

***Ritorno al diritto non scritto? A proposito di un contributo allo studio della consuetudine***

di *Guido Rivosecchi* (Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico dell'Università del Salento – Docente a contratto di Contabilità pubblica e controlli della Luiss Guido Carli)

1. Affrontare il tema della consuetudine in una prospettiva così ampia come quella privilegiata dallo studio monografico di Tarasco, significa approfondire, più in generale, il tema classico delle fonti non scritte, sia nel loro processo di formazione, sia nel ruolo da esse rivestito nell'ordinamento<sup>1</sup>.

Si tratta di tematiche non soltanto di difficile collocazione, ma anche di dubbia individuazione, in quanto il diritto non scritto non è collegato ad esigenze di razionalizzazione del sistema giuridico, né, tantomeno, sembra essere privilegiato nel sistema delle fonti del diritto degli ordinamenti contemporanei<sup>2</sup>.

Da tempo materia di riflessioni articolate e approfondite – anche circoscrivendo la panoramica soltanto al periodo repubblicano<sup>3</sup> – il tema è stato recentemente, a più riprese e da diverse prospettive, oggetto di rinnovata attenzione<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Per una prima panoramica, cfr. N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, Cedam, 1942, *passim*, spec. 6 ss., il quale, in base alla considerazione che la legge statale non esaurisce le fonti del diritto, giunge ad una definizione molto ampia di “regola giuridica”, includendovi tutte quelle regole riconducibili ad un ordinamento che predisponga istituzionalmente i mezzi per reagire alla violazione di una sua regola. La tesi è sviluppata in N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 14 ss.: sul punto, v. anche G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, Cedam, 1972, 12 s.

<sup>2</sup> Sulle ragioni di questa scarsa considerazione del diritto non scritto (e, in particolar modo, della consuetudine), v. ancora, sotto un profilo di teoria generale, N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., 36 ss., il quale critica la dottrina tradizionale, quella moderna e anche la stessa Scuola storica (nonostante la rivalutazione del diritto non scritto da quest'ultima operata), in quanto verrebbe costantemente ricercato un fondamento della consuetudine in una norma giuridica precedentemente costituita, senza riconoscere, invece, il valore costitutivo della consuetudine come fatto normativo e fonte del diritto.

<sup>3</sup> Si richiamano qui sommariamente, tra gli altri, G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970; G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, cit.; C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale. I. Premesse generali*, Napoli, Jovene, 1992, rinviando, per una più approfondita panoramica della letteratura in materia, a R. BIFULCO, *Le riflessioni della cultura giuspubblicistica sulle convenzioni costituzionali*, in *Diritto e società*, 1992, 31 ss.

<sup>4</sup> Cfr., ad esempio, A.A.V.V., *Il rapporto tra Parlamento e Governo nella consuetudine e nella prassi*, a cura di P. Giocoli Nacci, Padova, Cedam, 1995; Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002.

Sul terreno del diritto pubblico e del diritto costituzionale, si è infatti tentato di valorizzare il ruolo della fonte consuetudinaria, del diritto non scritto e, più in generale, delle prassi nelle concrete dinamiche della forma di governo, soprattutto a seguito, nel 1993, dell'approvazione di leggi elettorali prevalentemente maggioritarie<sup>5</sup>.

Le torsioni in senso maggioritario impresse alla forma di governo parlamentare dalle riforme di quegli anni – e sostanzialmente confermate dalla più recente riforma elettorale (legge 21 dicembre 2005, n. 270), la quale, a dispetto della teorica configurazione di legge proporzionale con premio di maggioranza, sembra radicalizzare un brutale principio maggioritario di coalizione<sup>6</sup> – troverebbero, infatti, un “seguito” poco coerente nella c.d. legislazione elettorale “di contorno”, cosicché il ruolo delle prassi e, più in generale, (anche) del diritto non scritto tornerebbe, in qualche modo, ad assumere una certa rilevanza, anche a parziale compensazione del mancato adeguamento dell'ordinamento al principio maggioritario<sup>7</sup>. D'altra parte, sul piano del diritto costituzionale e soprattutto del diritto parlamentare<sup>8</sup>, si potrebbero richiamare gli insegnamenti orientati a valorizzare la centralità delle regole non scritte nelle dinamiche di funzionamento delle istituzioni<sup>9</sup>.

Se ricomprendiamo nell'espressione “diritto non scritto”, in prima approssimazione (e in maniera talvolta impropria), tutto ciò che non è riconducibile alla legge o alla Costituzione, ci accorgiamo che, sul piano del diritto civile, la riemersione delle fonti non scritte appare ancora più netta. Si pensi alla valorizzazione delle fonti

---

<sup>5</sup> In tema, si vedano gli Atti del convegno organizzato in ricordo di Paolo Biscaretti di Ruffia, a cura di G. Mor, S. Ninatti, Q. Camerlengo e G.E. Vigevani, Milano, 1999; nonché G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto e altre scienze*, Torino, Giappichelli, 2003. Sul punto, si sofferma N. LUPO, Recensione a Q. Camerlengo, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. XIV-444, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2005, 545 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>6</sup> Per un approfondimento di questo aspetto sia consentito rinviare a G. RIVOCCHI, *I poteri ispettivi e il controllo parlamentare: dal question time alle Commissioni di inchiesta*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di E. Gianfrancesco e N. Lupo, Roma, Luiss University Press, 2007, 162 s.

<sup>7</sup> Per un approfondimento di questi aspetti, sia consentito un rinvio a G. RIVOCCHI, *Regolamenti parlamentari e forma di governo nella XIII legislatura*, Milano, Giuffrè, 2002, *passim*, spec. 61 ss.

<sup>8</sup> Sulla rilevanza del diritto non scritto nel diritto parlamentare, v., ad esempio, G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, cit., 148, il quale rileva che «nel diritto parlamentare la parola prassi possiede una forza maggiore e designa molto spesso vere e proprie consuetudini o regole comunque ritenute obbligatorie politicamente e moralmente (e cioè in definitiva convenzioni [...])»; nonché, più ampiamente, *Ibidem*, 153 ss.

<sup>9</sup> Si veda, soprattutto, V. MICELI, *Principii di Diritto parlamentare*, Estratto dall'Enciclopedia Giuridica Italiana, vol. IV, Società Editrice Libreria, 1910, 8 s.; nonché, recentemente, A. MANZELLA, *Il parlamento*, Nuova Edizione, Bologna, Il Mulino, 2003, 49 ss.

espressione di autonomia (*in primis*, il contratto e la consuetudine), sia nel passaggio dallo Stato interventore allo Stato regolatore, che avviene sostanzialmente al di fuori del Codice civile<sup>10</sup>, sia, più in generale, rispetto alla tendenza del contratto a surrogare la legge nel processo di riorganizzazione della società civile, nonché dei principali settori della vita sociale<sup>11</sup>.

2. Il libro di Tarasco si colloca appieno in questa prospettiva, con l'indubbio merito, tra l'altro, di analizzare partitamente le diverse branche del diritto in cui la consuetudine e le fonti non scritte assumono fondamentale rilevanza dietro le codificazioni del diritto scritto.

Nel primo capitolo viene presa in esame sotto diversi punti di vista la consuetudine in stretta connessione al declino della legge nella crisi dello Stato e del sistema delle fonti<sup>12</sup>. In questa chiave di lettura, la rivalutazione delle fonti non scritte passa anche attraverso l'equità, considerata centrale nei periodi di transizione e di crisi del tradizionale sistema delle fonti, come strumento di regolazione dei rapporti giuridici, nella (faticosa) ricerca di un nuovo stabile assetamento<sup>13</sup>. Sotto questo profilo, lo studio di Tarasco sembra collocarsi nella corrente dottrina che, anche di recente, attribuisce straordinario rilievo all'equità, considerata non soltanto principio attraverso cui la legge può essere resa più "mite", ovvero fonte di giustizia del caso concreto, ma «regola di comunità». In questa prospettiva, dall'equità deriverebbero un insieme di principi generali che garantirebbero un raccordo orizzontale tra categorie di soggetti a cui fanno capo determinati interessi (come le comunità degli imprenditori), in maniera, per così dire, "integrativa" rispetto al raccordo in senso verticale garantito dalla Costituzione<sup>14</sup>. Mi pare, questo, un punto centrale su cui sarà opportuno ritornare, espressione, in qualche modo, di tendenze ulteriori di valorizzazione del Codice civile e dei principi civilistici<sup>15</sup>, anche rispetto al valore precettivo delle norme costituzionali.

---

<sup>10</sup> Sul punto, si vedano le acute osservazioni di N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 43.

<sup>11</sup> Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 1993, 215, secondo il quale, attraverso l'estrema valorizzazione dell'autonomia contrattuale, il contratto si spinge sino a sostituirsi ai pubblici poteri nella protezione di interessi generali (come quelli dei consumatori).

<sup>12</sup> Cfr., in particolare, A.L. TARASCO, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo. Contributo allo studio delle fonti non scritte*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, 27.

<sup>13</sup> *Ibidem*, 32.

<sup>14</sup> Così, N. IRTI, *Codice civile e società politica*, cit., 35.

<sup>15</sup> Sul punto, v. ancora N. IRTI, *Codice civile e società politica*, cit., 15.

In questa prima parte, lo studio di Tarasco prosegue in un percorso di recupero della consuetudine e del diritto non scritto che conduce ad attribuire un valore ricostruttivo (e non costitutivo) alla legislazione, ammettendo, conseguentemente, il primato del diritto consuetudinario su quello scritto<sup>16</sup>.

Muovendo dalla contrapposizione tra autonomia (di cui la consuetudine è espressione) e eteronomia (di cui la legge e la prevalenza delle fonti scritte costituirebbe principale riferimento), Tarasco individua due funzioni-obiettivo della regola consuetudinaria: da un lato, una funzione conservatrice, che constata e giuridifica ciò che accade nell'ambito sociale; dall'altro, una funzione profondamente innovativa, in quanto la consuetudine appare fonte in grado – meglio delle altre – di registrare l'evoluzione dei tempi e i bisogni della società<sup>17</sup>. La prevalenza viene infatti accordata alla funzione innovatrice, in quanto il diritto consuetudinario consentirebbe una maggiore aderenza dell'ordinamento legale a quello reale<sup>18</sup>. Anzi, quest'ultimo «formato da altre norme, integrative o contrarie alla legge, create di fatto dalla collettività di cittadini e dai poteri pubblici», rappresenta interi settori della vita associata nella regolazione dei quali la legge è sostanzialmente estranea<sup>19</sup>.

Nel secondo capitolo Tarasco prende in esame la fenomenologia consuetudinaria e desuetudinaria nelle diverse branche del diritto. E' questo indubbiamente uno dei pregi di un'analisi ricca e articolata, che, accogliendo la macro bipartizione tra diritto pubblico e diritto privato (cui corrispondono le due sezioni in cui si articola il capitolo), ricostruisce il valore e il ruolo della consuetudine nell'ordinamento internazionale<sup>20</sup> e in quello comunitario<sup>21</sup>, per poi soffermarsi, più ampiamente, sulla consuetudine costituzionale<sup>22</sup> e sul ruolo della consuetudine nel diritto penale<sup>23</sup> e nel diritto processuale<sup>24</sup>. L'autore passa quindi, nella seconda sezione del capitolo, ad esaminare la fenomenologia consuetudinaria nel diritto civile<sup>25</sup>, nel diritto commerciale<sup>26</sup>, nel diritto

---

<sup>16</sup> Cfr. A.L. TARASCO, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo*, cit., 128.

<sup>17</sup> *Ibidem*, 132.

<sup>18</sup> *Ibidem*, 133.

<sup>19</sup> *Ibidem*, 167.

<sup>20</sup> *Ibidem*, 173 ss.

<sup>21</sup> *Ibidem*, 178 ss.

<sup>22</sup> *Ibidem*, 185 ss.

<sup>23</sup> *Ibidem*, 205 ss.

<sup>24</sup> *Ibidem*, 217 ss.

<sup>25</sup> *Ibidem*, 229 ss.

<sup>26</sup> *Ibidem*, 232 ss.

del lavoro<sup>27</sup> e nel c.d. diritto infrastatuale, intendendo, con quest'espressione, il diritto dei vari gruppi professionali<sup>28</sup>.

E' questa senza dubbio la parte maggiormente apprezzabile dello studio, in cui l'autore, non senza qualche forzatura, si sforza di giungere ad una ricostruzione sistematica del ruolo della consuetudine e delle fonti del diritto non scritte, svelando come spesso dietro un'apparente valorizzazione del diritto scritto si celino, in realtà, consuetudini e fonti non scritte.

In questa chiave di lettura, l'analisi di Tarasco è tutta orientata alla ricostruzione del diritto scritto in termini quasi "ricognitivi" rispetto alle fonti consuetudinarie. Nel diritto internazionale, nel quadro delineato dall'art. 10, primo comma, della Costituzione, l'operazione è fin troppo facile in virtù del primato rivestito dalla consuetudine in un ordinamento in cui non esiste un legislatore che sia universale e sopranazionale<sup>29</sup>. Anche nell'ordinamento comunitario, tuttavia, l'analisi coglie puntualmente il ruolo della consuetudine nelle prassi instauratesi tra gli Stati membri della Comunità europea che poi vengono giuridicizzati in atti normativi, come è accaduto nel caso del Consiglio europeo, istituzione in un primo momento estranea ai Trattati, ma divenuta sempre più centrale nella formazione dell'indirizzo politico a livello europeo e poi formalmente codificata dall'art. 4 del Trattato sull'Unione europea<sup>30</sup>, ovvero nel caso del principio di sussidiarietà, formalmente positivizzato nel diritto comunitario soltanto dall'art. 3B del Trattato di Maastricht (oggi art. 5 TCE)<sup>31</sup>. Ma il ruolo delle consuetudini nel diritto non scritto viene dall'autore ricondotto anche al loro valore di parametro di legittimità degli atti comunitari<sup>32</sup>, ovvero di criterio di legittimazione delle direttive c.d. dettagliate, che altrimenti dovrebbero definirsi *contra legem*<sup>33</sup>.

Quanto al diritto costituzionale, muovendo dalle (problematiche) origini consuetudinarie del concetto di costituzione, che starebbero ad indicare che ogni ordinamento ritiene obbligatoria l'esistenza di uno specifico documento che indichi le

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, 234 ss.

<sup>28</sup> *Ibidem*, 236 ss.

<sup>29</sup> *Ibidem*, 175.

<sup>30</sup> *Ibidem*, 179.

<sup>31</sup> *Ibidem*, 180.

<sup>32</sup> *Ibidem*, 181 s.

<sup>33</sup> *Ibidem*, 183 s.

norme di azione (e soprattutto i limiti) rispetto all'esercizio dei pubblici poteri<sup>34</sup>, l'analisi si sofferma, con particolare riferimento al ruolo delle c.d. consuetudini facoltizzanti, sulla valorizzazione di tale fonte non scritta nella giurisprudenza costituzionale<sup>35</sup>.

Ancor più originali risultano gli spunti del lavoro di Tarasco per quanto concerne l'analisi di talune fenomenologie consuetudinarie nel diritto penale e nel diritto processuale<sup>36</sup>, da un lato, e nel diritto privato<sup>37</sup>, dall'altro, in cui, nelle diverse fattispecie prese in esame, la consuetudine viene frequentemente ad integrare (o a porsi a fondamento) rispetto al diritto positivo.

Successivamente Tarasco si sofferma sul concreto operare della consuetudine e della desuetudine rispetto agli atti normativi alla luce delle preleggi del Codice civile, per giungere ad interrogarsi sulla problematica ammissibilità della consuetudine *contra legem*, che l'autore risolve positivamente, riallacciando il processo di formazione del diritto consuetudinario al diretto esercizio della sovranità popolare<sup>38</sup>. La tesi da ultimo richiamata sembrerebbe faticosamente poggiare, sulla scorta della Scuola storica di Savigny, su un'interpretazione orientata a sottostimare la rilevanza dell'*opinio iuris*, che sfuggirebbe al rigido parametro legalistico, «consentendo ad una comunità di esprimere un proprio bisogno, e permettendo la giuridificazione della norma da questa creata, indipendentemente dal giudizio di conformità alla legge», e, conseguentemente, consentendo «l'origine di consuetudini formalmente *contra legem* o della desuetudine, che, diversamente, [...] non troverebbero cittadinanza»<sup>39</sup>. Un punto, quest'ultimo, assai delicato, che farebbe della consuetudine, attraverso il (presunto) nesso con il principio

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, 186 s. L'autore, sotto questo profilo, sembra collocarsi nella prospettiva indicata, ad esempio, da N. MACCORMICK – O. WEINBERG, *Il diritto come istituzione*, a cura di M. La Torre, Milano, 1990, 232 s.; e, soprattutto, sulla falsariga della teoria kelseniana della norma fondamentale come presupposto di ogni ordinamento giuridico (cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. Torino, 1966, 219 ss.; ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. a cura di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1980, 117 ss.). Sul punto, si vedano, però, le considerazioni critiche espresse, in riferimento alla teoria kelseniana di Costituzione, da G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, Feltrinelli, 2006, 233 s., secondo il quale ridurre il primato della Costituzione ad una fonte di volontà sovrumana, od al prodotto di una consuetudine, significa «riconoscere che nella norma fondamentale è implicato il principio politico della teocrazia, o quello della tradizione».

<sup>35</sup> Cfr. A.L. TARASCO, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo*, cit., 194 ss.

<sup>36</sup> *Ibidem*, 205 ss.

<sup>37</sup> *Ibidem*, 229 ss.

<sup>38</sup> *Ibidem*, 275 ss.

<sup>39</sup> *Ibidem*, 285.

democratico, il vero interprete dello spirito collettivo, nonché rimedio all'ipertrofia della legge<sup>40</sup>.

Sulla base di queste premesse, lo studio di Tarasco, nel quarto ed ultimo capitolo, procede ad un'accurata disamina delle fenomenologie consuetudinarie e desuetudinarie nell'ordinamento amministrativo<sup>41</sup>.

3. La monografia, che si lascia senz'altro apprezzare per la complessa articolazione e la profondità con cui viene ad affrontare l'esame del fondamento e delle forme di manifestazione della consuetudine nell'ordinamento, pone, però, una serie di problematiche questioni degne di ulteriore approfondimento.

In primo luogo, lo studio risente di una certa corrente dottrinarie orientata – si consenta l'eccessiva schematizzazione – ad alimentare la contrapposizione tra fonti autonome (consuetudine, contratto) e fonti eteronome (Costituzione e legge), nel presupposto che le prime costituirebbero, oggi, espressione prevalente di partecipazione democratica, in quanto strumenti di «creazione sociale spontanea del diritto privato»<sup>42</sup>. In questa chiave di lettura, nello studio preso in esame, le fonti non scritte diventano addirittura strumento privilegiato di realizzazione del principio di sussidiarietà in senso orizzontale, vera espressione del principio autonomistico e mezzo di produzione giuridica decentrata in grado di cogliere i reali bisogni della persona umana tutelando il principio personalistico rispetto al carattere derivato dello Stato<sup>43</sup>.

Sul punto, si potrebbero muovere almeno due rilievi.

In primo luogo, vanno considerate le (non trascurabili) considerazioni circa il carattere bidirezionale del principio di sussidiarietà (quantomeno in senso verticale, ma trasponibili anche sul piano orizzontale), messo in rilievo per primo da Roberto Bin e

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, 309.

<sup>41</sup> *Ibidem*, 337 ss.

<sup>42</sup> R. SACCO, *Il diritto non scritto*, in G. ALPA – A. GUARNERI – P.G. MONASTERI – G. PASCUZZI – R. SACCO, *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Il diritto non scritto e l'interpretazione*, vol. II, Torino, 1999, 42. Per una critica a queste tesi, cfr. G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, cit., 111, il quale rileva che, contrariamente a quello che normalmente si potrebbe credere, la consuetudine non è una fonte così flessibile, ma una «fonte rigida», «propria di società statiche nelle quali gli uomini sono ancora subordinati alla natura nel loro processo di produzione e riproduzione materiale», cosicché, in definitiva, più si risale indietro nel tempo e «più prevalgono costumi sociali spontanei, la cui violazione è sacrilegio». Al contrario – secondo tale autore – la legge scritta esprime la «conseguenza dell'intervento consapevole degli uomini e delle classi nel processo sociale» e si pone come «fonte tipica di società in rapido sviluppo che hanno bisogno di adeguare rapidamente il diritto alle mutate situazioni», come non può fare invece la consuetudine, e di usare il diritto secondo ragione per perseguire scopi prefissati (*Ibidem*, 111).

<sup>43</sup> Cfr. A.L. TARASCO, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo*, cit., 76 ss.

avvalorato dalla giurisprudenza costituzionale (sin dalla sentenza n. 303 del 2003) e dal diritto dell'Unione europea (sin dal Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità allegato al Trattato di Amsterdam), che scongiurerebbero un uso così disinvolto della sussidiarietà come strumento di attuazione del principio autonomistico, in quanto si tratta, come noto, di un principio molto spesso invece utilizzato – sia nella giurisprudenza costituzionale che nel diritto dell'Unione europea – per attrarre competenze in favore dei livelli superiori di governo<sup>44</sup>.

In secondo luogo, lascia decisamente perplessi il raccordo che viene così disegnato tra le fonti non scritte e il principio personalista. Infatti, anche guardando al principio di sussidiarietà in senso orizzontale, risultano tutt'altro che scontate conseguenze così nette circa il raccordo con il principio autonomistico e con quello personalistico. E' infatti indubbio che la centralità della persona umana e il conseguente dover essere antropologicamente orientato dei pubblici poteri implica una teoria (e una pratica) dei diritti inviolabili anzitutto come limite all'espansione dell'azione pubblica. Ciò costituisce un dato sostanzialmente sottostimato nell'ordinamento e nella giurisprudenza italiana<sup>45</sup>, soprattutto alla luce degli stessi principi fondamentali della Costituzione. Ma, di qui, a trovare una risposta nelle fonti non scritte come strumento di attuazione del principio democratico, della centralità della persona e della sovranità popolare mi pare francamente che corra una distanza considerevole. E ciò per una serie di ragioni.

In primo luogo gli studi sulla consuetudine hanno, a più riprese, sottolineato i limiti inderogabili con cui le fonti non scritte possono operare nell'ordinamento<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Sul punto cfr., per tutti, P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2003, 15 ss.

<sup>45</sup> Aspetto messo in rilievo, tra i primi, da A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Principi fondamentali, art. 1-12*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1975, 60 ss.

<sup>46</sup> Cfr., ad esempio, N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., 88 ss. (limitatamente alla funzione «integrativa» - *praeter legem* - della consuetudine); G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, cit., 121 ss. (in merito all'ammissibilità, nell'ordinamento, soltanto delle consuetudini *praeter* o *secundum constitutionem*); C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, cit., 172 ss., spec. 176, ove si sottolinea che, oltre ai limiti previsti dall'art. 8, comma 1, delle preleggi al Codice civile, l'operatività della consuetudine è drasticamente ridotta dalle numerose riserve di legge previste dalla Costituzione e si dubita che la consuetudine possa integrare il parametro del giudizio di costituzionalità, anche nei conflitti di attribuzione tra poteri (ivi, 177).



In secondo luogo, la prioritaria necessità di garantire la certezza del diritto sembrerebbe indicare un processo opposto, che vede il passaggio dal diritto consuetudinario al diritto scritto<sup>47</sup>. Il diritto non scritto, in altre parole, sembrerebbe indicare soltanto, qualora ricorrano le condizioni previste dall'ordinamento, i presupposti per il passaggio al diritto scritto. Ciò sembra avvalorato, nel diritto costituzionale, dall'inammissibilità di ogni forma di consuetudine costituzionale non solo *contra constitutionem*, ma anche *praeter constitutionem*<sup>48</sup>. Persino nel diritto parlamentare, che per le sue caratteristiche risente maggiormente della “tensione” tra giuridicità e politicità dei regolamenti delle Assemblee<sup>49</sup>, la consuetudine, gli usi e le prassi sembrano, in definitiva, ricercare una codificazione scritta nella norma regolamentare<sup>50</sup>.

A tutto ciò si deve poi aggiungere che gli ambiti riservati alla consuetudine e alle fonti non scritte sono fortemente limitati dal diritto positivo. E' bene ad esempio ricordare che esse possono operare solo in caso di materia “regolata” ex art. 8, comma 1, delle preleggi al Codice civile, laddove, tra l'altro, si ritiene non sufficiente una disciplina completamente generica perché la materia possa dirsi “regolata”, attribuendo così spazio alla consuetudine<sup>51</sup>. Né possono trascurarsi i limiti alle fonti non scritte desumibili dalle numerose riserve di legge previste dalla Costituzione.

In definitiva, ampliando lo sguardo a tutto quello che si è – forse impropriamente – definito “diritto non scritto”, vien fatto di chiedersi provocatoriamente sino a che punto, nell'ambito dei processi sopra messi in evidenza, la sentenza (che fa stato tra le parti), o il contratto (che vincola i contraenti), e, più in generale, le c.d. fonti “autonome”, possano surrogare la legge.

Mi pare che questi processi nascondano una determinata concezione del diritto non scritto che poggia – anche per via giurisprudenziale – su principi generali come l'equità, che avevano probabilmente un buon rendimento tra i Lords e tra i nobili, mentre per fortuna funzionano meno bene nello Stato democratico di diritto, incentrato

---

<sup>47</sup> Cfr. C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, cit., 110.

<sup>48</sup> Cfr., ad esempio, C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, cit., 174, argomentando a partire dalla rigidità della Costituzione.

<sup>49</sup> Cfr. A. MANZELLA, *Il parlamento*, cit., 50 ss.

<sup>50</sup> Sul punto, sia consentito un rinvio a G. RIVOSECCHI, *Regolamenti parlamentari e forma di governo nella XIII legislatura*, cit., spec. 118 s.

<sup>51</sup> Sul punto, C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, cit., 137.

sul principio democratico che passa, anzitutto, per la garanzia del primato della Costituzione e della legge.

Se è indubbio che le recenti tendenze dell'ordinamento segnino una rivalutazione del diritto non scritto, speriamo almeno che la rivincita di Savigny non passi sotto le mentite spoglie di una rivalutazione del principio democratico e della sovranità popolare.