

114

op. 28

ORESTE RANELLETTI

Prof. ordin. di Dir. amm. nella R. Università di Pavia

LA CONSUETUDINE
come fonte del diritto pubblico interno
(costituzionale e amministrativo)

ESTRATTO DALLA

Rivista di Diritto Pubblico

N. 34, Parte I — 1913



SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA

Milano - Via Ausonio, 22 - Gall. De Cristoforis, 54-55

B***A
BOLOGNA

BORSI
M.00
00001 op. 28

BIS 11656

Biblioteca comunale dell'Archiginnasio

B***A
BOLOGNA

BORSI
M.00
00001 op. 28

BIS 11656

Omaggio, ricordo, faluto

LA CONSUETUDINE
COME FONTE DEL DIRITTO PUBBLICO INTERNO
(costituzionale e amministrativo)

ORESTE RANELLETTI

Prof. ordin. di Dir. amm. nella R. Università di Pavia

LA CONSUETUDINE
come fonte del diritto pubblico interno
(costituzionale e amministrativo)

ESTRATTO DALLA

Rivista di Diritto Pubblico

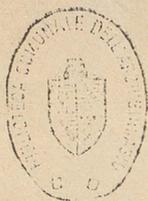
N. 3-4, Parte I — 1913



SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA

Milano - Via Ausonio, 22 - Gall. De Cristoforis, 54-55

Biblioteca comunale dell'Archiginnasio



LA CONSUETUDINE

come fonte del diritto pubblico interno

1. — Nel nostro ordinamento giuridico moderno la formazione del diritto può avvenire solo per un atto di volontà dello Stato, o sul fondamento della volontà dello Stato; e possono quindi essere fonti del diritto, oltre l'atto di volontà dello Stato a ciò diretto, solo quelle altre forze, a cui la volontà statale riconosce tale efficacia (1). La determinazione, perciò, delle fonti del diritto non può farsi in generale e in via assoluta, ma solo per un dato Stato, in riguardo ad un dato ordinamento giuridico positivo. Essa è una questione di diritto positivo. Inoltre queste fonti non sono forme di manifestazione di un diritto preesistente, ma cause produttrici di esso, in modo che la norma giuridica solo con esse e per esse incomincia ad esistere.

Certo, in regola, la materia per la norma giuridica, cioè il suo contenuto vien preparato e fornito dalla coscienza popolare, che indica la norma da dare al rapporto, di cui si tratta. Tra i membri di una società o gruppo sociale, determinati dalle esigenze dei rapporti, che nella vita in comune fra essi si stabiliscono, si formano opinioni sopra il modo come tali rapporti devono essere regolati. Tali opinioni in principio sono spesso molto diverse, ma col tempo una fra esse finisce per prevalere sulle altre e porsi come comune o almeno dominante, sì da potersi considerare come l'opinione di quella comunità sull'ordinamento del rapporto, di cui si tratta. Questa norma appare

(1) Per la dimostrazione di questo assunto, vedi i miei *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, Piero, 1912, n. 39 e 44 e segg. Avverto, poi, che a tali *Principi* si riferiscono i richiami fatti in seguito nel testo.

allora voluta dalla coscienza collettiva di quella comunità sociale e può essere di fatto da essa anche osservata nei rapporti della sua vita. Ma nel nostro ordinamento giuridico tale norma nell'un caso e nell'altro, osservata o no nella vita sociale, non è norma giuridica, se e finchè lo Stato non la ponga o riconosca come tale. Noi abbiamo, infatti, veduto altrove come alla autorità dello Stato il diritto si è nel suo svolgimento legato; la formazione e l'attuazione del diritto nella nostra società costituiscono la funzione prima, specifica ed essenziale dello Stato (I, n. 44 e segg.); e non è conseguente ammettere che la norma giuridica possa formarsi al di fuori e senza la volontà dello Stato.

Oltre a ciò molte volte quella comune opinione, o almeno dominante, pel regolamento del rapporto, non si forma nella società; la norma non è preparata dalla coscienza sociale; e gli organi, cui nello Stato spetta la funzione legislativa, devono essi stessi interpretare ed esprimere le esigenze dei nuovi rapporti da regolare e formulare la norma. In ciò la loro opera può essere preparata dalla dottrina e agevolata da quanto gli altri paesi hanno fatto ed sperimentato in proposito.

E altre volte, infine, la norma è posta dagli organi legislativi anche contro la espressione della coscienza popolare, perchè ritenuta da essi meglio rispondente alle esigenze della vita di quel popolo, nella sua conservazione, nel suo progresso, nei rapporti interni e in quelli internazionali; così nel caso della unificazione della legislazione nello Stato, assoggettando regioni di condizioni diverse alle medesime leggi; nel caso di imitazione o di importazione di norme giuridiche o di intere parti del diritto, o anche di tutto un sistema giuridico da altri paesi; nel caso di conquista, in cui il vincitore impone al popolo vinto un diritto diverso da quello, che in esso può essersi formato, o si sarebbe potuto spontaneamente formare; ecc. (1).

(1) Su ciò vedi SCIALOJA V., *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo*, 1910, in *Scientia*, 1910, p. 131-143.

Contro i concetti accolti nel testo, rimanendo nel campo del diritto positivo (pel diritto naturale vedi I, p. 64 nota) è la dottrina della scuola storica, che per lungo tempo ha dominato nella scienza giuridica e trova ancora oggi dei seguaci. Secondo essa, il soggetto, nel quale e per il quale il diritto *positivo* ha la sua esistenza, è il popolo; dallo spirito popolare vivente ed operante universalmente in tutti gl'individui, esso, come la lingua, come il costume, è generato; e nella coscienza comune del popolo vive, sebbene non nella forma di regole astratte, ma come vivace intuizione degli istituti giuridici nel loro complesso organico. La consuetudine, perciò, la legge e la giurisprudenza (scienza e pratica), quelle, cioè, che di solito si dicono fonti del diritto, sono soltanto forme di manifestazione del diritto, il quale si forma nella invisibile officina dello spirito popolare. Vedi i capi di quella scuola, PUCHTA, *Das Gewohnheits-*

Solo adunque in base al nostro ordinamento giuridico possiamo stabilire le fonti del diritto amministrativo.

2. — Una forza, che di solito e largamente si pone come fonte del diritto amministrativo, è la *consuetudine*.

Consuetudine è il modo di agire uniforme, costante, che i membri di una data comunità sociale seguono negli atti della loro vita ~~dei~~ loro rapporti.

La consuetudine ha una grande forza coattiva sull'animo umano, e la linea di condotta, che per essa in un gruppo sociale si segue, finisce per porsi nell'opinione dei membri del medesimo come norma obbligatoria. Ciò e per l'ossequio, che l'uomo porta alla tradizione, e per la forza dell'imitazione, e pel convincimento, comune o almeno dominante nella comunità, in cui la consuetudine si forma, della necessità o convenienza di quella norma pel regolamento del rapporto, di cui si tratta, secondo i sentimenti di giustizia, di ordine, di decoro, di cortesia, ecc., in essa viventi, convincimento che accompagna necessariamente la consuetudine, la quale altrimenti non esisterebbe, e può anche precederla e determinarne la formazione.

Ma la consuetudine può formarsi in ogni campo della vita e norme di costume, politiche, giuridiche, ecc., possono per essa costituirsi. Perchè essa, perciò, dia nascimento ad una norma giuridica, è necessario concorrano speciali elementi: e questi noi dobbiamo determinare.

3. — È anzitutto necessaria una osservanza uniforme e diuturna, di un modo di agire, cioè di una linea di condotta e quindi di una norma, in rapporti della vita sociale in una comunità.

Non bisogna intendere la uniformità e la costanza degli atti in senso assoluto, cioè senza eccezioni; basta che il numero dei casi di applicazione o osservanza della norma sia maggiore degli altri di non osservanza o di osservanza di una norma contraria, dimodochè una linea di condotta si possa riconoscere prevalentemente e decisamente seguita in quella comunità.

Non si può determinare con precisione il numero dei casi di osservanza della norma, che è necessario. Certo non può bastare un solo caso, perchè un atto solo non può costituire consuetudine; e poi l'uso deve avere una certa durata. Ma anche questa non si può deter-

recht, vol. I (1828), p. 143 e segg., 169 e segg.; vol. II (1837), p. 5 e segg., 225 e segg.; ID., *Institutionen*, § 10-12; SAVIGNY, *Sistema*, I, § 7 e segg., trad. it. Scialoja, p. 42 e segg.; ID., *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, III edizione, 1840, trad. it. Tedeschi, Verona, 1857.

minare con precisione. Solo si può dire che essa deve esser tale, e tale con essa il numero dei casi, che l'osservanza della norma si possa ritenere generale e radicata nella vita della comunità, di cui si tratta (1).

4. — In secondo luogo quella norma deve essere ritenuta dalla comunità necessaria pel regolamento del rapporto, di cui si tratta, secondo le esigenze di esso, e quindi osservata nella convinzione, comune o almeno dominante nella comunità stessa, della sua necessità, *come se fosse* una norma giuridica positiva.

Diciamo *come se fosse* una norma giuridica positiva, e non crediamo invece necessaria la convinzione, più forte, che essa sia già tale, cioè esista già nel diritto positivo vigente. Se si richiedesse tale più forte convinzione, come vuole la opinione comune, sarebbe necessario (2) ammettere che il diritto consuetudinario si può formare solo in base ad una erronea interpretazione del diritto esistente, perchè solo per un tale errore d'interpretazione si può ritenere esistente una norma giuridica, che in realtà non lo è (3).

Orbene tale errore e la convinzione conseguente che la norma, seguita nell'uso, è giuridica, sono possibili, e quell'errore non deve ostare alla formazione della norma giuridica consuetudinaria (4); ma

(1) Su ciò vedi, anche per le citazioni di altri scrittori, SAVIGNY, *Sistema*, I, § 29; trad. it., p. 186 e segg. e 193, nell'espone « le opinioni dei moderni circa le fonti del diritto »; WINDSCHEID, § 16, trad. it., Fadda e Bensa, p. 53 e segg.; REGELSBERGER, § 20, note 1-3, p. 94 e segg.; GIERKE, *D. P. R.*, § 20, IV, 2, note 46-50, p. 170; VANNI, *Cons.*, p. 112 e segg. e 115 e segg., salva la diversa efficacia che egli attribuisce alla consuetudine; Id., *Fil. del dir.*, p. 84; FERRINI, *Consuetudine*, n. 10, *Enc. giur. it.*, p. 621; ecc.

(2) Salvo che si accetti la tesi della scuola storica, qual'è formulata dai suoi capi, che la convinzione generale della esistenza di una norma giuridica, costituisce per sé sola la norma stessa (cfr. nota pag. 6).

(3) Se la norma esistesse, non si tratterebbe più di formazione di una norma nuova, ma solo di riaffermazione consuetudinaria di una norma giuridica esistente.

(4) Cfr. REGELSBERGER, § 20, III, p. 96 e segg. e cit. a nota 6; GIERKE, *D. P. R.*, § 20, p. 167 e segg. e cit. a nota 34 e segg.; ZITELMANN, *Gewohnheitsrecht und Irrtum* in *Arch. für die civ. Pr.*, LXVI (1883), p. 350 e segg.; FERRINI, n. 10 e segg., *Enc.*, p. 622 e segg.

Contro è tuttavia l'opinione più vecchia e sempre dominante, secondo la quale il diritto consuetudinario non può essere introdotto da un errore, e quindi gli atti e la convinzione degli agenti non devono riposare sopra un errore. Cfr. SAVIGNY, I, § 29, trad. it., p. 188 e segg., con limitazioni; PUCHTA, II, p. 62 e segg.; WINDSCHEID, § 16, nota 3, trad. it., p. 54 e segg., con limitazioni; e altri scritti da questo citati; VANNI, *Cons.*, p. 114; ecc.

Ma questa opinione non può sostenersi, senza impigliarsi in una contraddizione. Solo accogliendo il concetto che alla scuola del SAVIGNY è proprio, che, cioè, la regola

non si può ammettere che sieno necessari. Il diritto consuetudinario può anche formarsi senza questo ricollegamento della norma, osservata nella pratica, al diritto vigente (1).

Tale convinzione della necessità della norma, come abbiám detto, deve essere comune o almeno dominante nella comunità, di cui si tratta; finchè non è tale, la norma, per quanto largamente seguita, non può acquistare carattere giuridico. Come, poi, e in quale momento rispetto all'uso quella convinzione si sia formata, non ha importanza: essa, come abbiamo già detto, può precedere la consuetudine ed esserne la causa, e può invece esserne l'effetto (2).

La necessità di questo elemento importa che la norma seguita nell'uso, deve essere esternamente obbligante, cioè regolare l'operare umano esterno degli uni di fronte e in riguardo agli interessi degli altri, nei rapporti che sorgono dalla vita in comune; e deve essere ritenuta incondizionatamente obbligatoria, che, cioè, impone alle persone, cui si riferisce, in modo assoluto una condotta conforme alle proprie determinazioni. Questi, infatti, sono caratteri della norma giuridica (I, n. 37 e segg.). Se la norma regola altri rapporti o altri momenti della vita umana, o se è ritenuta solo una norma di giustizia, di equità, o una norma di convenienza, di cortesia e simili, cosicchè solo per tali sentimenti, o per mera tolleranza, o liberalità, o condiscendenza e simili, viene osservata (3), come nel dare mance

di diritto è formata dalla convinzione popolare e che per mezzo della consuetudine essa si manifesta soltanto, non si origina, si può ritenere che fin dal primo atto può e deve esistere la convinzione che la norma sia giuridica.

(1) In questo senso ampio intendiamo le espressioni *ex opinione necessitatis*, *ex opinione iuris*. Riteniamo, perciò, necessaria solo la convinzione della necessità sociale dell'uso, di quel grado di necessità, che è proprio della norma giuridica (I, n. 37 e segg.), non la convinzione della sua necessità giuridica.

Contro è anzitutto la scuola storica, secondo il concetto suo, che abbiamo ricordato nella nota precedente; ed è ancora l'opinione comune (che in ciò trova la sua origine nella scuola storica), per la quale dev'esservi la convinzione che la norma è giuridica, in modo che gli agenti ritengano di dovere operare a quel modo in obbedienza al diritto esistente. Vedi le varie opinioni intorno al contenuto di questa convinzione in ZITELMANN, *Arch. cit.*, p. 374 e segg.; e per la opinione comune WINDSCHEID, § 16, trad. it., p. 54; REGELSBERGER, § 20, II, p. 96; GIERKE, § 20, note 31 e segg., pag. 167; BIE, *Gewohnheitsrecht*, in STENGEL-FLEISCHMANN, *Wörterbuch des d. St. und Verw. R.*, II, 1911, pag. 288 e segg., 2 b, 4 c; VANNI, *Fil. del dir.*, pag. 84; VIVANTE, *Tr. di dir. comm.*, I, 2.^a ed., n. 10; ecc.

(2) Cfr. WINDSCHEID, § 15, nota 2, trad. it., p. 52 e scrittori ivi cit. *Contro* (ed è naturale) SAVIGNY, I, § 12, trad. it., p. 59 e segg., tranne per regole particolari e per disposizioni, la natura delle quali è relativamente indifferente, per esempio, determinazione dei termini nella prescrizione, delle forme esterne in un negozio giuridico, in cui la convinzione può derivare anche dall'uso; ecc.

(3) La convinzione, però, che la norma è giusta può preparare l'altra che la norma ha la necessità di una norma giuridica.

al personale di servizio, l'osservanza, anche uniforme e diuturna, non può dare a quella norma carattere giuridico (1).

5. — In qualunque comunità sociale di carattere permanente e in cui si formino rapporti suscettivi di essere regolati da una norma esterna di condotta, può formarsi una consuetudine giuridica. Non importa se in essa i membri sono o no organizzati ad unità, con organi chiamati ad agire nell'interesse generale per i fini comuni, perchè il diritto consuetudinario non emana dalla volontà della comunità. Così può formarsi una consuetudine giuridica nella comunità internazionale, in una comunità religiosa senza Chiesa, in classi sociali, come commercianti, agricoltori, proprietari di case, ecc. (2).

Ed è dalla stessa comunità, cioè propriamente dall'attività comune delle persone, tra cui intercedono i rapporti da regolare, e che dalla norma giuridica consuetudinaria saranno, perciò, regolate nel loro operare, che la norma vien formata. Quella attività, certo, è attività di individui e nella coscienza di individui si forma la convinzione della necessità e sociale e giuridica della norma. Ma l'individuo ha tale convincimento non come singolo, cioè come sua opinione personale, ma come l'opinione generale, comune o almeno dominante, della comunità, a cui appartiene, epperò come membro della medesima (3).

(1) Ciò dimostra che la sola consuetudine per sé, senza la convinzione della sua necessità, non può formare una norma di diritto, ed è quella convinzione che dà alla consuetudine questa efficacia specifica. *Contro* questa tesi ZITELMANN, *Arch. cit.*, p. 412 e segg., 446 e segg.; FERRINI, *Cons. cit.*, n. 9 e segg., *Enc.*, p. 620 e segg., ritenendo che basti la sola consuetudine.

E d'altro lato risulta ancora da ciò che abbiamo detto che la sola convinzione, sia pure giuridica, non accompagnata dalla consuetudine, quindi non manifestatasi nell'uso non basta per sé a stabilire il diritto consuetudinario. Perchè, invero, si possa parlare di norma di condotta è necessario che quella convinzione non sia rimasta cosa puramente interiore, ma si sia manifestata nel mondo esterno ed abbia influito in modo decisivo sul regolamento dei rapporti giuridici. Una convinzione giuridica non è una norma di condotta. La consuetudine, perciò, e la convinzione della sua necessità sociale o giuridica sono due momenti, l'uno esterno, l'altro interno, entrambi necessari per la formazione del diritto consuetudinario. In questo senso, salvo il diverso concetto della necessità, è l'opinione ormai comune. Cfr. WINDSCHEID, I, § 15, nota 2, trad. it., p. 52 e scritt. da lui citati; REGELSBERGER, § 17, 19 e segg., p. 83 e segg., 93 e segg.; GIERKE, § 17 e 20, p. 125 e segg., 163 e segg., e scritt. da lui citati alla nota 19, pag. 164; BRIE, § 2, 2 e segg., pag. 288; VANNI, *Fil. del dir.*, pag. 84; VIVANTE, I, n. 9 e seg.; FILOMUSI-GUELFI, *Enc. giur.*, VI ed. 1911, § 21; ecc.

(2) Cfr. GIERKE, § 20, IV, pag. 165 e seg.; BRIE, § 2, 1, pag. 287 e seg.

(3) Tale convinzione, secondo la qualità del rapporto, di cui si tratta, e la forza delle esigenze sociali, cui esso risponde, può essere sentita anche da persone di altre comunità, ed essere diffusa anche in tutto il gruppo sociale, cui quella comunità appartiene; ma ciò non è necessario per l'efficacia della consuetudine. Vedi nota 4 pag. seg.

La convinzione della necessità giuridica dell'uso nel regolamento del rapporto, di cui si tratta, può anche formarsi per opera di quella classe di persone, che della esposizione e della applicazione del diritto fanno la loro professione, cioè i giuristi. Ma la giurisprudenza (scienza e pratica) (1) quando di essa si parla come fattore della consuetudine, non può essere considerata come forza a sé (2), ma solo come parte della vita della comunità, dei rapporti della quale essa si occupa. I giuristi non sono fuori del popolo, ma vivono in mezzo a questo, sono dominati, come qualunque altro membro di esso, dalle correnti spirituali che vi predominano e la loro attività spirituale è parte della intera vita spirituale popolare. Nel formare quelle convinzioni essi sentono ed esprimono le esigenze generali della comunità, di cui si tratta; e, se anche da principio tali convinzioni si formano nella sola classe dei giuristi, senza trovare le loro radici nella coscienza collettiva della comunità, a cui rimangono estranee, finiscono però per diventare comuni anche a questa, per effetto della applicazione della norma ai rapporti della vita sociale (3).

Da tutto ciò deriva che il diritto amministrativo consuetudinario, secondo il concetto che di quel diritto abbiamo posto altrove (I, n. 301), si forma per l'attività degli organi amministrativi in concorso con quella degli altri subbietti, con cui essi entrano in rapporti, nella organizzazione della pubblica amministrazione in senso subbiettivo e nello svolgimento della sua attività pubblica; e nella loro coscienza comune si forma la convinzione della necessità della norma per il regolamento di quei rapporti (4).

6. — Infine nella nostra società moderna la consuetudine, perchè abbia tale efficacia, deve essere riconosciuta come fonte di diritto, esplicitamente o implicitamente, da un atto di volontà dello

(1) Le decisioni giudiziarie soprattutto sono adatte a dimostrare l'esistenza di questa convinzione giuridica, perchè esse, salvo il caso di un arbitrio, possono derivare soltanto dalla persuasione del giudice della validità giuridica della norma applicata.

(2) Ciò si fa solo, quando della giurisprudenza si tratta come fonte a sé del diritto.

(3) Cfr. WINDSCHEID, § 16, p. 56 e segg.

(4) Non è necessario che quella convinzione sia generale a tutto un popolo, come una convinzione popolare superiore agli organi amministrativi e ai subbietti tutti, che con essi entrano in rapporti. Questa convinzione popolare per molte norme consuetudinarie (e risulta da quelle medesime riconosciute dal nostro diritto positivo, n. 10) non può essere una realtà. Cfr. DONATI, *Le lacune dell'ord. giur.*, 1910, p. 153 e segg. — *Contro* GERBER, *Grundzüge des deut. Staatsrechts*, 1880, § 6, nota 7, pag. 15; LONGO, *Della cons. come fonte del dir. pubbl. ecc.*, 1892, pag. 75 e segg., e 82 e segg.

Stato (1), e propriamente da una legge in senso formale. Se, infatti, la formazione del diritto è attribuzione propria degli organi legislativi (I, n. 192), a più forte ragione deve essere tale la determinazione delle fonti di esso.

Ciò pel nostro diritto privato è generalmente ammesso: la consuetudine vi è fonte di diritto, in quanto è dalla legge espressamente riconosciuta come tale, epperò nella ampiezza, in cui tale riconoscimento si trova da quella fatto; e cioè pel diritto civile soltanto in via eccezionale, nelle materie e casi, in cui la legge ad essa espres-

(1) Cfr. VANNI, *Fil. del dir.*, p. 85 e 186 e segg., mutando l'opinione altra volta seguita. — *Cons.*, p. 96 e segg., 104 e 115; FERRINI, *Cons.*, n. 9, 16, ritenendo, però, che l'ordinamento giuridico, se non vuol venire meno al suo compito, deve proteggere una consuetudine, che abbia tutti gli elementi necessari, per cui, nel silenzio della legge, la consuetudine deve riconoscersi fonte del diritto: n. 14, *Enc.*, p. 627 e segg.: vedi, però, pel diritto positivo italiano, n. 15-17, p. 628 e segg.; DONATI, *Le lacune*, p. 143 e segg.; implicitamente LABAND, *Staatsrecht*, V ediz., 1911, vol. II, § 57, III, p. 75 e segg., e scritt. ivi citati; MAYER O., *Deut. Verw. R.*, § 10, 4, p. 130 e segg.; ediz. fr., I, p. 168 e segg., ma ammettendola per la giustizia e nell'assunto che la legislazione abbia lacune, e solo per eccezione e in limiti molto ristretti per l'amministrazione, assunto e differenza, che non possono essere accettati (I, note p. 243 e 257); ecc. Vedi ancora nota 3, pag. 14.

Contro è la scuola storica ed è ancora l'opinione dominante, la quale, pur rifiutando il concetto fondamentale di quella scuola e ritenendo che la convinzione giuridica degli utenti non è per sé diritto, ma può formarlo solo quando si manifesti nell'uso, ammette che in quella convinzione (che per noi, nel modo come l'abbiamo intesa, è solo un elemento della consuetudine giuridica) sta la ragione e la base della forza obbligatoria del diritto consuetudinario. La consuetudine, perciò, deve essere ammessa come fonte del diritto indipendentemente dal riconoscimento dello Stato; tale riconoscimento è superfluo. Solo si discute se la legge possa con espressa disposizione negare utilmente tale efficacia alla consuetudine; ma in ogni modo si è d'accordo nel ritenere che nel silenzio della legge la consuetudine deve riconoscersi come fonte del diritto. — Cfr. WINDSCHEID, § 15, nota 1, trad. it., p. 50; VANNI, *Cons.*, p. 98 e segg., 104 e 115; LONGO, *Cons.*, pag. 14 e segg.; MEYER, *Staatsrecht*, VI ed., 1905, § 16 e 72, III, pag. 53 e 210, con qualche limitazione; ID., *Deut. Verwaltungsrecht*, III ediz., Dochow, 1910, § 3, pag. 9 e scritt. ivi citati; STENGEL, *Deut. Verw. R.*, 1886, § 6; GERBER § 6, pag. 14 e segg.; JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, 1887, pag. 334 e segg.; BRIE, § 2, 4; § 4 e segg., pag. 288 e 289 e seg. per la forza stessa della consuetudine; ecc., rilevando, però, molti di questi che nel campo del diritto pubblico l'applicazione del diritto consuetudinario è di fatto molto limitato, perchè risponde all'interesse popolare il rispetto anche della lettera della costituzione e perchè i rapporti nel campo del diritto amministrativo sono regolati con maggiore precisione per mezzo di leggi e regolamenti. Vedi inoltre, citazioni a nota 2 pag. 19.

Non si deve confondere l'opinione accolta nel testo con l'altra, la quale riconduce la formazione del diritto consuetudinario alla volontà del legislatore, ritenendo che la sua forza provenga dalla approvazione tacita dell'organo (popolo, monarca, ecc.) che nella costituzione dello Stato compie la funzione legislativa.

Questa opinione, fondata (e sembra non esattamente) su testi del diritto romano, ebbe un gran valore nel medio evo, rimase dominante fino al sorgere della scuola storica, fu accolta in qualche codice, ed è ancora oggi seguita da molti scrittori. — Su di essa, anche per la letteratura relativa, vedi GIERKE, *Genossenschaftsrecht*, III, p. 216,

samente si richiama (1); in materie di commercio come fonte generale suppletiva, ove le leggi commerciali non dispongano (2).

Per l'art. 48 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del

307, 456, 653; ID., *Deut. Priv. R.*, § 20, p. 162 e segg., nota 10-14; FILOMUSI-GUELFI, *Enc.*, pag. 63, note 1 e seg.; ecc.

Tale opinione non può essere accolta, perchè o quell'assenso del legislatore si riduce ad una mera finzione, ed in tal caso, si ammette che esso non esiste, e se non esiste, non può essere il fondamento della forza giuridica della norma consuetudinaria; o si vuole sia una realtà, e in questo caso, quell'assenso non sempre può esistere, perchè si può volere solo ciò che si conosce, e non di tutte le consuetudini il legislatore può avere conoscenza, in specie di quelle particolari; in ogni modo quell'assenso potrebbe esser dato solo con una legge, perchè solo mediante la legge possono gli organi legislativi dichiarare efficacemente la loro volontà; e infine, se la norma consuetudinaria deriva la sua efficacia giuridica dall'assenso degli organi legislativi, vuol dire che la consuetudine non è fonte di diritto, perchè essa per sé non forma la norma giuridica, ma solo fornisce il contenuto, l'elemento materiale della medesima; l'elemento formale, cioè la sua forza di diritto, le deriva solo dalla volontà degli organi legislativi, cioè dalla legge. — In questo senso WINDSCHEID, § 15, nota 1, trad. it., p. 51; ZITELMANN, *Arch. cit.*, p. 363 e segg., 370 e segg.; REGELSBERGER, § 17, p. 86 e segg.; GIERKE, *D. P. R.*, § 20, p. 162 e segg.; e scritt. da essi citati; LONGO, *Cons.*, p. 4 e segg., ma per ragioni non in tutto concordanti; FERRINI, *Cons.*, n. 6 e 7, sdoppiando questa opinione in due e notando inoltre, che, se per popolo s'intendesse non l'organo dello Stato, cioè il popolo giuridicamente organizzato nell'assemblea legislativa, ma il popolo nel senso naturale, come gruppo sociale, non si giustifica perchè la volontà sua collettiva possa porre il diritto.

Ma è chiaro che questa opinione non coincide con quella accolta nel testo, la quale solo richiede che l'ordinamento giuridico dello Stato riconosca la consuetudine come fonte del diritto, non che il legislatore riconosca ed approvi le norme, che col mezzo della consuetudine si sono formate.

Perchè, poi, lo Stato ammette che, oltre la legge, sia fonte di diritto anche la consuetudine, è un'altra questione di politica legislativa, che esorbita da quella che qui studiamo. — Contro FERRINI, n. 6 cit.

(1) Così per i diritti civili dei corpi morali, cod. civ., art. 2; in materia di usufrutto, cod. civ., art. 506; nelle servitù legali, cod. civ., art. 580, 582; nei contratti in generale, cod. civ., art. 1124; nel contratto di matrimonio, cod. civ., art. 1381; per l'azione redibitoria nelle vendite di animali, cod. civ., art. 1505; nella locazione, articoli 1574, 1598, 1600, 1604, 1607, 1609, 1610, 1613, 1625, 1651, 1654, ecc.

(2) Art. 1 pr. del cod. di comm. E solo in mancanza di consuetudine commerciale, si applica il diritto civile. Cod. cit., art. 1, capov.

Le nostre leggi, è noto, oltre la parola *consuetudine*, adoperano anche quelle di *fuso e pratica*, ma non sempre nel medesimo significato. Alle volte la parola *uso*, come in genere *consuetudine*, indicano la norma giuridica consuetudinaria, o la consuetudine come fonte di diritto, cod. civ. e cod. di comm., art. cit. Altre volte *uso* e talvolta anche *consuetudine* (cod. civ., art. 487) e in generale la parola *pratica* indicano semplici usanze, cioè modi di agire, di procedere, comunemente seguiti; e possono essere norme di condotta, espressioni convenzionali e pratiche tecniche. E tali usanze talvolta hanno efficacia giuridica come usi interpretativi, che servono, cioè, ad interpretare i contratti, chiarendone i patti ambigui, o a completarne il contenuto, cioè la dichiarazione di volontà, e hanno quindi, valore giuridico obbligatorio, in quanto si presumono voluti dalle parti, epperò per la volontà stessa delle parti nel negozio giuridico - Cod. civ., art. 1134, 1135, 1608, 1124, in cui la parola *uso* ha l'uno e

codice civile (1), cessarono di aver forza dal giorno della attuazione del codice, nelle materie, che di questo formavano oggetto, tutti gli usi e le consuetudini, a cui il codice stesso espressamente non si riferiva. Nulla si dispose per l'avvenire, per le nuove consuetudini, che in quelle materie si fossero potuto formare. Ma, come già si ritenne nella legislazione francese, da cui quella disposizione ci deriva (2), così nella nostra, nessuna efficacia si poteva riconoscere a tali consuetudini. Ciò era imposto dalla stessa formazione dei codici, di cui fu compito ordinare in un tutto sistematico e completo le norme relative ai rami del diritto, di cui si occuparono, per assicurare di quello la eguaglianza e la certezza. E tale contenuto e scopo, come dovevano far cessare tutte le consuetudini esistenti nelle materie, che dei codici formavano oggetto, secondo la disposizione transitoria che abbiamo ricordata, così dovevano per l'avvenire impedire la formazione di nuove consuetudini.

Di più era concetto scientifico del tempo della formazione del codice francese (e su di esso quella disposizione riposava) che la forza obbligatoria della consuetudine si fondava sul riconoscimento espresso o tacito del potere legislativo dello Stato. E poichè questo potere, secondo il nostro ordinamento costituzionale, può dichiarare efficacemente la sua volontà solo mediante la legge, la consuetudine può avere efficacia solo sul fondamento di una legge che la riconosca (3).

l'altro significato; ecc. Altre volte hanno valore giuridico per la legge, che ad esse si rimette e dà loro efficacia obbligatoria - Cod. civ., art. 485 e segg., 489, 1956, n. 2, in cui, si noti, non si tratta di usanze nei rapporti con altre persone (il che è essenziale perchè vi sia norma giuridica - I, n. 156), ma di usi e pratiche seguite dal subbietto nell'esercizio del proprio diritto soggettivo, cioè nei limiti della propria sfera giuridica - I, n. 158 - *Contro* SCIALOJA A., p. 17.

Queste usanze non sono norme giuridiche, nè fonti di diritto, anche quando sono norme di condotta in rapporti sociali: ma in questa ultima ipotesi possono diventarle coll'acquistare gli elementi della norma giuridica consuetudinaria - Vedi in questo senso, ma non in tutto concordanti, VIVANTE, I, n. 16 bis; SCIALOJA A., *Le fonti del dir. comm.*, 1907, n. 19 e segg. e l'ampia bibliografia e giurisprudenza ivi citata; REGELSBERGER, § 22, II, e scritt. ivi cit.; ecc.

(1) R. Decreto 30 novembre 1865, n. 2606.

(2) Legge per la pubblicazione del codice civile, 30 ventoso, anno XII (21 marzo 1804), art. 7.

(3) E questa è l'opinione comune in Italia, come in Francia. Cfr. pel dir. franc. CROME, *Parte gen. del dir. pr. fr. mod.*, trad. it., p. 38 e segg.; e scritt. ivi citati; e pel nostro PACIFICI-MAZZONI, *Ist. di dir. civ. it.*, I, 1903, p. 24 e segg. e nota b (del VENZI), p. 30 e segg.; FILOMUSI-GUELFI, *Enc.*, § 22, p. 64 e segg.; CHIRONI-ABELLO, *Trattato di dir. civ. it.*, I, 1904, p. 47 e segg.; DEGNI, *L'autorità del dir. cons. nella legge civ. it.*, 1906, dagli *Studi in onore di C. Fadda*, p. 17 e segg.; e scritt. da questi cit.; VIVANTE, *Tratt. di dir. comm.*, I, n. 7 e segg.; SCIALOJA A., *Le fonti*, p. 22 e segg.; ecc.

Da questo, poi, deriva che per le materie, cioè istituti e rapporti, che non formarono oggetto del codice e che rimasero regolate dal diritto comune, che imperava prima delle odierne codificazioni, rimasero in vigore le consuetudini allora esistenti, e la consuetudine ha conservata nel nostro ordinamento giuridico la efficacia di fonte del diritto, che il diritto comune in massima le riconosceva, finchè leggi posteriori non l'abbiano esplicitamente o implicitamente abrogata (1).

Tutto questo importa che nel nostro ordinamento giuridico la consuetudine non ha per sè il carattere di fonte del diritto, ma lo attinge dalla legge positiva (2). E ciò è naturale.

Noi abbiamo già ricordato come la formazione del diritto si è posta nella nostra società come una funzione essenziale, specifica ed esclusiva dello Stato e non è conseguente, perciò, ammettere che altre forze sociali possano parteciparvi, senza la volontà dello Stato, che loro ne accordi la facoltà. E qui, appunto pel diritto consuetudinario privato, non è più il potere di impero dello Stato, che pone la norma di diritto, ma è il fatto di comunità sociali, diverse dallo Stato e fuori della sua organizzazione, e la convinzione loro collettiva che in quello si manifesta, cioè sono gli stessi sudditi nelle varie comunità sociali, in cui sono ordinati. E questo costituisce una grave eccezione alle norme, che regolano la formazione del diritto nel nostro ordinamento giuridico, e non può essere, perciò, ammesso, senza che la volontà dello Stato lo consenta. Soltanto lo Stato nella nostra società, deve poter determinare quali norme sono per esso giuridiche e quali forze, perciò, fuori della propria volontà e a quali condizioni possano formarle (3).

(1) Cfr. FADDA e BENZA, nota *k* al WINDSCHEID, pag. 112; FERRINI, *Cons.*, loc. cit., p. 628.

(2) Nessun aiuto può dare per la soluzione di questa quistione l'art. 3 delle disp. prel. al cod. civ., come si è creduto, perchè, come abbiamo detto altrove (I, n. 162, nota *), quella disposizione usa la parola legge nel senso di norma giuridica, da qualunque fonte questa emani (legge o consuetudine), e i principî generali del diritto sono i principî fondamentali informativi del nostro sistema giuridico positivo, da qualunque fonte anch'essi sieno posti. Quest'articolo, perciò, presuppone risolta la questione delle fonti, da cui le norme giuridiche possono derivare, non può contribuire esso a risolverla. *Contro*, ma con diverse conclusioni, LONGO p. 19, ammettendo che l'espressione *principî generali del diritto*, possa, nel silenzio della legge, comprendere la formazione per l'avvenire del diritto consuetudinario; FERRINI, p. 629, negandolo. E *contro* la tesi che nei principî generali del diritto dell'art. 3 si possa comprendere il nuovo diritto consuetudinario, vedi pure ORLANDO, *Le fonti del dir. amm.*, n. 12, in *Trattato*, I, p. 1057.

(3) Non ci sembra sufficiente, per giungere a questa conclusione, la sola considerazione che nel rapporto fra lo Stato e i suoi sudditi ha forza obbligatoria la sola volontà dello Stato. - DONATI, *Le lacune*, p. 144, nota - perchè se la formazione del di-

Da questo deriva che nel nostro ordinamento la legge (in senso formale) come atto di volontà dello Stato, è fonte preminente nella sua forza giuridica alla consuetudine; la legge può sempre abrogare una consuetudine, ma non può essere da questa abrogata (1), salvo che essa stessa lo consenta (2).

E in ogni caso la consuetudine non può essere contraria all'ordine pubblico, cioè ai principî fondamentali, sui quali poggia lo Stato nella sua organizzazione politica e sociale (I, n. 297), e ai quali non si

ritto non è funzione esclusiva dello Stato, quell'elemento non può escludere che altre forze sociali, indipendentemente dal riconoscimento dello Stato, possano partecipare alla formazione del diritto, come è avvenuto in altri stadi della vita dello Stato (I, n. 42 e segg., 102 e segg.).

(1) Art. 5 disp. prel. al cod. civ.: Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori.

Questo articolo è la conseguenza e l'applicazione del principio della preminenza della legge sulla consuetudine. Il dire che questo articolo non può impedire ogni consuetudine abrogativa, perchè non può impedire che esso stesso venga dimenticato e rimanga abrogato per desuetudine, è un volere appunto ammettere fonti di diritto indipendentemente dalla volontà dello Stato e oltre a quelle, che questa riconosce. La consuetudine, certo, è una forza naturale; ma se a questa forza lo Stato, per mezzo di una legge, nega efficacia giuridica, non si vede come tale forza possa produrre quell'effetto.

La legge di fatto potrà essere non osservata e dimenticata, e anche diventare inapplicabile, perchè vengono meno i rapporti o le situazioni, che essa voleva regolare; ma non per questo solo può ritenersi abrogata. Ciò si può ammettere solo quando la cessazione di quei rapporti, per estinzione o per sostanziale modificazione, si deve ritenere definitiva. E in ogni modo questa abrogazione della legge avviene per causa inerente allo stesso suo comando, che alla esistenza dei rapporti, che vuol regolare, è necessariamente condizionato, e non per desuetudine. Cfr., ma con maggiore ampiezza nella tesi, LABAND, *Staatsrecht* cit., p. 75 e seg. e scritt. ivi cit.; e per la prima parte della nota FADDA e BENZA, nota *k* cit., p. 113 e segg.; FERRINI, *Cons.*, n. 14 e segg. e 17 p. 627 e segg.; MAYER O., § 10, pag. 134, ed. fr., p. 173; *Contro*: WINDSCHEID, § 18, nota 3, trad. it., p. 60; GIERKE, § 20, p. 174, ritenendo, con qualche diversità fra essi, che il divieto è efficace, finchè esso stesso non cada in desuetudine. E *contro*, a più forte ragione, sono quegli altri scrittori, che ritengono privi d'efficacia tali divieti, perchè essi esigono l'impossibile, dappoichè la legge non può disporre che il diritto non sia diritto, e non può, perciò, togliere vigore ad un futuro diritto consuetudinario, come non lo potrebbe ad una legge futura — WINDSCHEID stesso, *loc. cit.*, nelle ediz. precedenti e scrittori da lui citati; JELLINEK, pag. 335 in fine e seg.; LONGO, pag. 14 e segg., 20 e segg.; BRUNIALTI, *Dir. cost.*, I, pag. 185, ecc. — o riconoscono al diritto consuetudinario una forza eguale a quello legislativo; STENGEL, *Verw. R.*, § 6, pag. 28 nota, e 29; EISELE, *Unverb. Gesetzesinhalt*, in *Arch., f. die civ. Pr.*, LXIX (1886) pag. 292 e segg.; BRIE, § 3, pag. 289; ecc.

(2) Così per l'art. 1 capov. cod. di comm., per il *diritto civile*, nell'ipotesi che, non disponendo le leggi commerciali e in mancanza di usi mercantili, si sia applicato a dati rapporti il diritto civile, ed in seguito si formi in riguardo ad essi un uso che viene, perciò, ad abrogare in quelle materie il diritto civile. Cfr. FADDA e BENZA, p. 116; FERRINI, n. 15, p. 628; CROME, p. 40; SCIALOJA A., p. 28 e segg. È ovvio, poi, che una norma consuetudinaria può sempre abrogare un'altra norma consuetudinaria.

potrebbe derogare, senza sconvolgere tutto il sistema del diritto vigente (1).

7. — Si deve ammettere questo stesso principio nel campo del diritto pubblico interno? (2). Noi crediamo di sì. La formazione del diritto pubblico consuetudinario costituisce una deroga profonda alla distribuzione delle varie attività fra gli organi dello Stato e alle norme, secondo cui esse debbono venire esplicate, perchè il diritto non viene formato per opera degli organi statuali, secondo la competenza e nelle forme, che la costituzione dello Stato stabilisce (3), ma o da organi diversi da quelli, cui la formazione della norma dovrebbe spettare, secondo le regole fondamentali sulla divisione dei poteri, come pel diritto amministrativo (I, n. 317), o in ogni modo senza l'osservanza di quelle forme, che la costituzione stessa stabilisce per la emanazione di norme giuridiche, come per lo stesso diritto amministrativo e pel diritto costituzionale, che vien formato dall'attività degli organi legislativi. E questo, appunto perchè costituisce una deviazione dai principî fondamentali, che nella nostra costituzione regolano la formazione del diritto per opera dello Stato, non può essere ammesso, senza che la volontà dello Stato stesso lo consenta.

Con la tesi contraria si dà agli organi amministrativi la possibilità di sorpassare per via dell'uso, quei limiti giuridici, che ad essi impone il principio della divisione dei poteri, e si sopprimono in ogni caso quelle garanzie, che sono date dalle distinzioni e subbiet-

(1) In questo stretto significato può essere accettata come un requisito del diritto consuetudinario la *ragionevolezza* degli atti, della convinzione e della norma osservata, requisito che trova il suo fondamento nel diritto romano e canonico, ed è mantenuto ancora oggi in tale significato (contraddizione ai fondamenti dell'ordine politico e morale; all'ordine pubblico e al buon costume; alle fondamentali esigenze del sistema etico o giuridico; e simili) dalla dottrina dominante. Cfr. SAVIGNY, I, § 29, trad. it., p. 190 e segg., come conseguenza o corollario, però, dell'*opinio necessitatis*, e quindi nei limiti, in cui la irragionevolezza dell'atto esclude la opinione della sua necessità; PUCHTA, II, p. 51 e segg.; WINDSCHEID, § 16, ma solo per le consuetudini particolari; REGELSBERGER, § 20, IV, p. 97; VANNI, *Cons.*, p. 114 e segg.; FERRINI, n. 9, p. 621 e segg.; VIVANTE, n. 15; SCIALOJA A., n. 16; ecc. Non si potrebbe intendere la ragionevolezza nel senso che la norma sia *buona, opportuna*. — *Contro* GIERKE, § 20, p. 169 e segg., ritenendo indifferente il contenuto della convinzione giuridica regolarmente formatasi: nessuna differenza, egli dice, esiste tra il diritto consuetudinario e la legge. Così pure WINDSCHEID pel diritto consuetudinario generale, § 16, n. 5. E questa tesi è giusta, se si ammette che la consuetudine è per sè fonte di diritto, indipendentemente dalla legge, ed a questa equipollente.

(2) La questione ha importanza solo pel diritto costituzionale e amministrativo, perchè pel diritto penale e pel diritto processuale civile e penale, per i quali pure furono formati dei codici, la dottrina è d'accordo nel negare ogni efficacia alla consuetudine. Cfr. FILOMUSI-GUELFI, *Enc.*, p. 70 e segg. e note e scritt. ivi citati.

(3) Vedi vol. I, n. 189 e segg., 199 e 202.

tiva e formale delle attività dello Stato e che sono nei fini e a fondamento di quel principio (I, n. 184 e segg.).

D'altronde l'ordinamento giuridico di uno Stato deve ritenersi uno nella sua costruzione, e come tale non può ammettersi ispirato a principî fondamentali contraddittori. E se per tutto il diritto privato la consuetudine è fonte di diritto solo in quanto è dalla legge riconosciuta come tale, e non ha per sè carattere di fonte del diritto, ma lo attinge dalla legge positiva, e questa è nella sua forza giuridica fonte preminente alla consuetudine, non si possono ammettere principî diversi pel diritto pubblico. La consuetudine non vi può essere fonte indipendente, che attinga tale suo carattere non alla volontà dello Stato, ma alla convinzione popolare, e non può avervi forza giuridica pari a quella del diritto legislativo, e mutarlo e abrogarlo. La stessa fonte di diritto, salve disposizioni positive contrarie, non può ritenersi ammessa in un dato ordinamento giuridico con diversa base e ragione della sua forza e con diversa efficacia.

Nel nostro diritto positivo, poi, questa unità di trattamento della consuetudine in rapporto alla legge, risulta ammessa dall'art. 5 delle disposizioni preliminari al cod. civile, perchè tale articolo, come abbiamo veduto, esprime il principio della preminenza della legge sulla consuetudine, e con questo l'altro, su cui il primo nel nostro ordinamento giuridico è fondato, che la consuetudine non ha per sè il carattere di fonte del diritto, ma lo attinge dalla legge positiva; e posto, come è, nel titolo preliminare al cod. civile, che contiene disposizioni sulla applicazione delle leggi in generale, questo articolo deve valere anche pel diritto pubblico (1). Anzi soprattutto pel diritto pubblico devono valere le disposizioni di questo articolo e i principî, che esso esprime e di cui è la conseguenza e l'applicazione, perchè tanto più forte è nel diritto pubblico, per la maggiore importanza della materia, che ne forma oggetto (I, n. 295), la esigenza della certezza della norma, quella esigenza che nel diritto privato portò, come abbiamo visto, alla sostituzione della legge alla consuetudine e alla preminenza di quella su questa. Questa esigenza che il diritto sia

(1) Contro MORELLI, *La funzione legislativa* cit., p. 186, nota, per « la necessità delle cose, che è superiore alla volontà dei legislatori »; LONGO, p. 22 e segg.; FERRINI, n. 19, p. 630 e segg.; BRUNIALTI *Dir. cost.*, I, p. 186; ritenendo essi che le disposizioni degli art. 3 e 5 del tit. prel. al cod. civ. si riferiscono solo al giudice, che è appunto chiamato ad « applicare le leggi » e « decidere controversie », non ai funzionari dell'ordine amministrativo e meno ancora agli organi costituzionali dello Stato. Contro questa tesi esaurientemente ORLANDO, *Le fonti*, n. 13, *Trattato*, I, p. 1058 in fine e segg.

certo (1) ed eguale è una esigenza generale nella società moderna; e può essere soddisfatta, in specie nei grandi Stati moderni, solo dalla legge.

8. — Si è detto che il sistema legislativo del nostro diritto pubblico, per la sua formazione recente e senza tradizioni nazionali e imitato da altri popoli con un procedimento precipitoso, anzi abborracciato, è incompleto e difforme dalle tendenze dello spirito nazionale; e d'altronde non tutto in esso si può regolare con leggi, poichè molte materie mal si prestano ad essere contenute nella rigidità di una formula legislativa; ciò alle volte non è possibile, altre volte è inopportuno o pericoloso; così soprattutto nel diritto costituzionale. E a quei difetti e a questa impossibilità o non convenienza della legge supplisce bene la consuetudine, che ha maggiore flessibilità per adattarsi alla varietà delle condizioni di fatto e tenere il dovuto conto dell'interesse pubblico (2).

9. — Queste osservazioni sono meglio appropriate al diritto costituzionale che all'amministrativo, in cui sempre più copiosa ed estesa e completa è la legislazione; ma in ogni modo esse in parte non sono fondate, e in genere non possono per sè sole indurre a riconoscere alla consuetudine il carattere di fonte del diritto pubblico.

Abbiamo, infatti, veduto innanzi che il nostro sistema giuridico non si può ritenere incompleto, non ha lacune (I, pag. 243, 257 nota), perchè dove manca la norma giuridica pel rapporto, di cui si tratta, devon supplire l'analogia e i principî generali del diritto. E se il diritto in alcune materie non regola e non vincola l'attività degli organi statuali, ma ne riconosce la libertà, sia pure perchè è impossibile o pericoloso regolare quel rapporto con norme precise, non si vede perchè ciò solo debba indurre ad ammettere che tale norma possa venir posta dalla consuetudine. Rimane sempre a dimostrare che questa sia riconosciuta come fonte di diritto dal nostro or-

(1) La certezza del diritto ne facilita la conoscenza e ne garantisce meglio la osservanza.

(2) È l'opinione comune in Italia. Cfr. ORLANDO, *Dir. cost.*, n. 55, p. 52, avvertendo, però, che nel suo scritto posteriore, *Le fonti* cit., n. 15 e segg., *Trattato*, I, p. 1061 e segg., egli limita fortemente la portata di tale sua opinione, ritenendo che anche pel diritto pubblico la consuetudine deve dirsi assolutamente esclusa come fonte generale del diritto — vedi specialmente n. 21 e segg., p. 1071 e segg.; LONGO, *Cons.*, p. 27 e segg., 58 e segg., 78 e segg.; MORELLI, *La funz. legisl.*, § 23 e in specie 24, p. 184 e segg., e 188 e segg.; BRUNIALTI, *Dir. cost.*, I, p. 186 in fine e segg., 193 e segg.; AMABILE, *Le fonti del dir. cost.*, Catania, 1897, p. 117 e segg., 186 e segg.; MICELI, *Pr. fond. di dir. cost. gen.* cit., § 10, pag. 39 e segg.; FERRACCIU, *La cons. costituzionale*, in *Studi senesi*, XXIX (1913), n. 6 e 11 e segg., ma con qualche limitazione — n. 13; ecc.

dinamento giuridico positivo. Infine, poi, la maggiore flessibilità per adattarsi alle condizioni di fatto e tenere tutto il dovuto conto dell'interesse pubblico, potrà riconoscersi alla consuetudine solo nel periodo della sua formazione, perchè, quando la norma giuridica sia per questa via formata, non può essere meno precisa nel suo comando di quella, che venga posta con la legge. Se anche in questo momento il suo comando rimane in funzione dell'interesse pubblico, vuol dire che la norma non vincola l'attività degli organi statuali, ma ne lascia libera l'attività, riconosce loro un potere discrezionale (I, n. 227 e segg.).

10. — Esaminiamo, adunque, il nostro diritto positivo. Questo riconosce espressamente la consuetudine come fonte del *diritto amministrativo* solo per talune materie: così per regolare la capacità giuridica civile dei comuni, provincie, istituti pubblici e in generale dei corpi morali legalmente riconosciuti (1); per determinare gli obblighi dei comuni nelle spese per la sistemazione e manutenzione delle strade comunali, per la difesa dell'abitato contro i fiumi e torrenti; ecc. (2); per determinare gli spazi, che fanno parte delle strade nell'interno delle città e villaggi (3); per determinare l'obbligo della spesa per le riparazioni e conservazioni delle strade vicinali (4); per determinare l'onere della spesa delle opere idrauliche, che non sono a carico dello Stato o delle provincie (5); ecc. E in generale troviamo disposto nella legge sui lavori pubblici che sono mantenute le consuetudini, alle quali quella legge espressamente si riferisce (6). Disposizione questa che, dati tutti i principî esposti innanzi, e ai quali il nostro diritto positivo è ispirato, non può ritenersi una norma particolare alla materia dei lavori pubblici, ma una norma generale del nostro diritto amministrativo.

Si tenga presente che lo svolgimento del nostro diritto amministrativo si è compiuto e si compie, come le esigenze collettive e la natura dei rapporti richiedono e consentono, per mezzo della legisla-

(1) Cod. civ. art. 2. Questo articolo parla degli *usi osservati come diritto pubblico* solo come norma del godimento dei diritti civili da parte dei corpi morali; e non ci sembra, perciò, di poter ammettere in base ad esso che la consuetudine sia nel nostro diritto riconosciuta in generale come fonte del diritto amministrativo, anche quando la legge espressamente non vi si richiama. *Contro* ROMANO, *Principii di dir. amm.*, n. 16, p. 28.

(2) Legge com. e prov. (T. U.) 25 maggio 1908, art. 192, n. 8 e 10.

(3) Legge sui lavori pubblici 20 marzo 1865, all. F, art. 22, comma 3.º.

(4) Legge sui lavori pubbl., art. 51.

(5) Legge (T. U.) sulle opere idrauliche 25 luglio 1904, n. 523, art. 17.

(6) Art. 380.

zione (in senso materiale), cercandosi anzitutto in questa, cioè nella norma certa e chiara la garanzia per la correttezza dell'azione dello Stato e la difesa degli interessi individuali nei rapporti con esso (1).

Per conseguenza dobbiamo ritenere che anche nel nostro diritto amministrativo la consuetudine non ha per sé il carattere di fonte del diritto, ma lo attinge alla legge (in senso formale) positiva; che quindi vi è fonte di diritto solo in quanto è dalla legge esplicitamente o implicitamente riconosciuta come tale, e nell'ampiezza, in cui tale riconoscimento si trova da quella fatto; che la legge nella sua forza giuridica è fonte preminente alla consuetudine, epperò può sempre abrogare una consuetudine, ma non può essere mai da questa abrogata, salvo che essa stessa lo permetta.

11. — E ciò posto, se noi teniamo presenti i principî, che reggono i rapporti fra la legge in senso formale e l'atto amministrativo, che, quale che ne sia il contenuto, non può mai a quella contraddire (I, n. 203), dobbiamo ritenere ancora che, se la legge per una data materia riconosce la consuetudine come fonte di diritto, non può ad essa provvedere l'amministrazione con un regolamento, derogando o abrogando la norma consuetudinaria, perchè ciò contraddirebbe al precetto legislativo, che per quella materia riconosce la consuetudine come fonte di diritto (2).

E viceversa, se per una data materia la legge non riconosce la consuetudine come fonte di diritto, questa non può derogare o abrogare una norma giuridica regolamentare (3); nè può tenerne luogo, se per avventura l'amministrazione non emana il regolamento che abbia facoltà di emanare, secondo i poteri propri (I, n. 194 e segg.), o ricevuti dalla legge (I, n. 193), perchè nell'un caso e nell'altro si introdurrebbe nell'ordinamento positivo per quella materia una fonte di diritto, che la legge non riconosce.

Ciò vuol dire che anche nei casi, in cui l'amministrazione può emanare norme giuridiche per potere proprio, sia per l'esecuzione delle leggi, sia per regolare l'esplicamento della propria attività libera, la linea di condotta che essa tenga, pur nei medesimi limiti, in cui può emanare norme giuridiche per via di regolamento, può dar

(1) Cfr. ORLANDO, *Le fonti*, n. 14, loc. cit., p. 1060.

(2) Solo se la consuetudine mancasse, cioè non si fosse formata, dovrebbe riconoscersi all'amministrazione la potestà di provvedere a quei rapporti con un regolamento nei limiti, in cui essa può emanare norme giuridiche per potere proprio (I, n. 194 e segg., 196 e segg.). Ma queste norme dovrebbero ritenersi abrogate, se in seguito, sul fondamento di quella legge, la consuetudine si formasse.

(3) *Contro* ROMANO, *Principii*, n. 17, p. 29.

luogo ad un uso, una pratica puramente amministrativa, non costituire una norma giuridica, *salvo che* la norma di condotta in essa seguita si possa derivare per via di interpretazione dal diritto esistente, cioè da disposizioni di legge o dai principî generali di diritto, perchè, in tale ipotesi, quella consuetudine sarà l'attuazione di una norma già contenuta nel diritto positivo esistente, e come tale sarà giuridica la norma in essa seguita.

Ciò importa che in questa ipotesi la pratica amministrativa avrà carattere ed efficacia giuridica. Ma quella interpretazione può essere solo interpretazione *autorevole* del diritto esistente; epperò le norme per essa affermate non possono imporsi ai sudditi e al giudice, come se fossero poste per via di regolamento, perchè quando la legge non riconosce la consuetudine come fonte di diritto, l'amministrazione può imporre la propria volontà solo con l'osservanza delle forme prescritte. Il giudice, perciò, potrà sempre controllare se quella interpretazione è esatta (1), e rifiutare di seguirla se tale non la ritenga.

Nella prima ipotesi, invece, la pratica amministrativa avrà carattere ed efficacia puramente interna per l'amministrazione; e le norme in essa seguite non saranno norme giuridiche, ma solo di amministrazione. Ciò vuol dire che esse avranno efficacia puramente interna; non possono toccare altri subbietti di diritto; e non possono obbligare l'amministrazione di fronte ad essi. Gli organi amministrativi, perciò, potranno sempre legittimamente allontanarsene anche per un singolo caso concreto, nei limiti, però, del legittimo e corretto uso del loro potere discrezionale. Ma questo limite non dipende dall'efficacia di quelle norme consuetudinarie, ma dal principio giuridico generale, che regola l'esercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione, e che troverebbe applicazione in questi casi, anche se quelle norme non esistessero. Quell'esercizio non può essere mai arbitrario (I, n. 233).

D'altra parte quelle norme, se si mantengono nei limiti dei poteri degli organi amministrativi, e in genere del diritto esistente, devono essere osservate dalle altre persone che vengano in rapporti colla pubblica amministrazione, così come devono essere osservate dagli altri subbietti, che vengano in rapporto con una data persona, le norme che questa stabilisca od osservi, nei limiti della propria sfera giuridica, per l'esercizio del proprio diritto subbiettivo.

Ma il fondamento e la ragione dell'obbligo di osservare quelle

(1) Non solo se è possibile, come per il regolamento di esecuzione (I, n. 195, p. 302, nota *).

norme da parte delle altre persone, sta appunto nell'obbligo di rispettare il potere dell'organo, o il diritto soggettivo altrui, di cui l'emanazione di quelle norme, o la scelta di quella linea di condotta è una manifestazione. Si tratta, perciò, solo di esercizio e rispetto di un potere o di un diritto soggettivo, non di formazione e osservanza del diritto obbiettivo (1).

Questa pratica amministrativa, fonte di norme di amministrazione, puramente interne, appunto perchè è l'attuazione del potere stesso spettante agli organi amministrativi, non ha bisogno, per la sua efficacia, dei requisiti, che abbiamo veduti necessari per la consuetudine giuridica. Essa è la pura consuetudine, cioè la semplice pratica uniforme e diuturna, seguita dagli organi amministrativi nei loro atti, in quei dati rapporti. Non vi può essere, naturalmente, la *opinio iuris*; e non è necessario sia riconosciuta da una disposizione di legge.

12. — Concludendo, nel campo del diritto amministrativo la consuetudine può essere giuridica, cioè contenere una norma di diritto, solo come affermazione di norme giuridiche dedotte per via di interpretazione da disposizioni di legge o da principî generali del nostro diritto positivo, ed avere perciò solo l'autorità di una costante interpretazione e applicazione della legge. Non può porre norme giuridiche nuove, non può abrogare o derogare a leggi, sia in senso formale che materiale, esistenti, non può, cioè, essere fonte di diritto, se una legge in senso formale non le attribuisca esplicitamente o implicitamente (2) tale carattere.

Quella consuetudine interpretativa, però, può conseguire tutta l'autorità di fonte del diritto, e l'interpretazione in essa seguita può imporsi incondizionatamente alle persone, cui la norma si riferisce, quando l'attività degli organi amministrativi, che da quella norma è regolata, è sottratta a controlli, in specie giurisdizionali. In questa

(1) *Contro* ORLANDO, *Fonti cit.*, n. 18, *Tratt. cit.*, p. 1067; LONGO, p. 35 e segg.; 93 e segg.; 96 e segg., ritenendo che tale consuetudine introduca un nuovo diritto. Ma noi crediamo che le norme seguite pel passato dall'amministrazione nella nomina dei professori straordinari delle Università, dei Rettori delle Università, ecc., siano state pure norme di amministrazione, e sieno diventate norme giuridiche, solo quando sono state poste in un regolamento, o in una legge.

Questi usi potrebbero acquistare valore giuridico obbligatorio per altri subbietti, fuori dell'ipotesi fatta nel testo, quando la legge ad essi si rimettesse. — Cfr. nota 2, pag. 3 e seg.

(2) Così anche pel diritto amministrativo, se istituti ci provengono dalle legislazioni preesistenti, che pel loro regolamento riconoscevano la consuetudine come fonte di diritto, questa conserva tale sua efficacia per quella materia, anche nella nostra legislazione, finchè una legge non l'abbia espressamente o tacitamente abrogata.

interpretativa
—
introdotta ed
abrogata se
ammessa dalla
legge.

ipotesi, infatti, la impossibilità di ricorrere ad un giudice per assicurare l'osservanza della legge di fronte ad un uso che eventualmente le sia contrario, darà alla norma in questo seguita un valore assolutamente obbligatorio in riguardo agli altri subbietti, e alla consuetudine tutta l'autorità di fonte del diritto.

Ma non si può ritenere che essa in questa ipotesi diventi tale, perchè la mancanza di mezzi giuridici per assicurare il rispetto della legge da parte di organi statuali, toglierà a quella una garanzia, della sua osservanza, non la sua esistenza: per quella mancanza il diritto non può cessare di esser tale (I, n. 41, pag. 66). L'amministrazione con una nuova interpretazione della legge potrà *sempre legittimamente* allontanarsi da quella consuetudine, anche in un singolo caso concreto, e seguire un'altra norma, se questa può ricondursi anch'essa al diritto esistente. E ciò sarebbe impossibile, se la consuetudine interpretativa fosse fonte del diritto (1).

13. — Tutto quanto abbiamo detto pel diritto amministrativo, noi crediamo si debba ripetere anche pel *diritto costituzionale*. I motivi del decidere, infatti, sono comuni a quest'altro ramo del diritto pubblico interno. Solo ci sembra che in questo campo trovi molto maggiore applicazione la consuetudine interpretativa con *autorità* di fonte del diritto.

Secondo quanto abbiamo detto innanzi, anche in questo ramo del diritto pubblico la legge deve riconoscersi nella sua forza giuridica fonte preminente alla consuetudine; e questa, perciò, non può abrogare una disposizione legislativa che regoli una data materia, e non può neppure regolare materie che una disposizione legislativa stabilisce debbano essere regolate con legge, così quelle riguardanti il diritto di libertà civile, il diritto di proprietà, ecc. (2). E non ci sembrano esatti gli esempi, che a prova della tesi contraria si adducono. Così l'art. 1 dello Statuto deve ritenersi modificato solo dalla legislazione posteriore, che ha consacrata la libertà ed eguaglianza dei culti ammessi nello Stato (3).

(1) Contro in ciò ORLANDO, *Fonti*, n. 15, 18, *Tratt.*, I, p. 1061 e segg., 1065 e segg.; LONGO, p. 31 e segg.; e cit. a nota 58. Si noti che la nostra giurisprudenza si è dimostrata contraria a riconoscere forza abrogativa alla consuetudine nel campo del diritto amministrativo. Vedi su ciò ORLANDO, loc. cit., n. 19, p. 1067.

(2) Statuto, art. 26, 27, 29, ecc.

(3) Legge 19 giugno 1848, n. 735, sulla capacità civile e politica dei cittadini non cattolici, estesa successivamente alle provincie annesse; Legge sulle prerogative del Sommo Pontefice, ecc., 13 maggio 1871 per le relazioni dello Stato con la Chiesa Cattolica; Legge 30 giugno 1876, n. 3184, che rende il giuramento un atto esclusivamente civile; art. 140 e segg. del cod. pen. pei delitti contro la libertà dei culti; ecc. Cfr.

Il comma secondo dell'art. 28 dello Statuto, che è strettamente legato all'art. 1, è stato abrogato dalla successiva legislazione, che ha modificato l'art. 1 e ha regolato l'esercizio del diritto di stampa e la posizione della Chiesa cattolica nel nostro Stato, con la quale era incompatibile quella ingerenza della autorità ecclesiastica nell'esercizio della libertà di stampa (1).

L'art. 53 dello Statuto è in vigore: solo da un lato si è interpretato nel senso che non debbano computarsi nel numero legale i deputati, che non hanno ancora prestato giuramento, o assenti per regolare congedo o per incarico avuto dalla Camera (e il Senato considera ancora giustificati quei suoi membri, che per l'età o per altra causa indipendente dalla loro volontà, siano notoriamente impediti), dall'altro si presume che il numero legale sia presente, finchè la Presidenza non creda di verificarlo o tale verifica non sia chiesta da un dato numero di membri. Tale verifica non potrebbe ammettersi, se quella disposizione fosse abrogata: e quella presunzione rientra nelle modalità dell'esercizio delle proprie attribuzioni, che le Camere possono stabilire nei loro regolamenti interni (2).

Il capoverso dell'art. 62, che nel Parlamento subalpino ebbe la più larga applicazione, cessò di essere osservato con la cessione della Savoia alla Francia (3), con la quale si riduceva a poca quantità l'estensione dei paesi, in cui è in uso la lingua francese. E deve ritenersi abrogato, per essere venuta meno la condizione di fatto, che aveva determinata ed era condizione di quella disposizione dello Statuto (4).

ORLANDO, *Dir. cost.*, p. 240; PALMA, *Dir. cost.*, III, p. 57 e segg.; BRUNIALTI, *Dir. cost.*, II, p. 705 e segg.; ecc. E questo solo ne giustifica la interpretazione, che *in armonia* a tutto il nostro diritto vigente, comunemente ad esso si dà. Vedi MANCINI e GALEOTTI, *Norme ed usi del Parlamento italiano*, Roma, 1887, p. 172 e segg.

(1) Cfr. PALMA, III, p. 169 e segg.; MANCINI e GALEOTTI, p. 172. Contro ORLANDO, *Dir. cost.*, p. 245, nota; MORELLI, p. 190; BRUNIALTI, I, p. 194. Si noti che la nostra legislazione ha lasciata senza sanzione quella norma dello Statuto.

(2) Statuto, art. 61; Reg. del Senato, art. 44; Regol. della Camera dei deputati, art. 35 e seg., in *Cod. constit.* del SAREDO, 1907, pag. 235 e 274 e seg. — Cfr. PALMA, II, pag. 448 e segg.; BRUNIALTI, I, pag. 781; vedi però, pag. 194; MICELI, § 60, pag. 184; ORLANDO, pag. 127, parlando però di *finzione*; MANCINI e GALEOTTI, pag. 125 e segg.; vedi, però, pag. 178.

(3) MANCINI e GALEOTTI, p. 141.

(4) Vedi nota 1, pag. 16. E per questa medesima ragione devono ritenersi abrogate le disposizioni della legge 23 giugno 1854, n. 1731 sulla promulgazione delle leggi, che imponevano la traduzione in lingua francese delle leggi e decreti reali per uso dei Comuni, in cui si parla tale lingua — art. 4, 6, 8; e le disposizioni della legge sulla istruzione pubblica, 13 novembre 1859 (Casati), che consentivano l'uso della lingua francese per l'insegnamento e gli esami nelle pro-

L'art. 76 che istituiva la milizia comunale, cioè la guardia nazionale, come qualche anno dopo fu di nuovo denominata, è stato sostanzialmente abrogato dalla legge 30 giugno 1876, n. 3204, articolo 24, e da tutta la legislazione ulteriore che ha regolato diversamente quella materia (1).

L'art. 77 è rimasto modificato da un proclama regio del 23 marzo 1848 e dal regio decreto 15 aprile dello stesso anno, emanati dal Re in virtù dei poteri riservatisi con l'art. 82 dello Statuto stesso, i quali sostituirono all'antica bandiera dello Stato sardo, cioè l'azzurra, quella tricolore; e conseguentemente sostituivasi alla coccarda azzurra quella tricolore (2).

L'art. 80 è sempre in vigore, come risulta dalla legislazione posteriore, che di quella materia espressamente si occupa, assoggettando a tassa l'autorizzazione regia, che, senza il pagamento relativo non è eseguibile (3); e regolando per la materia nobiliare le forme per la concessione dell'autorizzazione regia (4); e risulta ancora dalla pratica, perchè almeno nelle feste e solennità ufficiali nessuna autorità, e specialmente dell'esercito, oserebbe comparire con decorazioni estere, per le quali non fosse intervenuta l'autorizzazione regia e non si fosse pagata la tassa corrispondente. Solo è vero che le nostre autorità non si occupano troppo di controllare se coloro che fanno uso di decorazioni o titoli esteri, siano in regola con l'art. 80 dello Statuto e la legge sulle tasse per le concessioni governative. Ma di tante altre leggi esse non si occupano; e questa, in ogni

vincie, dove quella lingua era in uso (art. 168, Università; art. 257, Scuole secondarie), o prescrivevano che la lingua francese doveva insegnarsi invece dell'italiana nei Comuni, dove essa si parlava (art. 374, Scuole elementari). Vedi, infatti, Testo unico delle leggi sull'istruzione superiore 9 agosto 1910, n. 795, art. 111, che, riproducendo l'art. 168, non parla più della lingua francese e dichiara lingua ufficiale dell'insegnamento e degli esami in tutti gli stabilimenti universitari solo la lingua italiana. — *Contro* BRUNIALTI, I, p. 194; MORELLI, p. 190, ritenendo abrogata la norma statutaria per desuetudine; MANCINI e GALEOTTI, p. 141, ritenendola ancora in vigore.

(1) Cfr. PALMA, III, p. 13 e segg.; BRUNIALTI, I, p. 380; RACIOPPI e BRUNELLI, § 819 e segg., III, p. 640 e segg. *Contro* MANCINI e GALEOTTI, p. 175, ritenendo che la disposizione statutaria sia ancora in vigore; solo la « milizia comunale » ha ricevuto un diverso ordinamento.

(2) *Codice cost.* del SAREDO cit., pag. 689 e segg. — Cfr. RACIOPPI e BRUNELLI, § 823, 825, III, pag. 649 e segg.; GALEOTTI-MANCINI, pag. 176 e segg.

(3) Legge 13 settembre 1874, n. 2086, modificata dalla legge 19 luglio 1880, n. 5536 sulle tasse per le concessioni governative, art. 1 e 4, e tabella annessa, n. 4, 8, 10; e per la sanzione penale legge 1880 citata, art. 2, aggravata dalla legge sui provvedimenti finanziari 22 luglio 1894, n. 339, art. 6.

(4) Regio Decreto 5 luglio 1896, n. 314, che approva il regolamento per la Consulta Araldica, art. 24, 30 e segg.

modo, può essere trascuratezza di applicazione, non abrogazione della norma (1).

Si tenga, poi, e in generale, presente che fu negli scopi delle moderne carte costituzionali assicurare la certezza e la stabilità delle norme fondamentali sull'ordinamento e l'attività dello Stato e i diritti fondamentali dei cittadini e le loro guarentigie, col consacrarle in documenti scritti e con forme solenni (2), proclamando quelle carte sacre ed intangibili e affermandone la assoluta immodificabilità, o escogitando freni, per renderne più ponderate le modificazioni. Quella immodificabilità è rimasta una pura affermazione ideale, senza valore pratico, perchè non era possibile non seguire, sia pure con tutte le cautele, le mutate esigenze della vita statuale e sociale; ma le modificazioni si devono fare con leggi, non per mezzo della consuetudine. Solo così rimane assicurata quella certezza della norma, che fu negli scopi della formazione delle carte costituzionali.

14. — Ciò posto, poichè, come abbiamo detto innanzi, il nostro sistema giuridico non si può ritenere incompleto, non ha lacune, perchè, dove manca la norma giuridica, devono supplire l'analogia ed i principi generali del diritto, dal principio esposto nel numero precedente deriva che la consuetudine *si potrebbe* riconoscere come fonte di diritto solo in quelle materie, che dalla legge non sono regolate, cioè, in riguardo all'attività *libera* degli organi legislativi (I, n. 227 e segg.).

Ma per gli stessi principi, che abbiamo posti altrove (I, n. 323), ognuna delle Camere può regolare e limitare con norme di diritto la propria attività libera solo col regolamento interno, secondo la disposizione dell'art. 61 dello Statuto, e quindi solo con l'efficacia, che di quello è propria (nota pag. 13); e gli organi legislativi insieme, cioè per ogni attribuzione, che ad essi collettivamente è data e che collettivamente, perciò, deve essere da essi esercitata, solo con la legge.

Nell'una e nell'altra ipotesi, però, le Camere singolarmente o gli organi legislativi collettivamente possono, certo, seguire una data linea di condotta nell'esplicamento delle loro attribuzioni, senza con-

(1) Quell'articolo, poi (ma di ciò si è dubitato) trova la sua sanzione, oltrechè nella legge sulle tasse per le concessioni governative, anche nell'art. 186 del codice penale. Cfr. FILOMUSI-GUELI, *Enc.*, § 31 p. 111 e segg., nota 2. *Contro*, ritenendo l'articolo abrogato per desuetudine, BRUNIALTI, I, p. 194; MORELLI, p. 190.

(2) Il diritto pubblico anteriore in Inghilterra e negli Stati a regime assoluto era in massima parte soltanto consuetudinario e tradizionale. Cfr. JELLINEK, *Staatslehre*, p. 491 e segg., 494 e segg. e scritt. ivi citati; ROMANO, *Le prime carte costituzionali*. Discorso inaugurale. Modena, 1906, pag. 6 e segg.; FERRACIUV, *Cons.*, n. 9 e scrittori ivi citati.

sacrare la norma, che in quella è contenuta, in una disposizione regolamentare o legislativa e quindi ponendola per via di consuetudine. Ma quella norma sarà giuridica, solo se per via di interpretazione si può ricondurre al diritto esistente, cioè derivare da disposizioni di legge o da principî generali del nostro diritto positivo, per cui la consuetudine anche in questo campo potrà contenere una norma di diritto solo come consuetudine interpretativa.

E questo noi crediamo debba ritenersi per tutto il diritto costituzionale. La consuetudine vi può essere solo l'affermazione e l'attuazione di norme giuridiche dedotte per via d'interpretazione dal diritto esistente, e in specie dai principî generali, su cui esso riposa, e che qui, appunto per la natura della materia e l'indole delle disposizioni (I, n. 299) hanno la maggiore importanza (1). E poichè, inoltre, le disposizioni del nostro Statuto sono molto sobrie e generali, un largo campo rimane all'interpretazione; e molto libera, per conseguenza, può essere anche la determinazione delle norme per via di consuetudine, quando a questa si lasci il regolamento di taluni istituti.

Anche qui l'interpretazione degli organi legislativi può essere solo interpretazione *autorevole* (2): ma se per l'indole dei rapporti, di cui si tratta, non è possibile su di essa un controllo giurisdizionale (e ciò avviene per la massima parte dei rapporti regolati dal diritto costituzionale) la norma per essa affermata, acquista con la diuturna osservanza da parte degli organi legislativi valore assolutamente obbligatorio in riguardo agli altri subbietti; e la consuetudine assume tutta l'*autorità* di fonte del diritto. E per queste medesime ragioni, anzi, la consuetudine può essere *di fatto* anche innovativa, e introdurre in realtà nel nostro diritto costituzionale anche norme giuri-

(1) E molto sussidio in ciò può darci il diritto costituzionale di quei paesi, come la Francia, il Belgio, l'Inghilterra, da cui direttamente o indirettamente la nostra costituzione ci è venuta, e di cui, perciò, i principî generali ci sono passati con la costituzione stessa. Ciò importa che nell'interpretazione del nostro diritto costituzionale e nella determinazione delle norme regolatrici dei vari istituti, e nella risoluzione dei vari casi pratici, si possa ricorrere e seguire il diritto di questi altri paesi, perchè (e fin dove) esso si può considerare come interpretazione autorevole dello stesso diritto nostro. Questo spiega e giustifica la nostra pratica del frequente ricorso in specie al diritto inglese; ma indica pure in quali limiti esso sia possibile; e significa ancora che in tali casi, osservando il diritto più evoluto di questi altri paesi, noi non osserviamo un diritto straniero (il che sarebbe impossibile, I, p. 495, nota), ma sempre e soltanto il diritto nostro.

(2) L'interpretazione *autentica*, può venire da essi data solo con una legge in senso formale. Statuto, art. 73 — Cfr. I, n. 163, p. 246, nota *.

diche nuove, le quali solo formalmente si riconducono e possono ricondursi al diritto esistente (1).

Anche per questa parte non ci sembrano esatti gli esempi, che comunemente si adducono a prova della tesi contraria: così soprattutto quello del regime parlamentare, a cui tutte le altre norme ed istituti, che si pretendono introdotti per consuetudine, si riconducono, come l'ufficio del Primo ministro, la necessità dell'accordo politico tra i membri del Gabinetto, le norme che regolano le crisi ministeriali, lo scioglimento della Camera dei deputati, ecc. (2). Si riconosce, infatti, che il regime rappresentativo nello Stato sardo si attuò come regime parlamentare fin dalla prima attuazione dello Statuto e tale passò nel Regno d'Italia (3): e questo significa che esso non fu introdotto per consuetudine (4), ma in base allo stesso Statuto, *che fu in quel senso interpretato*. Si tratta, dunque, di consuetudine *secundum legem*, cioè di attuazione consuetudinaria di norme giuridiche dedotte per via di interpretazione dal diritto esistente, non di consuetudine fonte di diritto. E che lo Statuto venisse subito in quel senso interpretato era naturale, perchè, anche prescindendo dalle disposizioni dello stesso Statuto, che della adottata forma parlamentare di governo potevano considerarsi indici, perchè ne erano le conseguenze, quali l'art. 47 e il 67, che consacrano il diritto della Camera dei deputati di accusare i Ministri del Re e tradurli dinanzi all'Alta corte di giustizia e conseguentemente la responsabilità dei Ministri anche verso di essa, inducevano a ciò il modello inglese (5) e il fatto che in quel tempo il regime parlamentare, per l'influenza del diritto pubblico francese, affermatosi con la carta del 1830,

(1) *Contro*, vedi scrittori citati alle note 1, pag. 12 e segg., 1 in fine, pag. 16; 2, pag. 19; 1, pag. 24; e ancora JELLNER, *Staatslehre*, p. 522 e segg., e scrittori ivi citati, ritenendo che le stesse costituzioni scritte, le quali stabiliscono forme speciali per le loro modificazioni non possono impedire che queste avvengano e in genere si ponga un diritto nuovo *praeter e contra legem fundamentalem* per mezzo di leggi ordinarie, per consuetudine e sembra anche per risoluzioni (ordini del giorno) delle singole Camere.

(2) LONGO, p. 72 e segg.; MORELLI, p. 188; BRUNIALTI, I, p. 194 e segg.; MANCINI - GALEOTTI, p. 441 e segg., 641 e segg., 686 e segg.; ecc.

(3) PALMA, *La prerogativa regia ecc.*, in *Questioni costituzionali*, Firenze, 1885, p. 64 e segg.; LONGO, p. 74 e segg.; BRUNIALTI, I, p. 195; ecc.

(4) Manca, infatti, l'elemento dell'osservanza uniforme e diuturna di quella norma di condotta (n. 3). MICELI, *Dir. cost.*, § 11, p. 46; DONATI, *Le lacune*, p. 150 e segg. Per poter fondare sulla consuetudine il regime parlamentare in Italia, bisogna rifiutare tutta la dottrina comune sulla consuetudine, e ammettere, con la scuola storica, che la sola convinzione giuridica popolare può formare la norma di diritto. E questo appunto ammette LONGO, p. 75 e segg.

(5) PALMA, *Questioni*, p. 64; MICELI, p. 46.

era un dogma del diritto costituzionale, una vera necessità politica (1).

15. — Ma l'attività degli organi legislativi non è regolata solo da norme giuridiche. Dentro i limiti del diritto esistente, nell'esplicamento della loro attività libera, essi, come gli organi amministrativi, sono regolati dal criterio politico della convenienza, della opportunità di fronte e in rapporto alle esigenze della vita statale o sociale, cioè delle esigenze dell'interesse generale e quindi da norme (se norme possono formarsi nel variare dell'interesse pubblico) politiche (I, n. 229 e segg., 233, 304); e ciò con molta ampiezza, perchè molto ampia è la sfera della attività libera di quegli organi.

Queste norme sono necessariamente elastiche, mutevoli, perchè mutevoli sono le esigenze, da cui son date; e se possono fissarsi, meglio lo possono lentamente e per consuetudine. Sono appunto queste le norme, che regolano l'attività degli organi legislativi in quelle materie, che, come abbiamo veduto innanzi, la opinione comune ritiene non possano essere contenute nella rigidità di una formula legislativa. Se la linea di condotta degli organi legislativi vi è segnata dalle esigenze dell'interesse pubblico, come quella opinione ammette, la norma non è giuridica, ma politica.

Oltre a ciò e largamente l'attività degli organi legislativi (come di tutti gli organi dello Stato e delle stesse persone preposte ai pubblici uffici e in cui gli organi si concretano) è regolata da norme di morale e di costume (morale e costume politico), dirette quelle ad assicurare la bontà nello svolgimento della loro attività, queste la cortesia, il decoro (2), e agli organi stessi, come agli individui, quella rispettabilità e prestigio, da cui essi devono essere circondati. E queste norme possono essere scritte nei regolamenti interni; ma vengono pure e largamente formate e mantenute per consuetudine (3).

(1) JELLINEK, *Staatslehre*, p. 513.

Per opinioni, che si possono sostanzialmente raccostare a quella esposta nel testo sul fondamento giuridico del nostro governo parlamentare, vedi MICELI, *Dir. cost.*, § 11, p. 45 e segg.; DONATI, *Le lacune*, p. 154 e segg.; ma ricordando in riguardo al primo le osservazioni fatte alla nota I pag. 28; e rilevando in riguardo al secondo la diversità del concetto di interesse pubblico e della formulazione conseguente della tesi. Vedi I, n. 137 e 149 e segg.

(2) Vedi vol. I, pag. 59 e segg. note.

(3) Vedi ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale in Rivista di diritto pubblico*, 1909, pag. 485 e segg., in specie n. 7 e segg. e 23; MICELI, *Principi di dir. cost. cit.*, § 10, pag. 40 e segg. e scrittori da essi citati, anche pel confronto fra queste norme e le cosiddette *convenzioni costituzionali* inglesi, che hanno un contenuto molto più ampio; e avvertendo che a nostro avviso nel concetto di *correttezza costituzionale* può essere

Infine l'attività degli organi legislativi è regolata ancora da norme interne, quindi con efficacia puramente interna, senza riguardo al pubblico, al solo fine del buon esplicamento delle loro funzioni (I, n. 158). Queste norme, come quelle per l'amministrazione, possono esser poste, oltrechè dai regolamenti interni delle Camere (1), anche per consuetudine. E per la loro efficacia dobbiamo ripetere ciò che abbiamo detto per quelle interne di amministrazione, poste dagli organi amministrativi (n. 11).

Questa consuetudine, fonte di norme politiche, di norme di morale e costume politico, e di norme interne, come abbiamo già detto per quella amministrativa (n. 11, in fine), è la semplice consuetudine, cioè la pratica uniforme, diuturna, seguita dagli organi legislativi nei loro atti, in quei rapporti. Non occorrono per la sua efficacia, e non vi possono essere per la natura stessa delle norme, di cui si tratta, i requisiti necessari per la consuetudine giuridica.

compresa solo l'osservanza delle norme di morale e di costume politico, non quella delle norme politiche, che risponde ad un altro concetto e ad una valutazione diversa dell'atto. — *Contro* ROMANO, n. 6; MICELI, *loc. cit.*, il quale, dippiù, ritiene queste consuetudini costituzionali vere consuetudini giuridiche, pag. 41.

(1) Così i regolamenti *interni*, per mezzo dei quali ognuna delle Camere determina il modo, secondo il quale ha da esercitare le proprie attribuzioni (Statuto, art. 61), possono contenere norme puramente interne; norme giuridiche, dedotte per via di interpretazione dal diritto esistente; e anche norme giuridiche nuove, per regolare l'esercizio dei poteri che la Costituzione attribuisce ad *ognuna* delle Camere (n. 14, cfr. I, n. 196 e segg.).

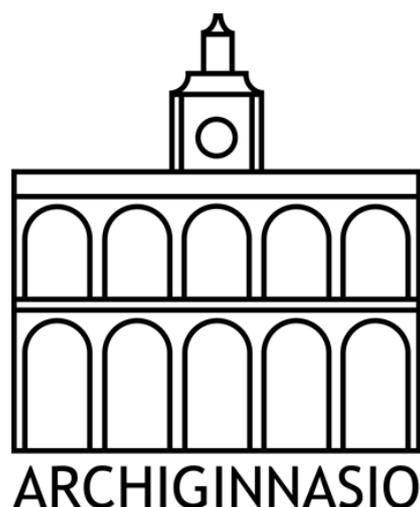
Essi sono regolamenti delegati, con delegazione, però, solo di facoltà regolamentare, cioè di potestà legislativa in senso materiale (I, n. 193), nei limiti dell'art. 61 dello Statuto. Non possono, perciò, regolare altre materie, oltre quelle indicate dall'articolo citato; e non possono avere efficacia legislativa in senso formale (I, n. 201).

E questa stessa natura noi crediamo abbia ancora il regolamento, che la legge elettorale politica (Testo unico 30 giugno 1912, n. 666, art. 112 ult. comma) autorizza la Camera dei deputati ad emanare in riguardo alla indennità, che per quella legge viene ad essi corrisposta.

Ma questo argomento è molto controverso. Vedi per le varie opinioni e in senso diverso, ROMANO, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*. Estratto dall'*Archivio giuridico*, 1905, n. II, V, VI.

Biblioteca comunale dell'Archiginnasio

Biblioteca comunale dell'Archiginnasio



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

La *consuetudine come fonte del diritto pubblico interno : costituzionale e amministrativo /
Oreste Ranelletti

Milano : Società editrice libraria, [1913?]

Collocazione: BORSI M.00 00001 op. 28

<http://sol.unibo.it/SebinaOpac/Opac?action=search&thNomeDocumento=UBO2290416T>

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