

L. Bove (a cura di), *Prassi e Diritto. Valore e ruolo della consuetudine*.

Il volume dal titolo *Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine* (Napoli, 2008, Jovene Editore, pp. 359), a cura e con prefazione di L. Bove, raccoglie le relazioni che studiosi della storia del diritto (M. Caravale, F. Gallo e M. Talamanca) e del diritto vigente (G. Abbamonte, P. Bellini, F.P. Casavola, B. Conforti e P. Rescigno) prepararono per l'*Incontro di studio* tenutosi, su iniziativa di L. Bove, a Napoli (Università Federico II: Facoltà di Giurisprudenza e Dipartimento di Diritto Romano e Storia della Scienza Romanistica 'F. De Martino') il 9 e 10 dicembre 2004.

Le relazioni sono state pubblicate con il titolo indicato per l'*Incontro*, ad eccezione di quelle di M. Talamanca (che ha variato il titolo originario: «*Il mondo greco: trionfo del legalismo*», in «*Ἔθνη e νόμος ἄγραφος nel Corpus oratorum atticorum*») e di P. Rescigno (che ha aggiunto «*Riflessioni riassuntive*» a «*Legge e consuetudine nell'esperienza codicistica*»).

Nella prefazione viene sottolineato il valore della consuetudine che, pur in un ordinamento rigorosamente positivo (qual è quello italiano in cui sembra quasi 'recuperarsi' la

subordinazione costantiniana della *consuetudo* alla *lex* come norma scritta), svolge un suo ruolo con una valenza non inferiore alla norma scritta, «sia che questa non ci sia od anche, superandola, se ci sia».

La prima relazione è del compianto studioso Mario Talamanca (*Ἔθῃ e νόμος ἄγραφος* nel *Corpus oratorum atticorum*), che ha scelto di restringere l'attenzione all'analisi del *Corpus oratorum atticorum* in ordine all'uso del termine ἔθος. L'autore affronta, in primo luogo, il problema del significato della consuetudine nel mondo greco. Secondo Talamanca non bisogna identificare consuetudine e diritto non scritto: «Da una parte, infatti, possono astrattamente esistere sistemi fondati su leggi positive, di cui consti una formulazione immutabile ma non versata in una documentazione scritta; dall'altra, i principi e le regole riconducibili ad un νόμος ἄγραφος – a cominciare dal νόμος βασιλεύς pindarico – non erano sentiti come cogenti, quando ciò avvenisse, sulla stessa base sulla quale noi riteniamo ora vigente una consuetudine. Nei limiti in cui si riconoscesse loro una vigenza, tali norme valevano di per sé, fondate sulla natura delle cose». Per lo studioso sarebbe quindi errato riconoscere nel mondo greco l'esistenza di norme consuetudinarie riferen-

A chiusura del volume vi è l'*Appendice* in cui sono riportate anastaticamente, come *Excerpta*, pagine estratte dalla *Glossa ordinaria* (*sub* D. 1.3.31-40 e CI. 8.53[52]. 1-3) e dalle opere di U. Donello (*De iure civili*), U. Grozio (*De iure belli ac pacis libri tres*), J. Domat (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*), F.K. von Savigny (*Sistema del diritto romano attuale*, trad. di V. Scialoja), G.F. Puchta (*Das Gewohnheitsrecht*) e B. Windscheid (*Diritto delle Pandette*, trad. e note, riprodotte anch'esse, di C. Fadda e P.E. Bensa).

[GIUSEPPE CRESCENZO]

dosi alla rilevanza del νόμος ἄγραφος o, ancor prima, del νόμος βασιλεύς. Erano certamente norme non scritte, ma che non possono essere equiparate all' 'odierna' consuetudine. Il νόμος βασιλεύς era nella natura delle cose: ad esso si sostituì il legislatore umano con i θεσμοί e poi con i suoi νόμοι. I comportamenti umani, anche ripetuti nel tempo, erano di per sé senza rilievo sul piano delle fonti del diritto, in quanto l'alternativa ai νόμοι γεγραμμένοι, al «gesetztes Recht», non erano gli ἔθη con la valenza che ha per noi la consuetudine come fonte del diritto, bensì, in astratto, l'ἄγραφος νόμος, ormai privo di rilievo quale diritto positivo, «e caro ai poeti ed ai filosofi». Secondo l'analisi dello storico del diritto in tale ambito s'inseriva la prassi degli operatori «e non stupisce che gli ἔθη come fonte di diritto non potessero avervi – né in effetti vi hanno avuto – ingresso».

Filippo Gallo (*La recezione 'moribus' nell'esperienza romana: una prospettiva perduta da recuperare*) mette in luce che un modo di produzione del diritto nella Roma repubblicana e protoimperiale era la recezione *moribus*. In essa confluiva l'*interpretatio* dei giuristi, che creavano e indicavano la regola da seguire, la formula da pronunciare, l'atto da compiere, e la relativa accettazione col comportamento con-

creto da parte dei consociati. Lo studioso evidenzia anche il processo che portò, da un lato, al venir meno della recezione *moribus* e, dall'altro, all'introduzione della *consuetudo*, configurata quale fonte di rango inferiore rispetto alla legge e non collegata con l'*interpretatio*; vi è poi il sistema giustiniano, con la concentrazione di tutta la produzione del diritto nella figura dell'imperatore e con la limitazione dell'efficacia riconosciuta alla *consuetudo* in forza del richiamo da parte della *lex*.

Mario Caravale (*La consuetudine in età moderna*) prende in considerazione il ruolo della consuetudine nella prima età moderna in tre contesti culturali differenti: lo *ius commune* romano canonico, la Francia consuetudinaria (cioè i *pays de droit coutumier*) e il regno inglese. In ordine al primo ambito, lo studioso esamina due profili: il rapporto tra l'autorità del principe, quale autorità unitaria dei molteplici ordinamenti particolari che si erano consolidati nelle regioni a lui facenti capo, e le consuetudini delle comunità stanziato nelle stesse regioni; il rapporto tra le consuetudini locali e lo *ius commune* romano canonico. La seconda esperienza analizzata è quella della Francia consuetudinaria, in cui il monarca poteva modificare gli usi che regolavano i rapporti intersoggettivi, mentre le norme consuetudinarie,

contratto che accanto alla legge richiama anche gli usi e l'equità.

Giuseppe Abbamonte (*Prassi e diritto nella materia amministrativa*), dopo aver sottolineato la differenza tra prassi amministrativa e usi, prosegue l'analisi sul limite che trova la prassi amministrativa nel principio di tipicità degli atti, espressione della funzione pubblica. Il ruolo svolto dalla prassi nei rapporti regolati dalle norme amministrative è quello di colmare le lacune della produzione giuridica da parte degli apparati amministrativi. Lo studioso rileva che, pur essendo la funzione amministrativa retta dal principio di tipicità, vi è «la c.d. via informale» (attività che potrebbe essere definita *praeter legem*) regolata dalla prassi, specie quando si preparano intese, si cercano soluzioni e si adattano i mezzi di azione «per esprimersi alla fine nei provvedimenti conclusivi in cui si manifesta l'esercizio del potere attribuito dalla legge per regolare gli interessi». L'insigne amministrativista procede quindi ad una 'rilettura' dell'eccesso di potere con alcune indicazioni sulle vicende della prassi ed esamina, infine, la prassi nella evoluzione del processo amministrativo: a) in sede cautelare, b) nella procedura di merito e c) di ottemperanza.

larle alle inesorabili *conventions of the constitution* britanniche, che, giova ripeterlo, non assumono rilevanza di fonti normative». Casavola evidenzia, poi, che nella costituzione repubblicana italiana sono intervenuti accordi espressi e intese tacite (ad es. per ripartire competenze tra Parlamento e Capo dello Stato quanto alle concessioni di amnistia e indulto, art. 79 Cost.). «Ma è dubbio che anche la lunga durata dia a tali fatti la natura di consuetudini».

Pietro Rescigno (*Legge e consuetudine nell'esperienza codicistica. «Riflessioni» riassuntive*) affronta il tema dall'angolo di visuale del civilista mettendo in luce che il codice civile vigente costituisce «un momento di svalutazione» della consuetudine nel quadro delle fonti: nel vecchio codice di commercio italiano gli usi mercantili erano posti prima delle norme e dei principi del codice civile, ma, nel momento del passaggio dal vecchio al nuovo sistema, gli usi sono sistemati all'ultimo posto nel quadro delle fonti, «ma non sono cancellati». Lo studioso, infatti, evidenzia quelle norme presenti nella 'materia' dell'autonomia contrattuale che rimandano alle clausole d'uso, nonché alle generali pratiche interpretative ed ancora a quella norma sull'integrazione degli effetti del

che disciplinavano in via diretta l'organizzazione istituzionale e tutelavano indirettamente anche i diritti dei cittadini, erano sovraordinate allo stesso sovrano. Il terzo ed ultimo ambito culturale di cui Caravale si occupa è quello del *common law* del regno inglese. Il *common law*, costituito dal diritto consuetudinario dell'intera comunità inglese, godeva di un'autorevole supremazia di cui la dottrina individuava tre principi fondamentali: la continuità *ab immemorabili*, la conformità al diritto naturale, la *rationabilitas*. Tale diritto era integrato anche dalle decisioni del Parlamento, gli *acts of Parliament*, che costituivano lo *statute law*.

Piero Bellini (*Tradizione e consuetudine nella esperienza del movimento cristiano principale*) s'interessa del tema in termini «peculiarmente canonistici»; evidenzia come 'il popolo di Dio' partecipa, in qualche momento storico, alla produzione del diritto stante la necessità di conferme, di prove e soprattutto del filtro costante dell'autorità.

Benedetto Conforti (*La consuetudine nel diritto internazionale*) illustra come la consuetudine in passato occupasse una notevole posizione nel sistema delle fonti del diritto internazionale. Oggi, secondo lo studioso, la problematica dei rapporti tra le differenti fonti del diritto internazionale è fondata su basi di-

verse, in quanto vi è una notevole quantità di trattati stipulati rispetto al limitato numero delle norme consuetudinarie. I trattati, inoltre, hanno ad oggetto numerose tematiche con il vantaggio (tipico di tutte le norme scritte) di regolare una materia anche in modo peculiare. La consuetudine, malgrado questi notevoli cambiamenti, è ancora ritenuta un'autonoma fonte di norme internazionali, considerato sempre il rapporto che, in relazione ad una singola materia, s'instaura con l'accordo. Conforti, dopo l'analisi della nozione di consuetudine internazionale (con particolare riguardo all'elemento dell'*opinio juris ac necessitatis*), approfondisce il rapporto tra consuetudine e accordo, ponendo in rilievo tre distinti aspetti: a) la possibilità di ricavare una norma consuetudinaria da una prassi convenzionale diffusa; b) il fenomeno della modifica o abrogazione di norme pattizie ad opera di una prassi successiva; c) i rapporti tra consuetudine e accordi di codificazione. Lo studioso esamina, poi, il ruolo della giurisprudenza internazionale rispetto al graduale sviluppo del diritto non scritto ed infine i principi generalmente condivisi dalle Nazioni civili, fonti di norme internazionali e valutabili come «una sorta di consuetudine *sui generis*».

Francesco Paolo Casavola (*Riflessioni intorno alle cosiddette consuetudini costituzionali*) discute il tema della consuetudine sul piano del diritto costituzionale, evidenziando che la letteratura al riguardo moltiplica i dubbi sulla sua esistenza in tale ambito. In particolare, il giurista considera due forme storiche di ordinamenti, a costituzione scritta, rigida e flessibile, e a costituzione non scritta. Con riferimento alla seconda, lo studioso richiama quale esempio la costituzione britannica: è improprio impiegare il termine e il contenuto concettuale di consuetudine «per quella categoria che i giuristi inglesi usano classificare *Conventions of the constitution*, perché si tratta di accordi anche taciti per seguire comportamenti che non rientrano nella sfera del *rule of law*, ma sono vincolanti per il consenso politico che accomuna maggioranza e opposizione in Parlamento e opinione pubblica, avendo dalla loro buone ragioni (*good reasons*) ed essendo conformi ai quattro principi della costituzione britannica, il principio democratico, parlamentare, monarchico e del governo di gabinetto...Nelle costituzioni europee flessibili, come lo Statuto albertino del 1848, è stato possibile spostare il baricentro del governo dalla Corona al Parlamento con prassi acconsentite o convenute, senza tuttavia che si possa assimi-