

*Deferente omaglio  
dell'9*

ESTRATTO DA STVDI VRBINATI

ANNO V, NN. III-IV, MCMXXXI - X

CARLO GIROLA

LE CONSUETUDINI COSTITUZIONALI



S.T.E.U. — VRBINO

IN VRBINO PRESSO L'VNIVERSITÀ DEGLI STVDI

BORSI  
E.00  
00781

Biblioteca comunale dell'Archiginnasio

BIS 11596

B\*\*\*A  
BOLOGNA

BORSI  
E.00  
00781

BIS 11596

ESTRATTO DA STVDI VRBINATI

ANNO V, NN. III-IV, MCMXXXI - X

CARLO GIROLA

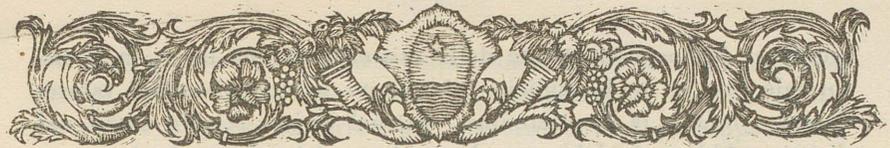
LE CONSUETUDINI COSTITUZIONALI



S.T.E.U. — VRBINO

IN VRBINO PRESSO L'VNIVERSITÀ DEGLI STVDI

Biblioteca comunale dell'Archiginnasio



## LE CONSUETUDINI COSTITUZIONALI (\*)

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari. — 2. Caratteri specifici delle consuetudini. — 3. L'efficacia della consuetudine nel diritto costituzionale italiano. — 4. Legge e consuetudine. — 5. Imperativi giuridici e norme legislative. — 6. Consuetudini costituzionali e regole convenzionali. — 7. Cenno delle teorie che ammettono o escludono la consuetudine come fonte di diritto. — 8. Importanza della consuetudine nel governo parlamentare italiano e nella nuova forma di governo attuata in Italia.

1. — La questione della esistenza e del valore da attribuirsi alla consuetudine, come fonte di diritto, ha sempre dato luogo a vivaci dispute in dottrina. Nel diritto privato, tuttavia, salvo dissensi su alcuni punti di minore importanza, molte difficoltà sono ormai superate. Non così, invece, per il diritto pubblico e, segnatamente, per il diritto costituzionale. Qui la discussione è tuttora aperta; e mentre molti scrittori accanto alla legge, come fonte di diritto, pongono la consuetudine, altri, non meno autorevolmente, negano che alla consuetudine possa attribuirsi valore di fonte indipendente.

È bene chiarire subito che, in queste mie brevi note, debbo limitarmi a considerare la cosiddetta consuetudine introduttiva o innovativa; cioè, appunto, la consuetudine che si pone come fonte autonoma di diritto ed alla quale, quindi, si può riconoscere valore

---

(\*) Questo scritto verrà inserito nel volume di studi che, prossimamente, si pubblicherà in Francia in onore di Geny.

giuridico indipendentemente dalla esistenza di una legge in senso formale che, in modo esplicito o implicito, le attribuisca tale valore. Quando, infatti, la consuetudine, così nel diritto privato come nel diritto pubblico, è richiamata da una legge, è intuitivo che è sempre e solo la legge che dà forza alla norma consuetudinaria; e quindi si dice, giustamente, che la consuetudine è fonte indiretta o mediata ossia nel senso e nel presupposto che essa può valere solo ed in quanto la legge vi faccia richiamo (1).

Anche nel diritto amministrativo vi sono leggi positive che riconoscono la consuetudine come fonte di diritto (2); e, in questi casi, la questione si pone in termini non diversi di quelli già accennati e propri al diritto privato (3).

Perciò non mi pare esatto il punto di vista di coloro i quali, allargando il campo di studio, assimilano la questione della efficacia della consuetudine nel diritto costituzionale con l'altra, più vasta, della efficacia della consuetudine nel diritto pubblico e fissano poi principi unici e generali da valere per tutti i rami del diritto pubblico (4). In altri termini: nel diritto costituzionale — come si vedrà in seguito — mi sembra che la consuetudine abbia un valore tutto speciale e, ad ogni modo, qualunque possa essere la conclusione, non mi pare dubbio che il problema della efficacia da attribuirsi alla norma consuetudinaria, nel diritto costituzionale, sia problema specifico, tutto proprio del diritto costituzionale. È necessario, quindi,

(1) Contro, però, ROMANO, *Corso di dir. costituzionale*, Padova, 1928, 2<sup>a</sup> ed., p. 34, 280. L'A. osserva che è illogico ammettere la esistenza della consuetudine e poi affermare che essa vale per volontà della legge, perchè se la legge si richiama ad una consuetudine ciò vuol dire che non è la legge che alla prima attribuisce il carattere di fonte del diritto, ma che tale carattere preesiste e dalla legge è soltanto riconosciuto oppure gli vengono riconosciuti ulteriori effetti.

(2) V. le leggi ricordate dal RANELLETTI in *Principii di dir. amministrativo*, Napoli, 1915, vol. II, p. 23.

(3) Esclude però che si possa parlare di un diritto consuetudinario per l'amministrazione il MAYER, *Le droit administratif allemand*, Parigi, 1903, vol. I, p. 143. Per la confutazione della teoria del MAYER cfr. ORLANDO, *Le fonti del diritto amministrativo in Trattato di dir. amm. it.*, Milano, vol. I, p. 1064 sgg.

Per la questione della efficacia della consuetudine nel diritto amministrativo v. anche LÜDERS, *Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung*, Kiel, 1863; ROMANO, *Corso di dir. amministrativo*, Padova, 1930, vol. I, p. 66.

(4) Così, fra gli altri, RANELLETTI, *op. cit.*, p. 29.

attenersi a criteri di completa autonomia e, per quanto già ho detto, non si debbono senz'altro accettare argomentazioni, sia pure esatte, ma valide per altra materia e nel concorso di altri presupposti. Del resto anche da altri elementi, che più innanzi rivelerò, appare chiaro che la questione della efficacia della consuetudine, come fonte autonoma di diritto costituzionale, è, per i suoi caratteri peculiari, questione a sè; quindi deve essere studiata e risolta con propri principi.

Dal punto di vista del diritto positivo, poi, il tema si presta — mi pare — a qualche nuova osservazione. Difatti la recente legislazione costituzionale italiana si è estesa a molti rapporti che prima erano soltanto regolati dalla consuetudine.

2. — Bisogna innanzi tutto precisare alcuni caratteri specifici delle consuetudini costituzionali. La questione è di molta importanza, e, però, non da tutti gli autori è sufficientemente chiarita. E solo avendo riguardo a questi caratteri (5) si evita di dover seguire alcune tesi, affatto arbitrarie, alle quali spesso si fa ricorso per spiegare la efficacia obbligatoria della consuetudine.

La consuetudine, nel diritto privato, si può definire come l'osservanza costante ed uniforme di una regola di condotta che i membri di una data comunità sociale osservano negli atti della loro vita, cioè nei loro rapporti, con la coscienza della necessità della regola stessa ossia con l'intimo convincimento della sua obbligatorietà (6). Due, quindi, sono gli elementi costitutivi della norma di diritto consuetudinario: l'uno esterno, che si concreta nella serie degli atti

(5) V., su ciò, RANELLETTI, *op. cit.*, p. 6; FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale in Studi Senesi*, 1919, n. 1-2, p. 15 sgg.

(6) Per questi concetti, sulla essenza della consuetudine, sulla sua funzione storica, come pure sul fondamento razionale del diritto consuetudinario, nonché su altre questioni di maggior dettaglio, delle quali non posso qui occuparmi, v., specialmente: PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, I, 1828, II, 1837; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. di Scialoja (V.), Torino, 1886, I, p. 97 sgg., p. 182 sgg.; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it., e note di FADDA e BENZA, Torino, 1925, I, p. 50 sgg. et ivi tutte le altre opere citate. V., poi, GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Parigi, 1919, I, p. 318 e sgg. specialmente per ciò che riguarda l'elemento della *opinio necessitatis* come elemento specifico della consuetudine (p. 320) ed anche per tutta l'ampia bibliografia citata nelle note. Cfr., anche, COVIELLO, *Manuale di dir. civile it.*, Milano, 1924,

uniformemente e costantemente ripetuti. Occorre, insomma, che vi sia uniformità, che la ripetizione degli atti sia costante e ininterrotta, che la pratica costante ed uniforme sia generale, solo nel senso però che anche in un campo territoriale ristretto, entro cui ha impero la norma consuetudinaria, quegli atti siano compiuti dalla generalità e non da alcuni membri soltanto. Senza che si debba dedurre la esigenza di un quarto requisito, ne deriva, come logica conseguenza, che la pratica costante e uniforme deve avere una certa durata nel tempo.

L'altro elemento — quello interno — consiste nella convinzione diffusa che la norma è largamente seguita perchè appunto l'osservanza di quella pratica risponde ad una necessità di diritto. Naturalmente una tale convinzione può formarsi in modo diverso; ma ciò non ha importanza. Ha importanza, invece, rilevare che l'avere la convinzione della necessità della norma significa ritenerla assolutamente vincolante, nel senso, cioè, che non diversamente dalla norma di legge anche quella consuetudinaria deve imporre alle persone una condotta obbligatoria per quel dato rapporto.

Questi elementi, che integrano il concetto di norma consuetudinaria, si debbono anche avere per le consuetudini costituzionali (7). Ma, per queste, bisogna avere riguardo alle peculiarità dell'elemento soggettivo o personale.

Difatti la consuetudine costituzionale, come dice il nome, può formarsi nei reciproci rapporti fra gli organi costituzionali o immediati dello Stato. E sono organi costituzionali quegli organi che, in

3<sup>a</sup> ed., p. 47; DE RUGGIERO, *Istituzioni di dir. civile it.*, Roma, 1922, 4<sup>a</sup> ed., I, p. 82.

Per una esposizione delle dottrine sulla consuetudine v. pure: MICELI, *La forza obbligatoria della consuetudine*, Perugia, 1899, p. 11 sgg.; LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Parigi, 1903, vol. I, p. 111 sgg.; ANDERSEN, *Das Gewohnheitsrecht in Zeitschrift für das privat. und öff. Recht*, XXXVII, 1910, p. 337 sgg.; per qualche breve cenno e per altre indicazioni bibliografiche, v., infine, di recente: BETTIOL, *L'efficacia della consuetudine nel diritto penale*, Milano, 1931, p. 2 sgg.

(7) Del tutto originale è la tesi del DUCUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, 1927, 3<sup>a</sup> ed., I, p. 153 sgg., il quale, riallacciandosi alla distinzione da lui posta fra regole di diritto costruttive e normative dà un concetto di norma consuetudinaria che si fonda su presupposti ben diversi da quelli comunemente accolti e conclude poi nel senso che la questione di sapere se la consuetudine è o non è fonte di diritto è inutile. Per la critica a questa singolare opinione v. ESMEIN, *Elements de droit constitutionnel*, Parigi, 1927, 8<sup>a</sup> ed., I, p. 54 sgg.

riguardo al contenuto della attività, sono del tutto autonomi e indipendenti e perciò sottratti ad ogni comando di altri organi, e che, nell'ordinamento dello Stato, costituiscono il mezzo primo ed essenziale per l'esercizio e quindi per l'attuazione del potere supremo di impero (8).

Così, per lo Stato italiano, sono organi immediati, in quanto non vi sono organi superiori che possono imporre a questi la propria volontà, il Re e con esso i Ministri, considerati nella loro funzione di consiglieri della Corona, le due Camere, il Collegio elettorale, cui deve ora aggiungersi il Gran Consiglio del Fascismo (9), mentre non pare che tale qualifica possa attribuirsi al Partito nazionale fascista (10); e malgrado la dizione dell'art. 6 dello Statuto, devono ancora considerarsi, come organi immediati, i giudici di ogni grado, perchè traggono direttamente i loro poteri e le loro funzioni dalla costituzione dello Stato ed hanno, pure essi, autonomia e indipendenza di fronte agli altri organi statuali.

Come si vede, nella consuetudine costituzionale, l'elemento esteriore, ossia l'osservanza uniforme e diuturna delle regole di condotta, concerne solo l'attività esplicata da un limitato gruppo di organi dello Stato; quanto all'elemento interno, ossia alla convinzione che quella data regola è necessaria, è evidente che si deve riferirla alle persone fisiche che sono preposte ai pubblici uffici, intesi come sfere di attribuzioni, cioè di poteri e compiti dello Stato, e che danno a questi vita, volontà e azione, trasformando gli uffici stessi da unità astratte in organi statuali in senso proprio.

Si deve però notare che l'attività esplicata da alcuni organi costituzionali non può, per la sua natura, essere assolutamente regolata da norme consuetudinarie. Tutto il campo proprio della funzione

(8) Sul concetto di organo costituzionale cfr. specialmente: ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, Palermo, 1899, p. 39 sgg.; ed anche in *Principii di dir. amm. it.*, 1901, 2<sup>a</sup> ed., p. 73; RANELLETTI, *Principii di dir. amm. it.*, cit., I, p. 170 e gli autori citati nelle note.

(9) V., su ciò, FERRACCIU, *La figura costituzionale del Gran Consiglio in Riv. di dir. pubblico*, 1929, I, p. 207; RANELLETTI, *Il Gran Consiglio del Fascismo e la forma di governo dello Stato italiano in Riv. di dir. pubblico*, 1929, I, p. 320 ed anche in *Istituzioni di dir. pubblico*, Padova, 1930, p. 205 sgg.

(10) Cfr. GIROLA, *Il Partito nazionale fascista in Studi Urbinati*, 1930, n. 1-2 et ivi tutta la bibliografia citata.

giurisdizionale è precluso al formarsi di un diritto consuetudinario. I rapporti, poi, fra potere giurisdizionale e potere legislativo, e potere giurisdizionale e potere esecutivo sono rapporti di separazione; interferenze non sono possibili e quindi ogni ragione di dubbio viene meno. È vero che il giudice può applicare una norma consuetudinaria per dati rapporti; ma ciò solo nei casi in cui la legge glielo consente. Il che prova, appunto, che il potere giurisdizionale, a differenza degli altri poteri, come vedremo, non può essere obbligato da una qualsiasi manifestazione di volontà dello Stato (tale potrebbe essere, per ipotesi, la norma consuetudinaria). Dunque, è chiaro che un atto di volontà dello Stato può vincolare il potere giurisdizionale solo ed in quanto tale atto trovi la sua concreta espressione nella legge.

È così fuori discussione che nel porre il problema della efficacia della consuetudine, come fonte autonoma di diritto costituzionale, ci si deve riferire solo alle funzioni degli organi immediati dell'Esecutivo e del Legislativo; questa questione non può comunque riguardare il potere giurisdizionale.

3. — Numerose sono le tesi cui si fa ricorso per escludere o ammettere la efficacia della consuetudine nel diritto pubblico e specialmente nel diritto costituzionale (11).

(11) Nelle opere fondamentali, già ricordate, però la questione della consuetudine è studiata con riguardo soprattutto al diritto privato. Anche il PUCHTA dedica poche pagine allo studio del tema nel diritto pubblico.

Mi limito qui a ricordare gli scritti che hanno maggior interesse per le questioni accennate nel testo, per le tesi ivi combattute e limitatamente al diritto costituzionale: LONGO, *Della consuetudine come fonte del diritto pubblico* in *Archivio di diritto pubblico*, 1892, II, p. 240; AMABILE, *Le fonti del diritto costituzionale*, Catania, 1896; ORLANDO, *op. cit.*, p. 1036; RANELLETTI, *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno (costituzionale e amministrativo)* in *Riv. di dir. pubblico*, 1913, I, p. 147 sgg.; CARISTIA, *Saggio critico sul valore e l'efficacia della consuetudine nel diritto pubblico interno*, Macerata, 1919, p. 25; PRESUTTI, *Istituzioni di dir. costituzionale*, Napoli, 1922, p. 199; FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale* in *Studi Senesi*, 1913, I, p. 9; 1919, I, p. 3; 1921, I, p. 21 et ivi tutta l'ampia bibliografia citata. V., poi, HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Parigi, 1927, 11<sup>a</sup> ed., I, p. 462; e da ultimo, solo però per alcune osservazioni di carattere generale, ROCCO, *La consuetudine e il diritto dello Stato* in *Riv. di dir. pubblico*, 1930, I, p. 345.

Se si ha riguardo al diritto positivo, a me sembra che argomenti decisivi, nell'uno o nell'altro senso, non si possono ricavare dall'art. 3, 2 capv. disp. prel. al codice civile (12). Detto articolo stabilisce che qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge si deve aver riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio si deciderà secondo i principi generali del diritto. Che nel concetto di principi generali del diritto, cioè dei principi fondamentali informativi del nostro ordinamento giuridico, non si possa comprendere la consuetudine è ben evidente (13). È però certo che la disposizione, pure avendo riguardo alla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale, si riferisce esclusivamente all'esercizio della funzione giurisdizionale (14). Le espressioni "decidere", "controversia", "caso dubbio", non lasciano luogo ad equivoci di sorta. Fu poi acutamente osservato che le norme riguardanti la interpretazione delle leggi, pur dovendo riferirle al diritto in generale, danno più che altro dei suggerimenti e non sono fornite di una rigorosa obbligatorietà (15). Nè, per escludere la consuetudine come fonte autonoma, ci sembra buono il richiamo all'art. 5 disp. prel. al codice civile, per il quale le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore o per incompatibilità delle nuove disposizioni con le precedenti, o perchè la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore. Questa disposizione può impedire il formarsi di una consuetudine *contra legem*, della quale questione qui non mi occupo; ma non vieta per nulla la formazione della consuetudine *praeter legem*.

(12) Per un completo esame di quest'articolo e per alcune questioni limitatamente al diritto privato e però con riguardo anche all'art. 48 disp. trans. cod. civile cfr.: ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel diritto privato* in *Archivio giuridico*, 1925, vol. XCIV, p. 235; VERGA, *Le comunioni tacite familiari*, Padova, 1930, p. 71 sgg.

(13) Su ciò vi è accordo in dottrina. Contro, però, LONGO, *op. cit.*, p. 259.

(14) Su ciò FERRINI, nella *Enciclopedia giuridica* voce *consuetudine*, p. 630; ed è poi decisiva, a mio avviso, l'osservazione fatta dal RACCI, *Sul fondamento giuridico del Governo parlamentare in Italia* in *Riv. di dir. pubblico*, 1914, I, p. 467 che il disposto dell'art. 3 può riferirsi solo ai rapporti fra cittadini e Stato e non anche ai rapporti fra gli organi costituzionali dello Stato.

(15) V. SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi* negli *Scritti in onore di Schupfer*, 1898, p. 307; ROMANO, *Principii di dir. amm.*, cit., p. 26.

Tutto sommato, e senza oltre dilungarmi su queste questioni che altri hanno già ampiamente studiato, a me sembra che è necessario porsi da un punto di vista più generale. Perciò si fa ricorso ad altri argomenti.

Si dice che se la consuetudine non ha per sé carattere di fonte per il diritto privato, ma lo attinge alla legge positiva, non v'è ragione per ammettere principio diverso per il diritto pubblico (16). Ma, evidentemente, questa tesi parte dal presupposto che le due questioni della efficacia della consuetudine nel diritto privato e nel diritto pubblico, in ispecie nel diritto costituzionale, si trovino su di una stessa linea. Ho già, invece, chiarito che sia in riguardo ai soggetti, sia in riguardo ai rapporti, cui la consuetudine costituzionale si riferisce, nessun richiamo alla disciplina privatistica, limitatamente a questo punto, è possibile. E da ciò, appunto, la peculiarità del problema e del modo col quale la consuetudine nel diritto costituzionale attinge la sua forza obbligatoria.

Si può aggiungere, se ancora rimane dubbio sulla esattezza di questo rilievo, che anche la materia regolata da una consuetudine costituzionale è ben diversa e non riguarda, per certo, rapporti patrimoniali fra soggetti privati, come è appunto per il diritto privato. Si tratta, per le consuetudini costituzionali — come giova ripetere — di relazioni fra organi immediati i quali sono appunto tali perchè nella loro azione sempre esprimono e danno consistenza alla volontà dello Stato; e quindi il campo proprio del diritto costituzionale consuetudinario è circoscritto a questa sfera di rapporti e, in particolare, non riguarda soggetti privati, ai quali tali rapporti possono interessare solo indirettamente.

Per completare questo esame bisogna anche osservare che la maggior parte dei rapporti fra potere legislativo e potere esecutivo è, di solito, regolato dall'insieme delle norme giuridiche fondamentali relative alla organizzazione dello Stato; a tali norme, di cui molte riunite e scritte in documenti o atti speciali e solenni, non possono sovrapporsi consuetudini. Quando, in altre parole, la disciplina di un rapporto ricade sotto l'impero della legge, che traduce o fissa in forma esplicita e definitiva la volontà dello Stato in un precetto obbligatorio, non può trovar posto la consuetudine. E questa sola

(16) Così RANELLETTI, *Principii cit.*, II, p. 20.

è regola generale che può valere tanto in diritto privato quanto in diritto pubblico.

Sempre in riguardo alla specialità dei rapporti, si è anche osservato che il formarsi di norme consuetudinarie può giustificarsi per quei rapporti che, per la loro indeterminatezza, sfuggono ad una esatta definizione legislativa (17). Ma queste ed altre osservazioni non possono, a mio avviso, avere valore assoluto; può essere che, per dati rapporti, un regolamento consuetudinario sia meno rigido e meglio si adatti della norma scritta. Ma, tanto da un punto di vista astratto che concreto, non vi sono rapporti che non possono ricadere sotto il dominio della legge, cioè della esplicita dichiarazione di volontà dello Stato. E così alla consuetudine può sempre sostituirsi la legge. E il campo proprio del diritto consuetudinario può, ad ogni momento, allargarsi e restringersi, perchè è sempre subordinato alla legge. Il che, come vedremo, è appunto avvenuto, colla nuova legislazione, nell'ordinamento costituzionale italiano.

Il rilievo, però, più interessante a farsi, per quanto riguarda la tesi che riconosce efficacia alla consuetudine solo sul fondamento di una legge, è questo: che, la consuetudine, come fonte indipendente, è esclusa, perchè non potrebbe attingere tale suo carattere alla volontà dello Stato. Il che — a me sembra — dà per ammesso, a priori, ciò che in realtà è a dimostrarsi.

Difatti, dato pure che la formazione del diritto sia nella nostra società funzione essenziale ed esclusiva dello Stato, sicchè non debbano ammettersi altre fonti di produzione del diritto al di fuori della volontà dello Stato, non è ancora detto con ciò che debba negarsi valore alla consuetudine. Se si dimostra (facciamo pure l'ipotesi ora) che la consuetudine, non diversamente dalla legge, deriva la sua forza obbligatoria dalla volontà dello Stato, è chiaro che nessun pregiudizio ne ha la teoria della statualità del diritto. Questo è, dunque, il punto fondamentale della questione; e solo così, a mio avviso, è poi possibile dare un giudizio su molte altre tesi che gli autori portano a sostegno della opinione contraria, e cioè della ammissibilità della consuetudine come fonte indipendente.

(17) Cfr. ORLANDO, *op. cit.*, p. 1063.

4. — Come si vede è necessario precisare i criteri che possono giustificare una antitesi fra legge e consuetudine, ossia fra norma giuridica e norma consuetudinaria.

Una norma consuetudinaria, come già si è detto, può sempre divenire norma giuridica, quando, come tale, in qualsiasi modo, ma sempre per volontà dello Stato, è riconosciuta. Se si ha riguardo quindi solo al contenuto delle varie categorie di norme (norme etiche, sociali, non escluse quelle che sono osservate per uso costante e per convinzione della loro necessità) non è possibile distinguerle da quelle che, propriamente, si dicono giuridiche. Difatti il contenuto precettivo di una norma giuridica soddisfa sempre ad una fondamentale esigenza quella di mantenere l'ordine e assicurare le condizioni fondamentali di vita nella società organizzata a Stato. Al soddisfacimento di tale esigenza provvedono, sia pure in diverso modo e misura, anche tutte le altre norme, non escluse quelle etiche, sociali e consuetudinarie. E perciò, appunto, una norma etica o sociale, e così pure quelle osservate per uso costante, possono sempre dare il contenuto o fornire la materia per la formulazione di una norma giuridica. E non è raro il caso, quindi, di vedere che l'elemento materiale di un precetto, che si ispira a principi di morale e che è pure osservato costantemente, è, poi, dal legislatore preso a fondamento o senz'altro riprodotto in un preciso disposto di legge. Dunque l'uso uniforme nel regolare un dato rapporto in un dato modo, anche quando è accompagnato dalla sua necessità, non è per ciò solo norma giuridica; e ciò per la ragione che la consuetudine può dare soltanto l'elemento materiale alla norma giuridica (18). È così chiaro che norma consuetudinaria e norma giuridica non si prestano a distinzioni di sorta se si ha riguardo solo al contenuto del precetto.

A diversa conclusione si deve giungere se si considera l'elemento formale delle varie categorie di norme.

Qui la distinzione è possibile e logica; e si capisce anche facilmente perchè la consuetudine in ogni campo, anche nel diritto costituzionale, deve, per essere fonte di diritto, derivare la sua forza

(18) Così ROVELLI, *Su la statualità del diritto e la distinzione fra diritto e morale* negli *Studi di dir. pubblico in onore di O. Ranalletti*, Padova, 1931, II, p. 222.

obbligatoria dalla volontà dello Stato. La sola differenza è questa: che nel diritto costituzionale, per le ragioni che ora esporrò, la consuetudine deriva la sua forza obbligatoria in modo diretto o immediato, mentre in ogni altro ramo del diritto (pubblico o privato) la forza obbligatoria è sempre data dallo Stato, ma in modo indiretto e mediato, ossia sul fondamento di una legge.

Ho detto che la differenza fra consuetudine e norma giuridica è solo di carattere formale. Difatti la norma giuridica è sempre espressione di volontà statale perchè, appunto, la sua forza obbligatoria deriva sempre da una volontà esterna ai destinatari e indipendente, ossia da un potere originario di impero.

Quando si usa l'espressione "diritto consuetudinario", in senso proprio si vuole effettivamente esprimere questo concetto: che, cioè, l'elemento formale ossia l'imperativo giuridico, di cui la consuetudine come forza in sè è sempre sfornita, è eccezionalmente dato pure ad essa per volere dello Stato. Giova subito dire, salvo insistere poi, che non ha importanza il modo o la forma con la quale la volontà sovrana dello Stato dà a una norma l'imperativo giuridico. La regola è questa: che la volontà dello Stato munisce di imperativo giuridico la consuetudine richiamandola in una norma scritta, sia essa contenuta in un codice o in una legge speciale e che è già espressa manifestazione di volontà statale; perciò si dice che la consuetudine ha solo valore sul fondamento di una legge, nel senso appunto che con tale richiamo si attribuisce alla consuetudine forza obbligatoria o, in altre parole, le viene dato anche l'imperativo giuridico. E questa regola, quanto al modo col quale l'imperativo giuridico è dato, soffre una sola eccezione per le consuetudini costituzionali.

5. — Posto il principio che la sola fonte dell'imperativo giuridico ossia dell'elemento formale della norma giuridica è la volontà dello Stato, rimane a vedere se anche la consuetudine costituzionale deriva la sua forza obbligatoria dallo Stato o, in altre parole, se è pur essa manifestazione di volontà degli organi supremi statuali. E solo a questa condizione, mi sembra, si può dire che la consuetudine è fonte di diritto costituzionale, perchè solo a questa condizione si può stabilire una equivalenza fra norma giuridica e norma consuetudinaria.

A questo riguardo basta richiamare le osservazioni già fatte. Una consuetudine costituzionale può formarsi solo per regolare dati rapporti, non regolati per legge, fra potere legislativo e potere esecutivo. Gli organi di questi poteri sono organi immediati o costituzionali; e, tanto nell'esercizio delle loro funzioni quanto nei loro reciproci rapporti, questi organi esprimono sempre e necessariamente la volontà dello Stato.

Quando un organo costituzionale, nei suoi rapporti con altri organi, tiene sempre, costantemente, uno stesso comportamento vuol dire che è obbligato, ossia che nei suoi confronti e per quel dato rapporto vi è un imperativo che è giuridico perchè posto dallo Stato. Si capisce che quando la volontà dello Stato vuole obbligare un organo costituzionale a seguire una data linea di condotta non ha bisogno di porre sempre e per ogni rapporto l'imperativo giuridico, esplicitamente, in una legge. Dato infatti che sono gli organi costituzionali che esprimono la volontà dello Stato non vi è difficoltà ad ammettere che il comportamento, tenuto in modo uniforme e con la convinzione della sua necessità da uno qualunque di questi organi, vincola questo stesso organo di fronte agli altri. La volontà legislativa dello Stato, espressa a mezzo dei suoi organi, non è tutta e soltanto nella legge.

Si può quindi dire che la volontà dello Stato pone imperativi giuridici agli organi costituzionali e a questi soli anche senza una dichiarazione legislativa. L'imperativo giuridico, espressamente dichiarato, è indispensabile quando deve imporsi a soggetti privati; ma quando il comando è rivolto ad organi costituzionali si può dire che vi è sempre un imperativo giuridico ogni qualvolta si può desumere, dal loro comportamento, che si ritengono obbligati a compiere determinati atti o fatti, in un modo piuttosto che nell'altro, nei loro reciproci rapporti.

Così si forma la consuetudine costituzionale che vincola gli organi costituzionali, in quanto è, appunto, espressione di volontà statale. E la volontà dello Stato espressa in quella forma, avuto riguardo ai soggetti cui si impone (organi costituzionali) e ai rapporti che deve disciplinare, ha egual forza e pone l'imperativo giuridico che di solito è dato alla consuetudine in modo indiretto e cioè rinviando alla legge. La consuetudine è perciò fonte di diritto costituzionale perchè essa pure, così come la norma giuridica, deriva

dalla volontà dello Stato (19); ed ha quindi anche l'imperativo giuridico cioè l'elemento formale della norma.

Tutto il problema della efficacia della consuetudine, come fonte di diritto costituzionale, si riduce a questa constatazione: che gli imperativi giuridici, quando sono rivolti agli organi costituzionali, non richiedono una esplicita formulazione, ma ben se ne può dedurre la esistenza implicitamente, ossia avendo riguardo al comportamento degli organi.

Si può dunque concludere che la volontà dello Stato espressa in quella forma, cioè a mezzo della pratica costante e uniforme, è volontà capace di porre imperativi giuridici perchè i destinatari dell'imperativo giuridico sono organi immediati o costituzionali, e l'uso si forma nei loro reciproci rapporti.

Da questi principi si possono poi ricavare importanti conseguenze. In particolare:

a) rimane confermata l'osservazione già fatta all'inizio che la questione della efficacia della consuetudine costituzionale è questione a sè e deve essere risolta con criteri che, pur uniformandosi a premesse generali, sono propri e particolari alla materia, cioè al diritto costituzionale;

b) è vero che i rapporti che possono ricadere sotto la disciplina del diritto consuetudinario sono necessariamente circoscritti alle funzioni del potere esecutivo e legislativo. Quindi non si può confondere la consuetudine costituzionale in senso proprio, che è fonte di diritto, colla correttezza costituzionale che non ha invece valore giuridico e che ha una sfera d'azione ben più ampia;

c) non si possono seguire altre teorie, cui si fa richiamo, per giustificare la forza obbligatoria della consuetudine nel diritto costituzionale.

Questi ultimi due punti meritano però qualche altro chiarimento.

6. — Il complesso di regole che va sotto il nome di correttezza costituzionale, come è stato autorevolmente spiegato, non è diritto; è morale politica; è buon uso dei poteri discrezionali; è impegno

(19) Per un cenno a questa tesi, senza però darne dimostrazione, FERRACIU, *op. cit.*, 1919, p. 44.

d'onore fra i partiti, educazione politica fra i singoli, mutua deferenza, rispetto, cortesia fra i pubblici poteri (20).

Che non si debba contestare il valore sociale di queste regole che, per così dire, stanno ai margini del diritto, mi pare fuori discussione. Ma, a me sembra altrettanto evidente che si debba negare a queste regole qualsiasi importanza dal punto di vista strettamente giuridico. Difatti, se si ha riguardo alla tesi sopra esposta, è chiaro che le norme di etichetta, di cerimoniale, di prassi costituzionale non sono manifestazioni di volontà dello Stato. Potranno quelle regole essere osservate per motivi di onore, di lealtà, di rispetto, ma ciò non basta a dar vita all'*opinio necessitatis* che è elemento essenziale della consuetudine. E alle regole di correttezza costituzionale manca, poi, l'imperativo giuridico ossia l'elemento formale che è invece proprio della norma giuridica e della norma di diritto consuetudinario, sia quest'ultima di diritto privato o di diritto pubblico non escluso, come si è visto, il diritto costituzionale.

E quindi le cosiddette regole convenzionali del diritto inglese, delle quali tanto largamente si è occupata la dottrina italiana e straniera (21), non sono diritto. Possono, se mai, essere norme sussidiarie

(20) Così ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale* in *Riv. di dir. pubblico*, 1909, I, p. 485.

(21) Sulla questione della natura e del valore delle regole convenzionali sono ormai ben note alcune tesi sostenute dagli scrittori inglesi e tedeschi. Per la esposizione delle teorie del RADNITZKY, HATSCHKE, JELLINEK, v. RAGGI, *op. cit.*, p. 443 sgg. Per la dottrina del FREEMAN e del DICEY, v. FERRACCIU, *op. cit.*, 1921; per qualche cenno anche ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale* cit., p. 495, 499.

V. inoltre per la dottrina inglese: ANSON, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre-Le Parlement*, Parigi, 1903, il quale definisce le regole convenzionali come "adattamenti incoscienti della pratica alle esigenze del momento", e afferma che la trasgressione a queste regole non lede alcun diritto pubblico o privato; LOWELL, *Governement of England*, New York, 1912, II, il quale accetta la denominazione usata dal DICEY di "*conventions of constitution*", e distingue nettamente quelle che egli chiama consuetudini costituzionali delle leggi e dal *common-law*; v. anche BRYCE, *La république américaine*, Parigi, 1900, I, p. 552.

V., poi, più di recente, per la dottrina tedesca: KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tubingen, 1923, p. 103, il quale afferma che, talora, dagli organi statuali si osservano delle regole che sono in antitesi con le norme di diritto. Ciò — egli dice — avviene per errore, perchè mentre si crede di osservare una norma giuridica in realtà se ne osserva una di fatto; questa prassi può diventare diritto per mezzo della consuetudine; però si rimane sempre in uno stadio pre-

a quelle giuridiche; potranno anche, per volontà dello Stato, trasformarsi in norme giuridiche; ma non sono dunque, per ciò solo, norme giuridiche.

Anche nell'ordinamento giuridico inglese dove le norme consuetudinarie regolano molti rapporti, mentre più ristretta è la sfera d'applicazione delle norme poste dal Parlamento, le cosiddette convenzioni rimangono ben distinte dalla consuetudine. Difatti, anche nell'ordinamento giuridico inglese, la consuetudine ha valore per volontà dello Stato (22). È lo Stato che rinvia il giudice alla consuetudine piuttosto che a norme poste direttamente dagli organi legi-

giuridico e quindi spiegabile solo dal punto di vista sociologico delle scienze dell'essere (*Seinswissenschaften*), ma non dal punto di vista giuridico perchè qui si presuppongono norme giuridiche già formate. Le regole convenzionali perciò non sono diritto. V., poi, SCHEUNER, *Ueber die verschiedenen Gestaltungen des parlamentarischen Regierungssysteme* in *Arch. des öff. Rechts*, 1927, vol. 13, fasc. 2-3, p. 209-233, 337-380, il quale, studiando il regime parlamentare, nota che ben poche sono le regole giuridiche che lo disciplinano; suppliscono le consuetudini e gli usi convenzionali; e le regole convenzionali non altro sono che la espressione particolare e secondaria del sistema parlamentare. Nega, infine, che le regole convenzionali siano norme giuridiche e chiama queste regole norme collettive, perchè la sanzione deriva dal non aver seguito la volontà sociale, il ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, Lipsia e Vienna, 1929, p. 227 sgg.

Per la dottrina italiana, oltre gli autori già ricordati, cfr. anche: BRUNIALTI, *Istituzioni di dir. costituzionale*, Torino, 1900, vol. I, p. 183; CRISCUOLI, *Sul fondamento giuridico del Governo di Gabinetto*, Roma, 1919, p. 13 sgg.; MICELI, *Principi di dir. costituzionale italiano*, Torino, 1913, p. 75; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di dir. costituzionale it.*, Torino, 1913, p. 613; CARISTIA, *op. cit.*, p. 63; SIOTTO PINTOR in *Foro it.*, 1907, II, 369, e nella recensione al lavoro del FERRACCIU sulle consuetudini costituzionali in *Archivio giuridico*, 1922, vol. IV, p. 106 sgg., il quale pone l'eguaglianza fra diritto e legge e perciò le regole convenzionali — che egli chiama consuetudini costituzionali — non sono norme giuridiche. E per alcune altre interessanti questioni sulla natura delle regole cavalleresche, in relazione alle norme di diritto consuetudinario, v. pure dello stesso autore, *Riflessioni sul tema della consuetudine nel diritto interno* in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranalletti*, cit., II, p. 255.

(22) Il che, d'altra parte, è implicitamente riconosciuto da molti scrittori inglesi i quali ammettono che vicino alla legge e al *common-law* si è formata la costituzione convenzionale e distinguono le "*conventions*", dalla consuetudine la quale si riconduce alla legge. In questo senso: FREEMAN *The Growth of the English Constitution*, 1872, p. 109 sgg.; DICEY *Introduction to the Study of the Constitution*, London, 1910, p. 24 sgg.

slativi (23). L'imperativo giuridico, dunque, che dà efficacia alla consuetudine, come fonte di diritto, non manca neppure qui, mentre tale elemento non si trova nelle regole convenzionali.

Perciò non si può accedere all'opinione di coloro che considerano le regole convenzionali vere e proprie norme giuridiche; e rimangono anche ben distinte le regole convenzionali dalle norme consuetudinarie in senso proprio che sono diritto anche se la forza cogente sia loro data, in ogni caso, per volontà dello Stato, ma in forma diversa: e cioè con un richiamo alla legge oppure, come è per le consuetudini costituzionali, in modo diretto o immediato. È certo, poi, che il campo proprio entro cui queste norme di prassi costituzionale possono spiegare la loro influenza è ben più vasto di quanto non sia la sfera limitata dei rapporti che possono ricadere sotto la disciplina del diritto consuetudinario.

Infatti se la consuetudine costituzionale è espressione di volontà statale è vero che essa può formarsi solo fra organi che quella volontà esprimono cioè fra organi costituzionali o immediati. Ciò non è invece per le regole convenzionali o di prassi costituzionale le quali trovano applicazione anche e specialmente al di fuori dei rapporti fra potere esecutivo e legislativo. Quindi, anche in pratica, non è difficile stabilire se una data regola è soltanto prassi o correttezza costituzionale o non piuttosto vera e propria norma giuridica consuetudinaria.

Perciò si può dire che, sia per l'origine e l'intima natura, sia per i rapporti che regolano, sia per la mancanza dell'elemento formale, i principi di correttezza costituzionale rimangono ben distinti dalla norma di diritto costituzionale, anche se questa si è formata per mezzo della consuetudine.

7. — Se si accettano le conclusioni sopra formulate, pure in armonia col principio che il fondamento di ogni norma giuridica debba ricercarsi nella volontà dello Stato, non si vede per quale ragione sarebbe senz'altro preferibile rinunciare ad una giustificazione razionale della forza obbligatoria del diritto consuetudinario, spe-

(23) Così, esattamente, ROVELLI, *op. cit.*, p. 224.

cialmente nel campo del diritto costituzionale (24), a parte poi che una siffatta soluzione non può soddisfare in alcun modo. Nè occorre, d'altra parte, andare all'eccesso opposto affermando che la forza obbligatoria della consuetudine dipende da varie cause a seconda della diversa natura dei rapporti da essa regolati (25), perchè, come si è detto, in ogni caso il fondamento della obbligatorietà giuridica della consuetudine può derivare solo dalla volontà dello Stato.

È risaputo, anche, che per opera di illustri giuristi della cosiddetta scuola storica si è tentato di dar ragione della efficacia della consuetudine in altro modo. Stabilito, infatti, come punto di partenza che il diritto consuetudinario è quello che viene osservato di fatto senza che la autorità dello Stato lo abbia dichiarato come norma ed accompagnato da diretta sanzione, si è poi concluso che la forza obbligatoria alla consuetudine è data dalla coscienza popolare la quale l'accetta e la riconosce come diritto, cioè come norma che deve regolare quel dato rapporto (26). Qui non mi è concesso di entrare in molti particolari; ad ogni modo la indeterminatezza e la nessuna consistenza del concetto di "coscienza o convinzione popolare", ha già formato oggetto di ampio esame e di larghe critiche da parte di autorevoli scrittori. Una rigorosa argomentazione giuridica non può quindi fondarsi su quelle premesse le quali, oltre che dall'elemento formale, obbligherebbero anche a prescindere in modo assoluto dall'elemento esterno della consuetudine per attribuire esclusiva importanza all'elemento interno.

Nè si può dire che manchi la sanzione quando, come avviene di regola nel nostro ordinamento giuridico positivo, la consuetudine attinge il carattere di fonte del diritto per mezzo della legge che è manifestazione di volontà dello Stato.

E la sanzione non manca neppure per il caso, tutto particolare, delle consuetudini costituzionali, quando — s'intende — non si voglia insistere sul significato rigoroso giuridico di "sanzione", la quale, ad ogni modo e anche in tale significato, è un istituto che rinforza

(24) V., su ciò, gli scrittori ricordati da GENY (F.), *op. cit.*, I, p. 336, 337, nelle numerose note.

(25) Ciò afferma il FERRACCIU, *op. cit.*, 1919, p. 41.

(26) Per questa tesi e per un compiuto esame della dottrina del SAVIGNY, con riferimento al tema delle consuetudini costituzionali, cfr., specialmente, LONGO, *op. cit.*, p. 248.

l'imperativo giuridico ma non è la fonte dell'imperativo giuridico. Nel concetto di sanzione, in senso ampio, si può perciò includere la così detta riprovazione sociale o politica. Ad ogni modo anche leggi formali costituzionali possono mancare di sanzione in senso stretto; quindi non può stupire che manchino di sanzione in senso stretto anche le consuetudini costituzionali, senza che per questo debbano cessare di essere norme giuridiche.

È dunque vero che la volontà dello Stato pone norme che sono giuridiche perchè derivano da quella volontà, la quale vincola e obbliga gli organi costituzionali indipendentemente da una esplicita dichiarazione legislativa.

Come si vede, per dare una base attendibile alla efficacia obbligatoria della consuetudine costituzionale non v'è affatto bisogno di ricorrere neppure alla teoria del consenso tacito degli organi legislativi (27); teoria che non manca di sostenitori e che ha in parte determinato la reazione della scuola storica. È certo, infatti, che negli Stati moderni quando la dichiarazione di volontà dello Stato avviene sotto forma di legge è collegata con una tale molteplicità di forme e concorso di organi vari che non si comprende affatto la compatibilità di tali condizioni con la possibilità di un consenso tacito. Ma, appunto per ciò, se il rilievo toglie ogni valore a siffatta teorica, nulla oppone alla tesi qui difesa, e cioè che quando la volontà dello Stato deve imporsi ad organi costituzionali non sempre e necessariamente deve esprimersi sotto forma di legge.

In altri termini: è vero che quando la volontà dello Stato si esprime per mezzo della legge questa si viene formando attraverso un procedimento speciale tanto per la forma quanto per gli organi che vi debbono concorrere. Ma se lo Statuto con un complesso di norme regola la formazione della legge, come espressione di volontà dello Stato, non perciò è detto che la volontà dello Stato debba sempre ed in ogni campo, per tutti i rapporti, e qualunque sia il soggetto, manifestarsi a quel modo.

Perciò, appunto, nel diritto costituzionale trova posto, come fonte autonoma al di fuori della legge, la consuetudine.

La tesi qui sostenuta sembra che, almeno limitatamente al problema della efficacia della consuetudine nel diritto costituzionale,

(27) Contro questa dottrina, LONGO, *op. cit.*, p. 248.

eviti anche di risalire a questioni ben più complesse ed il cui fondamento è ad ogni modo assai discutibile.

In particolare: non è affatto necessario ammettere che l'ordinamento giuridico abbia lacune, perchè l'ordinamento giuridico può essere necessariamente completo (art. 3 disp. prel. cod. civ.) anche se non tutti gli istituti formano oggetto di regolamento da parte di una norma scritta. Se il diritto è il complesso delle norme che derivano dalla volontà dello Stato non si può dire, infatti, che vi siano lacune quando è pur sempre la volontà dello Stato che, in diverso modo, dà efficacia alla consuetudine. Nè, per contro, la dottrina della completezza dell'ordinamento giuridico (28) porta necessariamente ad escludere la consuetudine come fonte di diritto costituzionale. Il solo presupposto che, in ossequio a questa dottrina, si deve ammettere è questo: che l'imperativo giuridico non è in ogni caso dato in forma di richiamo legislativo pur essendo sempre espressione di volontà dello Stato.

Si può poi osservare, a mio modesto avviso, che tanto coloro che negano quanto coloro che ammettono la esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico non pongono troppa cura nel precisare il punto di vista dal quale esaminano la questione. Per il giudice, che deve risolvere ogni caso col solo sussidio del diritto positivo e col solo mezzo, quindi, che l'ordinamento giuridico fornisce, non vi sono lacune. L'ordinamento giuridico è necessariamente completo. La questione, quindi, da questo lato o in senso tecnico non ha, mi sembra, ragione di essere posta. Ad altra conclusione bisogna giungere se ci si pone al di fuori dell'ordinamento giuridico ossia se in sede di valutazione critica si ammette la esistenza di lacune perchè l'ordinamento giuridico, anche nella sua espansione logica, non soddisfa a tutte le esigenze o a tutti i bisogni sociali e molti istituti non sono dalla legge regolati.

Ad ogni modo si può aggiungere che il disaccordo su questa questione, forse più apparente che reale — come è stato osservato — (29), non toglie che anche chi consente nel principio generale della com-

(28) Per questa dottrina v. DONATI (D.), *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, p. 28 sgg., et ivi tutta la bibliografia citata.

(29) Cfr. ROTONDI, *Equità e principi generali del diritto* in *Riv. di dir. civile*, 1924, n. 3, p. 273, nota 3. Per la dottrina che ammette la esistenza di la-

pletezza debba poi attenuare di molto la portata di tale principio nel campo del diritto costituzionale (30); e perciò sembra tanto più discutibile il ricollegare alla dottrina della inesistenza di lacune nell'ordinamento giuridico la tesi che nega efficacia alla consuetudine quando non sia riconosciuta dalla legge. Nè si può, a questo proposito, dimenticare che la norma consuetudinaria di diritto costituzionale ha per iscopo di regolare il modo di agire degli organi dello Stato e non già quello di vincolare l'azione dei cittadini come tali; per ciò, anche indipendentemente dall'esame relativo ad ogni ordinamento giuridico, avuto riguardo al modo di formazione della consuetudine e ai soggetti cui si riferisce, ben si può ad essa riconoscere efficacia senza bisogno di richiamo della legge.

8. — È noto che la questione della efficacia della consuetudine nel diritto costituzionale, pur presentando interesse da un punto di vista assai più generale, è stata specialmente discussa da quegli scrittori che hanno ritenuto appunto di poter giustificare per mezzo della consuetudine la introduzione del governo parlamentare in Italia e con esso l'istituto del Gabinetto (31). Questa tesi ebbe però strenui oppositori.

Si è detto che questa forma di governo venne attuata fin dalla prima instaurazione del regime libero nel Regno Sardo, interpretando in quel senso le disposizioni dello Statuto; si sarebbe quindi formata una consuetudine non in senso proprio ma soltanto interpretativa (32). Altri ha osservato che la forma parlamentare di governo, fin dal primo istante della nostra vita costituzionale, doveva considerarsi come qual cosa di obbligatorio e tale obbligatorietà, non potendo derivare dalla consuetudine, doveva necessariamente derivare dalla legge: il Governo di Gabinetto in Italia avrebbe dunque trovato la sua base nell'art. 65

cune oltre la bibliografia ricordata dal ROTONDI, v. specialmente DONATI, *op. cit.*, p. 3 nota 2. In particolare, per la impossibilità di ammettere che la volontà del legislatore sia tutta e solo nella legge scritta, v. GENY (F.), *op. cit.*, I, p. 242, 312 et ivi tutte le altre opere citate nelle note.

(30) Così lo stesso DONATI, *op. cit.*, p. 147.

(31) In questo senso RACCI, *op. cit.*, p. 439 sgg.

(32) Così RANELLETTI, *Principii cit.*, p. 29, nota 32.

dello Statuto (33). Di fronte a coloro, infine, che negavano senz'altro al governo parlamentare carattere di istituto giuridico, molto autorevolmente, si è sostenuto che, pur essendo vere norme giuridiche quelle in base alle quali in Italia si osservava il sistema parlamentare di governo, tale istituto ben poteva giustificarsi facendo ricorso ai principi generali del diritto (34).

Queste ed altre opinioni vennero già largamente vagliate e discusse; e qui non mette conto di ripetere quanto, assai bene, fu chiarito (35).

Indubbiamente, se si ha riguardo agli elementi propri della consuetudine, non si può ammettere che, sin dall'inizio, il governo parlamentare potesse giustificarsi su questa base; e quindi non può valere il rilievo che tale forma di reggimento politico venne da noi importata e trapiantata con tutti i precedenti consuetudinari già sviluppati in altri paesi (36), tanto più che questi precedenti consuetudinari — come pure fu chiarito — erano in molta parte diversi (37).

È però vero, a me sembra, che la tesi della consuetudine interpretativa non esclude necessariamente l'altra che, cioè, riconosce fondamento giuridico al sistema di governo parlamentare, sistema che si sarebbe attuato in Italia per mezzo della consuetudine in senso proprio. Non vi è, insomma, nessuna difficoltà logica ad ammettere che nei primi anni fu la interpretazione di alcune norme statutarie che diede vita al governo parlamentare, ma poi la pratica costante ed uniforme e la convinzione della obbligatorietà, relativamente alla disciplina di dati rapporti fra potere esecutivo e legislativo, consentirono il formarsi di una vera e propria consuetudine giuridica.

Ad ogni modo è inutile insistere su queste questioni che hanno ormai solo importanza storica.

È certo, infatti, che dopo la legge 24 dicembre 1925, n. 2263 sulle attribuzioni e prerogative del Capo del governo, Primo ministro, Segretario di Stato, si può dire, con sicurezza, che il nostro sistema

(33) È questa la tesi del DONATI, *op. cit.*, p. 150 sgg.

(34) V. ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, cit., p. 493.

(35) Per la confutazione delle tesi sommariamente accennate nel testo v. il già citato lavoro del RACCI.

(36) Contro DI PISA, *Le fonti del diritto*, Milano, 1920, p. 74.

(37) In questo senso e sullo sviluppo dello Stato parlamentare in Inghilterra, v., specialmente, CROSA, *Lo Stato parlamentare in Inghilterra e in Germania*, Pavia, 1929, p. 41, 44, 56, et ivi tutta la bibliografia citata.

di governo non è più il sistema parlamentare. I criteri che debbono valere per la formazione e la caduta di un ministero, nel Governo parlamentare, non trovano più applicazione colla nuova forma di governo instaurata nello Stato italiano (38).

Come è stato detto nella relazione ministeriale al disegno di legge « l'indirizzo generale del governo è materia riservata al Primo ministro; l'organo che riduce ad unità l'azione dei ministri è il Primo Ministro, non il Consiglio dei ministri ». Se, dunque, i ministri agiscono sotto la direzione del Primo Ministro e la loro opera individuale può esplicarsi solo nel campo tecnico della materia del dicastero e, d'altra parte, solo il Capo del Governo è responsabile direttamente e personalmente verso il Re dell'indirizzo generale politico, mentre i ministri sono responsabili verso il Re e il Capo del Governo di tutti gli atti inerenti al proprio ministero, bisogna ammettere che, con tale sistema, si è posto in essere un rapporto di subordinazione in senso ampio fra ministri e Capo del Governo, anche se non si vuole qualificare tale rapporto come rapporto gerarchico (39). Comunque giova ancora osservare che nessuna influenza possono più avere le Camere nella nomina e nella caduta di ministri e di ministeri. La legge 9 dicembre 1928 sul Gran Consiglio del Fascismo pone nella competenza di quest'organo formare e tenere aggiornata la lista dei nomi da presentare alla Corona in caso di vacanza per la nomina del Capo del Governo e la lista delle persone che in caso di vacanza esso reputa idonee ad assumere funzioni di governo (40).

Dai principi brevemente esposti risulta pure che non vi può essere dissenso fra i ministri circa l'indirizzo politico da seguire, e quindi crisi ministeriale, perchè questa materia è riservata al Primo Ministro. I ministri dissenzienti debbono dimettersi e le opinioni o la fiducia del Parlamento non sono più decisive. Come si vede, a

(38) Su ciò RANELLETTI, *Istituzioni di dir. pubblico*, Padova, 1930, p. 189 sgg.

(39) Tale rapporto non potrebbe, secondo il RANELLETTI, *op. cit.*, p. 189, qualificarsi come gerarchico per la ragione che i principi che reggono i rapporti di gerarchia nella nostra amministrazione non consentono di considerare come gerarchico il rapporto fra Ministri e Primo Ministro.

(40) Si tratta però solo di proposte che hanno valore consultivo e non vincono la Corona. V. per il commento alla legge e alla disposizione ricordata nel testo, RANELLETTI, *op. cit.*, p. 213.

parte le difficoltà di definire il nuovo ordinamento giuridico, è certo che con la legge sopra ricordata sono stati decisamente abbandonati i principi sui quali poggia il Governo parlamentare.

Un rilievo interessante, per il tema di cui mi occupo, può essere questo: che i soli rapporti fra Governo e Parlamento, prima regolati in molta parte dalla consuetudine, non sono stati neppure ora dalla nuova legge regolati. Nella relazione del Governo è detto che questi rapporti sono di carattere essenzialmente politico e sfuggono ad una definizione legislativa. Si può, anzi, aggiungere che questi rapporti non solo sfuggono a una definizione legislativa, data con legge in senso formale, ma anche a una regolamentazione a mezzo di consuetudine; e ciò per la natura essenzialmente diversa che hanno acquistato, dopo la citata legge, i rapporti fra Governo e Parlamento.

Ad ogni modo tutta la parte che si riferisce al Primo Ministro, alla necessità dell'accordo politico fra i membri del Gabinetto, alle crisi ministeriali che nell'ordinamento precedente era, almeno da molti autori, considerata come materia propria del diritto consuetudinario, è stata ora, con le nuove leggi, per ciò che attiene a qualche istituto positivamente regolata, mentre altri istituti sono venuti meno perchè manifestamente incompatibili coi nuovi principi introdotti.

Da queste brevi osservazioni è facile dedurre che la consuetudine costituzionale ha ora, nel nostro ordinamento, una importanza assai minore. Ciò per altro non autorizza a ritenere che la legge, la quale si è sostituita nel regolamento di molti rapporti prima lasciati alle norme consuetudinarie, ha tolto senz'altro di mezzo la consuetudine come fonte di diritto costituzionale italiano.

Vi sono ancora istituti che non possono giustificarsi se non facendo ricorso al diritto consuetudinario. Fra questi si può ricordare la luogotenenza (41) che si è attuata in Italia ripetute volte per volontà regia, mentre le nostre leggi fondamentali non conoscono questo istituto. Infine, malgrado le nuove tendenze siano piuttosto nel senso di voler regolare ogni rapporto ed ogni istituto con espresse manifestazioni di volontà statuale, ossia con leggi, non è a escludersi che altre consuetudini possano formarsi. E, d'altra

(41) Su questo istituto v. MARCHI (T.), *Le luogotenenze generali (1848-1913) nel dir. costituzionale it.*, Roma, 1918; IDEM, *Le luogotenenze regionali nell'ordinamento costituzionale e amministrativo italiano*, Roma, 1920.

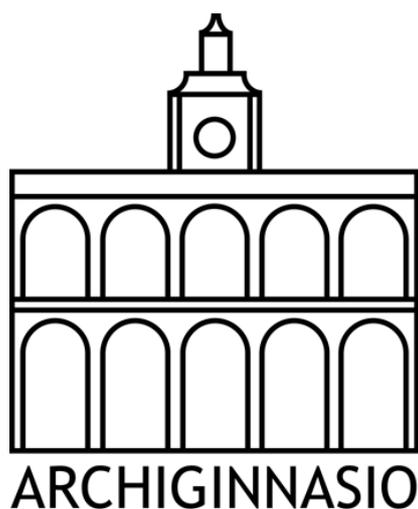
parte, ciò che prima era vera e propria consuetudine giuridica potrà, ora, trasformarsi in norma di correttezza costituzionale.

Così, come è noto, nella forma parlamentare di governo il ministero era obbligato a presentarsi alla Camera per ottenere il voto di fiducia; ora, nel nuovo sistema, pur non potendo avere il voto della Camera alcuna efficacia giuridica, tuttavia potrà ancora valere, come fatto che trova la sua spiegazione nelle regole di correttezza costituzionale, il principio per il quale il Governo e il nuovo Primo Ministro, nominato dagli organi competenti, si presentano alla Camera per ottenerne la approvazione.

BIS

1596  
Biblioteca comunale dell'Archiginnasio

CSAB



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

Le \*consuetudini costituzionali / Carlo Girola  
Urbino : Universita (S.T.E.U.), [1931?]  
Collocazione: BORSI E.00 00781  
<http://sol.unibo.it/SebinaOpac/Opac?action=search&thNomeDocumento=UBO2286532T>

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](mailto:archiginnasio@comune.bologna.it)