

Marcello Piazza

**CONSUETUDINE
E DIRITTO
COSTITUZIONALE
SCRITTO**

*Dalla teoria generale
all'ordinamento italiano*



Copyright © MMVIII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 A/B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-2136-1

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: settembre 2008

Indice

CAPITOLO I

Teoria generale della consuetudine a livello endo-statale (con accenni al diritto internazionale e canonico, nonché alla storia dell'istituto)	7
1. Premessa	7
2. La consuetudine come fatto normativo, fra <i>diuturnitas</i> ed <i>opinio juris ac necessitatis</i>	11
3. Il criterio discretivo rispetto agli usi normativi para-giuridici	49
4. Un ulteriore confronto con le coordinate spazio-temporali del diritto consuetudinario	57
5. Brevi cenni sulla storia istituzionale della consuetudine, dal diritto romano a quello moderno	71

CAPITOLO II

La consuetudine nel diritto costituzionale scritto	95
1. Premessa	95
2. La consuetudine confermativa	96
3. La consuetudine integrativa di una costituzione (o costituzionale <i>stricto sensu</i>)	111
4. La consuetudine interpretativa	131
5. La consuetudine di rango <i>sub</i> -costituzionale	163

CAPITOLO III

La consuetudine nel sistema costituzionale italiano	177
1. Premessa	177
2. La collocazione ed il ruolo della consuetudine fra le nostre fonti di livello <i>sub</i> -costituzionale	179

3. La consuetudine internazionale nella Costituzione italiana	207
4. Le principali consuetudini integrative del nostro sistema costituzionale	223
5. Gli usi <i>extra ordinem</i> incidenti sulla Costituzione del '47	273
 <i>Bibliografia</i>	 397

CAPITOLO I

Teoria generale della consuetudine a livello endo- statuale (con accenni al diritto internazionale e canonico, nonché alla storia dell'istituto)

1. Premessa

Se la consuetudine, da sempre, rappresenta una tematica molto ardua per qualsiasi giurista, il compito di questi è addirittura peggiorato ad iniziare dal movimento di codificazione (che ha avuto una brusca accelerazione, in Occidente, dagli inizi dell'800 in poi).

Non per niente, dinanzi a questa tipologia di nomogenesi, è stata evocata la figura del “*mysterious phenomenon*”⁽¹⁾, al fine di dare una spiegazione... plausibile a quel che a prima vista potrebbe anche apparire un “diritto senza fonte”⁽²⁾. Di sicuro, ormai si tratta di una forma di nomopoiesi affatto peculiare, o persino eccentrica, qualora raffrontata con le norme di produzione oggi vigenti nel mondo occidentale, le cui procedure — in qualsiasi evenienza⁽³⁾ — sono scandite in

⁽¹⁾ H. WALDOCK, *General Course of Public International Law*, in *Récueil des cours (de l'Académie de droit international de la Haye)*, 1962, II, p. 41.

Reciprocamente, a giudizio di C. ESPOSITO, voce *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 460, sarebbe invece la consuetudine a svelare, in generale, “il mistero della nascita delle disposizioni di diritto obiettivo”.

⁽²⁾ In questo senso, di primo acchito, cfr. P. ZICCARDI, voce *Consuetudine (dir. intern.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, cit., spec. pp. 481 s., 486.

⁽³⁾ ...e, cioè, al di là della circostanza — facilmente rilevabile con una sommaria analisi comparatistica — che gli odierni *iter* di normazione sono numerosi ed alquanto differenziati tra loro, pure all'interno di uno stesso ordinamento.

fasi regolate minutamente (osservandosi, così, i postulati razionalistici in auge a partire dall'epoca moderna).

Invero, esprimendosi con linguaggio corrente, si può asserire che — per converso — nella consuetudine “a farla da padrone” è ancora il fatto. Almeno sotto questo profilo, poco importa che si tratti del “fatto normativo” per eccellenza ed antonomasia, poiché in questo sintagma l'accento non può che battere sul sostantivo: è il requisito della *diuturnitas*, vale a dire, che viene in rilievo prima di ogni altra cosa ⁽⁴⁾, quale costante ripetizione di un comportamento uniforme (per un lasso di tempo più o meno considerevole), accettata oppure non efficacemente combattuta — appunto, *de facto* — dal numero preponderante dei consociati.

Acclarato ciò, allora, è nell'affrontare il se/come/quando del transito da una constatazione descrittiva ad una (ri-)comprensione prescrittiva di condotte siffatte che si incontra una moltitudine di difficoltà; il che, peraltro, resta fermo anche seguendo la c.d. “concezione dualistica” ⁽⁵⁾, la quale tradizionalmente si appoggia sull'ulteriore elemento dell'*opinio juris ac necessitatis*, idoneo a trasformare il corrispondente *modus agendi* in “dover essere”.

Infatti, appurato che — con riferimento ai problemi particolari sottesi ai termini spazio-temporali connessi al suo rivelarsi — la formazione di una norma consuetudinaria suscita in qualunque caso questioni di grande rilievo, la situazione si aggrava in modo notevole in relazione alla sinergia fra il presupposto della *diuturnitas* e quello (che, malgrado il tentativo di negarne l'esistenza, è) inerente all'*opinio juris*: si può tranquillamente ritenere che, stretta fra questi due poli, in sé e per sé la consuetudine investa direttamente la diatriba sull'intersecazione tra fatto e diritto, con tutti i quesiti epistemologici che ne conseguono, fino ad arrivare al centro del dibattito filosofico sul *quid* del fenomeno giuridico ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Per questo avviso, in prima battuta, v. F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto*, I), *Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Ist. Enc. It., Roma, 1989, p. 12.

⁽⁵⁾ ...che — com'è noto a tutti — è accolta maggioritariamente, non ricevendo però “*unanimità di consensi in dottrina*” (B. CONFORTI, *Diritto internazionale*³, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 1987, p. 32).

⁽⁶⁾ Giustamente, N. BOBBIO, voce *Consuetudine (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, cit., p. 426, reputa la consuetudine “*un banco di prova severissimo per i concetti generali del diritto, come imperatività, destinatari, validità ed effettività*”.