essenziali (1). Ebbene, in tale ipotesi sembra naturale il ritenere che le nuove consuetudini in parola, le quali si venissero quivi innestando, per sè stesse sorgano destituite di *durevole* efficacia giuridica; la legge che l'abolisse, non farebbe che eliminare efficacemente uno *stato di fatto* transitorio, non conforme al diritto, in quanto determinato non da necessità creatrice di diritto, ma da contingenze di fatto ad esso contrarie.

Peraltro, non è forse neppure da escludersi in modo assoluto che questo stato di fatto possa, attraverso un periodo di tempo assai lungo, per cui si perpetuasse la nuova pratica costituzionale, trasformarsi in una nuova condizione *giuridica* adeguata alla soprastruttura politica elevatasi *di già* al di sopra della legge che pretenda abrogarla (2).

7. Da quanto siamo venuti dicendo, parrebbe che non debba ravvisarsi alcun limite per l' efficacia giuridica della consuetudine costituzionale, qualunque sia la forma sotto cui si manifesti, in ispecie se la introduttiva.

(1) Cfr. in materia lo studio del Minguzzi, *Governo di Gabinetto e Governo presidenziale*, Bologna, 1886, p. 359 e segg. Altrettanto non potrebbe dirsi invece per l' innesto del referendum nel Governo parlamentare: cfr. Grassi, *Referendum nel Governo di Gabinetto*, Milano, Soc ed. lib.

(2) Anche le *deviazioni politiche*, come taluno recentemente ha detto, si concretano ed acquistano forma negli istituti positivi, cioè a dire si trasformano in diritto ed in consuetudini politiche, che non sempre possono correggere virtù di popolo e senno legislativo (Graziano, op. cit., p. 268).

Senonchè, l' ammissione del principio dell' *illimitata* forza giuridica della consuetudine porterebbe alla conseguenza estrema di doversi giuridicamente riconoscere validità anche a quelle desuetudini, o consuetudini nuove, che distruggessero persino « le condizioni elementari della istituzione e formazione del diritto pubblico », come taluno ha affermato ad altro proposito (1): il che sarebbe esorbitante.

Epperò, talvolta, si è tentato di fare al riguardo qualche riserva.

Così, secondo il Gerber, sarebbe da escludersi la formazione consuetudinaria di norme di diritto pubblico allorchè si tratti di « quei supremi principî, che debbono essere principalmente sottratti nello Stato alla influenza della progressiva formazione del diritto » (2). Ma non si esita d'altronde a riconoscere la vaghezza d' una tale formulazione di principio (3), alla quale è stato giustamente rimproverato di non offrire alcun criterio scientifico ed obbiettivo di riconoscimento (4).

Altri vi ha, che non vorrebbe ammettere la formazione di diritto consuetudinario *particolare* contro la costituzione (5); o, almeno, vorrebbe escludere la deroga *particolare* rispetto ad una norma giuridica costituzionale che concerna lo Stato come un tutto, es. la posizione giuridica del monarca, per ammettere invece le consuetudini particolari rispetto a norme giuridiche regolatrici di rapporti che si svolgono particolarmente entro singole sfere, ad esempio i procedimenti elettorali (6).

(1) Ciò, secondo il Lombardo Pellegrino, *La Costituente*, Palermo, 1900, pp. 31-32, sarebbe lo stesso di dire che il diritto pubblico per consuetudini possa distruggere sè stesso, cioè le condizioni in cui una coscienza collettiva può produrre il diritto.

(2) Gerber, *Grundzüge des Deutschen Staatsrechtes*, Leipzig, 1880, pp. 14 15.

(3) Quali sieno questi supremi principî, non si può, secondo l' A , stabilire in generale, e spesso neppure dal punto di vista di una determinata costituzione : gli estremi diventeranno sempre chiari nell' uno e nell' altro senso, mentre una serie di dubbî intermedî rimane incerta (ivi, p. 15, nota 6)

(4) Cfr. Longo, op. cit., pp. 304-306.

(5) Cfr. Seidler, op. cit., p. 12.

(6) Cfr. Seidler, op. cit., p. 28-29.

Senonchè, non pare che l' *estensione,* anzichè invece il *contenuto* della pretesa norma giuridica consuetudinaria, debba affermarsi come criterio di giudizio rispetto al limite dell' efficacia derogatoria di essa (1).

I più degli scrittori si restringono ad ammettere in generale, senza preoccupazione di limiti, l' efficacia della consuetudine nel diritto pubblico: altri, di preferenza, la negano (2).

Noi diciamo che un limite vi può essere, se non sempre, nella riaffermazione della *forza materiale* della legge, fatta mediante dichiarazione espressa di volontà dello Stato da parte degli organi legislativi, allorchè questa forza materiale aveva ceduto di fronte a quella della consuetudine, malgrado la persistente forza formale della legge stessa.

E, d' altra parte, se anche alla consuetudine costituzionale occorra riconoscere la virtù d' un mezzo possente di formazione e di trasformazione del diritto (3), essa troverà sempre un limite normalmente insuperabile in quel complesso di condizioni e di principî giuridici essenziali, su cui poggia e riposa l'insieme dei caratteri fondamentali dello Stato moderno, e che si considerano come definitivamente acquisiti all' evoluzione giuridica costituzionale di esso (4).

(1) Diciamo derogatoria, in quanto appunto il limite che si ricerca vuolsi rinvenire in quei principî normativi, al di là dei quali non sarebbe possibile annettere alla consuetudine efficacia giuridica rispetto alla costituzione.

(2) Cfr. Seidler., op. cit., p. 13.

(3) Su questo concetto, in generale, v. di recente Graziano, op. cit. p. 101, e, in applicazione all' Inghilterra, ivi, pp. 222, 238.

(4) Non altrimenti di ciò ch' è a ritenersi per l' esercizio della funzione legislativa: per quanto, si noti bene, non pare si possano identificare e confondere i così dibattuti limiti *giuridici* di questa con quelli configurabili rispetto all'impero della consuetudine, il quale, come si disse, (v. retro, § 4), può essere talmente esteso da riuscire persino ad arrestare talvolta la competenza stessa degli organi legislativi. Come non sembra però possibile, ad es., la soppressione legislativa del principio della distinzione dei poteri, o di quello di libertà e d' uguaglianza, o di pubblicità degli atti, o del principio della rappresentanza, non è guari configurabile l' eliminazione di tali postulati dello Stato libero moderno attraverso le vie consuetudinarie.

Trattasi però sempre di limiti aventi un valore relativo (1).

E veniamo senz' altro ad esaminare le sanzioni.

B) 8. Il problema delle sanzioni, cotanto discusso in ordine al diritto in genere, assume una speciale importanza e presenta notevoli difficoltà in rapporto alle manifestazioni consuetudinarie di esso, nei rapporti costituzionali.

La teoria prevalente, come è noto, è nel senso che la coazione, o meglio, la possibilità di costringere all' osservanza del diritto, costituisca un elemento integrante e caratteristico di esso (2).

Ma è stato giustamente considerato che la possibilità di una costrizione fisica da parte degli organi dello Stato si limita ai rapporti in cui il mezzo di forza per ristabilire l' ordine violato sia possibile; onde non potrebbero certamente considerarsi come escluse dall' ordine giuridico tutte le altre norme che non si facciano valere per tal via, pur appartenendo al sistema giuridico statuale; ed invece è da ritenersi che, dove non sia possibile il mezzo coattivo, non

(1) Già si disse come, attraverso il dominio prolungato ed incontrastato di quella sorta di consuetudini, che abbiamo appellato extracostituzionali, possa determinarsi l' avviamento alla trasformazione completa del tipo attuale delle costituzioni moderne. Ma poi, non bisogna dimenticare che anche i rivolgimenti politici e le forze rivoluzionarie possono riuscire a rimuovere le forme politiche attuali, senza che perciò non debbano riconoscersi conformi al diritto quelle che si succedono (Sotto questo riguardo, sono sempre di una attualità assai interessante le geniali ed originali indagini compiute dal Romano, *L' instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione,* in « Archivio Giuridico », 1902, Vol. LXVIII).

Epperò non è da escludersi che, in virtù della cooperazione di cause storiche assai efficienti e per il decorso di un tempo lunghissimo, debbano potersi riconoscere come giuridicamente efficaci anche le più potenti e complete trasformazioni costituzionali che la consuetudine abbia per avventura prodotto nella sfera sottoposta al nostro esame.

(2) Cfr. il nostro studio cit. su *Il diritto costituzionale,* ecc., cit., p. 89 e segg.: tale tendenza ha avuto sempre nuovi sostenitori, fra quali, di recente, il Siotto-Pintór, *Il perenne dibattito intorno alla concezione del diritto e le sue ripercussioni nella trattazione del diritto pubblico,* in « Archivio Giuridico », 1921, fasc. 2.°, p. 211 e segg., che ha sempre tenacemente sostenuto questa tesi.

è che manchi il diritto, ma solamente questo, per la natura dei rapporti che regola, sia insuscettibile di quella forma di sanzione (1).

La distinzione fra il diritto pubblico ed il privato, se non unicamente, come pur taluno vorrebbe (2), è certo in gran parte dovuta al punto di vista del *modo di sanzione* del diritto.

Non sarebbe concepibile, si è detto, un modo di sanzione diretta del diritto pubblico, che si eserciti contro lo Stato, il quale dispone esso stesso della coazione; e si spiega perciò come le disposizioni di *diritto costituzionale* nel senso largo della parola, sieno sfornite di modi di sanzione diretta; dalla qual cosa però non segue ch' esse non abbiano il carattere di regole giuridiche (3).

9. Il vero è, che sono di diversa natura le garanzie dell' osservanza delle norme di diritto costituzionale.

Non mancano in realtà vere e proprie garanzie e sanzioni *giuridiche*, le quali, come fu messo in luce dal Romano (4), sono più specialmente fondate per gli organi

(1) Cfr. Criscuoli, *Prime linee di una teoria giuridica della scienza costituzionale*, Napoli, 1906, pp. 32-33, 36; e quanto dicemmo al riguardo nel nostro lavoro dianzi cit., *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie*, pp. 88-94. Contro il criterio e la tendenza dominante ad affermare la sanzione come elemento essenziale del diritto, v., da un punto di vista tutto speciale, Romano, *L' ordinamento giuridico*, cit., pp. 23 25.

(2) Cfr., in questo senso, Duguit, *Droit constitutionnel*, ed 1918., pag. 44.

(3) Cfr. Duguit, op. cit , p. 45. Del resto, non vi può essere giammai forza coattiva suscettibile di assicurare direttamente l' applicazione della legge. Ma non perciò si dovrà dire, come fa il Duguit, op. cit., ivi, che le leggi costituzionali in genere non abbiano altra sanzione che una *reazione sociale* più o meno forte, e ad un dato momento solo la lealtà degli uomini che le applicano; nè, in verità, si possono attribuire, come egli pretende, a semplici escogitazioni dell' *arte politica*, destinata a ridurre al minimo il danno della violazione del diritto costituzionale, il principio della separazione del poteri o delle funzioni e la creazione di Alte Corti di Giustizia; che pure non potrebbero giammai assicurare una sanzione certa di quel diritto. Sulla *giuridicità* delle norme relative agli organi supremi della Stato, cfr , tra i più recenti, Ranelletti, *Diritto Amministrativo*, I, p. 66

(4) Cfr. Romano, *Osservazioni preliminari*, cit , p. 11; *L' instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in « Archivio Giuridico », 1902, pp. 14-15; ed il nostro lavoro, *Il diritto costituz.*, cit. p. 91.

collegiali sul *sistema delle garanzie interne*, che fa capo al principio della *cooperazione degli organi statuali* immediatamente partecipi della sovranità, e quindi poggiano sulla distinzione delle funzioni (1). Per questa via si può rinvenire nella stessa organizzazione statuale la garanzia più generale dell' osservanza di quelle norme giuridiche che si riferiscono alla disciplina ed al funzionamento degli organi costituzionali (2).

Oltre a ciò, si ha un complesso di numerose garanzie di natura *politica*, determinate dalla reazione che la violazione delle norme costituzionali regolanti le singole competenze degli organi produce necessariamente da parte di quello o di quegli organi a danno dei quali la violazione sia stata commessa.

Altre infine sono di natura *sociale*: e sono quelle connesse all' efficacia propria delle *forze sociali*, che, spesso, con la loro ripercussione sul funzionamento dei poteri pubblici, trattengono l' organo dal commettere la violazione per timore delle conseguenze, oppure importano una sufficiente repressione dinanzi alla violazione compiuta.

Non sempre è possibile distinguere nettamente le une dalle altre di codeste garanzie, tanto meno con principî e

(1) Sul valore del principio della cosiddetta separazione dei poteri, v. fra gli altri, specialmente Signorino, *Valore giuridico della dottrina della separazione dei poteri*, Palermo, 1908. Che quel principio possa costituire una garanzia dell' osservanza delle norme di diritto costituzionale' sembra omai ammesso dalla dottrina pubblicistica: circa le armi costituzionali di cui si dispone, nei rapporti fra poteri, per meglio garantire ' esistenza di ciascuna funzione dello Stato, v. Criscuoli, *I conflitti di potere nei governi parlamentari*, Napoli, 1908, pp. 14-15.

(2) Sono notevoli, da questo punto vista, i rilievi del Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pp. 273-275, specie riguardo a quello che si è voluto qualificare dal Romano come sistema delle garanzie interne. Vero è peraltro, secondo lui (ivi, pp. 275-276), che nella vita statuale possono presentarsi situazioni, dove la forza dell' ordinamento giuridico finisce ed entrano in vigore altre leggi diverse dalle giuridiche. Il che si verifica sempre quando si tratti di conflitti costituzionali, più frequenti, del resto, negli Stati federali.

formule generali, che mal rispondono nella realtà al complicato intreccio dei fenomeni e rapporti fra i quali si determina la vita e lo sviluppo della costituzione. Ma ciò nulla toglie all' esistenza effettiva di cosí varie e molteplici sanzioni ed alla loro efficacia preventiva e repressiva, diretta e più specialmente indiretta, nei riguardi delle norme di diritto costituzionale (1).

10. La difficoltà di sceverare nettamente la natura delle sanzioni si accresce notevolmente nel campo delle consuetudini costituzionali, per l' inevitabile prevalenza in queste dell'elemento politico e per la riluttanza propria delle norme che ne derivano ad assumere quella precisa obbiettivazione giuridica che si riscontra invece nella espressa formulazione del comando statuale, contenuto nella legge; onde manca appunto il criterio direttivo migliore per la valutazione delle sanzioni ad esse inerenti.

Tali sanzioni e garanzie, tuttavia, non difettano.

Certo, è molto ristretto il campo delle consuetudini costituzionali che possano dirsi munite di quel mezzo tipico di sanzione diretta che offre il diritto, qual' è l' *azione giudiziaria*. Essa non può sorgere se non quando i rapporti disciplinati da queste consuetudini sieno di natura tale da poter dare nascimento a diritti soggettivi, esperibili dal privato davanti l' autorità giurisdizionale (come avviene propriamente per la *common law* inglese).

Ma una sanzione di natura *giuridica*, benchè *indiretta*, si può ravvisare inerente a quella specie di consuetudini costituzionali, la cui violazione importi la contemporanea lesione di un' altra o di più altre norme giuridiche intimamente connesse alla organizzazione statuale, con le conseguenze tutte che vi sono annesse; ed in realtà, la consuetudine ha spesso sanzioni indirette, che pure rientrano

(1) Per ciò che si riferisce alle garanzie ultime del diritto nei riguardi dello Stato, oltre l' Jellinek (v. nota precedente), cfr. Ranelletti, *Diritto Amministrativo*, I, cit., pp. 152-153; Solazzi, *Note critiche sulla libertà giuridica individuale*, Bologna, 1910, *passim*; e di recente, con intendimenti speciali non conformi alle nostre vedute, Siotto-Pintòr, *Le guarentigie supreme del diritto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1918, fasc. I-II, p. 210 e segg.

normalmente nello stesso ordine giuridico positivo, quando non si facciano valere in casi eccezionali con mezzi di resistenza che sono fuori del diritto.

Peraltro, più abbondante essendo il campo delle consuetudini costituzionali *prevalentemente* politiche, aventi un carattere molto flessibile, è naturale che nella sfera dei rapporti da esse regolati la sanzione si manifesti di preferenza con carattere *politico* e, molto spesso, vi si accompagni una reazione d' indole *sociale*.

Giova tuttavia osservare che le sanzioni di questo genere, che accompagnano più di frequente la violazione d' una consuetudine costituzionale, superano spesso per *intensità* e *durata* l' efficacia di quelle propriamente giuridiche.

Comunque, l' osservanza in genere delle consuetudini costituzionali è *garantita*, per quanto diversa possa essere la natura della sanzione.

11. La violazione d' una consuetudine costituzionale determina di regola un *atto incostituzionale*.

Nelle costituzioni a tipo flessibile è da ritenersi incostituzionale ogni atto che violi i principî di diritto pubblico interno (1), o meglio, che non si conformi allo *spirito* dell' ordinamento politico (2), se anche non viola la legge.

L' atto incostituzionale potrà essere annullabile o non, a seconda ch' esista o meno per virtù della costituzione un' autorità incaricata di controllarlo e dichiararne l' inefficacia in determinati casi; nè una tale autorità esiste,

(1) È questo il concetto che dà l' Arangio Ruiz della *legge* incostituzionale, in *Istituzioni e leggi costituenti*, Milano, 1892, p. 341.

(2) Ha osservato giustamente Luigi Rossi, che l' ultimo concetto inglese di costituzionalità starebbe in ciò che, non essendovi una costituzione scritta ed unica, è costituzionale ogni atto che si conforma allo *spirito* dell' ordinamento politico inglese. E questo concetto nella sua essenza può, a mio giudizio, applicarsi anche all' Italia, dove però l' ordinamento politico e in gran parte composto di leggi positive, ma dove tuttavia tiene largo campo la consuetudine (cfr. *Lo stato d' assedio nel diritto pubblico italiano*, in « Scritti varî di diritto costituzionale », Vol. I, Palermo, p 2).

all' infuori che nelle costituzioni rigide, ed anzi solo in qualcuna di esse (1).

Ma esso atto è pur sempre da ritenersi *antigiuridico* se il principio o la norma consuetudinaria che ha violato abbia acquistato una vera consistenza giuridica, tale da dare un contenuto normativo alla regola emanante dalla consuetudine medesima, ed al quale non si potesse normalmente derogare se non in date circostanze politiche (2).

Peraltro, la flessibilità propria della norma consacrata da una data consuetudine costituzionale è non di rado così accentuata, che la violazione di essa possa eventualmente non apparire come una vera e propria violazione di diritto (3).

12. Il concetto della *incostituzionalità* — che implica contrasto con lo spirito della costituzione — è così sottile ed oscillante, che non sempre apparisce evidente al primo sguardo.

a) Spesso non è possibile constatare la violazione d' una consuetudine costituzionale di carattere integrativo, data appunto la flessibilità di essa; ma ciò si riferise più propriamente ai semplici *usi costituzionali* o *potitici*, consistenti sostanzialmente in costumanze e pratiche di carattere del tutto politico, e pertanto soggetti, rispetto all' osservanza, alle frequenti variazioni delle circostanze politiche che li hanno determinati, e relativi sopratutto al

(1) Cfr. Ruiz, op. e loc. cit., e, per un' analisi più larga della nozione d' incostituzionalità e degli organi competenti a dichiararla, Miceli, *Analisi giuridica della nozione d' incostituzionalità*, Milano, 1914. Si tenga presente quanto fu osservato, a riguardo del controllo accennato nel testo, a p. 42, nota 2.

(2) Dovrà pertanto, in base a questo criterio, ritenersi di regola incostituzionale e antigiuridica la condotta d' un Gabinetto che persista nel rimanere al potere dopo un voto aperto di sfiducia da parte della Camera, e del pari quella del Capo dello Stato che in condizioni normali non scelga i suoi consiglieri in seno alla maggioranza parlamentare.

(3) Ciò si verifica più specialmente per le consuetudini di natura esclusivamente politica, la cui normale osservanza è subordinata al persistere condizioni politiche identiche o analoghe a quelle, in vista delle quali l' interesse pubblico ha dettato quella data norma di condotta.

modo di applicazione d' una norma generale consuetudinaria.

b) La difficoltà di constatazione è anche maggiore, allorquando si tratti di apprezzare l' incostituzionalità o meno dell' atto contrastante con una consuetudine abrogativa, potendo sorgere ragionevolmente il dubbio che esso, anzichè una violazione, implichi il sorgere d' una consuetudine nuova diretta a rimettere in vigore la norma fino allora abrogata. Si noti che, se la norma doveva effettivamente considerarsi tale, l'atto violativo sarebbe sempre contrario allo spirito della costituzione, la quale, rispetto a quella norma era da intendersi *modificata* nel senso dell' avvenuta abrogazione. Sull' esistenza o meno della incostituzionalità decideranno sopratutto le circostanze politiche in cui sia avvenuto l' atto violativo.

c) Molto difficilmente afferrabile, poi, è la incostituzionalità derivante dalla violazione d' una consuetudine interpretativa. Anzi, a rigore, essa il più delle volte non si verifica, poichè l' atto contrastante spesso non sarebbe violatore di diritto che in apparenza, laddove può implicare e considerarsi il principio d' una nuova serie di atti che diano luogo ad una interpretazione diversa od opposta a quella consacrata dalla consuetudine precedente (1). Si avverta, d' altronde, che l' interpretazione è dominata da regole *logiche*, e non vi è un' interpretazione obbligatoria: ciò, che spesso s' indica come tale, non è che l' introduzione d' un nuovo principio di diritto materiale.

13. La gravità delle conseguenze derivanti dalla violazione d' una consuetudine costituzionale è commisurata da un lato alla diversa specie di consuetudine, dall' altro alle condizioni diverse di vita giuridica politica e sociale in cui sia avvenuta, e infine all' organizzazione diversa dello Stato secondo il diverso tipo di costituzioni.

(1) Così, ad es., è avvenuto rispetto alla interpretazione consuetudinaria dell' art. 45 dello Statuto, tanto travagliata e laboriosamente discussa in diverse epoche, e non mai definitivameute composta, nei dissensi cui ha dato luogo. Cfr. quanto si disse a proposito della consuetudine interpretativa, § 4.

A. *a)* Così, sono di solito più gravi di tutte le altre le violazioni di certe consuetudini introduttive, specie se si riferiscono direttamente all' intero funzionamento della forma di governo. E si può ben dire davvero, a proposito di esse in modo speciale, che talvolta la violazione d' una consuetudine di questo genere può produrre nello Stato perturbazioni tali, che la sola paura di provocarle verrebbe già a costituire una forma di sanzione abbastanza grave e sufficiente a garantirne in genere l'osservanza (1). Certo, nella maggior parte dei casi, le violazioni di queste consuetudini, che nel loro complesso servono meglio di altre ad interpretare lo spirito dello sviluppo costituzionale, si rivelano più gravi e pericolose di quello che non sia la violazione di una stessa disposizione costituzionale, anche consacrata nella legge fondamentale.

b) Ma non meno gravi possono apparire ed essere, eventualmente, le conseguenze della violazione d' una consuetudine derogatoria, specie se questa siasi manifestata nella forma rigorosa della desuetudine; come quando, ad es., si trattasse di dover far uso, in circostanze normalissime di uno Stato a forma parlamentare, del *diritto di veto* da parte della Corona, implicante un potere omai definitivamente riservato per casi eccezionalissimi; nella quale ipotesi, l' incostituzionalità dell' atto compiuto potrebbe dar luogo a ripercussioni sulla compagine e solidità del Governo ed a turbamenti o recriminazioni da parte dell' opinione pubblica.

c) Di entità di gran lunga minore sarebbero le conseguenze della violazione d' una consuetudine interpretativa, data la normalità dei casi d' infiltrazione degli elementi politici nelle interpretazioni di natura costituzionale; onde dai diversi organi così del pubblico potere come dell' opinione pubblica non sempre si è disposti ad avvertire nell' atto violativo il carattere della incostituzionalità (2).

(1) Il Miceli, op. cit , p. 13, fa questo rilievo, ci sembra erroneamente, a proposito dei semplici *usi costituzionali,* quantunque non aventi in tutto e per tutto forza legale.

(2) Si tenga presente del resto quanto fu avvertito poc' anzi al riguardo (v. retro, § 12, n. *c.*)

B. A deteminare una maggiore o minore gravità di conseguenze della lesione d' una norma consuetudinaria, nella sfera dei rapporti costituzionali, contribuisce pure la diversità di organizzazione dello Stato ed il contributo diverso della consuetudine in ordine alla compagine della medesima. Tale gravità si delinea, da un grado massimo nelle costituzioni organiche e flessibili, ad un grado minore nelle costituzioni meccaniche e rigide, nelle quali ultime, ove sussista l' istituzione del sindacato costituzionale sulle leggi, le conseguenze predette dovrebbero esaurirsi nella possibilità di annullamento e dichiarazione di inefficacia dell' atto compiuto in conformità alla consuetudine contraria alla costituzione.

C. Infine, riesce per sè evidente che quelle conseguenze si accentuano vieppiù laddove più profondo e radicato sia nell' organizzazione dei pubblici poteri il sentimento della legalità e del diritto, come in Inghilterra e più potente l'impulso dato alla vita costituzionale dal, movimento delle diverse forze politiche e sociali che penetrano la compagine statuale. Dove queste condizioni manchino o sieno attenuate, si riguarderà di solito con una certa indifferenza la violazione di una o più consuetudini costituzionali, tranne che non presentino un grado di eccezionale importanza nell' armonia di tutto il sistema giuridico dello Stato, in guisa da farne reclamare il rispetto con movimenti anche sensibili della pubblica opinione.

Circostanze di natura *politica* o *sociale*, riflettenti più specialmente le condizioni dell' ambiente parlamentare e dell'opinione pubblica, possono pure influire in vario senso, non solo per determinare la maggiore o minore gravità delle conseguenze di cui si parla, ma, eventualmente, per suggerire od imporre in casi speciali la deroga ad una data consuetudine costituzionale: nè è raro il caso che l' apparente incostituzionalità cui dà luogo l' atto di violazione venga sanata in virtù di eccezionali contingenze politiche od esigenze sociali. Ed altresì va fatto largo posto, al riguardo, per una diversa valutazione in ordine alle conseguenze dell' osservanza o meno di dette consuetudini, a

quelle supreme esigenze dello Stato che si rivelano singolarmente operanti in condizioni del tutto anormali della vita del medesimo (1).

14. Le conseguenze della violazione d' una o più consuetudini costituzionali si assommano nella maggiore o minore *intensità* della reazione, che tien dietro all' atto lesivo della norma o delle norme consuetudinarie, e che può raggiungere un grado massimo, o ridursi ad un minimo, a seconda dei casi.

Le varie sanzioni, giuridiche politiche e sociali, possono intervenire singolarmente, od anche associate come nei casi più gravi, per reprimere l' inosservanza di una norma, che non sieno riuscite ad arrestare in virtù della loro efficacia preventiva, od anche, e più specialmente, quella di una serie di norme costituzionali consuetudinarie di notevole importanza.

Coefficienti e fattori della diversa intensità delle sanzioni singole od associate e della loro efficacia differente, sono da ritenersi: il grado di perfezione della organizzazione statuale, il funzionamento più o meno armonico degli organi politici, la presenza o meno di una vigorosa coscienza politica collettiva, l' esistenza o meno nella società di forze creatrici o dissolvitrici di diritto, la tendenza generale più o meno evolutiva della costituzione, e simili.

La meta *ideale* dello Stato moderno, nel campo di cui si discute, è rappresentata da una sana e vigorosa infiltrazione dell' elemento giuridico nell' intera compagine statuale, per guisa che anche le più semplici violazioni consuetudinarie possano riuscire a trovare la loro giuridica sanzione.

Ma il raggiungimento di codesto ideale è in sommo grado difficile, data la natura dei rapporti regolati e delle forze estragiuridiche che nella pratica della vita politica continuamente li penetrano, in modo da impedire che essi

(1) Cfr. Miceli, *Le crisi di Gabinetto,* cit., *passim,* ed il nostro lavoro sul *Contributo allo studio della funzione regia nel Governo di Gabinetto,* Milano, Soc. Ed. Libr., 1902, specie al § 3.

acquistino un contorno rigoroso ed una precisa fisionomia rispetto alla struttura giuridica dello Stato, come occorrerebbe anzitutto, perchè per ogni caso potesse la giuridicità della sanzione, sia pure indiretta, venire assicurata.

15. La violazione prolungata di consuetudini costituzionali di natura ed importanza fondamentale, per lo innanzi costantemente osservate, potrebbe apparire come una deliberata *violazione della costituzione* nello spirito che la determina, informandone il complesso delle norme scritte. Essa pertanto sarebbe suscettibile di produrre le forme più gravi e violenti di sanzioni *giuridiche* (accusa dei Ministri, rifiuto del bilancio, ecc.), o di reazioni *politiche* (es. l' ostruzionismo), o *sociali* (quale, in casi estremi, la resistenza collettiva rivoluzionaria).

La sanzione suprema ed ultima, di natura tutta *morale*, è riservata al *giudizio della storia.*

ERRATA				CORRIGE
p. 4	linea	4,	in nota — direttae	diretta e
» 5	»	20,	» — Casistia	Caristia
» »	»	29,	» — della	dello
» 9	»	2,	» — *costituzicnale*	*costituzionale*
» 13	«	8,	» — dispositioni	disposizioni
» 14	»	24,	» — iufluenzata	influenzata
» 15	»	13,	in nota — *sourc sen*	*sources en*
» 17	»	8,	— disuso	disuso:
» »	«	9,	— *norma*;:	*norma;*
» 19	»	6,	— dei	del
« »	»	19,	— al	la
» 24	«	7,	in nota — *Reichsvertassung*	*Reichsverfassung*
» »	»	4,	nota 2 — *Staatslchre*	*Staatslehre*
» 26	»	5,	— veriffcatisi	veriffcatesi
» «	»	14,	— Canceliiere	Cancelliere
« 27	«	12,	nota 2 — consuetudlne	consuetudine
» 31	»	23,	— legislativc	legislativo
» 39	»	12,	— altr menti	altrimenti

p. 45	»	1, nota 1	— voi.	vol.
« 46	»	1,	Fsse	Esse
» »	»	6,	— crite-	criterio
» »	»	8,	— rio più	più
» »	»	ultima	— nfficiali	ufficiali
» 49	»	1,	— ha.	ha,
» 50	»	3, nota 4	— costituzionalmeute	costituzionalmente
» 51	»	22,	— pagiue	pagine
» 52	»	1,	— semhra	sembra
» 53	»	22,	— catatterc	carattere
» 54	»	2,	— cazattere	carattere
» 56	»	5, nota 4	— sarcbbero	sarebbero
» »	»	9, »	— consnetudine	consuetudine
» 57	»	1, nota 3	— *cos iluzionale*	*costituzionale*
» 58	»	3, nota 1	— espressioze	espressione
» 62	»	4,	— degli,	degli
» 63	»	1, nota 1	— *costituzional*	*costituzionale*
» »	»	3, » 2	— *Fnti*	*Fonti*
» 64	»	33,	— concerdia	coucordia
» »	»	35,	— sappresentauza	rappresentanza
» »	»	2, in nota	— io	in
» 77	»	8, nota 1	— giustameute	giustamente
» 86	»	10,	— prlvato	privato
» 87	»	9,	— nna	una
» 88	»	16,	— cho	che
» 89	»	8, nota 1	— ' identica	l' identica
» »	»	13, » 2	— *col-*	*co-*
» 91	»	5, nota 1	— 43	23
» 92	»	2,	— (1)	(1);
» »	»	10, nota 2	— state	stati
« 93	»	18	— consuetudinaria	consuetudinaria,