

INDICE-SOMMARIO

Premessa

19

CAPITOLO PRIMO L'individuo e le comunità nell'esercizio delle funzioni pubbliche

Sezione I

LA CONSUETUDINE NELLA CRISI DELLO STATO E DEL SISTEMA DELLE FONTI DEL DIRITTO

1. Le trasformazioni del diritto amministrativo e le consuetudini 23
2. Consuetudine ed equità: gli "scandala" del diritto pubblico contemporaneo 28
3. Il concetto di Stato nell'ordinamento fascista 33
4. *Segue*: nell'ordinamento repubblicano 36
5. Crisi dello Stato-Nazione contemporaneo 39
 - 5.1. I fattori. 5.2. *Segue*: in particolare, crisi della legge e pluralismo delle fonti. 5.3 *Segue*: la relazione tra giurisprudenza e società. 5.4. *Segue*: l'ermeneutica.
6. La consuetudine nel diritto pubblico ed amministrativo: le ragioni di una ricerca 60
7. Consuetudine e riconoscimento delle autonomie territoriali: crisi della legge e autonomia normativa della collettività 71

Sezione II

L'UOMO COME UNITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI

1. *Uomo* e Stato nella crisi della rappresentanza democratica 81

2. Indici sintomatici di un sistema giuridico orientato verso l'uomo	86
--	----

2.1. I principi di sussidiarietà verticale ed orizzontale. 2.2. Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali nell'Unione europea. 2.3. La potestà statutaria degli enti locali e la partecipazione popolare. 2.4. La centralità del cittadino nei servizi pubblici. 2.5. Il diritto all'obiezione di coscienza e il volontariato. 2.6. Le *Authority* (cenni). 2.7. Il bene culturale come categoria aperta all'evoluzione socio-culturale. 2.7.1. *Segue*: l'intervento pubblico nella cultura tra dirigismo statale e pluralismo sociale. 2.8. L'autonomia delle Università e delle Accademie. 2.9. "Sucedanei" della P.A. e privatizzazioni (cenni). 2.10. Il popolo e il Consiglio superiore della magistratura: un principio ed un appunto. 2.11. La *persona* nel diritto civile.

3. Legge e consuetudine, tra razionalità illuministica e rispetto della sovranità popolare	121
4. Diritto, Stato e società nella scuola sociologica del diritto	126
5. <i>Segue</i> : valore <i>ricostruttivo</i> (e non <i>costitutivo</i>) della legislazione	128

Sezione III

LA CONSUETUDINE NEL SISTEMA DELLE FONTI: IL SIGNIFICATO POLITICO E ASCENDENZE STORICHE

1. Luci ed ombre della fonte consuetudinaria	131
2. La consuetudine rispetto alla crisi della rappresentatività parlamentare	133
3. <i>Segue</i> : la consuetudine come problema politico	139
4. La consuetudine come problema <i>morale</i>	142
5. La consuetudine come "linguaggio dialettale"	145
6. Mito della legge, ascesa e declino della consuetudine nella storia	147
6.1. Relazione legge-consuetudine: tipologie. 6.2. La parabola consuetudinaria: generalità. 6.2.1. <i>Segue</i> : nella dottrina romano-canonistica. 6.2.2. <i>Segue</i> : nella dottrina della Scuola storica del diritto.	
7. Legge e consuetudine: distinzione procedimentale o sostanziale?	158

8. La consuetudine come espressione del rapporto tra fenomeno sociale e fenomeno giuridico	160
--	-----

CAPITOLO SECONDO

Fenomenologia consuetudinaria e desuetudinaria nel diritto pubblico e privato

Sezione I

IL DIRITTO PUBBLICO

1. Introduzione al problema dei fatti <i>contra legem</i>	166
1.1. Fatti normativi "illegali" e principio di effettività. 1.2. Consuetudine e desuetudine come possibile fondamento dei fenomeni di c.d. illegalità.	
2. I principi dell'ordinamento internazionale come paradigma del moderno diritto pubblico interno	173
2.1. <i>Lex mercatoria</i> e società globale.	
3. La consuetudine nell'ordinamento comunitario	178
3.1. Prassi tradotte in diritto scritto: il Consiglio europeo e il principio di sussidiarietà. 3.2. Le consuetudini internazionali come parametro di legittimità delle norme comunitarie. 3.3. Le direttive dettagliate e particolareggiate. 3.4. La c.d. eccezione di invalidità degli atti comunitari.	
4. La consuetudine costituzionale	185
4.1. Le c.d. consuetudini costituzionali integrative. 4.2. Le modificazioni tacite della Costituzione: lo Statuto albertino. 4.2.1. Dal Governo costituzionale puro alla monarchia parlamentare. 4.2.2. Il diritto di proprietà. 4.3. <i>Segue</i> : la Costituzione repubblicana (cenni). 4.4. Le consuetudini facoltizzanti. 4.5. La rilevanza della consuetudine e della "prassi" nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. 4.5.1. Il rendiconto dei tesori dei supremi organi costituzionali. 4.5.2. L'obbligo di copertura delle leggi. 4.5.3. I provvedimenti amministrativi da emanarsi con D.P.R. 4.5.4. Il coordinamento parlamentare dei testi legislativi. 4.5.5. <i>Segue</i> : "l'ambiguità" della giurisprudenza costituzionale rispetto alla desuetudine.	

4.5.5.1. L'art. 377 c.p.m.p. e il giudizio contumaciale dei disertori. 4.5.5.2. La "desuetudine" del giudizio di costituzionalità innanzi all'Alta Corte siciliana. 4.5.5.3. La "buona condotta" per il rilascio delle autorizzazioni di polizia.	
5. La consuetudine in diritto penale	205
5.1. Esplosione di fuochi d'artificio <i>ex art.</i> 703 c.p.	
5.2. Il Carnevale e l'usurpazione di titoli ed onori.	
5.3. L'esercizio di giuochi d'azzardo durante le festività natalizie. 5.4. Il delitto di omissione di soccorso.	
5.5. Le occupazioni studentesche giovanili e l'art. 633 c.p. 5.6. Leggi di depenalizzazione. 5.6.1. Il blocco stradale. 5.7. L'art. 377 c.p.m.p. e la contumacia di disertori (rinvio). 5.8. L'attentato contro la morale familiare. 5.9. Il delitto di finanziamento illegale ai partiti (cenni). 5.10. La duplicazione abusiva dei compact disc musicali e la tutela del diritto d'autore (cenni e rinvio).	
6. La consuetudine nel diritto processuale	217
6.1. "Consuetudini" interpretative. 6.2. <i>Segue:</i> nel diritto processuale civile. 6.2.1. Il valore delle consuetudini processuali in genere. 6.2.2. I termini di fissazione dell'udienza. 6.2.3. Il principio di oralità del processo civile. 6.2.4. L'udienza di discussione davanti al collegio. 6.2.5. Il divieto di udienza di mero rinvio. 6.2.6. L'abolizione delle candele vergini.	
7. Premessa di metodo per uno studio della consuetudine nel diritto amministrativo (cenni e rinvio)	225
Sezione II IL DIRITTO PRIVATO	
1. Il diritto civile	229
1.1. La creatività giuridica della comunità nei contratti atipici. 1.2. Le consuetudini dello sci e delle raccolte boschive (rinvio).	
2. Il diritto commerciale	232
2.1. Il segreto bancario. 2.2. La società di fatto.	
3. Il diritto del lavoro	234

3.1. La (mancata) registrazione dei sindacati. 3.2. Le fonti normative del lavoro privato: legge o consuetudine? 3.2.1. L'ultravigenza dell'art. 2074 c.c. 3.2.2. Il rango della fonte consuetudinaria nel diritto del lavoro.	
4. Il diritto <i>infrastatuale</i>	236

CAPITOLO TERZO Consuetudine e desuetudine rispetto agli atti normativi

Sezione I

I FATTI *CONTRA LEGEM*, UN PROBLEMA IRRISOLTO

1. Alla ricerca di un fondamento comune	241
2. "Anatomia" dei fenomeni consuetudinari e desuetudinari: possibile significato	244
3. Finalità dell'indagine	246

Sezione II

LA CONSUETUDINE E GLI ISTITUTI DI DEMOCRAZIA DIRETTA: LE PREVISIONI COSTITUZIONALI

1. La Costituzione rispetto alla consuetudine	249
1.1. Distribuzione dei poteri ed esemplificatività degli istituti di democrazia diretta.	
2. Prime conclusioni	254
3. Esercizio diretto della sovranità popolare: forme e limiti	256
3.1. Petizione e iniziativa legislativa popolare. 3.2. <i>Segue:</i> i <i>referendum</i> . a) il <i>referendum</i> abrogativo. b) il <i>referendum</i> di indirizzo. c) il <i>referendum</i> regionale. d) il <i>referendum</i> comunale e provinciale. 3.3. <i>Segue:</i> <i>referendum</i> e principio di sussidiarietà verticale.	

Sezione III

LE *PRELEGGI* RISPETTO ALLA CONSUETUDINE

1. Disposizioni vincolanti o archeologia giuridica?	265
---	-----

- 1.1. Le Preleggi tra Stato fascista e repubblicano. 1.2. Consuetudine ed usi normativi: distinzione e rapporti.
2. Consuetudine: nozione e morfologia 270
- 2.1. Rapporto con la legge: in particolare, la consuetudine *secundum legem*. 2.2. *Segue*: la consuetudine *praeter legem*.

Sezione IV

DESUETUDINE E CONSUETUDINE *CONTRA LEGEM*:
PROFILI RICOSTRUTTIVI

1. Il *buco nero* del diritto 275
2. Distinzioni terminologiche 279
3. Il significato dell'*opinio juris* 283
4. Gli effetti: l'abrogazione e i suoi presupposti 288
- 4.1. Natura dichiarativa o costitutiva dell'intervento dei poteri pubblici? 4.2. *Segue*: abrogazione *vel* di-sapplicazione?
5. Consuetudine *contra legem* e illegalità: distinzione e rapporti 297
- 5.1. *Segue*: la consuetudine come risultante delle confliggenti forze sociali: il caso dell'anatocismo bancario.
6. Effettività, certezza del diritto e consuetudine 306
7. Reazione alla "invadenza" statale e bisogni "frustrati" della comunità: il fondamento del generale fenomeno consuetudinario 309
8. La consuetudine "oltrefrontiera" e l'integrazione euro-mediterranea 313
9. Consuetudine e desuetudine nel diritto penale (cenni) 317
- 9.1. Premessa di metodo. 9.2. Rapporto consuetudine-legge penale. 9.3. L'operatività della consuetudine in diritto penale: ipotesi ricostruttive. 9.3.1. Il principio della riserva di legge nell'ordinamento penale: valore "relativo". 9.3.2. Relazione generale tra fatto e diritto in materia penale. 9.3.3. La funzione scriminante: lo sport come consuetudine. 9.3.4. La funzione integratrice. 9.3.5. La funzione interpretativa: a) le clausole aperte. b) l'interpretazione consuetudinaria della normativa sul diritto d'autore. 9.3.6. La consuetudine in funzione di adeguamento del sistema di legalità formale.

CAPITOLO QUARTO
Consuetudine e desuetudine
nell'ordinamento amministrativo:
forme di manifestazione e fondamentoSezione I
GLI ATTI NORMATIVI

1. La consuetudine amministrativa rispetto agli atti normativi ed amministrativi: elementi *comuni* e *speciali* del generale fenomeno consuetudinario 338
2. Consuetudine e desuetudine nella dottrina francese 346
- 2.1. Distinzioni concettuali e terminologiche: *usages et coutume*. 2.2. *Segue*: *usages contra legem et praeter legem*. 2.3. *Segue*: *usages contra legem et désuétude*. 2.4. Lo stato dell'arte nella dottrina francese. 2.5. La dottrina amministrativa francese rispetto al problema della *coutume contra legem*. 2.6. La chiusura della dominante *jurisprudence administrative*: ragioni e limiti.
3. *Segue*: nella dottrina amministrativa italiana 357
4. Consuetudine e desuetudine rispetto agli atti normativi nell'ordinamento amministrativo: generalità 361
- 4.1. La consuetudine come "antidoto" all'ipertrofia normativa. 4.2. I provvedimenti in deroga. 4.3. Dottrina e giurisprudenza come fonti integrative della legge? 4.3.1. Principi generali del diritto e consuetudini interpretative. 4.3.2. Funzione nomofilattica del Consiglio di Stato. 4.3.3. Principio della buona fede e della tutela dell'affidamento del privato. 4.3.4. Potestà di autotutela della P.A. 4.3.5. Il diritto vivente nell'ordinamento amministrativo: alcune esemplificazioni. 4.3.6. La *jurisprudence contra legem* nel diritto amministrativo francese.
5. Consuetudine *secundum legem* 385
6. Consuetudine *integrativa* 390
- 6.1. Consuetudine e ordinamento autonomo amministrativo. 6.2. *Segue*: la consuetudine negli "organismi corporativi". 6.2.1. Un esempio: il rapporto di lavoro del praticante avvocato. 6.3. Clausole generali o norme elastiche. 6.3.1. *Segue*: a) Bene culturale ed opera

- d'arte. 6.3.2. *Segue*: c) Interesse pubblico ed utilità sociale. 6.4. La genesi del *referendum* locale.
7. Consuetudine *contra legem* 404
- 7.1. Autodichia degli organi costituzionali. 7.2. Normativa degli esami universitari. 7.3. Condoni e leggi di c.d. sanatoria. 7.3.1. In particolare, nell'urbanistica. 7.4. Natura consuetudinaria dell'*ab immemorabili*: sue applicazioni pratiche. 7.5. Occupazione appropriativa (cenni). 7.6. Gestioni fuori bilancio. 7.7. Fonti normative del pubblico impiego.
8. Desuetudine degli atti normativi 422
- 8.1. Pubblico impiego. 8.2. Decadenza dalla carica di consigliere comunale. 8.3. Attività consultiva del Consiglio di Stato. 8.4. Valore legale dei titoli di studio. 8.5. Regolamenti comunali.

Sezione II GLI ATTI AMMINISTRATIVI

1. Introduzione 431
2. Il provvedimento amministrativo come "atto democratico" 432
3. I *soggetti attivi* delle consuetudini rispetto agli atti amministrativi 437
- 3.1. *Segue*: le Amministrazioni. 3.1.1. Rapporti con la prassi amministrativa. 3.1.2. *Segue*: prassi amministrative sviluppatasi in diritto scritto: le determinazioni dirigenziali e il riconoscimento del debito. 3.1.3. Revoca ed abrogazione. 3.1.4. La *coutume contra legem* e le sue interrelazioni con i principi generali dell'ordinamento amministrativo francese. 3.1.4.1. *Segue*: a) La *théorie de l'abuse de droit*. 3.1.4.2. *Segue*: b) La tutela della *bonne foi*. 3.1.4.3. *Segue*: c) La *moralité administrative*. 3.1.4.5. *Segue*: d) Il rispetto del principio d'*égalité*. 3.1.4.6. *Segue*: i soggetti e la prova dell'*opinio juris*. 3.1.5. Una possibile convergenza tra le consuetudini amministrative e i principi affermati dalla *jurisprudence administrative*.
4. *Segue*: la collettività come protagonista delle consuetudini amministrative 464

5. *Segue*: il "riconoscimento amministrativo" delle consuetudini dello sci e delle raccolte boschive 465
6. *Segue*: gli ordini amministrativi: l'esempio della circolazione stradale 467
- Indice degli Autori* 473