

CARMELO CARISTIA

SAGGIO CRITICO
SUL VALORE E L'EFFICACIA DELLA CONSUETUDINE
nel diritto pubblico interno

V. p. 30 e 48 per il Dr. ...

B***A
BOLOGNA

BORSI
E.00
00135

BIS 10097

MACERATA
TIPOGRAFIA ECONOMICA
1919

Biblioteca comunale dell'Archiginnasio

B***A
BOLOGNA

BORSI
E.00
00135

BIS 10097

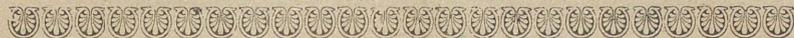
CARMELO CARISTIA

*con indic. salente e
supplementi in
omessa clausa
Mante 15. XII. 19*

SAGGIO CRITICO
SUL VALORE E L'EFFICACIA DELLA CONSUETUDINE
nel diritto pubblico interno

MACERATA
TIPOGRAFIA ECONOMICA
1919

Biblioteca comunale dell'Archiginnasio



CAPITOLO I

1. — INTRODUZIONE. - La consuetudine nella moderna giurisprudenza - necessità di risalire al problema delle fonti e alla dottrina generale del diritto. - 2. Posizione del problema - suo aspetto generale e particolare. - unità e pluralità delle fonti del diritto - la nozione di ordinamento giuridico e la sua determinazione - compito della dottrina. - 3. Necessità di determinare il concetto del diritto - il diritto come norma tecnica. - 4. Il diritto come espressione di vita sociale - l'istituzione e sua identità col diritto - valore e importanza di questa dottrina - sua affinità con la dottrina formale del diritto - conclusione: la giuridicità non è data alle norme dalla loro origine statale.

1. - Molto la dottrina ha discusso sino ad oggi sul valore e l'efficacia della consuetudine nel diritto privato; e non poche sono le controversie che ancora occupano il campo della giurisprudenza nell'intento di giungere a una soluzione definitiva. Il vasto movimento che, com'è risaputo, sin dai primi anni del secolo passato, si andò sempre più intensificando a favore della legge scritta, e, per conseguenza, contro ogni norma, che non avesse una chiara e precisa formulazione, tendeva, implicitamente o esplicitamente, a limitare il valore e l'efficacia del diritto consuetudinario. La codificazione era presupposto basilare di ogni ordinamento giuridico progredito, e con la codifica-

zione veniva creandosi, nei dottori e nei legislatori, quell'abito mentale che portava alla credenza che il diritto scritto, regola suprema, dovesse non soltanto dominare ma nel contempo eliminare ogni forma di consuetudine.

L'esperienza giuridica si è incaricata di smentire siffatti propositi di pieno assorbimento; per cui anche nella modernità, ad onta del classico principio ispiratore della divisione del potere, accanto al diritto formalmente costituito dall'organo legislativo, vive ed opera, praticamente con pari efficacia, un altro diritto spesso ignoto al legislatore. Niuno potrebbe dubitare che il campo della consuetudine sia andato notevolmente restringendosi e che la massima parte dei rapporti che interessano la vita giuridica sia oggi regolata dalla legge scritta; ma ciò non toglie che anche nelle condizioni, in cui vive e si svolge la moderna società, al diritto consuetudinario vada assegnato un posto che non sempre è trascurabile, nè sempre deriva dal riconoscimento della legge scritta. Sicchè anche nell'ambito del diritto privato, specie in certe zone, esso può spiegare e spiega effettivamente una non lieve efficacia.

Ma tutto ciò non può interessarci che indirettamente, essendo obbietto di questo saggio lo studio del valore e della efficacia della consuetudine nel campo del diritto pubblico interno, meglio, in quello del diritto costituzionale e amministrativo.

Anche qui la dottrina tende, ispirandosi a norme e a principi che trovano più agevole applicazione nell'ambito della privatistica, se non a dirittura a negare, a limitare sempre più l'efficacia della consuetudine. Se, non che il problema è, in genere, esaminato nei suoi dati più esterni e corpulenti senza penetrarne l'intima portata e il complesso significato in relazione a tutta quanta la dottrina generale del diritto, senza riconnetterlo con un altro di carattere più ampio e che pure conviene affrontare: il problema delle fonti. E ciò apparirà meglio dalle pagine che seguiranno. Notiamo, intanto, sin da ora, che la dottrina della consuetudine è spesso sospesa a presupposti tutt'altro che sicuri e che essa scambia per basi granitiche

su cui ognuno può erigere costruzioni poderose. Così di casi dell'unità delle fonti o della esclusiva giuridicità delle norme statuali, o della completezza di ogni ordinamento giuridico. D'onde la necessità, per chi non voglia limitarsi ai lati esterni del problema, di risalire a considerazioni e a indagini di carattere più generale per giungere, a una risposta, se non definitiva, almeno più attendibile.

In verità le sorti del diritto consuetudinario volgono poco propizie nell'attuale stato di cose, anche perchè lo schema offerto dalla dottrina è stato, parecchi anni or sono, soggetto a una critica minuta e spietata (1). Ma poichè la pubblicistica, malgrado le lievi sfumature e i necessari adattamenti, favorevole e contraria, ha accolto gli estremi di un tale schema, ad esso dovremo riferirci nel corso di questo saggio.

Anche in questo lavoro lungamente meditato ho voluto evitare ogni ingombro inutile di citazioni e di note, limitandomi a quelle che mi son parse indispensabili, sforzandomi di raggiungere quelli che di ogni indagine scientifica son pregi indiscutibili: l'ordine e la chiarezza.

2. Per definire qual sia il posto da assegnare alla consuetudine nel diritto pubblico moderno, occorre procedere a un'indagine preliminare sulla natura e i limiti dello stesso problema che è oggetto di essa indagine. Un esame sulla natura e l'efficacia della consuetudine — anche isolandosi nell'ambito dell'attuale momento storico — suppone una ricerca preliminare sulle fonti del diritto in genere, e, più precisamente, su quelle del diritto pubblico.

Si è recentemente affermato da un pubblicista autorevole — e però senza darne una congrua dimostrazione — che la determinazione delle fonti del diritto non possa farsi in generale e in via assoluta, bensì particolarmente per ogni stato, per ogni dato ordinamento giuridico, il che non è vero del tutto, giacchè una tale affermazione dà per dimostrato ciò che invece nessuno ha ancora provato esaurientemente: che la formazione del diritto possa oggi

(1) Lambert: *La fonction du droit civil comparé*, Paris 1903.

avvenire soltanto grazie ad un atto della volontà dello Stato. Questa limitazione dell'oggetto dell'indagine relativa alle fonti del diritto trovasi nell'urgenza di chiedere appoggio apparentemente granitico a una dottrina avente carattere di generalità e che attribuisce la natura di norma giuridica solo a quella, che mediatamente o immediatamente deriva dalla volontà dello stato, e che chiamasi comunemente legge positiva (1). Trattasi, dunque, - e ciò va sin da ora rilevato - di una riduzione delle fonti del diritto all'unica sorgente statale, riduzione, che, come in seguito vedremo di proposito, è affatto arbitraria.

In senso analogo, e ispirandosi agli stessi criteri metodici e dottrinali, altri ha sostenuto, più recentemente, esasperando sino alle ultime conseguenze il contenuto di quell'affermazione, e mantenendosi fedele a un processo formalistico, che ha già dato buoni frutti (2), che la dottrina delle fonti va *costruita* dommaticamente e che il concetto di fonte debba considerarsi come una perfetta « categoria giuridica » (3). Ma per provare quest'assunto non si fa che avvolgersi affannosamente, in un dedalo di ripetizioni di quel medesimo presupposto che occorrerebbe dimostrare e non riaffacciare di continuo, e cioè che la dommatica, e soltanto la dommatica, sia in grado di definire quali siano e quali valgano, in un dato ordinamento, come fonti di norme giuridiche.

Queste frasi e le non rare ripetizioni sono indizio sicuro della estrema debolezza di una siffatta costruzione, cui una critica mediocre può rovesciare sin dalle fondamenta.

Non è, difatti, molto agevole comprendere come mai si

(1) O. Ranalletti: *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno*; *Rivista di dir. pubbl.* 1913 p. I. pag. 146.

(2) Intorno a questo argomento si veda la bella prolusione di G. Del Vecchio: *Sulla positività come carattere del diritto*, Modena 1911.

(3) C. Caristia: *Il diritto costituzionale italiano nella dottrina recentissima*, p. 201-10.

(4) T. Perassi: *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*; estratto dalla *Rivista di dir. internaz.* v. VI f. II e III p. 3.

possa contenere entro le linee troppo anguste di una data regola dommatica tutto quanto il complesso e vario sviluppo di un qualsivoglia ordinamento giuridico. Ma su ciò dovremo trattenerci di proposito e meno fuggacemente fra non guari. Occorre intanto, per maggior precisione fissare, adottando le stesse locuzioni, di cui essa si avvale, le linee basilari di questa dottrina. « La dottrina dommatica delle fonti di norme giuridiche - essa assume - è essenzialmente riassunta in ciò, che per essa il giudizio di giuridicità di una norma è dedotto da un'altra norma giuridica, cioè da una norma che contempla un fatto, in senso amplissimo, come « fonte » di norme di diritto (norma della produzione giuridica). Ogni norma giuridica, che per la dommatica sia ricondotta ad una « fonte » postula una preesistente norma di diritto, come canone di valutazione, su cui viene formulato il giudizio di giuridicità della prima. La teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche è la teoria delle norme sulla produzione giuridica ».

Ridotto ai minimi termini e sfrondato di ogni inutile veste verbale, tutto ciò significa che in ogni ordinamento giuridico la natura e il valore delle fonti son determinati da una norma iniziale, da cui appunto il valore e l'efficacia di tutte le altre norme future traggono ogni succo vitale e ogni vigoria. Si suppone, così, innanzi tutto, per vero e incontrovertito che ogni ordinamento giuridico abbia in sé tanta armonia, perfezione e completezza da poter stabilire tassativamente non solo come ogni rapporto giuridico presente e futuro debba venir regolato, ma da poter anche non meno tassativamente ed esattamente ordinare in quali termini e con qual valore debbano sorgere le norme relative a siffetti rapporti, e che ad esso ordinamento inerisca una tale logicità da non aver nulla da invidiare ad una bella trattazione geometrica, in cui gli ultimi e più recenti trovati vengono, con rigore, dedotti da verità iniziali e fondamentali. Ma una norma, che si proponesse il compito di regolare - per esprimerci coi termini della dottrina - tutto il *divenire dell'ordinamento giuridico*, una norma che volesse categoricamente e a

priori definire in qual modo il diritto debba prodursi, non potrebbe non esser necessariamente violata e derisa dalla realtà. Non esiste, difatti, ordinamento giuridico - in qualsiasi modo quest'espressione voglia intendersi - che possa predeterminare, con esattezza e completezza, i modi e le forme del suo svolgimento. E ciò deve anche applicarsi al consorzio statale e interstatale.

Ma fermiamoci per ora allo stato.

Anche nei termini di questa dottrina la qualifica della *giuridicità* è data esclusivamente dallo stato. Ma, anche se questo assunto fosse confortato da quella dimostrazione esauriente, che non fu e non sarà mai data, non si saprebbe tuttavia ammettere che la vita del diritto possa, semplicemente e meccanicamente, venir regolata da una norma iniziale prodigiosa. Pur limitandoci all'attuale momento storico, la vita del diritto ci si appalesa come intimamente instabile e mutabile; e assai difficile riuscirebbe addurre un esempio concreto che potesse valere a sorreggere la così detta costruzione dommatica delle fonti. Troviamo invece nella realtà che, anche quando l'ordinamento giuridico di uno stato determina esattamente quali sieno le norme ch'esso riconosce come giuridiche e qual debba essere il modo di produrle, la pratica s'incarica di derogare di buon'ora a siffatte disposizioni o di menomarne notevolmente l'intrinseco valore ed efficacia. Senza dubbio potrà avvenire, e avviene comunemente, nella modernità, che lo stesso ordinamento statale contenga norme positive allo scopo di definire quali e quanti debbano essere i modi con cui il diritto può prodursi nell'ambito del suo territorio; ma l'errore comune ed esiziale sta nel credere che siffatte norme bastino o debbano bastare incondizionatamente per ogni tempo; nel credere che la legge segni l'inizio mentre invece non è che un'aggiunta al diritto preesistente (1). La verità è, come meglio vedremo fra non guari, che all'infuori o al di sopra della stessa volontà dello stato, onnisciente e onnipotente, altre forze, altri gruppi di bisogni e interessi vivono e agiscono; gruppi,

(1) S. Romano: *L'ordinamento giuridico*, Pisa 1917, p. 75.

interessi e bisogni, che determinano spesso rapporti e regole, imprevisi o trascurati dall'attività statale, ma tuttavia capaci di produrre speciali comandi, che, anche senza riferirsi a quella volontà, s'impongono, sia pure entro dati limiti, come giuridici. A ciò aggiungasi che la nozione, che la così detta costruzione giuridica delle fonti ha dell'ordinamento giuridico, quale *sistema di norme*, è, com'è stato con eleganza dimostrato, poco esatta (1). L'ordinamento giuridico non è solo dato dall'unione o dal collegamento più o meno logico delle norme ch'esso contiene. Esso richiama alla mente qualcosa di più vivo, e cioè quegli elementi che cooperano a far sì che le norme non abbiano un'esistenza astratta, ma acquistino forza di imporsi e di conseguire gli scopi da cui vennero determinate. In verità le norme non esauriscono tutto quanto l'ordinamento giuridico, quantunque si debba ammettere - e però non sempre - che ne facciano parte. Comunque voglia intendersi l'espressione *ente o corpo sociale*, certo è, in ogni modo, che un diritto o un insieme di norme non può esistere se non in quanto e perché esiste un siffatto corpo sociale.

Tutto ciò impone e presuppone un'indagine sul concetto del diritto, perché da essa si traggono conclusioni spesso opposte. Credere, frattanto, che la dommatica debba partire dalla conoscenza della nozione di ordinamento giuridico, e debba tuttavia conservarsi estranea ad ogni controversia relativa ai modi d'intendere siffatta nozione, partendo da un dato, ch'è fondamentale ma che essa dommatica dovrebbe ricevere passivamente da un'altra disciplina, senza punto vagliarne la verità e la consistenza, è cosa che nessuno potrà mai ammettere, se davvero voglia accingersi a un lavoro mediocrementemente scientifico. Dire che il determinare questa nozione è oggetto d'indagine sociologica, e che nulla il giurista come tale (2) possa togliere o aggiungere a quanto altri abbia fatto, significa chiuder gli occhi artatamente alle incertezze e alle discrepanze, che la

(1) Romano: *L'ordinam. giur. c. I.*

(2) Perassi: *Teoria dommatica*, p. 7.



critica va rivelando sul terreno malfermo della così detta sociologia giuridica, condannare arbitrariamente all'ostracismo quella conoscenza storica e filosofica che solo è in grado di darci il contenuto e le linee essenziali della nozione. Non alla sociologia, ammasso incerto e caotico di conoscenze eterogenee, spesso mal coordinate e peggio sistemate, bensì alla filosofia e alla storia, discipline, che, da secoli, hanno una linea sicura e un preciso significato, il giurista ha da chiedere le sue premesse ed i suoi postulati. Non però ciecamente e passivamente. Nè agirebbe, certo, con saggezza chi avesse la pretesa di far opera scientifica e costruire con rigore giuridicamente, fondandosi sopra un concetto, che nella dommatica ha l'importanza di una premessa indispensabile, di un fondamento basilare, senza punto occuparsi o preoccuparsi della verità e della bontà di una tale premessa o di un tal fondamento, come quel costruttore, che, volendo allestire un edificio, nulla intendesse curarsi delle proporzioni e della resistenza delle colonne murali, affidandosi invece ciecamente alle premesse e ai suggerimenti di una qualsiasi architettura, anche se invecchiata o superata. Anche il giurista, dunque, soprattutto in materia di fonti, ha bisogno di una siffatta premessa, e anche a lui incombe l'obbligo di assumere una posizione decisa, di procedere criticamente a determinare che cosa sia diritto.

Dovremo intanto sin da ora ritenere che, quantunque il problema delle fonti possa di proposito contenersi entro i limiti fissati da un dato ordinamento giuridico, una siffatta limitazione non è tuttavia necessaria per porlo, con rigore, ne' suoi veri termini logici e storici, chè anzi sarà indispensabile, in ogni caso, per venire a conclusioni sicure, risalire a indagini di carattere generale, cui, del resto, come s'è visto e come meglio apparirà in seguito, la stessa dottrina, che vorrebbe costringerlo in termini più angusti, è costretta a riferirsi.

3. L'economia di questo saggio non ci consente un'indagine profonda e minuta sull'argomento, ma sarà tuttavia necessario accennare alle tendenze più note e più re-

centi espresse dalla moderna dottrina nel determinare il concetto del diritto.

Superata la vecchia maniera empirica o positivistica, che cercava di risolvere ogni idea di diritto nella varietà del fenomeno storico, nella molteplicità dei rapporti esistenti nella vita sociale, si è creduto, sfruttando alcuni ben noti presupposti della filosofia kantiana, superando ogni dissidio fra l'idea e la realtà, rinvenire il concetto del diritto, fermandosi esclusivamente al suo aspetto formale e prescindendo da ogni suo contenuto. La forma depauperata di ogni residuo di sostanza, l'organismo spolpato e ridotto alle sue linee scheletriche. La varietà del fenomeno giuridico non riguarda che il contenuto, la materia; non la forma, la quale è di per sè immutabile e perenne. Or appunto a questa forma, a questo *quid*, che riscontrasi, come elemento comune necessario, in ogni proposizione giuridica, dobbiamo chiedere una determinazione concettuale e universale del diritto, che in essa forma trova l'espressione assoluta e unitaria. Ciò significa che il rapporto tra la forma e il contenuto del diritto, non è d'indole storica o psicologica, bensì logica. Quel che, stando all'aspetto generico, è un *posterius*, diviene necessariamente un *prius* sotto l'aspetto logico. Il concetto formale del diritto precede, al pari di ogni altro, logicamente gli oggetti in cui si concreta. Ma la precedenza e l'indipendenza, che il diritto, considerato come pura forma, ha di fronte alle diverse attuazioni concrete e particolari, non implica che nel determinarne il concetto si possa prescindere dall'esperienza, bensì che il pensiero riassunto nel concetto è forma, categoria della mente, la quale, anzi che condizionata, è condizione e strumento d'esperienza, giacchè quando si parla di esperienze, di proposizioni o di fenomeni giuridici, il concetto del diritto si dà già logicamente come presupposto, come guida nell'analisi della fenomenologia sociale; e appunto per ciò non sarà mai possibile rinvenire esso concetto attraverso un processo induttivo dei fatti giuridici, sebbene l'induzione possa e debba

utilmente adoprarsi come strumento di verifica e di controllo.

Attraverso una siffatta determinazione formale, il diritto null'altro sarebbe che *la coordinazione obiettiva delle azioni possibili tra più soggetti, secondo un principio etico che le determina, escludendone l'impedimento* (1).

Tralasciamo di procedere a una qualsiasi valutazione della dottrina enunciata brevissimamente, perchè - a parte le manchevolezze della definizione - saremmo costretti a risalire a un problema di carattere più generale e che pure ha stretta attinenza coll'indagine che c' interessa, e cioè alla natura del procedimento per la formazione dei concetti. Ma occorrerà, in ogni modo, notare che lo sforzo di determinare il concetto del diritto con una perfetta indifferenza per tutto ciò che di esso è materia o contenuto, non riesce ad appagarci, pur riconoscendo ch'esso non possa ricavarsi dall'esperienza fenomenica e che debba ritenersi necessaria l'apriorità dell'universale giuridico.

Se non che questo *a priori* non concernerebbe, per altri (2), che la determinazione del fondamento del diritto, fondamento di natura etica, in quanto etica è l'esigenza che postula ed origina il consorzio sociale. Dal concetto di società si arriva, in tal modo, al concetto del diritto. Ma la società non è intesa - si badi - in modo quantitativo, bensì qualitativo. Non quelle di ogni possibile società appaiono, così, con la piena fisionomia di norme giuridiche, ma solamente quelle della società civile, perchè questa in se abbraccia tutte le possibili associazioni per fini particolari, di cui anzi è presupposto e condizione indispensabile (3). Non le norme di ogni e qualsiasi associazione hanno carattere giuridico, ma soltanto quelle che si richiamano

(1) G. Del Vecchio: *Il concetto del diritto*, Bologna 1912; - *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna 1905.

(2) A. Ravà, *Per una dottrina generale del diritto*, Roma 1911 p. 34 e segg.

(3) A. Ravà: *Il diritto come norma tecnico*, negli *Studi economico-giuridici pubblicati per cura della facoltà di giurisprudenza della R. Università di Cagliari*, v. III. p. I. p. 78.

o ci riconducono al consorzio civile, per cui le norme delle associazioni contrarie al diritto, all'esistenza del consorzio civile non sono norme giuridiche. Dalla necessità etica della coesistenza e della cooperazione attiva degli uomini ai fini della moralità e della civiltà, da cui nasce la società giuridica, ne viene che questa è un organismo con fini propri, di cui gl'individui non sono che membri, e in tal senso essa coincide per estensione con lo stato, il quale, oltre a renderle possibili, promuove e guida tutte le attività dirette ai fini della vita. Ma diritto e stato non sono termini e concetti correlativi, giacchè il diritto è norma tecnica, che pone esigenze etiche e cerca di raggiungere finalità etiche e perciò è ricondotto perennemente verso lo stato. L'affidamento allo stato non è necessario perchè il diritto esista, ma, tutt'al più, perchè meglio esista e meglio venga garantito. D'onde l'erroneità della diffusa dottrina che non riconosce altro diritto all'infuori di quello emanato e garantito dallo stato.

La concezione del diritto come norma tecnica non ha però, l'importanza che potrebbe parere a prima giunta. Già la differenziazione tra norme etiche e tecniche non è che uno strumento, una via per meglio procedere a indagare l'intima natura del diritto e la sua posizione rispetto al fine supremo. Per cui ad essa non si sente troppo legato neppure quegli stesso, che, in principio, l'ha con tanta limpidezza, formulato e raccomandato. (1) Di guisa che dei due aspetti di questa concezione, di cui l'uno tende a presentare il diritto come norma tecnica, come mezzo per raggiungere un fine rappresentato dalla conservazione della società; l'altro ad elevarlo ed animarlo, collocandolo in seno ad una concezione più generale e avvicinandolo al campo dell'eticità, quest'ultimo viene ad avere maggior risalto. Il diritto è, così, ricondotto sul terreno dell'etica, da cui all'inizio veniva di proposito divelto, e la pura giuridicità, il mero tecnicismo, alieno da ogni contatto con l'etica, negato e superato. Il diritto appare tutto compe-

(1) *Il diritto come norma tecnica*, p. 122.

netrato dalle esigenze etiche che s'impongono per la sua attuazione, trae tutta la sua forza dalla natura del fine che cerca di raggiungere, e trova, quindi, nell'etica il suo primo e massimo appoggio. E mentre per la dottrina più innanzi ricordata poca o niuna importanza hanno il fine e il contenuto nella determinazione del concetto del diritto, il problema del fine reclama invece, in questa, un'adeguata soluzione, perchè possa risolversi quello dell'ordinamento giuridico. Al dovere etico di volere la società corrisponde l'esigenza tecnica di organizzare giuridicamente il genere umano.

Valutare e criticare convenientemente questa dottrina del diritto significherebbe valutare e criticare la dottrina morale, cui essa è in maniera così intima legata. Ma ognuno vede come ciò ci spingerebbe a indagini, che, pur avendo non poco interesse ed utilità nello stesso ambito della giurisprudenza, superano i modesti limiti assegnati a questo saggio. Converrà intanto osservare che, appunto perchè intimamente connessa e subordinata a premesse di carattere etico, essa fa il posto dovuto alle esigenze del diritto naturale, così implacabilmente respinto dalla moderna giurisprudenza e tuttavia così spesso e così imperiosamente affermato. Giacchè essa riconosce e fa suo il principio animatore di un tal diritto, principio, il quale importa che, pur variando le condizioni di esistenza delle società umane, attraverso il tempo e lo spazio, tuttavia esistono condizioni di esistenza, determinate dalla stessa natura della società, comuni a tutte e senza cui nessuna potrebbe esistere. Il diritto può variare e varia effettivamente attraverso l'esperienza storica, ma non variano le condizioni indispensabili all'esistenza della società medesima, e che generano principi giuridici fissi e universali (1).

4. - Per vie opposte ha, più recentemente, proceduto alla determinazione del concetto del diritto, cominciando dal negare due dei caratteri accettati come formali dalla dottrina dominante; la sanzione giuridica, cioè, e l'obiettività

(1) A. Ravà: *Op. cit.* p. 69 e seg. — A questo modo di concepire il

della norma; prescindendo da qualsiasi elemento di eticità e protestando di contenersi in un terreno strettamente giuridico. Anche qui si muove dal concetto di socialità per giungere a quello di diritto, altro questo non essendo che forma ed espressione di vita collettiva: *ubi jus ibi societas, ubi societas ibi jus*. E però occorre notare che la società è qui intesa non come un semplice rapporto esistente fra individui, ma come un'entità, come unità concreta e distinta dai membri che in essa si comprendono. Un tal concetto di società include e produce anche quello dell'ordine, in quanto ogni manifestazione di vita sociale, appunto perchè tale, è anche, per lo meno rispetto ai consoci, espressione di vita ordinata. Ma l'ordine sociale posto dal diritto non è dato dalla esistenza di norme disciplinanti i rapporti dei singoli, quantunque se ne serva e in se le comprenda. Il diritto è organizzazione, struttura, posizione della società stessa, in cui si svolge e che costituisce a unità, prima che concerna uno o più rapporti sociali. D'onde deriva che il concetto di istituzione, è quello che può darci esattamente quello del diritto. Ogni ordinamento giuridico è un'istituzione e, per converso, ogni istituzione è un ordinamento giuridico. Quest'equazione è assoluta e necessaria. Con l'espressione diritto in senso obiettivo, si può, dunque, designare: o un ordinamento nella sua completezza e unità, ovvero un precetto o complesso di precetti, che, per distinguere da quelli non giuridici, possiamo dire istituzionali (1).

Dal poco che si è detto ben si comprende come il concetto di istituzione sia basilare e fondamentale per determinare il concetto del diritto, e come una più precisa determinazione del primo sia indispensabile per giunger meglio e con maggior sicurezza alla determinazione del se-

diritto naturale si avvicina in qualche modo, quello che lo considera come fondamento e limite necessario di ogni diritto positivo, come la radice e il terreno proprio, su cui nasce e si sviluppa quest'ultimo (Cathrein: *Recht Naturrechl und positives Recht*, Friburgo 1909).

(1) Romano: *L'ordinamento giuridico*, p. 19 e segg.

condo. Il modo con cui dal Romano l'istituzione è concepita si avvicina alquanto a quello dell'Hauriou, mentre si allontana dalla più comune maniera d'intenderla. E mentre il pubblicista francese si limita ad applicare il concetto solo a un certo numero di organizzazioni sociali, che avrebbero raggiunta un certo grado di perfezione e di sviluppo, e che sarebbero ordinate a forma costituzionale o rappresentativa, il nostro afferma che istituzioni debbono riconoscersi in ogni e qualsiasi associazione, che abbia un'esistenza propria indipendente da quella di determinati individui, dotata di una maggiore o minore autonomia. Oltre a ciò l'istituzione è, piuttosto che fonte tutt'una e medesima cosa col diritto, sicchè fra l'uno e l'altra esiste una perfetta identità. Istituzione dicesi intanto, ogni *ente o corpo sociale*; (1) con la parola sociale vuol significarsi che l'ente, in cui l'istituzione s'incarna, dev'essere, quantunque immateriale, esteriore e visibile nella sua individualità; col dire che l'istituzione è un ente o corpo sociale vuol intendersi che con essa si esprime l'attività sociale e non individuale dell'uomo. Il che non toglie, però, che sostrato dell'istituzione possano anche essere un insieme di mezzi materiali o immateriali, patrimoniali o reali o personali o di qualsiasi altra natura, destinati al raggiungimento di uno scopo determinato a vantaggio di persone estranee e non membri di essa istituzione, ch'è, in tal caso, amministrata non composta da uomini. Oltre a ciò l'istituzione è un ente chiuso, quantunque possa entrar in rapporto di correlazione o d'altro genere con altre istituzioni, (il che avviene dello Stato in rapporto alla comunità internazionale o degli enti pubblici subordinati allo Stato) essa può tuttavia, in ogni caso, aver una propria individualità, una peculiare importanza in se e per se. Ma l'autonomia di cui essa gode non ha nulla di assoluto, perchè varia attraverso la maggiore o minor perfezione dell'istituzione medesima. A ciò aggiungasi che essa è unità identica e permanente, pur variando e mutando i singoli elementi da cui è costituita. La possi-

(1) Romano, p. 26 e seg.

bilità di considerarla come un corpo a se stante è data dalla possibilità ch'essa ha di rinnovarsi, mantenendo intatta la propria individualità e personalità (1). L'istituzione è, dunque, di per se un ordinamento giuridico, « la prima originaria ed essenziale manifestazione del diritto. Questo non può estrinsecarsi se non in un'istituzione, e l'istituzione in tanto esiste e può dirsi tale in quanto è creata e mantenuta in vita dal diritto » (2).

Questo modo d'intendere il diritto, presentandolo soprattutto e innanzi tutto come organizzazione sociale, prescindendo dalla qualità e dagli scopi ch'esso voglia proporsi di raggiungere, si avvicina, in parte, alla dottrina così largamente diffusa, che considera il diritto come forma, esime dall'obbligo di fissare i caratteri differenziali del fenomeno giuridico rispetto a quelli delle norme religiose del costume e così via. Giacchè, se diritto non è che insieme di norme e organizzazione di rapporti sociali, poco può importare il contenuto di esse norme e il fine di essa organizzazione, siano di carattere religioso, morale o d'altra specie. Condizione necessaria e sufficiente è il fatto dell'esistenza del corpo sociale, dell'organizzazione dei rapporti, qualunque essa sia, purchè superi la sfera di ciò ch'è individuale. Quel che in questa dottrina è, però, più significativo e merita, quindi, più rilievo è il riconoscere che il carattere d'istituzione non è, comunque, necessariamente attribuito dalle leggi dello Stato, bensì risulta dalla stessa struttura dell'ente, dal suo diritto, dal suo ordinamento interno, anche nel caso che quest'ultimo, lungi dal coincidere, o coordinarsi con quello dello Stato, cerchi di negarlo o contraddirlo. Ma non minor rilievo merita il modo con cui è concepita la persona giuridica in rapporto al concetto d'istituzione. Ogni persona giuridica è di per se un'istituzione; ma non le persone o il patrimonio o lo scopo costituirebbero il sostrato della personalità, bensì, e in ogni

(1) Romano, p. 35 e segg.

(2) Romano, *Op. cit.*, p. 42. In senso contrario e pel riconoscimento dello Stato, U. Forti: *Gli Statuti degli enti autonomi*, Napoli 1915 pag. 17 e 35.

caso, un ordinamento di diritto obiettivo, che vuol dire un' istituzione. Quel che si personifica non è che siffatto ordinamento. « Un' istituzione assume il carattere di persona, quando essa, o dal suo proprio ordinamento o da un altro ordinamento, sempre però sulla base di quello, si considera come un ente dotato di una sua propria volontà, quando la volontà, materialmente manifestata da certi individui, che sono elementi in senso ampio dell' istituzione, con le forme e per i fini che impone la sua struttura, è considerata come volontà dell' istituzione medesima » (1).

A questo modo di determinare il concetto del diritto, cercando di mantenersi sul terreno di una concezione positiva e schivando di proposito ogni veduta giusnaturalistica, non sarà facile opporre obiezioni molto valide, se per poco si prescinda dalla sua voluta amoralità e dall'intimo dissidio che sarebbe facile rinvenire nel riconoscere il carattere di istituzione anche a quelle che tenderebbero a negare ogni diritto e ogni organizzazione fondamentale, bensì sarà lecito chiedere qualche chiarimento. E appunto perchè esso si scosta dalla maniera più comune e tradizionale d'intendere il diritto, merita una speciale attenzione. Non già ch'esso voglia negare al diritto il carattere di norma; chè anzi esplicitamente riconosce che in certi rami del diritto statale l'elemento norma è quello che più emerge e si mostra quasi in modo esclusivo, ma esso tende in pari tempo a mostrare che in altri rami - in ispecial modo in diritto costituzionale - la dottrina, che considera il diritto innanzi tutto e soprattutto come organizzazione, come istituzione, acquista maggior rilievo ed importanza. Per la prima volta un pubblicista di alto ingegno e di vasta cultura si sforza di determinare il concetto del diritto, non più muovendo, come suol farsi, dalle esperienze e dalle sistemazioni del diritto privato bensì da quelle del diritto pubblico. Il che parrà tutt'altro che arbitrario non appena si pensi che il diritto sociale ha

(1) Romano, p. 71 e sg.

sempre preceduto quello individuale, che quello della collettività ha sempre preceduto quello dei singoli (1). E se all'indagine del Romano manca talvolta una preparazione filosofica pari a quella giuridica, tuttavia è assai degno di nota il fatto che un pubblicista abbia rivolto i propri studii e abbia data una soluzione, più che diversa, opposta a quelle più correnti, a un problema di così alta importanza.

Nulla, invero, potrà obiettarsi contro la premessa che pone il diritto come espressione e condizione della vita sociale. È infatti incontrovertibile che ogni e qualsiasi associazione ha bisogno, per vivere, di norme, che regolino l'attività dei membri che la compongono: e ben si comprende che queste norme debbano avere, di qualunque natura esse sieno, carattere giuridico, solo in quanto e perchè tendono a regolare e conservare i rapporti e la vita del corpo sociale. D'onde si rileva estremamente arbitrario - e il Romano lo ha provato in modo definitivo - il processo di coloro, che vorrebbero limitare e circoscrivere la sfera delle norme giuridiche solo a quelle edittate o riconosciute dallo stato. Ma si può, con rigore, identificare il concetto di diritto obiettivo, di ordinamento giuridico, col concetto di istituzione? Nell'asserire questa identità sta il lato originale della dottrina, che per altro si ricollega a quella del Gierke (2), e che riconosce in ogni comunità organica la possibilità di produrre norme giuridiche. Anche l'Hauriou (3) aveva sostenuto che le istituzioni sono le prime realtà giuridiche e che da esse il diritto ha bisogno per realizzarsi, non pensando e non sospettando una simile identità. E che il diritto debba identificarsi coll'istituzione non sembra si possa dimostrare perentoriamente. Vero è che perchè l'una esista l'altro è strettamente necessario, ed è altrettanto vero che l'ordine, la regola dei rapporti è come l'elemento vitale, che circola e dà vita

(1) Saleilles: *De la personnalité juridique*, Paris 1910, 1.^a lez.

(2) *Deutsches Privatrecht* I, p. 119 e sg.

(3) *Précis de droit administratif*, Paris 1907, pref.; *Principes de droit public*, Paris 1916 p. 48.

all'istituzione, e che non v'ha diritto senza società, nè società senza diritto; ma la necessità che il concetto di diritto richiami quello di istituzione e viceversa, non fa sì che l'uno debba necessariamente confondersi con l'altro. L'ordinamento giuridico della comunità stato, come quello di qualunque altra, non è lo stato, il comune e così via, sebbene nè lo stato, nè il comune, nè altra istituzione possa vivere senza un qualsiasi ordinamento giuridico. Che il diritto sia ordine, posizione della società stessa, che senza di esso perirebbe, non vuol dire che società e diritto sian tutt'una e medesima cosa. Giacchè, pur riconoscendo che il diritto sia come il sangue e la linfa, che circola e dà vita in ogni organismo sociale, a quest'ultimo occorre riconoscere l'unità e l'identità, il che, in altri termini, significa che ogni organismo nella sua unità e identità è qualcosa di più intero e di diverso dal suo elemento vitale.

Ma non è qui il luogo di diffondersi sulla dottrina, che il Romano ha esposto in modo così limpido e cui ha dato applicazioni acutissime ed elegantissime. Le obiezioni, che, non sempre infondatamente, furono opposte ad ogni sforzo di determinare il concetto del diritto sotto l'aspetto formale e senza alcun riguardo al suo contenuto, potrebbero rivolgersi contro siffatta dottrina, che, mentre ritiene che il diritto è ordine, posizione della società medesima, tratta alla stessa stregua le norme, che regolano l'esistenza e il funzionamento di una banda armata e quelle che regolano e organizzano la convivenza statale. Gli è che un siffatto modo di concepire il diritto, cogliendolo nel suo aspetto formale e prescindendo da ogni sua concreta determinazione, da ogni contenuto e finalità, è antistorico; perchè non esiste e non è mai esistito ordinamento giuridico che non si sia proposto determinati scopi da raggiungere. Le stesse sistemazioni della giurisprudenza romana sono animate da un soffio vivificatore, da un'anima, che pervade e sorregge l'intero ordinamento, che si riconnette e si concreta nell'esigenza di attuare determinate finalità. Onde gli sforzi di chi si accinge a delineare il

concetto di diritto prescindendo dall'elemento fine, sembrano pari a quelli di chi volesse darci il concetto di un motore, prescindendo dall'elemento moto. Per cui sembra più conforme alla ragione e alle esigenze dell'esperienza storica il concepire il diritto come un mezzo per raggiungere una data finalità, come uno strumento necessario per attuare e regolare il consorzio civile (1).

All'economia e allo scopo di questo saggio basterà, intanto, tener presente, sin da ora, uno dei risultati - il più sicuro ed interessante della dottrina cui abbiamo dianzi accennato - cioè quello che riconosce il carattere di giuridiche non solamente esclusivamente alle norme poste e garantite dallo stato, *ma anche a quella di una qualsiasi istituzione, che cerchi di raggiungere finalità collettive*; risultato, che sarà meglio associato e confermato più oltre.

(1) Come norma della convivenza civile considera il diritto Aristotele (*Politica*, trad. Costanzi, Bari 1918, I, 29 p. 6) il quale, come si sa, insegna anche che dal fine si determina la natura degli esseri.

CAPITOLO II

5. — Cenno sulla consuetudine in diritto privato - il principio della preminenza della legge e sua limitazione -
6. L'origine statale del diritto - critica di questa dottrina - l'ordinamento giuridico e il diritto della Chiesa -
7. La consuetudine nel campo del diritto amministrativo. - Se essa abbia valore di fonte immediata - il problema delle lacune e sua importanza nella dottrina delle fonti -
8. La necessaria incompletezza di ogni legislazione - 9. Conclusioni sul valore e l'efficacia della consuetudine in dir. amministrativo.

5. - Dopo aver posto, con la brevità consentita dall'economia del nostro saggio, i limiti e i termini del problema delle fonti, e, dopo aver accennato alle conclusioni cui è giunta la dottrina più recente nel determinare il concetto del diritto, di gran lunga più agevole riuscirà assegnare alla consuetudine il posto che le spetta nella moderna pubblicistica. Potremo ora rivolgere la nostra attenzione particolarmente allo stato italiano, e indagare se la consuetudine debba in esso venir riconosciuta come fonte di diritto, per assurgere in seguito o in concomitanza, a considerazioni o risultati di carattere più generale.

È opinione diffusa e autorevole che nella società moderna, in cui alla formazione del diritto provvede un organo speciale, la consuetudine non possa valere come fonte se non in quanto venga, implicitamente o esplicitamente, riconosciuta come tale da un atto di volontà dello stato, o più precisamente, da una legge in senso formale (1). Ciò

(1) Bonucci: Intorno a tal volere: *Il fine dello Stato*, p. 82.

sarebbe ammesso generalmente pel diritto privato, perchè la legge determina entro quali limiti la consuetudine possa valere come fonte. In base all'art. 48 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del nostro codice civile, cessarono di aver efficacia tutti gli usi e le consuetudini, cui il codice espressamente non si riferisce, e nulla si dispose intorno al valore e all'efficacia di consuetudini, che, per avventura, potessero in seguito formarsi. Ma è da ritenere che, in conformità ai principî ispiratori della legislazione francese, che servì, in gran parte, d'esempio alla nostra, nessuna efficacia volesse il codice italiano, riconoscere alle consuetudini future. Il bisogno di sicurezza e di certezza nella formulazione delle norme, che costituiscono i tipi più importanti di codificazione, trovava un adeguato soddisfacimento nel negare efficacia di fonte diretta alla consuetudine. L'opinione dominante nel periodo della formazione del codice napoleonico, che cioè la consuetudine non potesse aver forza obbligatoria se non grazie al riconoscimento espresso o tacito del legislatore, doveva, per altro, necessariamente limitare e subordinare l'efficacia d'essa consuetudine al richiamo o al riconoscimento espresso o tacito del precetto legislativo; dal che si conclude che nel nostro ordinamento giuridico la consuetudine non può aver carattere di fonte se non quando sappia attingerlo dalla legge positiva (1). Se non che, queste considerazioni che, anche attenendosi strettamente al diritto privato, non hanno importanza decisiva, meno ancora ne avranno - come meglio vedremo fra un guai - in diritto pubblico.

Dobbiamo riconoscere che, contrariamente a ciò che ritennero gli scrittori del diritto comune, è oggi opinione più seguita quella che riconosce alla consuetudine valore di fonte sussidiaria, solo, cioè, e in quanto ad essa è fatto espresso richiamo dalla legge, mai valore di fonte autonoma e indipendente. Ma si ammette che in materia commerciale le stesse disposizioni del cod. civ. possano esser contraddette da una consuetudine *contra legem*, la quale regoli rapporti per cui il codice di commercio non contenga

(1) Ranelletti, *la consuetudine ecc.* p. 155-57.

un' espressa disposizione. Un valore cospicuo verrebbe riconosciuto alla consuetudine *praeter legem* in materia di contratti, ove alle parti è lasciata una più vasta sfera di autonomia (1). E però mentre in genere si tende a negare alla consuetudine qualsiasi valore come fonte indipendente, si vorrebbe, d'altro canto, riconoscerle importanza non lieve nel campo dell'interpretazione della legge, allo scopo di meglio determinare il concetto e il contenuto della medesima, e di conformare i principî generali del diritto vigente alle esigenze imposte dai nuovi bisogni della vita sociale (2). Ma in ogni caso la consuetudine non saprebbe aver valore e vigore se non in funzione e in dipendenza della legge.

È facile osservare, innanzi tutto, che col riconoscere alla consuetudine la possibilità di attribuire al diritto vigente un senso e una portata, che in se e per se non potrebbe mai avere, e di adattare le stesse norme positive ai nuovi bisogni, si ammette implicitamente che la consuetudine abbia valore di fonte, che s'impone, per intrinseco valore e vigore, alla legge stessa. Il piegare difatti, il diritto verso una via nuova e impreveduta, il dare alle forme vecchie novello significato equivale praticamente e affettivamente al porre norme nuove. La qual cosa prova ancor meglio che le disposizioni, con cui i codici moderni, nell'illusione di avere un'assoluta completezza, tendono a negar efficacia di fonte diretta e immediata al diritto consuetudinario, abbiano importanza e valore di gran lunga inferiore a quella che comunemente sogliamo loro anettere. Ma, prescindendo da considerazioni di carattere generale e limitandoci allo stato italiano, non sembra che dalle disposizioni preliminari che precedono il nostro cod. civ. si

(1) F. Degni: *L'autorità del dir. consuetudinario nella legislaz. civ. ital.*; estratto dagli *Studi in onore di C. Fadda*, Napoli 1906, p. 21 e segg. - Forza spontanea e indipendente dal volere del legislatore riconosciute alla consuetudine nel campo del diritto commerciale A. Scialoja. *Le fonti e l'interpretazioni del dir. commerc.* Perugia 1907 p. 9).

(2) F. Degni: *L'autorità del dir. consuetud.* p. 22.

debba trarre un categorico divieto, meglio un' assoluta impossibilità che una consuetudine si formi e viva senza espresso o tacito richiamo a una norma legislativa. Non sembra intanto che l'art. 3 voglia negare del tutto l'efficacia della consuetudine, sol perchè non la invoca, unitamente ai principî generali, a risolvere le controversie, cui non possa applicarsi una precisa disposizione legislativa. Nè dall'art. 5. che vieta che l'abrogazione di una legge possa avvenire per altra via estranea al volere espresso o tacito del legislatore, può trarsi una conclusione definitiva contro ogni e qualsiasi diritto consuetudinario. Tutt'al più esso non farebbe che vietare la formazione di consuetudini *contra legem*. Oltre a ciò si comprende agevolmente come il valore e l'efficacia pratica di queste e analoghe disposizioni, che cercano di regolare, con maggiore o minore esattezza, le fonti, il modo di manifestarsi del diritto nella vita sociale, non può esser che abbastanza limitata. Esse derivano, come s'è detto, dalla ingenua ed assurda pretesa, pur tanto diffusa nel trionfo delle prime codificazioni, che un magnifico corpo di leggi scritte potesse bastar a regolare ogni rapporto giuridico e che niun adito dovesse, quindi, lasciarsi all'intervento di forze estranee al volere del legislatore. Ma anche nell'attuale periodo storico, in cui la legislazione è assunta e monopolizzata da un organo esclusivo, esse non hanno che un'importanza limitata. E anche se non s'incontrassero esempi di consuetudine *praeter legem*, ciò non significherebbe che non potessero o non dovessero, in omaggio alle disposizioni preliminari del nostro maggior codice, formarsene in avvenire. Fu, per altro, osservato opportunamente che l'intrinseca portata di questi articoli va riferita, più che alla formazione, all'applicazione della legge al caso concreto, e che esse han quindi di mira l'esercizio di attività giurisdizionali. Le espressioni *decidere*, *controversia*, *caso dubbio*, ecc. non lascian luogo ad equivoci di sorta. Quanto al dispositivo dell'art. 5, se esso è manifestamente contrario alla possibilità di formarsi di una consuetudine

contra legem, non vieta per nulla la possibilità di quella *praeter legem*.

La dottrina, che tende a negare o a limitare eccessivamente l'efficacia e il valore della consuetudine parte dall'erroneo presupposto che nella società moderna la formazione del diritto si ponga come funzione speciale, specifica, *esclusiva* dello Stato, che determina quali norme debbano esser giuridiche, quali forze e a quali condizioni queste norme possano prodursi. D'onde la preminenza della legge (1).

Potremo, dovremo anzi consentire che, dato l'attuale ordinamento e data la forte tendenza a regolare ogni specie di rapporto giuridico mediante il diritto scritto, la legge debba avere sulla consuetudine, se non altro, una preminenza di fatto che difficilmente potrà negarsi; ma ciò non vuol dire che ogni consuetudine, la quale non sia implicitamente o esplicitamente riconosciuta dalla legge, non possa per ciò solo, aver valore di fonte immediata. Abbiamo osservato in precedenza - e su ciò non sarà inopportuno insistere - come la dottrina dell'unità delle fonti, che riconosce esclusivamente allo Stato il potere di emanare norme giuridiche e, per conseguenza di determinare le fonti di esse norme, sia minata da un'insanabile debilità e non abbia che un'apparente consistenza. A una siffatta dottrina, ch'è gravida di conseguenze molto gravi e disparate, anche in una trattazione e sistemazione del diritto pubblico, e che col nostro argomento ha così stretta attinenza, è necessario dedicare qualche pagina.

6. - Che allo stato sia direttamente o indirettamente da ricondurre ogni sorta di diritto, e che esso sia l'unica fonte d'onde ogni altra norma giuridica trae la sua impronta vitale e la sua efficacia, è dottrina che, in Germania e in Italia, ha trovato larghissimo seguito, ma che non si rivela perciò meno falsa e infondata. E ben si comprende come essa abbia trovato il più ampio svolgimento in un paese,

(1) Ranelletti: *Op. cit.* I. c.

ove la più ardente statolatria animava i pensieri e le opere del popolo eletto; ma a gran pena si spiega come essa abbia avuto e abbia anche fra noi un sì gran numero di fautori autorevoli. La storia, intanto, s'incarica di dare una smentita solenne a siffatta dottrina, che pretende di poggiare sopra un terreno positivo. Ma della storia essa non sembra disposta a tener gran conto, limitandosi, in forma più precisa, ad affermare che nell'ordinamento giuridico moderno la formazione del diritto può avvenire solo per un atto di volontà dello stato o sul fondamento della volontà di esso stato (1). Occorre dunque vedere se, anche contenuta entro questi limiti, riferendosi cioè all'attuale momento storico, la dottrina, che riduce o riconduce la norma giuridica ad un'unica fonte costituita dal volere statale, abbia qualche consistenza.

Per procedere razionalmente in quest'indagine sarà bene osservare, innanzi tutto, che presupposto di tale dottrina è quella tale concezione del diritto, che, per esser oggi la più seguita, non è, certo, nè la più sicura, nè la più fondata, alla concezione, cioè, che riconosce il carattere di norme giuridiche esclusivamente a quelle munite dal segno della coazione esterna (2). Sicchè dal fatto che l'organizzazione dello stato moderno è realmente tale che non solo formula in modo più chiaro e preciso, ma impone eziandio con maggior forza e con più ampia sicurezza la norma e l'osservanza della norma medesima, la dottrina unitaria deduce - in verità con troppa fretta - che lo stato sia oggi l'unica ed esclusiva fonte di diritto, e che ogni altra può

(1) Un palese richiamo all'origine statale del diritto trovasi in Hobbes (*De cive*, Amsterdam 1860, c. II, 1, XII, 1). Per i moderni: Lason: *System der Rechtsphilosophie*, 1882, p. 412; R. Jhering: *Zweck im Recht*, trad. fran. Paris 1901, p. 215 e segg.: Per maggiori notizie bibliografiche; V. Del Giudice: *Il concetto di diritto ecclesiastico in senso moderno*, Roma 1915, p. 51. Contro Stammeler: *Wirtschaft und Recht, nach materialistischen Geschichtsauffassung*, Lipsia 1896, § 22, 23; Regelsberger, *Pandekten*, Lipsia 1893, v. I. p. 2, p. 83 e segg.; Haenel: *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, Lipsia 1888.

(2) Cfr. in proposito: Triepel: *Diritto internazionale e diritto interno*, Torino 1913, p. 106 e segg.

solo valere come tale solo in quanto e perchè ad essa il volere dello stato, implicito o esplicito, accorda un qualsiasi riconoscimento. Essa è dunque minata da un vizio logico iniziale, perchè dà come sufficientemente dimostrato ciò che invece occorrerebbe ben dimostrare, e cioè che quel ch'è prodotto dalla volontà dello Stato sia l'unico e solo diritto, e che ogni altra norma sia o valga effettivamente come giuridica, solo in quanto è identica o somiglia, per un processo di filiazione o derivazione, alle norme giuridiche statuali. Per cui la stessa dottrina, che protesta esser quella delle fonti questione di diritto positivo (1), e doversi quindi risolvere particolarmente e diversamente secondo la particolarità e diversità degli ordinamenti giuridici, ha bisogno di postulare una data dottrina filosofica, che suggerisce un determinato concetto del diritto. Dall'asserzione che la giuridicità sia attribuita alle norme solo in virtù della volontà statale, si passa immediatamente ad asserire, come conseguenza, l'esclusiva origine statale del diritto (2).

Contro siffatta dottrina, che, al pari di molte altre elaborate dalla pubblicistica tedesca, s'ispira ad un formalismo sordo ai più alti suggerimenti della realtà, si potrebbero, prescindendo da questo o quell'altro concetto del diritto, addurre, anche nell'attuale momento storico, esempi d'istituzioni, che, dentro o fuori dell'orbita statale, esistono e vivono grazie ad un ordinamento composto di norme, che non si saprebbe come qualificare se non fossero giuridiche. Valga per tutti l'ordinamento della Chiesa cattolica, cui la dottrina dell'unità delle fonti ha negato recisamente e logicamente ogni possibilità di produrre norme giuridiche. Nemmeno il diritto della Chiesa sarebbe dunque in sè *vero* diritto (3).

(1) Ranelletti *La consuetudine ecc.* p. 146.

(2) Del Giudice *Il dir. eccl. in senso moderno*, p. 51 e segg.

(3) G. Dallari: *Il nuovo contrattualismo nella filosofia sociale e giuridica*, Torino 1911, p. 463, Del Giudice: *Il dir. eccl. ecc.* p. 45 e seg.

Ma chiunque non abbia la mente offuscata da pregiudizi di scuola o da eccessive esigenze sistematiche è in grado di comprendere come quest'unico esempio basti a giudicare della futilità ed inconsistenza di quella dottrina. Se un'istituzione, che ha una compagine, la quale, in parte, supera e precede quella dello stato; che ha un organamento e un funzionamento assai vivo e assai ben delineato; che ha prodotto, attraverso un'elaborazione secolare, un complesso di norme, su cui si è, più di una volta, modellato il diritto statale; che ha oggi un codice proprio e propri organi giudicanti, i quali pronunziano attraverso ordinamenti processuali frutto di una tradizione raffinata; se un'istituzione, che presenta siffatti caratteri, non emana e non è in grado di emanare norme giuridiche se non in quanto sieno riconosciute come tali dalla volontà e dall'autorità dello stato, io non so, in verità, qual posto potrebbe assegnarsi, nella dottrina al diritto canonico. Bisognerebbe arrivare all'assurdo - e ad esso arriva la coerenza di pubblicisti tedeschi e non tedeschi - che nega a cotesto diritto il carattere della giuridicità, sol perchè esso non è posto ed imposto esattamente nei termini e coi mezzi di cui lo stato moderno si avvale.

Che l'ordinamento giuridico della Chiesa non derivi il suo carattere da quello statale è stato recentissimamente dimostrato in modo perentorio (1). Altri è però più cautamente disposto a riconoscere alle norme del diritto canonico il carattere della giuridicità alla stregua di un giudizio sulla necessità della loro osservanza per l'esistenza del consorzio sociale. In tal modo il diritto della Chiesa cattolica mentre ci offrirebbe vere e proprie norme giuridiche in un'epoca, in cui le condizioni di esistenza della società furono concepite in modo da identificarsi con quelle della Chiesa medesima, non sarebbe più diritto nei paesi, in cui una siffatta fede religiosa non si ritenesse necessaria al mantenimento della vita sociale. Piuttosto che di

(1) Romano: *L' Ordinamento giuridico*, p. 104-110.

vere e proprie norme giuridiche si tratterebbe, in quest'ultimo caso, di norme identiche a quelle di una qualsiasi associazione che persegue fini particolari (1).

Ma ogun vede quanto il criterio dell'utilità sociale, assunto a nota sicura e infallibile di giuridicità, si riveli equivoco e arbitrario applicato alle norme del diritto canonico. Assai disagiata, difatti, riuscirebbe il definire come un tal criterio debba applicarsi, e ancor più difficile riuscirebbe stabilire obiettivamente chi debba di siffatta utilità o necessità decidere con sicurezza. La verità è che anche in tempi e luoghi, in cui più viva ed attuosa si è venuta disegnando la lotta del potere civile contro l'amministrazione della Chiesa o contro essa Chiesa direttamente, questa non ha mai cessato di vivere e funzionare, attraverso i medesimi organi, che applicavano le medesime norme vigenti nella società dei fedeli. Anche su un terreno di perfetta neutralità, del resto, in un regime di perfetta separazione, in cui lo stato riuscisse a mantenere la più completa indifferenza di fronte alla società religiosa - dato che ciò sia possibile - e in cui, per conseguenza, le norme della Chiesa apparissero né utili, né inutili al mantenimento del consorzio civile, queste norme non potrebbero identificarsi, né praticamente si identificano, con quelle di una qualsiasi associazione che persegua fini particolari. Senza dire che non è facile dimostrare ciò che si dà per dimostrato: che il giudizio sulla necessità o meno di norme che regolino la propria esistenza e la propria amministrazione, perchè meglio riescano ad attuarsi le condizioni di esistenza della società civile, non possa e non debba spettare ad essa Chiesa.

X 7. - Si è visto in precedenza come, anche limitandosi al campo del diritto privato, non sia lecito negare qualsiasi efficacia di fonte immediata alla consuetudine, e quanto sia erroneo il presupposto, che vorrebbe oggi circoscrivere l'ambito della giuridicità e ricondurre ogni forma di

(1) Ravà: *Il dir. come norma tecnica*, p. 80.

diritto al volere dello stato. Non manca tuttavia chi intenderebbe applicare quegli stessi principi intorno alla natura e all'efficacia della consuetudine, che dovrebbero trovar esatta applicazione nella privatistica, anche al diritto pubblico, e più precisamente, al diritto costituzionale e amministrativo (1).

Un grave ostacolo a riconoscere alla consuetudine efficacia di fonte verrebbe opposto dalla teorica della distinzione del potere, da cui è dominata tutta quanta la formazione dello stato moderno e in base a cui l'attività di esso stato è nettamente distribuita e esercitata da organi diversi; teorica, che verrebbe ad avere una smentita palese se si ammettesse vicino o di fronte alla funzione legislativa una forza o un potere estraneo, che potesse menomarne o contraddirne l'esercizio. Oltre a ciò, si dà come ammesso e incontrovertito che l'ordinamento giuridico di ogni stato debba esser un'unità logica e armonica, che non ha lacune e tanto meno può partire entro di se contraddizioni di sorta. Non può ammettersi, quindi, che la consuetudine abbia valore di fonte, se non in subordinazione o in coordinazione a quanto è voluto dalla legge. Gli stessi principi, che regolano il diritto privato, varrebbero così, anche per la pubblicistica. E l'argomento più valido per sostenere questa unità di trattamento è scorto dall'art. 5 delle disposizioni preliminari del nostro cod. civ.; in cui è chiaramente esposto il principio della preminenza della legge e della dipendenza della consuetudine, principio che dovrebbe aver maggior valore pel diritto pubblico, ove più s'imponesse quell'esigenza della certezza della norma, cui solo la legge è in grado di soddisfare adeguatamente (2). Tutt'al più potrà ammettersi che nel campo del diritto costituzionale, vuoi per la sua formazione recente e affrettata, vuoi per la necessità di meglio adattarsi alle condizioni di fatto o di tener più esatto conto del pubblico interesse, alla consuetudine debba conservarsi una diversa e speciale

(1) Renellettì: *La consuetudine*, p. 159.

(2) Ranellettì, pag. 159.

posizione. Non così nel diritto amministrativo, ove più vasta e completa è la legislazione. Ad esso andrebbe, con rigore, applicato il principio della completezza dell'ordinamento giuridico e la necessità del ricorso all'analogia o ai principi generali di diritto, quando manchi una norma che si applichi esattamente al caso concreto. E a ciò nulla osta che, in certi limiti e in certe materie, il diritto non vincoli l'attività degli organi statuali, e riconosca, anzi, loro la libertà di determinarsi, in un modo o nell'altro, ponendo norme, che posson pure valere come consuetudinarie, ma non mai con la forza ed efficacia di fonti autome (1) « Nel campo del diritto amministrativo la consuetudine può esser giuridica, cioè contenere una norma di diritto, solo come affermazione di norme giuridiche, dedotte, per via d'interpretazione, da disposizioni di legge o da principi generali del nostro diritto positivo; ed avere perciò solo l'autorità di una costante interpretazione e applicazione della legge » (2). La consuetudine, così può acquistare pieno e intero valore di fonte di diritto solo in quanto è interpretativa, e può imporsi incondizionatamente solo quando l'attività degli organi ch'essa regola sia sottratta a controlli, in specie giurisdizionali.

Presupposto basilare della dottrina che nega alla consuetudine in diritto pubblico il valore di fonte autonoma, è, dunque, come s'è visto, il principio della completezza dell'ordinamento giuridico, della mancanza assoluta di lacune; e un tal principio, che, sia che voglia negarsi sia che voglia affermarsi, è ricco di conseguenze importantissime per ogni ramo del diritto, dobbiamo, innanzi tutto, esaminare. E però affermiamo sin da ora che tanto nella forma tradizionale, quanto in quella più recente, esso è negato dall'esperienza di ogni tempo e di ogni luogo.

L'ermeneutica tradizionale, così ricca di aforismi e di formole, aveva sostenuto che ogni ordinamento giuridico, preso come un tutto organico, consta di un insieme di

(1) Ranelletti, p. 160.

(2) Ranelletti, p. 164.

parti armonicamente collegate, e non può, quindi, esser incompleto. Le norme di diritto positivo, per quanto poche e imperfette considerate isolatamente, si illuminano e completano nell'armonia del sistema; onde trovano una soluzione adeguata non soltanto i rapporti regolati direttamente o indirettamente da esse norme, ma anche quelli nuovi o modificati col mutare e rimutare dell'assetto sociale. L'interprete ha l'obbligo di compiere questo lavoro delicatissimo: rilevare dall'insieme delle singole norme i principi direttivi dell'intero sistema. E poichè la legge va considerata come vivente di vita propria e indipendente dalla volontà del legislatore, l'interprete potrà indagare il valore, che alle singole disposizioni debba attribuirsi, con gli occhi fissi all'armonia del sistema, e rinvenire, in tal guisa, una norma per ogni singolo caso concreto. Non esistono, quindi, lacune; non si danno casi, che non rientrano, attraverso il vigilante lavoro dell'interprete, come contemplati, nella legislazione positiva (1).

Nella sua forma più recente il principio della completezza ha assunto una veste in apparenza più rigida e severa (2). Nulla in essa può importare, in qualsiasi modo voglia intendersi, il principio della *forza di espansione logica*, che si conterrebbe in ogni ordinamento giuridico, che andrebbe, invece, inteso soltanto come insieme di disposizioni particolari costituenti la legislazione di questo o quell'altro stato. Occorre procedere più oltre; porre, con tutto rigore ed esattezza, i termini del problema per concludere, affermando la necessaria mancanza di lacune in ogni e qualsiasi ordinamento giuridico, mantenendosi sempre fedeli al presupposto della origine e della natura statutale del diritto. Ed ecco i termini e la posizione del problema. Esistono lacune nell'ordinamento giuridico? Il complesso delle leggi esistenti offre una norma per ogni eventuale questione di diritto? Dall'insieme delle disposizioni particolari derivano norme per tutti i casi possibili?

(1) Windscheid: *Pandette*, Torino 1902, I p. I p. 128 e segg.

(2) D. Donati: *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano 1910.

Si è risposto negando recisamente l'esistenza di qualsiasi lacuna e affermando che, se esiste in ogni ordinamento legislativo un complesso di norme, che fissano in dati casi date obbligazioni, deriveranno da un tal complesso una o più norme atte a regolare qualunque altro caso. Dal complesso di tali obbligazioni e limitazioni nasce una norma generale, che, non imponendo all'infuori di questi casi, limitazioni di sorta, provvede a qualsiasi altra evenienza. Il volere dello stato ha provveduto a tutto. « Si può dire che, dato il complesso delle disposizioni, le quali « prevedendo » determinati casi, stabiliscono per essi l'esistenza di date obbligazioni, dal complesso delle disposizioni stesse deriva ad un tempo una serie di norme particolari inclusive e una norma generale esclusiva: una serie di norme particolari dirette a stabilire per i casi da esse particolarmente considerati date limitazioni, e una norma generale diretta a escludere qualunque limitazione per tutti gli altri casi non particolarmente considerati. In forza di questa norma ogni possibile caso viene a trovare nell'ordinamento giuridico il suo regolamento. Dato un caso determinato, o esiste nella legislazione una norma che particolarmente lo riguarda, e da questa deriverà pel caso stesso una norma particolare; oppure non esiste, e allora esso cadrà sotto la norma generale accennata. Questa perciò viene ad essere come la chiave di volta dell'ordinamento giuridico: essa costituisce la norma complementare delle norme particolari, che discendono dalle singole disposizioni legislative; essa, decidendo tutti i casi dalla legge non particolarmente considerati, riempie completamente le lacune lasciate da quelle altre norme, escludendo così che nell'ordinamento giuridico possa esistere mai una lacuna, cioè un caso che non cada sotto alcuna norma di diritto. » (1) Ma la norma generale o complementare non ha carattere meramente negativo, bensì positivo, in quanto essa è dichiarazione di volontà sostanzialmente distinta dalle dichiarazioni espresse nelle norme particolari, e produce,

(1) Donati: *Il problema delle lacune*, p. 36 e segg.

quindi, effetti giuridicamente distinti. Il complesso delle disposizioni particolari esprime una volontà che si riferisce e vale esclusivamente per i casi preveduti, e genera una norma generale esclusiva, sotto cui cade ogni altro caso possibile all'infuori di quelli preveduti. Dalle disposizioni particolari deriverebbero diritti e obbligazioni in senso contrario ai diritti e alle obbligazioni, che derivano dalla norma generale o complementare, e viceversa.

Con ciò non si nega l'impossibilità che il legislatore possa prevedere tutti i casi, che la vita sociale può produrre, ma si nega che egli non possa *affatto* prevederli, e si afferma, al contrario, che egli può prevederli e regolarli, se non particolarmente, certo genericamente. Essendo in grado di prevedere che oltre ai casi, da esso preveduti e regolati, altri potranno sorgere, egli è anche in grado di prevedere *tutti gli altri* casi, di pensarli cioè in precedenza e regolarli come parte di un genere amplissimo dato dai casi particolarmente non preveduti (1). Pel fatto stesso di prevedere che possano nascere casi da esso non previsti e pensati quindi come possibili, il legislatore li assoggetta a una regola, generale per quanto si voglia, ma a una regola sempre. Non solo dunque egli può regolare tutti i casi, ma tutti li regola di *fatto e necessariamente*.

In tal modo e con siffatti raziocini si è creduto risolvere negativamente il problema delle lacune. Ma tutta la storia, tutta la logica, tutta la realtà, fra cui vivono e si muovono le istituzioni giuridiche, protesta contro una siffatta soluzione.

8. - La formulazione del problema, che si erige contro quella tradizionale, ha comune con essa l'erroneo punto di partenza, che ci offre l'ordinamento giuridico come un prodotto esclusivo della volontà del legislatore o dello stato, e la strana pretesa di risolvere un problema, il quale non può porsi che storicamente, solo per via di formole, raziocini e costruzioni giuridiche. Anche nella più recente formulazione il problema è posto sopra una base instabile

(1) Donati, p. 59.

e artificiosa, che si sforza di giungere a una soluzione atta per ogni tempo ed ogni luogo.

Il complesso delle leggi esistenti offre una norma per ogni possibile questione di diritto? Ora a questa domanda non si può rispondere che attraverso i suggerimenti, che ci vengono dall'esperienza storica. Non si tratta dunque di vedere se, dato un ordinamento giuridico, nel senso inteso dal Donati, esso sia in grado di regolare tutti quanti i rapporti, che eventualmente potranno generarsi nell'ambito in cui esso vige e spiega la sua efficacia, ma bensì di sapere se effettivamente il diritto posto dallo stato ha potuto sopperire a tutte le necessità della vita sociale, se realmente si diano o si sien dati casi, che una determinata legislazione non ha previsto e non ha, quindi, regolato in verun modo. E a siffatte questioni non è dato rispondere, invocando l'ausilio di costruzioni giuridiche più o meno consistenti, bensì studiando il limite entro cui il diritto si è svolto e ha vissuto storicamente. E la storia c'insegna che in nessun tempo e in nessun luogo la legislazione di un popolo fu opera esclusiva del legislatore, che una parte maggiore o minore di essa dovette spontaneamente e necessariamente generarsi affine o estranea o contraria alla legge, e che in questa parte rientra e spiega la sua massima efficacia il diritto consuetudinario.

Ma poichè nella formulazione puramente logica del problema, che non sa celare pretese di soluzioni categoriche e generali, si accenna alla distinzione del potere e ad altri segni, che sono caratteristici dello stato moderno, sembra ch'essa voglia limitare a quest'ultimo la sua portata; dico sembra, perchè è proprio del metodo logico-matematico in essa adoprato l'innata ripugnanza per ogni soluzione contingente e l'irrefrenabile tendenza verso il necessario e l'universale. In tal modo e per questa via si giunge a proporre, come unico punto di riferimento, la volontà del legislatore, e si fa del problema delle lacune un problema di mera interpretazione. Scrutare e indagare sagacemente una siffatta volontà significa avviarsi e approdare a una soluzione negativa; trovare, nell'assenza di la-

cune, a ogni caso possibile della vita sociale una piena e adeguata regolamentazione in una norma giuridica.

Contro un tal modo di ingrandire ed esagerare la volontà del legislatore, di cui lo Ihering ha fatto meritato strazio, si potrebbero ripetere non poche obiezioni. E si sa come la riduzione del diritto alla legge scritta, la concezione geometrica della giurisprudenza, per cui il giurista null'altro avrebbe da fare che trattare le singole disposizioni positive come altrettanti teoremi, da cui si traggono le conseguenze da applicare ai casi concreti, abbia condotto ad assurdi ed inconvenienti perspiscuamente rilevati (1), e di cui il *Corso elementare di diritto civile* del Laurent è esempio palmare.

Quanto improba e a volte impossibile riesca, d'altro canto, la ricerca della volontà del legislatore ognuno è in grado di vedere. Questa volontà previgente e onnivegente, che tutto antivede e tutto regola in modo prodigioso è una trovata della giurisprudenza, che, in verità, non ha avuto mai espressione reale e concreta nel mondo della vita giuridica (2). Niuno difatti potrà negare che si danno casi di cui il più saggio legislatore non poteva avere la più lontana conoscenza, perchè assolutamente imprevisi e imprevedibili, e cui quindi la famosa volontà, per quanto scrutata e riscrutata, non saprà affatto regolare. Il lavoro dell'interprete, che s'illude, in siffatte circostanze, di trovare, attraverso arzigogoli e piroette sofistiche, l'autentica volontà del legislatore, tutto intento e assorbito in questa fatica portentosa, finisce per scambiare, senza accorgersene

(1) Geny: *Science et technique en droit privé positif*, Paris 1919, v. I P. 1^a e 2^a.

(2) Nemmeno i giuristi del Codice napoleonico, cui espressamente la dottrina si riferisce (Ranelletti, op. cit. p. 155j, avevano dell'interpretazione e del volere del legislatore un concetto così esorbitante. Si leggano, a tal proposito, alcuni brani molto significativi del *discorso preliminare* del Portalis, che per brevità non riferiamo, e in cui mentre son mostrate le necessarie manchevolezze di ogni legislazione, è posto nella debita luce il compito assegnato alla giurisprudenza di colmare le lacune. Cfr.: Boistel: *Le Code civil et la philosophie du droit*; in *Le code civil*, t. I, p. 54 e sg.

ne, per volontà legiferante quel che non è nè può esser altro che sua veduta esclusiva o personale. Accade, anche a lui, ciò che accadeva, or son molti anni, al vecchio Laurent, il quale, più di una volta, nell'impossibilità di cogliere una disposizione che potesse valere come autentica volontà del legislatore, era costretto a rivolgersi a' principî d'ordine superiore rivelati dalla coscienza o dalla ragione od imposti dalla natura delle cose (1). Il metodo, che cercava di raggiungere l'assoluta obiettività, è costretto, in tal modo, a consacrare il più aperto soggettivismo, chiudendo, così, in se medesimo la sua negazione e la sua condanna. Ciò spiega come la ricerca della volontà del legislatore abbia avuto un senso e una portata diversa nelle varie sistemazioni posteriori al Codice napoleonico, e come lo stesso procedimento di analogia vada sempre più allontanandosi dalle indagini relative alla supposta o presunta volontà del legislatore, per avvicinarsi a un terreno che non coincide con quello precisamente offerto dai testi legislativi (2). Anche nella forma più recente la dottrina, che afferma la completezza dell'ordinamento giuridico pretende *costruire*, interpretando la volontà dello stato o del legislatore. E però in modo non meno artificioso di quanto abbia fatto la giurisprudenza tradizionale.

La figura di un legislatore così provvido, che regola non soltanto tutti i casi previsti, ma anche quelli che potranno sorgere in avvenire, semplicemente perchè pensa che altri casi potranno nascere, oltre a quelli da esso regolati, e che, così pensando, li regola come parti di un genere amplissimo, è talmente ciclopica da toccare il ridicolo. E la conclusione che il legislatore non soltanto *può*, ma *di fatto e necessariamente* regola ogni caso presente e futuro, è del tutto arbitraria. Non meno arbitraria è la norma generale o complementare, che verrebbe a trovarsi alla ba-

(1) Charmont et A Chausse: *Les interprètes du code civil; Le code civil; le livre du centenaire*, Paris 1904, t. I p. 161.

(2) Geny: *Methode d'interpretation*, Paris 1919, t I p. 312 e opere ivi cit.; Bierling: *Juristische Prinzipienlehre*, Tubinga 1911, p. 391 e seg.

se di ogni e qualsiasi ordinamento giuridico è che dovrebbe guidarci a negare l'esistenza di lacune.

Non si capisce come mai nessuno dei tanti giuristi, che han cercato di indagare e interpretare l'ordinamento, si sia accorto dell'esistenza di una tal norma generale, che, come un *deus ex machina*, è in grado di risolvere i casi più imprevisi e le situazioni più complicate. La *chiave di volta* dell'ordinamento giuridico non sarebbe invece uno dei tanti espedienti logici, che nulla provano e nulla risolvono praticamente? Dall'estensione del volere dello stato o del legislatore a un numero di casi specificamente determinati e per cui si attuano speciali limitazioni non è lecito dedurre per l'infinito numero di casi, cui siffatte limitazioni non s'impongono, una norma giuridica positiva, sol perchè niun limite a essi *volle* lo stato. La limitazione non è un fatto che possa dirsi a rigore *voluto*. Gli è che la norma generale esclusiva non è, in fondo, una norma. Giacchè il fatto che il volere dello stato non ponga alcuna pretesa a favore di Caio, nè alcun limite all'attività di Sempronio, non prova ch'esso abbia perciò posta una norma giuridica, ma che, al contrario, esso nulla ha voluto giuridicamente, e niuna norma speciale o generale ha potuto aver di mira. E poichè lo stato nulla ha voluto di proposito, nè come genere, nè come specie, e poichè di questo suo non volere ci si lamenta, si avverte la presenza di lacune (1).

Nè vale addurre contro queste conclusioni, che mirano a negare il principio della necessaria completezza dell'ordinamento giuridico, il ricorso a quelli che sarebbero principî basilari dello stato moderno. Che questo infatti postuli od esiga una netta distinzione, se non una vera separazione, fra organi e funzioni; che l'attività legislativa venga in esso attribuita ad un organo speciale, e che al giudice venga posto l'obbligo duplice di non denegare la giustizia e di applicare fedelmente la legge, non significa

(1) Solmi: in *Riv. di dir. Commerciale*, 1910, p. 142; Contro: Rottondi, in *Riv. di dir. civile*, 1910, p. 895.

che ogni legislazione debba essere nella modernità, del tutto scevra di lacune. Giacchè è risaputo che in ogni tempo e in ogni luogo il diritto precorre la legge e non viceversa, perchè l'una non fa che precisare e formulare l'altro. Basta, del resto, prestare una breve attenzione al modo di vivere e funzionare dello stato moderno nella sua fase più recente, per osservare come la funzione legislativa, che, stando ai termini del primo e più ingenuo costituzionalismo, è affidata, con tutto rigore e con tutta gelosia, ad un organo apposito, sia, in pratica, non raramente esercitata da un altro. E che al giudice incomba l'obbligo di applicare in ogni caso una norma giuridica, non può in verun modo significare che realmente una norma esista per ogni singolo caso. L'obbligo imposto non può distruggere, ad un tratto, o modificare le circostanze fra cui vive e si muove l'ordinamento giuridico, e se questo è effettivamente lacunoso, nessuna imposizione potrà far sì ch'esso abbia ciò che non ha. Gli è che l'obbligo imposto può aver efficacia solo nel caso che si dia al problema delle lacune una soluzione negativa e si ritenga completo e perfetto l'ordinamento; e solo in questo caso l'obbligo potrà aver un senso.

In verità ogni legislazione, non esclusa quella che produce lo stato moderno, lungi dall'esser completa e scevra di lacune, è necessariamente incompleta e lacunosa. Gli stessi fautori più ferventi della completezza non negano che i casi e gli aspetti della vita sociale sono oggi - oggi anzi più che mai - così vari e complessi da render impossibile alla volontà del legislatore una perfetta regolamentazione in precedenza. Appunto perchè questi casi rappresentano esigenze e risultati di nuove condizioni sociali od economiche, appunto perchè essi vengono formandosi in momenti successivi a quelli in cui la legge cominciò ad aver vigore, essi sono impreveduti e imprevedibili, e di conseguenza, affatto estranei a quella volontà. Nè contro tale impossibilità di prevedere e regolare giova il ripiego escogitato dalla più recente formulazione del principio della completezza, e che dalla previsione del legislatore che pos-

sano nascere nuovi casi, oltre a quelli da esso espressamente regolati, dedurrebbe una volontà di regolare ogni e qualsiasi altro caso a venire come parte di un genere amplissimo; giacchè, anche ammettendo l'ipotesi di un siffatto prevedere, grandemente sproporzionata appare la conseguenza della regolamentazione. Niun nesso o rapporto di necessità, può, difatti, esistere fra l'uno e l'altra.

Gli sforzi prodigiosi, che la più recente dottrina ha compiuto per ridurre ogni forma di diritto alla legge o alla volontà del legislatore, non potevano non riuscire vani del tutto. La realtà offerta dall'esperienza giuridica prossima e remota protesta contro ogni tentativo di coartare e restringere la vita del diritto esclusivamente nell'ambito segnato dalla legge scritta.

Questa dottrina non fa che ripetere l'erroneo procedimento antistorico del vecchio Blackstone (1), il quale pretendeva di commentare e interpretare a punta di logica il diritto inglese. Anch'egli traeva dal principio della divisione del potere, falsamente applicato alla patria costituzione, la conseguenza che la funzione legislativa spettasse esclusivamente all'organo parlamentare e che il giudice null'altro avesse a fare che applicare le norme emanate da quest'organo. Ma anche qui a torto: giacchè l'obbligo imposto al giudice di conformarsi ai precedenti non era e non è così assoluto e incondizionato da ridurlo a un semplice strumento di applicazione. Egli potrà, o attraverso i procedimenti di analogia e finzioni giuridiche, o, nel caso che manchino precedenti, porre tuttora i così detti *creative precedents*, ispirandosi alla giustizia naturale, al senso comune o alla pratica convenienza, superare l'ambito della mera applicazione per toccare quello della creazione vera e propria. Tutto ciò malgrado e ad onta della famosa tricotomia, applicata dal Blackstone e invocata dalla

(1) *Commentaires sur les lois anglaises*, Paris 1822, t. I. p. 491 — Sull'uso e contro gli eccessi della logica cfr: E Meynial: *Du rôle de la logique dans la formation scientifique du droit*, nella *Revue de métaphysique et morale*, 1908, p. 165-89.

recente dottrina, come prova irrefragabile della completezza dell'ordinamento giuridico.

È ormai risaputo che il diritto non scritto precede non solo, ma segue anche il diritto scritto, pure quando quest'ultimo abbia avuto una formulazione più certa e rigorosa. Di fronte e vicino allo stesso diritto statutale vive e si svolge necessariamente un altro diritto, ch'è impossibile riferire o ridurre alla volontà dello stato, che lo ignora: e questo appunto, comunque voglia chiamarsi o concepirsi, supplisce e colma le lacune, che, per necessità, si riscontrano in ogni legislazione. E che l'effettiva vita giuridica di uno stato non coincida realmente, neppure nella modernità, in tutto e per tutto, con la lettera né con lo spirito della legge, venne in modo perentorio dimostrato in quella stessa Germania, in cui il principio della completezza venne così saldamente e largamente affermato (1).

Qual mai dunque potrà essere il compito dell'interprete in siffatte circostanze?

Egli potrà e dovrà, certo, indagare, usando saggiamente dei processi della logica interna ed esterna, cercando di cogliere la volontà diretta e immediata del legislatore, accertare lo scopo, i motivi e le contingenze che determinarono la formazione della legge, sforzarsi e aiutarsi, in ogni modo, per determinare, così, esattamente vuoi la *ratio* vuoi l'*occasio legis* (2). Ma quando egli avrà compiuto tutto questo lavoro, e quando nè il ricorso all'analogia, nè quello ai principî generali sarà in grado di guidarlo alla scoperta di una qualsiasi volontà del legislatore, egli dovrà necessariamente rilevare il vuoto, la lacuna, la mancanza di una norma, che sappia regolare il caso concreto. Nè importa, per l'economia del nostro studio, esaminare quale debba essere, in simili circostanze, e qual sia effettivamente l'attività spiegata dall'organo giudicante. Tutto ciò ci conferma di più e ancor meglio nella convinzione che si debba ritenere erronea la dottrina, che pone,

(1) Bülow: *Gesetz und Richteramt*, Lipsia 1885.

(2) Degni: *L'interpretazione della legge*, Napoli, 1909 c. IV. 1. 2.

come unica fonte del diritto, la legge o la volontà dello stato (1). La verità sta, al contrario, nel ritenere che la legislazione è una, ma non l'unica ed esclusiva fonte del diritto, e che la consuetudine, anche quando essa non sia in modo espresso riconosciuta dalla volontà dello stato, costituisce, di per sé, una fonte diretta e indipendente. Si sa, del resto, - e su ciò non è lecito accampare alcun dubbio - che il diritto consuetudinario ha preceduto e precede in genere la legge, su cui può quindi vantare un'incontestabile priorità e poeriorità.

Con le considerazioni precedenti si è in complesso valutata e criticata la dottrina, che pretende estendere, con rigore, al diritto pubblico gli stessi principî, che, nemmeno nella privatistica, trovano assoluta applicazione. L'esigenza della certezza della legge, il postulato della distinzione del potere, che costituirebbe la base dello stato moderno, non vietano, nè potrebbero vietare la formazione di una consuetudine *praeter legem*. Il principio della completezza dell'ordinamento giuridico, che abbiamo visto illusorio e infondato nella sua portata generale, ancor più debole ci si rivela se per poco ci avviciniamo al campo, in cui si esercita l'attività della pubblica amministrazione. Giacchè in tutta quella larga sfera, entro cui comunemente si esercita un potere discrezionale e che per conseguenza non incontra nella legge un limite preciso e ben delineato, gli organi di essa amministrazione prefiggano al loro operare norme determinate, che potranno, nel decorso del tempo, valere come consuetudinarie (2). E che la consuetudine conservi nel campo del diritto pubblico un'importanza maggiore di quel che av-

(1) L. Spiegel: *Gesetz und Recht*, Monaco 1913, II, p. 34 e segg.

(2) Con l'usata chiarezza e precisione riconosce il valore e l'efficacia immediata della consuetudine il Gerber (*Grundzüge des deutschen Staatsrechts* pag. 23) come pure il Borahak (*Grundritz des Verwaltungsrechts*, Lipsia 1903, p. 33; - in modo speciale e per altra via: Luders: *Das Gewoneitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung*, Kiel 1863, p. 65 e segg. - Romano: *Principi di dir. amministr.*, introduz. II, 3; Ferrini: *Consuetudine*, nell'*Enciclopedia giuridica*, p. 630.

venga nel campo del diritto privato è riconosciuto anche da chi sembra più propenso a limitarne il valore e l'efficacia. Di guisa che, mentre da un lato si asserisce che tutte le manifestazioni e tutto lo spirito del nostro ordinamento tendono ad escluderla assolutamente, si riconosce, d'altro canto, l'impossibilità reale di eliminare la consuetudine, l'energia irresistibile con cui essa sorge e si afferma quale fonte di diritto vera e propria (1). Conveniamo che limitatissimo è il campo della consuetudine *contra legem*. Così è facile notare che l'inosservanza delle norme, che impongono ai genitori l'obbligo dell'istruzione pei propri figli, non costituisce un caso di consuetudine abrogativa, bensì di mera inosservanza, o di violazione delle norme stesse. Non così può dirsi della consuetudine *praeter legem* o introduttiva.

Un esempio di consuetudine introduttiva si avrebbe, così nella posizione giuridica che al professore straordinario delle R. Università venne fatta, col tempo, all'infuori e al disopra della legge Casati. Stando a questa, la posizione giuridica dello straordinario sarebbe puramente precaria e potrebbe cessare da un anno all'altro. Non solo, ma per rivestire la qualità di straordinario non si richiedeva alcun titolo speciale, bastando quello di privato docente o dottore aggregato, mentre per concorso si provvedeva soltanto alla nomina di professori ordinari. Oltre a ciò gli straordinari non eran parte del corpo accademico. La posizione, che lo straordinario va assumendo dal 1859 in poi, è, così, affatto ignota allo spirito e alla lettera della legge Casati. Anche le cattedre assegnate a straordinari vennero, in seguito, conferite per concorso, anche a questi insegnanti fu concesso di far parte del corpo accademico e fu, in genere, assegnata una posizione molto analoga a quella degli ordinari, non riducendosi la conferma che a mera formalità. Una differenza non rimase che per ciò che concerne il grado e l'entità dello stipendio. Per cui le più re-

(1) Orlando: *Le fonti del dir. amministr.*; *Primo trattato*, v. I, p. 1059 e segg., 1071.

centi disposizioni sulla materia non fecero, in massima parte, che ridurre in formule precise un diritto, cui la consuetudine aveva formato e consolidato da gran tempo. Altro esempio notevole di consuetudine, se non *contra*, certo *praeter legem* troviamo in materia di spese di culto, che, malgrado la disposizione dell'art. 299 della legge comunale e provinciale, vengono sostenute da molti comuni, spesso, che, come quelle destinate a celebrazioni di messe, assegni a quaresimalisti e via dicendo, superano e negano, in pratica, i limiti imposti dal legislatore italiano (1). Che la consuetudine trovi, inoltre, come dianzi si è notato, un vasto campo di applicazione - ed è superfluo addurre degli esempi - nell'ambito di quei rapporti in cui gli organi dello stato esercitano facoltà di natura discrezionale (2) è riconosciuto anche dalla dottrina che tende a negare a essa consuetudine il valore di fonte immediata.

(1) Ruffini: *Le spese di culto delle opere pie*, Torino, 1908, p. 18; Borsi; *Le funzioni del Comune italiano*; nel *Primo Trattato* di V. E. Orlando: v. II, p. 2.^a p. 580 e segg.

(2) E. Bernatzik: *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886, § 4; F. Tezner: *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden*, Wien, 1888, p. 7 e segg.; R. v. Laun: *Das freien Ermessen und seine Grenzen*, Wien 1910, p. 11 e segg., p. 120 e segg. - *Zur Problem des freien Ermessens*; in *Festschrift für E. Zitelmann*, Monaco 1913, p. 1-62.

CAPITOLO III

10. La consuetudine in dir. costituzionale - dottrina che tende a negarla o a limitarla al campo dell'interpretazione - applicazione del principio della completezza dell'ordinamento giuridico al dir. costituzionale - critica; l'esempio dell'Inghilterra e del Nord-America ed altri - 11. Lo stato italiano - la consuetudine e il governo parlamentare - suo fondamento giuridico - 12. Le altre fonti di dir. costituzionale (regole convenzionali, di correttezza ecc.) e loro natura - limiti e forza obbligatoria della consuetudine - conclusione.

10. - La dottrina, che tende a negare ogni valore di fonte autonoma alla consuetudine, sostiene che gli stessi principî che valgono per il diritto amministrativo, debbano anche estendersi a quell'altro ramo del diritto pubblico interno ch'è il costituzionale. Qui, più che altrove, troverebbe adeguata applicazione la consuetudine interpretativa con *autorità* di fonte di diritto. Anche qui la legge avrebbe forza di fonte eminente e preminente, per cui inadatti sarebbero gli esempi in genere addotti per provare la tesi contraria di una consuetudine avente forza ed efficacia autonoma (1). Fra tali esempi notissimo è quello relativo al regime parlamentare che si vorrebbe introdotto dalla consuetudine. Ma senza fondamento. Giacchè il sistema rappresentativo venne attuato, nello stato sardo, sin dal primo apparire dello statuto, come regime parlamentare, e come tale passò allo stato italiano. Anche qui, piuttosto che trovarci in presenza di una consuetudine, che abbia, di per sè, valore di fonte di diritto, saremmo di fronte a un mero processo d'interpretazione *secundum legem*, per cui

(1) Ranelletti: *La consuetudine*, p. 165 e segg.; contra: Cammeo: *Manifestazione della volontà dello stato*, nel *Primo trattato* di V. E. Orlando, v. III, pag. 61.

si son dedotte dal diritto esistente norme consuetudinarie, le quali, solo in grazia di essa interpretazione, acquisterebbero il valore di norme giuridiche. Gli art. 47 e 67 dello statuto, relativi all'accusa dei ministri da parte della camera elettiva e alla responsabilità ministeriale, sono indice sicuro dell'esistenza di una tal forma di governo, e in tal senso vennero di buon'ora interpretati, anche perchè l'influsso del diritto pubblico francese, l'esempio del governo inglese e la costituz. del 1830 ritenevano come un *dogma*, come una necessità politica l'esistenza del regime parlamentare. Nell'esercizio delle attribuzioni assegnate dall'ordinamento giuridico le camere singolarmente e l'organo legislativo collettivamente possono agire e determinarsi seguendo norme, che non si contengono in una precisa disposizione legislativa o regolamentare ma son poste per via di consuetudine. E però, anche qui, la norma non sarà giuridica che solo e in quanto si possa, attraverso un processo d'interpretazione, coordinare al complesso del diritto esistente, e, cioè derivare o da precise disposizioni legislative o dai principî generali cui il nostro codice si riferisce. Anche qui, dunque, trattasi di consuetudine interpretativa (1). Ma il motivo più importante per negare, anche nel campo del diritto costituzionale, alla consuetudine valore di fonte autonoma verrebbe scorto nella necessità di assicurare la certezza e la durevolezza delle norme fondamentali sull'ordinamento e l'attività dello stato e sui diritti individuali, consacrando in documenti scritti ritenuti intangibili e immutabili, tranne che nei casi e nei modi previsti. Comunque le modificazioni debbono avvenire per legge, e mai per consuetudine. Anche in questo campo il nostro ordinamento è completo e affatto scevro di lacune. L'analogia e i principî generali provvedono sufficientemente ad ogni caso. Anche qui la consuetudine non può esser che affermazione o attuazione di norme giuridi-

(1) Ranelletti, p. 169 e segg. In senso analogo, ma con una portata più generale il Laband. (*Le droit pub. de l'empire allem.*; v. II, p. 365).

che dedotte, per via interpretativa, dal diritto esistente o dai principi generali su cui esso riposa.

A dimostrare come per la garanzia e la difesa dei diritti fondamentali dei cittadini non sia affatto necessario negare alla consuetudine valore ed efficacia di fonte autonoma basterebbe l'esempio offerto dall'Inghilterra, ove tali diritti, trovarono, senza dubbio, garanzia e difesa più sicura di quel che non avvenga e sia avvenuto nei paesi continentali e ove, malgrado le proteste, avanzate dalla gloriosa rivoluzione per la superiorità del diritto scritto e ad onta del posto eminente assegnato allo *statute law*, la consuetudine conserva tuttora un'importanza di prim'ordine, essendo la legge tuttora concepita come un *emendement* al diritto consuetudinario (1). Che la legge scritta possa, inoltre e debba effettivamente regolare ogni mutamento che si determini nella costituzione dello stato moderno è principio negato da esperienze non brevi, cui niuna forza dialettica sarà in grado di distruggere o menomare. Onde il ricorso all'interpretazione appare come un meschino espediente del tutto sproporzionato alla gravità delle nuove situazioni imposte da esigenze affatto imprevedute e imprevedibili. Valga l'esempio della costituzione inglese.

È risaputo che i più grandi mutamenti vennero in essa introdotti ad onta del diritto scritto, spesso quasi insensibilmente. Le condizioni ambientali fra cui si è svolto il diritto inglese sono, in verità, singolarissime; ma questi mutamenti non si spiegano che ricorrendo ad altri fattori, che con la legge non hanno che una qualche relazione. L'origine, le innovazioni introdotte nella struttura e nel funzionamento del gabinetto, la posizione della corona, la costituzione della camera dei comuni e i suoi rapporti con la camera dei lordi, la fisionomia e l'importanza che il corpo elettorale è venuto assumendo negli ultimi decenni del secolo passato e durante il secolo ventesimo, sono fenomeni che non si spiegano col semplice ricorso alla legge o alla consuetudine. L'opera dello stesso Blackstone, del

(1) Hatschek: *Englisches Staatsrecht* c. III, § 15.

resto, che ha cercato di rendersi conto anche delle istituzioni politiche inglesi mantenendosi su questo terreno, è ricca di errori ormai molto noti; ed è risaputo come il giurista inglese, che pur non era alieno da tendenze e pregiudizi politici, ignorasse persino l'esistenza del gabinetto. In verità non tutti i mutamenti avveratisi, specie negli ultimi decenni, nella costituzione inglese si debbono alla legge; bensì molti al processo silenzioso di svolgimento o di decadimento, che investe ogni umana istituzione, ai nuovi atteggiamenti che le masse popolari venivano assumendo, a vere e proprie alterazioni introdotte nel meccanismo amministrativo, o al mutare del concetto, dello scopo, o della portata della legislazione (1). Non solo. Ma anche in quei paesi, ove le forme e le circostanze con cui i mutamenti da introdurre son previste e regolate in precedenza, essi avvengono, per la stessa forza e necessità delle cose, in maniera quasi insensibile, non di raro senza alcun riguardo alle circostanze o alle forme richieste dalla costituzione. Valga, a preferenza di ogni altro, l'esempio della repubblica nordamericana, ch'è in genere invocata, come prototipo dei paesi aventi una costituzione a tipo rigido. Come ogni altra essa è stata, col decorso del tempo sottoposta a variazioni notevoli, che non sempre avvennero per via di emendamenti o attraverso interpretazioni della norma costituzionale. A chi osservi, senza preconcetti, la struttura e il funzionamento dello stato federale, riesce facile cogliere nuovi rapporti e nuovi atteggiamenti, cui non è dato, senz'altro, ricondurre alla costituzione o alla legge. Gli organi anzi assumono, non di raro, una posizione ed esplicano funzioni diverse da quelle loro assegnate dalla legge suprema. Gli elettori presidenziali han perduto il diritto di scegliere il più alto magistrato della repubblica, benchè loro fosse espressamente conferito dalla costituzione; e un tal magistrato non è eleggibile per più di due volte, quantunque niuna limitazione

(1) M.^c Kechnie: *The new democracy and the constitution*, Londra, 1902 p. 74-93.

in tal senso venga opposta dalla norma costituzionale. Lo stesso è avvenuto per ciò che concerne le funzioni esercitate dal presidente della repubblica, È un pezzo che il senato ha perduto il diritto di non confermare le nomine dei ministri fatte dal presidente, mentre questo non ha bisogno di ricorrere al consenso del senato per revocare i funzionari, la cui nomina venne già approvata dai rappresentanti degli stati dell'unione. Egli esercita, inoltre, un potere importantissimo, attraverso la nomina di tutte le commissioni della camera. Nulla ci dice e nulla può dirci la costituzione o altra legge scritta intorno ad usi e a consuetudini, che pure hanno nel funzionamento dello stato americano importanza assai grande. Nulla è detto dell'uso oramai così lungamente seguito, per cui i rappresentanti dei diversi partiti di ambo le camere si riuniscono per determinare la condotta da seguire nell'esercizio della loro attività di rappresentante del popolo o dei singoli stati e per riconfermare l'obbligo di obbedienza alle direttive del *caucus*, meno ancora è detto e poteva esser detto intorno a quel curiosissimo *spoils system*, che da Jakson in poi si esercita normalmente e pacificamente da ogni presidente e che consiste nel revocare i funzionari che appartengono al partito avversario per sostituirli con uomini del partito vittorioso. Si può dire, senza tema di esagerare, che non vi ha lato della costituzione americana, cui gli usi e le consuetudini successive non abbiano cercato di arricchire o di contraddire o di offrire sotto un nuovo aspetto. La posizione del presidente, quella dello *speaker*, l'elettorato, la struttura e il funzionamento della rappresentanza han subito l'influenza di forze, estranee alla costituzione scritta, e nondimeno vive e operose a preferenza di qualsiasi legge, fosse pure legge fondamentale (1).

Questa insufficienza o impossibilità della legge costi-

(1) Bryce: *The American Commonwealth*, New York, 1897 v. I, p. 403-411; W. Wilson: *Congressional Government*, Boston 1875; Bryce: *Studies in hist. and jurispr.* v. I, p. 359-429.

tuzionale e non costituzionale a regolare tutti quanti i rapporti, che si vanno attuando nella vita pubblica, è anche manifesta in paesi, che, per essere stati ordinati da una costituzione più recente, parrebbe dovessero, se non isfuggire, per lo meno sottostare alla sorte comune. È noto che, in base alla costituzione del 1831, lo stato belga volle decisamente ordinarsi a forma parlamentare; ma non è meno noto che niuna legge, in qualsiasi modo questa parola voglia intendersi, regola la struttura e il funzionamento dell'organo che di una tal forma di governo è base e nota caratteristica. Tranne singoli casi speciali, il gabinetto è ignoto alla legge. Nessuna regola determina il modo della sua organizzazione e l'ambito della sua competenza. La posizione del primo ministro, il cui titolo specifico non ha nulla di ufficiale, nè conferisce, a rigore, legalmente alcun potere, sebbene tutto ciò abbia nell'ordinamento e funzionamento del gabinetto importanza non lieve (1). Nulla, dunque, c'insegna, a questo proposito, la legge, e nulla quindi ha da fare l'interprete più sagace. Gli è che anche in quei paesi, ove la pubblicistica si è più e meglio sforzata per ridurre a sistema l'ordinamento dello stato, la forza e la necessità delle cose han prodotto nuove situazioni ignote o contrarie alla legge. La costituzione scritta non riesce a vietare il formarsi di altre norme, che spieghino un'efficacia pari, e spesso anche maggiore, di quella spiegata dal diritto scritto. L'esempio della Germania è molto eloquente. La posizione in essa assunta, nel funzionamento del consiglio federale, dal kaiser e dal cancelliere dovette, col tempo, disegnarsi, in modo da modificare in pratica la costituzione dell'impero, pur lasciando inalterata la lettera della legge fondamentale (2).

(1) Dupriez: *Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amerique*, Paris 1892, I p. 215 e segg.

(2) A. Haenel: *Die organisatorische Entwicklung der deut. Reichsverfassung*, Lipsia 1880, p. 40 e segg.; Jellinek: *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlino, 1908, p. 22 e segg.; *Allgemeine Staatslehre*, c. XV, 2.

11. - E veniamo allo stato italiano. Non certo sarà impresa possibile quella di ridurre tutte quante le norme che regolano il nostro diritto costituzionale alla consuetudine (1); ma non perciò sarà lecito negare alla medesima qualsiasi valore di fonte diretta e immediata, per riconoscerla soltanto attraverso il lavoro dell'interprete, che la riannodi e la riconduca alla legge. Si può e si deve riconoscere che gli esempi più comunemente adottati nulla provano a favore dell'esistenza della consuetudine come fonte originaria e indipendente. Così deve, a ragione, ritenersi che il 1° art. dello statute e il 2° comma dell'art. 28 abbiano subito delle modificazioni notevoli o sieno stati indirettamente abrogati dalla legislazione posteriore (2). Nè siamo al caso di consuetudini abrogative in altri articoli (62,76,77). Ma con ciò non è detto che si possa ritenere - sia pure limitandosi al nostro ordinamento - che ogni e qualsiasi modificazione costituzionale debba in Italia avvenire per legge e mai per consuetudine, affermando che, anche in questo campo, esso ordinamento è completo e senza lacune, provvedendo l'analogia o i principî generali a ogni possibile caso presente e futuro (3).

Si è visto in precedenza come la dottrina della completezza dell'ordinamento giuridico sia erronea; e nulla induce a ritenerla meno erronea applicata allo stato italiano. Anche qui, anzi qui meglio che in qualsiasi altro campo, appare l'artificiosità e l'inanità di ogni sforzo, che vorrebbe affidare all'interprete l'immane fatica di coartare entro le maglie del diritto scritto ogni forma della vita giuridica, non esclusa la consuetudine. Giacchè, a parte la necessità di adoperare nell'interpretazione del diritto pubblico criteri e metodi non sempre identici o analoghi a quelli del diritto privato (4), ognuno è in grado di vedere

(1) Amabile: *Le fonti del dir. costituz.*, Catania 1897.

(2) A favore della dissuetudine vedi: Jemolo: *L'amministrazione ecclesiastica*, nel *Primo trattato* di V. E. Orlando, v. X P. 2.^a p. 41.

(3) Ranelletti, p. 64.

(4) Romano: *L'interpretazione delle leggi di dir. pub.* (Filangieri 1909), Alf. Rocco: *L'interpretazione delle leggi processual.* (Arch.

quanto sia incerto e malfido l'ausilio di strumenti quali l'analogia e i principî generali applicati allo studio di relazioni che interessano la struttura e il funzionamento dei supremi organi dello stato. A siffatti strumenti sarà certo lecito ricorrere talora, specie quando si tratti di materie regolate da particolari norme giuridiche: ma non sempre.

Il valore e l'efficacia della consuetudine vengono, nella dottrina della completezza, limitati ancor più di quanto non si faccia comunemente. Giacchè, ritenendo che ogni eventuale attività esplicata nell'ambito dello stato è contemplata o da speciali disposizioni o dalla norma generale e fondamentale che sta a base dell'ordinamento giuridico, ne segue che non possa ammettersi l'esistenza di una consuetudine *praeter legem*, e che ogni e qualsiasi consuetudine debba necessariamente porsi *contra* o *secundum legem* (1). Anche qui si nega alla medesima ogni valore di fonte diretta, e non le si riconosce alcun valore se non in rapporto a quanto è dalla legge stabilito. Ma abbiamo già visto in precedenza a che praticamente si riduca e qual conto debba farsi della norma generale o fondamentale che starebbe a base di ogni ordinamento giuridico, e potremo, quindi, respingere l'opinione di chi, fondandosi su una tal norma, vorrebbe negare ogni efficacia alla consuetudine *praeter legem*.

Un esempio palmare della insufficienza del ricorso ai principî generali è offerto dal modo con cui si è cercato ricondurre, attraverso siffatti principî, lo stesso governo di gabinetto alle sfere della più autentica e perfetta giuridicità. Anche in questo campo l'interprete sagace null'altro saprà scorgere che un caso speciale di consuetudine interpretativa dedotta dal diritto esistente (2), un'applicazione pura e semplice della legge scritta (3). Null'altro

giuridico, 1906, p. 91 e segg.); V. Scialoia: *Sulla teoria dell'interpretazione delle leggi* (Scritti giur. dedic. e offerti a F. Schupfer); Donati: *Il problema delle lacune*, p. 171.

(1) Donati, p. 142 e segg.

(2) Ranelletti, p. 170.

(3) Donati, p. 154.

dunque occorrerebbe fare che fermarsi agli art. 47 e 67 dello statuto per valutarli nella loro importanza speciale in rapporto alle circostanze e al fine da cui vennero posti nella nostra carta fondamentale, o limitarsi, con più rigore, all'art. 65, per *costruire* sulla legge (1) anche il governo parlamentare. Nell'un caso e nell'altro, o per via d'interpretazione o direttamente, non si fa che riferirsi a vere norme giuridiche, alla volontà dello stato, o del legislatore.

Un tal procedimento tende a negare qualsivoglia valore di fonte immediata alla consuetudine. E se a questa sia lecito ricorrere vedremo, meglio e più di proposito, fra non guari. Ma non è certo impresa molto agevole il costruire, in Italia o fuori d'Italia, sulla legge scritta il governo parlamentare. Diremo, innanzi tutto, che è falso che sin dal 1848 si sia avuto dal nostro costituente di mira l'instaurazione di un vero e proprio governo parlamentare. Giacchè si potrebbero addurre non poche prove di carattere positivo e negativo per sostenere che lo stato sardo nacque come uno stato puramente costituzionale, non già parlamentare. E a ciò basterebbero i verbali della conferenza. Gli art. 47 e 67 in verità nulla provano a favore dell'esistenza di un governo parlamentare. Il semplice enunciato di una generica responsabilità ministeriale, il riconoscimento di un'alta corte di giustizia e del diritto all'accusa parlamentare non sono caratteri sufficienti per dar vita a una tal forma di governo. Giacchè un contenuto identico, o per lo meno molto analogo, a quello di essi articoli riscontrasi in costituzioni di altri paesi, in cui più precisamente si ebbe di mira la semplice forma costituzionale (2). Nè da siffatti articoli è lecito dedurre, per via d'interpretazione l'esistenza di un governo parlamentare. Prima di tutto perchè mai gli organi interessati nel rapporto diedero - almeno nei primi anni - ai medesimi articoli un significato che potesse equivalere a interpretazione auto-

(1) Donati, p. 149.

(2) Cost. dell'imp. ted. art. 23; Cost. prussiana, a. 64; legge austr. fond. (21 111 67), a. 13.

revoles e potesse fondare una consuetudine interpretativa, poi perchè una tal consuetudine non potrebbe aver valore e vigore se non in tanto ed in quanto non fosse contraria al senso logico e letterale della legge; in tal caso e soltanto in tal caso potrebbe trattarsi di consuetudine *secundum legem*. Ma nè lo spirito, nè la lettera della nostra costituzione - limitandoci agli articoli ricordati - consentono un'interpretazione che provi l'esistenza di un governo parlamentare. Non sarà inutile, peraltro, notare che gli art. 47 e 67 del nostro statuto furono redatti sugli articoli 12 e 47 del modello offerto dalla costituzione francese del 1830, e che questi ultimi non facevano che ripetere, alla lettera, gli art. 13 e 45 della carta francese del 1814. Il che induce a credere che, se in Francia esisteva dopo il 1830 - il che non è fuori dubbio - un governo parlamentare, esso non aveva certo la pretesa di trovar un legittimo fondamento negli articoli della costituzione testè ricordati; e a niuno dei non pochi commentatori o fautori del governo parlamentare venne mai in mente, del resto, di dedurlo, per via di interpretazione, da essi articoli (1).

Ancor più inadeguato sembra il ricorso all'art. 65 e l'annessa pretesa di *costruire* su di esso il governo parlamentare. Tanto più che anche qui una tal forma figura come qualcosa di obbligatorio sin dal primo istante della nostra vita costituzionale. E però nella facoltà, concessa in base all'art. 65, di nomina e revoca dei ministri si scorgerebbe l'esercizio di un potere discrezionale, che incontrerebbe un limite preciso nell'obbligo fatto al capo dello stato di esercitare un tal potere *solo quando e sempre quando* l'interesse pubblico lo richieda e *nel modo* più conforme a un tal interesse (3). Si tratta dunque

(1) Duguit et Monnier: *Les constitutions* ecc. Paris 1898, p. 185, 188, 212, 214, 216; Duvergier d'Hauranne: *Histoire du gouv. parlam. en France*, Paris 1897, v. III, p. 256 e segg.; Guizot: *Du gouv. repres. en France en 1816*, in *Melanges polit. et histor.* Paris 1863, p. 23 e segg.

(3) Donati: *Le lacune* p. 154. Anche nella tesi sostenuta da questo

di vedere come e quando il Re debba determinarsi per la nomina e revoca de' suoi ministri. E poichè le peculiari condizioni politiche fra cui vive lo stato italiano richiegono che, al pari di ogni altra, anche questa funzione debba esercitarsi nell'accordo fra la Corona e il popolo che ha in parlamento la sua legale rappresentanza, ne segue che al Re è imposto l'obbligo di tenere stretto conto degli umori e del volere del popolo e di scegliere, per conseguenza, i propri ministri fra i deputati della maggioranza. Trattasi dunque di un dovere giuridico derivante dalla costituzione ed imposto, con pari rigore, a ciascun titolare dell'organo da Re C. Alberto e V. Eman. III.

L'artificiosità di questa costruzione non è piccola. Anche qui la logica giuridica soppianta arbitrariamente l'indagine storica. Grande è, inoltre, la sproporzione fra il contenuto dell'art. 65 e gli avvenimenti, che si svolsero in Italia nei primi decenni del regno e che han guidato, con sicurezza, verso il governo di gabinetto. Per porre veramente su solide basi la costruzione occorrerebbe provare che i primi e timidi passi compiuti dal Piemonte sulla via della libertà fossero già decisi e avviati verso il governo parlamentare. E una tal prova potrebbe offrirci non la logica giuridica, ma la storia; e la storia farà presto a rovesciare ogni e qualunque costruzione che di essa non voglia tener conto (1). Nè sembra si possa, al caso nostro, parlare esattamente di un potere discrezionale, perchè inerente alla nozione di un tal potere è la facoltà riconosciuta all'organo di determinarsi nel modo ch'esso creda più opportuno per attuare l'interesse collettivo nella sfera di competenza voluta dalla legge. Ora il Re, che per raggiun-

autore si tende, come s'è visto, a lusingare e applicare al governo di gabinetto un obbligo che deriverebbe agli organi interessati dalla necessità di adoperare mezzi determinati per raggiungere un dato scopo. Cfr. in propos.: Radnitsky, nell'*Archiv. d. ö. Rechts* 1907 p. 390 e segg.

(1) Che il nostro statuto non avesse di mira - per lo meno all'epoca in cui venne elargito - un governo parlamentare ha mostrato chiaramente D. Zanichelli (*Lo statuto di C. Alberto*, Roma 1898).

gere un tal interesse non abbia altro mezzo all'infuori di quello di orientarsi, nella scelta de' suoi ministri, ottemperando ai voleri e agli umori della camera elettiva, non eserciterebbe, in verità, un potere discrezionale: senza dire che l'obbligo di attuare l'interesse e il benessere della collettività è imposto al capo dello Stato tanto nella monarchia parlamentare quanto in quella puramente costituzionale, e forse anche - sebbene di altra natura - nella monarchia assoluta. E se un obbligo al Re dovesse venire nell'esercizio della sua prerogativa non potrebbe, a rigore, esser quello che gl'impone di seguire gli umori della maggioranza, bensì quello di scegliere i ministri fra i più adatti e i più capaci, prescindendo affatto da condizioni di gruppo o di parte. A ciò aggiungasi che l'interesse dello stato o della collettività non sempre coincide col volere espresso dal gabinetto o dalla maggioranza della camera, e male quindi verrebbe perseguito attraverso la semplice concordia dell'uno e dell'altra; mentre è sicuro carattere del governo parlamentare l'esistenza di una siffatta concordia, anche se non diretta a raggiungere e attuare praticamente l'interesse collettivo (1). Nulla dunque prova, in definitiva, la dottrina, che tende a negar valore e vigore alla consuetudine, o, in qualsiasi modo, a circoscriverla entro limiti sempre più ristretti. Ma, quantunque più fondata e più ragionevole, non sembra più convincente quella, che vorrebbe erigere - sfruttando lo schema del diritto privato - sulla consuetudine *praeter legem* il governo parlamentare. Non è lecito asserire che in Italia esistesse una tal forma di governo sin dalle origini e che tuttavia esso debba trovare la sua fonte nella consuetudine (2). Le crisi frequenti, che seguirono, sin dal primo anno della vita del nuovo stato, nel parlamento subalpino, nulla provano da sole a favore dell'esistenza di un governo di gabinetto, e nella prova il ricorso alla consuetu-

(1) Arangio-Ruiz: *Istituz. di dir. costituz.* p. 613.

(2) A. Longo: *Della consuetudine ecc.* nell'*Archivio di dir. pub.* II, p. 406 e segg.; Palma: *Questioni costituzionali*, Firenze 1885, p. 6 e segg.; Brunialti: *Il diritto costituz. e la politica*, I. 195.

dine se - come vedremo in seguito - l'*opinio juris* era tutt'altro che concorde nel riconoscere la necessità del governo parlamentare. Nè vale il dire che il vero fondamento dell'efficacia della consuetudine sta *nella convinzione giuridica del popolo*; giacchè, anche limitando la convinzione nell'ambito delle classi dirigenti o meglio della *classe politica*, essa non era così unanime e concorde come ci si vorrebbe far credere. Senza dire che il prescindere, in modo assoluto, dall'elemento esterno della consuetudine e l'attribuire importanza esclusiva all'elemento interno significa procedere in modo alquanto arbitrario, sconoscere l'intima natura di ogni diritto consuetudinario. Con maggior rigore e logicità altri ha invece cercato di erigere il governo di gabinetto sulla consuetudine giuridica, riconoscendo tanto il carattere interno quanto l'esterno e muovendo dallo schema che di essa si è costituito il diritto privato (1). Si assume, in tal guisa, che, almeno dal 1852 in poi, il governo parlamentare fu tra noi sempre seguito, perchè esisteva fin dal primo attuarsi del governo costituzionale nella monarchia di Savoia, una diffusa *opinio juris*, che scorgeva nella forma di governo introdotta dallo statuto, la forma parlamentare; si afferma che in base a siffatta *opinio juris* tutti coloro che volevano sinceramente conservare il governo costituzionale cercarono di rispettare le norme regolanti detta forma di governo, e che l'osservanza di queste norme non fu imposta dalla forza materiale o dalla forza politica della camera elettiva, ma accettata spontaneamente dagli organi interessati, che le ritenevano parte del diritto vigente o, almeno le credevano indispensabili per applicare esso diritto in conformità al suo spirito (2).

In questi termini la questione è posta sul suo vero terreno, sul terreno cioè dell'esperienza storica. E a sostegno della tesi cennata si vorrebbero riscontrare nei do-

(1) Raggi: *Sul fondam. giur. del gov. parlam. in Italia* nella *Riv. d. dr. pub.* 1914, p. 439-68.

(2) Raggi, p. 449.

cumenti più caratteristici dei primi anni della nostra vita parlamentare testimonianze bastevoli a provare l'esistenza di una *communis opinio* favorevole alla necessità del governo parlamentare, di un obbligo giuridico spontaneamente riconosciuto di conformarsi alle regole fondamentali di una tal forma di governo. Ma a torto.

Le testimonianze addotte non sembrano bastevoli a dimostrare l'esistenza di una *opinio juris*, di una *communis opinio* già formata e operante sin dai primi giorni che seguirono all'elargizione dello statuto. Poca o niuna importanza, in verità, può attribuirsi alla voce di questo o quell'altro giornale del tempo, giacchè non lieve è la discordia che regna fra le opinioni sostenute rispettivamente. Si può all'incontro credere che da siffatte testimonianze emergono, anzi che una qualunque *communis opinio*, tutte le debilità e le divergenze della dottrina del tempo. Se il governo parlamentare era da non pochi ritenuto come condizione necessaria perchè la forma rappresentativa potesse raggiungere il suo pieno svolgimento, non mancavano quelli che ritenevano, col Royer-Collard, che il giorno in cui il Governo si fosse trovato in balia di maggioranze avrebbe segnato la rovina della monarchia (2). Il Re stesso, per altro, trovavasi in una posizione che gli consentiva di non tenere stretto conto degli umori della rappresentanza popolare, promettendo di salvare la nazione dalla tirannia dei partiti (1). Il che non solo non conforta ma nega a dirittura l'esistenza di un' *opinio juris*, di una necessità giuridica per cui i ministri del Re dovessero scegliersi tra i gruppi dominanti. Vero è che, sin dai primi anni del Regno subalpino, le opinioni che, attraverso mille vie, venivano a scontrarsi od incontrarsi andavano creando, più o meno consciamente, un terreno propizio al mutarsi della forma costituzionale in quella parlamentare; ma non si può, in verun modo, ritenere che il Go-

(1) Chiala: *Une page d'histoire du Govern. Répres. en Piemont*, Paris 1853, p. 10.

verno parlamentare rappresentasse, sin d'allora, qualcosa di giuridicamente obbligatorio.

Le indeterminatezze, l'imprecisione e le contraddizioni, fra cui in Piemonte si avvolgevano le dottrine costituzionali, non erano, del resto, che un riflesso della mentalità dei politici, che in Francia governarono e influirono, in qualsivoglia modo, sulla pubblica opinione, nel periodo che corse dal 1814 al 1848. L'uso promiscuo delle frasi *governo costituzionale, parlamentare, rappresentativo* per indicare la medesima cosa sono indice sicuro di questa e di altre incertezze. Non è lecito negare che l'esempio della monarchia inglese fu, di qua e di là delle Alpi, molto suggestivo e dovette spiegare, come tale, una larghissima influenza; ma ciò non significa che tanto in Francia quanto in Italia si ebbe un governo parlamentare, rispettivamente, sin dal 1814 e sin dal 1848. Le discussioni suscitate fra la stampa del tempo nei primi anni che seguirono la comparsa della carta del 1814, sulla natura e i limiti del governo rappresentativo, i dubbi, che in seguito vennero affacciandosi sulla sua stessa esistenza, lasciano facilmente comprendere quanto le opinioni fossero discordi e lontane dall'orientarsi verso un comune punto di approdo, e come nè i fatti nè le idee potessero dar luogo al formarsi di una qualsiasi consuetudine nemmeno in senso politico (1). Nè di essa ci sarà dato trovar traccia nei commentatori e nei dottrinari più autorevoli, ove niun fondamento può trovare una *communis opinio* intorno alla opportunità e alla legittimità del regime parlamentare. La dottrina più autorevole ha, anzi, di mira una monarchia limitata e una responsabilità ministeriale che basti a coprire l'irrespon-

(1) De Carné: *Lettres sur la nature et les conditions du gouv. répres. en France*, nella *Revue d. d. mondes* v. XIX. p. 791 e segg.; Duvergier d'Hauranne: *Hist. du gouv. parlam. en France*, T. II p. 526 e segg.; *Du Gouv. répres. en France et en Angleterre*, nella *Revue d. d. mondes*. V. 1841, p. 592; Guizot: *Mélanges politiques et historiques*, Paris 1869, p. 23 segg.; Lerminier: *Des théories et des affaires en politique*, nella *R. d. d. mondes* v. XVI. p. 562; II 1837 p. 260 e segg.

sabilità di una Corona, che scelga i suoi ministri, non tenendo conto esclusivamente della maggioranza, ma dominando e giudicando dall'alto qualsivoglia partito (1). Se il regime parlamentare è riuscito, col tempo, ad affermarsi in modo definitivo, ciò è avvenuto non per la formazione di una pretesa *opinio juris*, che non esisteva, nè poteva esistere, bensì in forza di circostanze che crearono l'*humus* propizio allo sviluppo di un nuovo costume politico.

Tutto ciò dimostra chiaramente come lo sforzo di coartare il governo di gabinetto tra lo schema della consuetudine, intesa nel modo più comune, non sia riuscito a guidare a risultati definitivi. Nè l'estremo dell'*opinio necessitatis*, nè quello della ripetizione degli atti può applicarsi a un ordine di rapporti come quelli che dan vita al governo parlamentare. Anche in questo campo il trasferimento di schemi del diritto privato, *sic et simpliciter*, al diritto pubblico, anzi al diritto costituzionale rivela fonte di equivoci e di errori (2). Chi ha del resto, più di recente, compiuto sforzi notevolissimi per trovare al governo di gabinetto una base giuridica nella consuetudine (3), molto ha dovuto insistere sul carattere peculiare, che quest'ultima riveste, passando dal diritto privato al diritto costituzionale. Tanto che, attraverso i non pochi ritocchi, le non lievi sfumature e i non facili adattamenti, il classico schema dato dalla ripetizione degli atti e dall'*opinio juris*, assume un nuovo aspetto: e mentre in precedenza s'insiste abbastanza nel delineare uniformemente alla tradizione gli estremi di esso schema, in seguito si è costretti dalle esigenze di quella realtà, che giudica e domina ogni sistema, a riconoscere, più di una volta, la larga preponderanza dell'elemento politico, l'elasticità, la flessibilità, la

(1) B. Constant: *Cours de politique constitutionnelle*, Paris 1836, T. II. p. 541 e segg.; P. Rossi: *Cours de dr. constit.*; Paris 1877, v. III p. 361; C. G. Hello: *Du régime constitut.*, Paris 1858, p. 191.

(2) A tali equivoci aveva accennato lo stesso Savigny (*Sist. d. dir. romano attuale*, Torino 1886, v. I. l. 1. c. 2. p. 61).

(3) A. Ferraciu: *La consuetudine costituz. II*, Torino 1919, p. 35.

vaghezza e l'indeterminatezza, le imperfezioni e le deviazioni della norma consuetudinaria (1).

12. - Dalla impossibilità di adattare allo schema della consuetudine la materia, ch'è mobile contenuto dei rapporti caratteristici del governo parlamentare, non è lecito trarre la conseguenza che si debba necessariamente contenere fra i limiti della legge scritta, e che a questa occorra riferirsi per dare a esso governo un fondamento giuridico (2). Per legittimare una siffatta conseguenza bisognerebbe dimostrare che nel campo del diritto costituzionale ogni e qualsiasi rapporto è regolato dalla legge o dalla consuetudine; mentre è invece risaputo che altre regole (convenzionali di correttezza o d'altro genere) hanno avuto ed hanno importanza basilare. Dobbiamo dunque vedere se, in mancanza di leggi o consuetudini strettamente giuridiche, sia il caso di ricorrere a quelle regole convenzionali, cui pubblicisti insigni hanno applicato per spiegare alcuni rapporti della costituzione inglese e americana, e sulla cui natura converrà intendersi più chiaramente e precisamente.

Stando alla formulazione che di esse ha dato l'Hatschek (3), esse sarebbero norme di fatto, che implicano un'estensione o mutazione del diritto vigente, non precetti e comandi veri e propri, ma giustificazione postuma di una data linea di condotta seguita per raggiungere una data finalità, che può, presto o tardi trasformarsi in rigorosa norma giuridica attraverso la legge o la consuetudine. Si tratterebbe dunque di regole, che segnano passi notevoli nella via del divenire, precedenti di fatto, cui il tempo e l'ambiente propizio imprimono eventualmente il carattere di vere norme di diritto. Nella formulazione più

(1) Ferraciu p. 13 e segg., 30-37.

(2) Raggi, 465.

(3) *Englisches Staatsrecht*, I, 542 e segg.; *Conventionalregeln*, nello *Jharb. d. ö. R. d. Gegenwart*, III, 39; Stammler: *Wirtschaft und Recht* p. 126 e segg.; *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin 1902, p. 235, 39, 463 e segg.

perspicua e precisa del Dicey (1) queste regole (conventions) han la veste di pratiche o usi inveterati, che s'impongono alla condotta degli organi statuali, in modo che alla loro violazione - cui non provvedono vere e proprie sanzioni giuridiche - seguirebbe un immediato turbamento dell'ordine e della pace, una forte reazione da parte del popolo tutto. Esse hanno quindi, quantunque non sian vere e proprie norme giuridiche, un'intima forza obbligatoria, ma si distinguerebbero dalle norme giuridiche sol perchè nessun tribunale potrebbe tener conto della loro violazione.

Tanto nell'una quanto nell'altra formulazione si dà come unanimemente riconosciuto che carattere essenziale della norma giuridica sia non soltanto l'obiettività, ma più e meglio ancora la sanzione, anzi la possibilità che essa norma dia luogo a una pronuncia da parte dell'organo giurisdizionale (2). Ma si è più di una volta dimostrato - e recentemente in maniera perentoria (2) - che non è affatto necessario che la sanzione si contenga in una norma specifica che la minacci, e che invece può risiedere negli stessi ingranaggi dell'ordinamento giuridico, e può agire, sia pure in modo indiretto e pur non generando un diritto soggettivo, più prontamente e efficacemente. Se l'intervento dell'organo giurisdizionale dovesse ritenersi come necessario per decidere della giuridicità o meno di una norma, bisognerebbe negare ogni carattere giuridico non solamente alla massima parte dei rapporti di natura internazionale, ma altresì a non pochi fra quanti se ne attuano nell'ambito del diritto pubblico interno. Tutte o quasi tutte le prerogative della Corona e una gran parte dell'attività esplicata dai ministri responsabili dovrebbero, in tal caso, a forza esulare dall'ambito della giuridicità. Sembra, invece, che un rapporto necessario non esista fra la giuridicità della norma e la possibilità dell'in-

(1) *Introd. à l'étude du dr. const.*, Paris 1902, p. 21 e segg., 322 e segg.; Bryce: *La repub. americ.*, Paris 1900, I 552.

(2) In questo senso M. Siotto-Pintor: *I capisaldi della dottrina dello stato*, Torino 1901, p. 81 e segg.; *I criteri direttivi d'una concezione realistica del diritto pubblico*, Perugia 1905, p. 61 e segg.

tervento dell'organo giurisdizionale. Se le regole convenzionali hanno un contenuto identico, se esse vengono effettivamente osservate come strettamente obbligatorie dagli organi statuali e se una siffatta obbligatorietà garantiscono forze latenti e diffuse per tutti gli ingranaggi costituzionali, poco o punto potrà importare che niuna norma specifica sanzioni, con un'apposita minaccia, la loro inosservanza. E che siffatte norme non riescano, per lungo tempo a trovar posto in questa o quell'altra parte della legislazione positiva di un dato paese nulla prova contro la loro giuridicità; che anzi dimostra ancor meglio come, per quanto preveggenze e antiveggenze possa ritenersi il legislatore, ogni ordinamento giuridico rivela, di buon'ora un'innata insufficienza a provvedere alle molteplici e svariate esigenze imposte dal mutare e rimutare dei rapporti economici e sociali, e com'esso debba, per necessità tollerare, vicine e anche contrarie alle proprie, altre norme, che si pongono e valgono quali norme giuridiche, anche senza o prima ch'esso le abbia avvertite, riconosciute o assorbite in se medesimo.

Dalle considerazioni precedenti non poca luce deriva alla questione del fondamento giuridico o meno del governo parlamentare in Italia.

Nè la legge, nè la consuetudine, nè i principi generali sono, come s'è visto, capaci di offrire un tal fondamento. La questione ha un intimo nesso col problema delle fonti del diritto pubblico in genere e del costituzionale particolarmente. E se alle regole convenzionali si debba attribuire il carattere di vere norme di diritto, anche al governo parlamentare che da esse è sorretto dobbiamo riconoscere un fondamento giuridico; e se un tal carattere venga ad esse invece negato, è chiaro che potremo parlare di consuetudini di precedenti, di usi politici, non mai di un vero e proprio fondamento giuridico. Non esiste una via intermedia. Negare alle regole convenzionali il carattere di norme giuridiche significa, al caso nostro, ammettere che la monarchia parlamentare non costituisca una forma nettamente giuridica, ma una varietà politica adagiata sui

rapporti concreti fra la Corona e il Parlamento (1). Il che equivale a divellere dal terreno del diritto buona parte della vita pubblica che si svolge nello stato moderno.

Anche dal nostro punto di vista il campo della consuetudine, nel senso e nel modo com'è intesa nel diritto privato, viene, così, notevolmente a limitarsi; ma non perchè ad essa si oppongano la struttura e il funzionamento dello stato moderno, e più specificamente gli art. 3 e 5 delle disposiz. prelim. del nostro cod. civ. (2), bensì perchè altre norme provvedono spesso in mancanza di quelle che fan parte della legislazione formale. Dal principio della necessaria incompletezza di ogni ordinamento giuridico (3), che si è cercato di delucidare e di mostrare in precedenza, sebbene in maniera succinta, deriva che anche la consuetudine può avere e spiegare una piena efficienza giuridica, non soltanto *praeter* e *secundum legem*, ma anche *contra legem*; quantunque in quest'ultimo caso essa abbia una portata e un'applicazione assai più ristretta. Tuttavia non è impossibile addurre qualche esempio. Così, in omaggio alla lettera dell'art. 5 dello statuto, nei primi anni del regno, i trattati di commercio ebbero esecuzione per decreto reale; mentre dal 1850 in poi, contrariamente a ciò ch'è disposto dalla nostra carta fondamentale, anche questi trattati vennero considerati alla stessa stregua di quelli che davvero imponevano *oneri finanziari* e quindi sottoposti all'approvazione della camera attraverso un atto legislativo. Il che avvenne, in seguito, per i trattati di navigazione, di cabotaggio e per altri anche quando non importavano onere finanziario. Di guisa che mentre, stando all'art. 5, soltanto per un piccolo numero di trattati era richiesta l'approvazione, piccolo fu, invece, in seguito, il

(1) Jellink: *Allgemeine Staatslehre*, Berlino, 1905, p. 685 e seg.

(2) Ferracciu, *La consuetudine*, p. 51-54.

(3) Con riferimento al dir. internaz.; A Cavaglieri: *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, Roma 1918, p. 105 e segg.; B. Schmidt: *Über die volkerrechtliche clausula rebus sic stantibus*; negli *Staats. und volkr. Abhandlungen*, VI. p. 213-21.

numero di quelli che la Corona sola poteva porre in essere con piena efficacia giuridica.

Ma se di una consuetudine giuridica, in cui ricorrano esattamente gli estremi di quella praticata nei rapporti di diritto privato difficilmente potrà parlarsi nel nostro campo, molto invece dovrà concedersi a un'altra forma di consuetudine, la quale, appunto perchè, più che prodotto di vera e propria convinzione giuridica, è risultato di contingenze oltremodo variabili, che pure s'impongono con la forza di eventi ineluttabili, ha natura ed aspetto politico anzi che giuridico (voti di fiducia o di sfiducia, consultazioni da parte della Corona in caso di crisi, interim per uno o più dicasteri in caso di vacanza ecc.).

Quantunque abbastanza limitato sia il campo della sua applicazione, qualche parola eccorrerà aggiungere sull'efficacia e obbligatorietà della consuetudine giuridica.

Opportunamente è stato osservato che l'efficacia della consuetudine varia col variare dei rapporti da essa regolati. Oltre a ciò dobbiamo escludere che l'obbligatorietà sia determinata dal riconoscimento espresso o tacito del legislatore (2); tanto più 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 (2). Ma che a un siffatto riconoscimento non sia nemmeno oggi necessario ricorrere è provato dal fatto che anche nell'ipotesi che la legislazione positiva contempri, per negargli efficacia, la consuetudine, questa potrà sorgere e imporsi con piena obbligatorietà. Giacchè la necessità, le esigenze storiche del momento, o altri analoghi fattori, cooperano, non di raro all'insaputa dello stesso legislatore, alla formazione di un nuovo diritto, che può

(1) Ferracciu, p. 41.

(2) Ranelletti: *La consuetudine* p. 155. - In pari senso anche nel diritto canonico l'efficacia obbligatoria della consuetudine è ricondotta alla volontà del legislatore. (Wernz: *Jus decretalium*, 1913, I, p. 282, 286; Sägmüller: *Lehrbuch des kath. Kirchenrechts*, 1909 § 24.

(3) Bonucci: *Il fine dello stato*, p. 80 e segg.

anche talora porsi contro quello dello stato medesimo (1). Il che si comprende agevolmente non appena si badi alla illusorietà del principio della completezza dell'ordinamento giuridico e alla realtà, che ci addita in ogni legislazione una serie di lacune cui il nuovo diritto - consuetudinario o meno poco importa - s'incarica di colmare. E questa necessità è così imperiosa da riflettersi anche in quei rami della pubblicistica, in cui la legge formale dovrebbe avere, stando alla tradizione, un assoluto predominio (2).

BIS 10097



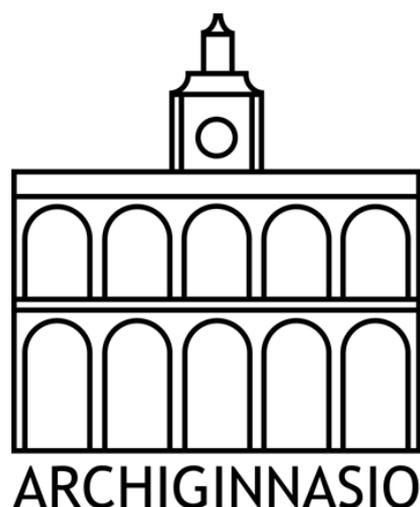
(1) B. Schmidt: *Op. cit.* p. 213 e segg., L. Spiegel: *Die Verwaltungswissenschaft*, Lipsia 1909 p. 210-220; Regelsberger: *Pandekten*: V, I, p. 83.

(2) K. Binding: *Handbuch des Strafrechts*, Lipsia 1885, p. 210; E. Massari: *La norma penale*, p. 27 e segg.

Biblioteca comunale dell'Archiginnasio

PREZZO L. 5

Biblioteca comunale dell'Archiginnasio



SCAFFALI ONLINE
<http://badigit.comune.bologna.it/books>

*Saggio critico sul valore e l'efficacia della consuetudine nel diritto pubblico interno /
Carmelo Caristia

Macerata : Tip. Economica, 1919

Collocazione: BORSI E.00 00135

<http://sol.unibo.it/SebinaOpac/Opac?action=search&thNomeDocumento=UBO2231181T>

Questo libro è parte delle collezioni della Biblioteca dell'Archiginnasio.

L'ebook è distribuito con licenza Creative Commons solo per scopo personale, privato e non commerciale, condividi allo stesso modo



4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode>

Per qualsiasi altro scopo, o per ottenere immagini a risoluzione superiore
contattare: archiginnasio@comune.bologna.it