

Dialoghi sulla morfologia delle fonti. Introduzione*

GIOVANNI BOMBELLI, PAOLO HERITIER, MICHELE MASSA**

Sommario: 1. Dialoghi. – 2. Emergenza. – 3. Incertezza. – 4. Mutamento. – 5. Istituzioni. – Qualche riferimento bibliografico.

Data della pubblicazione sul sito: 10 ottobre 2023

Suggerimento di citazione

G. BOMBELLI, P. HERITIER, M. MASSA, *Dialoghi sulla morfologia delle fonti. Introduzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2023. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo scaturisce da un ciclo di seminari dal titolo Dialoghi sulla morfologia delle fonti, tenutosi presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano nella primavera del 2022, ed è inserito nella sezione monografica del fascicolo a cura di Giovanni Bombelli, Paolo Heritier e Michele Massa.

** Giovanni Bombelli è professore ordinario di Filosofia del diritto nel Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università cattolica del Sacro Cuore (Milano). Indirizzo mail: giovanni.bombelli@unicatt.it. Paolo Heritier è professore ordinario di Filosofia del diritto nel Dipartimento di Giurisprudenza e scienze politiche, economiche e sociali dell'Università degli Studi del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro" (Alessandria). Indirizzo mail: paolo.heritier@uniupo.it. Michele Massa è professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nel Dipartimento di Diritto privato e pubblico dell'economia dell'Università Cattolica del Sacro Cuore (Milano). Indirizzo mail: michele.massa@unicatt.it.

1. Dialoghi

Sono qui raccolti alcuni contributi scaturiti da un ciclo di seminari dal titolo *Dialoghi sulla morfologia delle fonti* tenutosi presso l'Università Cattolica del S. Cuore di Milano nella primavera del 2022 e organizzato attorno a quattro parole chiave: emergenza, incertezza, mutamento, istituzione.

Questi incontri si sono strutturati come veri e propri dialoghi. Gli ospiti sono stati invitati a discutere, tra loro e con gli organizzatori, attorno ad alcune domande, da una varietà di prospettive: dal diritto pubblico alla filosofia del diritto, sino ad altri settori delle scienze giuridiche, nonché ad aree afferenti altre scienze sociali (segnatamente la sociologia).

Alcune domande, si diceva. In realtà, fondamentalmente, una sola: come cambia il diritto per effetto del rifluire su di esso dei processi di mutamento sociale, in particolare in momenti segnati da situazioni di emergenza e orizzonti di incertezza conoscitiva (o, meglio, cognitiva). Lo spunto veniva, naturalmente, dalla crisi pandemica, che si andava dipanando nella fase dei certificati e degli obblighi vaccinali, dopo quella assai traumatica dell'isolamento sociale. Ma il discorso si è rapidamente allargato: dall'inizio del XXI secolo, non è stata quella pandemica l'unica crisi, né è stata quella epidemiologica l'unica incertezza con la quale istituzioni, comunità e persone si sono dovute misurare. Del resto, nemmeno solo in questa prima parte del nuovo secolo il diritto ha dovuto misurarsi con cambiamenti e pressioni sociali profondi, tanto da richiedere imperiosamente una apposita messa in forma teorico-giuridica, anche al di là di quanto fossero riuscite a fare le fonti del diritto in senso dogmatico (costituzioni, leggi, regolamenti ecc.), nella loro perenne rincorsa della realtà.

Sono state discussioni di grande interesse: anzitutto per chi vi ha preso parte, compresi noi stessi. Dopotutto, le avevamo progettate appunto a misura di noi stessi e di coloro che vi hanno preso parte, per curiosità scientifica e crescita dialettica. Con un certo gusto accademico, se si vuole, ma nel senso positivo del termine: quello che deriva dall'essersi ricavati, nell'attivismo continuo del lavoro universitario, spazi e tempi per un confronto di prospettive e per apprendere da colleghi più avanzati nelle loro ricerche, girando e raccogliendo in quel grande giardino di pensieri di lungo respiro che è la comunità degli studiosi.

In questo spirito, abbiamo chiesto a tutti i partecipanti di lasciarci una traccia scritta ma agile del loro intervento. Quasi tutti hanno aderito: i loro contributi saranno citati, di seguito, con il solo cognome dell'autore (ovviamente, senza riferimento all'anno di pubblicazione). Altri ci hanno comunque indicato loro scritti già editi nei quali trovare riscontri, riferimenti e precisazioni ai loro interventi (di questo li ringraziamo: si tratta di Mauro Magatti, Renato Balduzzi, Lorenzo Schiano di Pepe, Alessandro Mangia e Antonio Punzi). Le tracce sono

adesso raccolte qui di seguito. Queste pagine iniziali cercano di comporre in uno schizzo unitario.

2. Emergenza

Qual era lo scenario sociale di riferimento e perché esprimeva pressioni tali, da scuotere profondamente le istituzioni anche giuridiche? Soprattutto per rispondere a questa domanda è stato necessario il coinvolgimento dei sociologi.

E loro ci hanno subito invitato a non ragionare solo sulla pandemia. L'attenzione è andata subito a quella che, in modo assai icastico, è stata descritta come età degli shock. Siamo oltre la formula della società del rischio, coniata in Beck 1986. Ci troviamo in una «supersocietà» (Giaccardi e Magatti 2022) caratterizzata, da un lato, da plurimi reticoli di interconnessioni fittissime e, dall'altro, dalla decisione di affidarne la gestione a sistemi che, in modo solo apparentemente paradossale, sono contemporaneamente sia altamente sofisticati, sia – nella loro specializzazione settoriale – scarsamente sensibili alla complessità. In questo mondo fattosi ormai impenetrabile, tutte le crisi tendono a trasformarsi in shock repentini e sistemici secondo una sequenza aperta: terrorismo (2001), crisi finanziaria (2008), pandemia da COVID-19 (2020), guerra russo-ucraina (2022). Ogni crisi presenta, a corredo, il proprio sciame di sconvolgimenti sociali, politici ed economici tra loro sovrapposti, nel quadro altresì di un intreccio con il cambiamento climatico e la continua progressione dei suoi effetti ormai tangibili nella vita quotidiana (ad esempio con la concretezza dell'acqua che manca, o che cade improvvisamente a bomba).

Che, in tutto questo, il diritto sia continuamente in tensione, è ovvio e naturale. Del resto, già la globalizzazione economica – ove colta in termini di portato delle grandi scelte politiche di fondo dell'età del neoliberismo (come si suggerisce in Ferrarese 2017) – aveva messo sotto pressione tutti gli ordinamenti, sollecitandoli a un cambiamento e adattamento continuo alle esigenze tecniche ed economiche e, per questa via, ponendoli in una situazione di continua inquietudine. Nelle pagine che seguono, Ferrarese ci ricorda che per lo stesso Schmitt, tardo erede della tradizione tedesca dello Stato di diritto, non erano tanto le norme giuridiche a garantire le attese di sicurezza, certezza, stabilità, rigore metodologico e prevedibilità applicativa, quanto la situazione relativamente stabile del XIX secolo con la relativa struttura politico-istituzionale. Oggi, invece, la logica del mercato esige flessibilità e prontezza al cambiamento. In un certo senso – in linea con la lezione di Forsthoff (ricordata in molte occasioni da Mangia 2022, 74) – è lo Stato a essere divenuto organo e strumento dell'economia, deputato a compiti che quest'ultima non può svolgere da soli. «Lo Stato della società industriale», scriveva Forsthoff nel 1971 (Forsthoff 2011, in edizione italiana) o potremmo dire oggi, con una dizione “aggiornata”, quello della società capitalistico-finanziaria.

Cosa ne è, in tutto questo, delle istituzioni? Sulle orme di *Fratelli tutti*, Balduzzi (2022) ci ha descritto un «presentismo senza futuro» che, illudendosi di essere onnipotente, manca in realtà di senso della storia e, a maggior ragione di fiducia: l'appiattimento sul breve termine che ne consegue comporta la riduzione degli attori sociali al ruolo di consumatore e spettatore privandoli del ruolo di protagonisti e partecipi (ma di «furia del presente» parlava anche Allegretti 2014, 176). In questa linea Punzi si è soffermato a descrivere una età d'oro dell'indifferenza, segnata da molteplici riduzionismi: quello dromologico, ossia il ripiegamento sulla velocità come fattore essenziale, nel senso in cui ne ha parlato Paul Virilio, così come quello tecnocratico ed economico-finanziario e, infine, l'approccio di matrice populista che ha anch'esso come esito una semplificazione. Giaccardi e Magatti (2022) descrivono istituzioni politiche fisiologicamente in ritardo, rispetto a istituzioni tecnico-scientifiche ove residua poco spazio per la libertà e la creatività individuale. Dal canto suo Catino mette in luce tutte le difficoltà cognitive – la «miopia» legata a veri e propri *biases* – delle istituzioni, dovuta, tra l'altro ai loro difetti di coordinamento e integrazione: sia quelli interni a ciascuna organizzazione, sia quelli nei rapporti tra un'istituzione e l'altra, in ordine alle rispettive varietà di fini, priorità, urgenze e tempestività operative. Queste difficoltà, talora, si traducono nell'elaborazione preventiva di programmi del tutto irreali (*fantasy documents*), o nella ricerca susseguente di capri espiatori piuttosto che di soluzioni effettive (Catino 2022). Conviene con queste diagnosi preoccupate Scerbo, laddove fa propria la descrizione di istituzioni miopi, escludenti e riduzioniste, e in questo scorge la parte di verità che può essere accreditata alle riflessioni svolte durante la pandemia da filosofi quali Agamben e Cacciari (solo una parte, però: vedi Luciani 2022, 30).

3. Incertezza

In questo scenario, si moltiplicano i profili di rischio, incertezza, ambiguità. Una ragione di interesse del contributo di Catino consiste nella proposta, sulla base della letteratura economica, di una definizione per ciascuna di queste figure.

Sotto questo profilo il rischio si caratterizza per la possibilità di tracciare una distribuzione di probabilità dei risultati (per frequenza e magnitudine degli eventi), tale da consentire di predisporre forme di assicurazione: l'esempio è appunto quello delle stime attuariali, come presupposto dei sistemi previdenziali. Un'operazione non scontata né facile: possono, infatti, verificarsi sovra- o sottostime, ma un calcolo appare possibile.

La categoria dell'incertezza si configura in termini differenti. In tal caso le serie storiche sono assenti e non è possibile elaborare calcoli, bensì solo ragionare per analogia. Si tratta della condizione più frequente, che – per quanto riguarda le organizzazioni – può ricollegarsi: ai limiti delle conoscenze causali, alla dipendenza

da un ambiente non cooperativo, alla frammentazione e all'interdipendenza di una pluralità di organizzazioni, sino – si potrebbe aggiungere come caso estremo – all'impossibilità stessa di addivenire a una "conoscenza" (intesa come individuazione di una serie causali: si pensi all'identificazione di tutti gli effetti concreti dell'inquinamento ambientale).

Il quadro concettuale sotteso alla nozione di ambiguità risulta ulteriormente problematico. Qui il problema non è rappresentato dalla scarsità di informazioni, bensì dalla mancanza di modelli interpretativi: paradossalmente, proprio l'abbondanza di informazioni può rendere ancora più difficile prevedere gli eventi e organizzarsi di conseguenza. Paradigmatico il caso degli attentati dell'11 settembre 2001: pur in presenza di informazioni ai servizi di sicurezza statunitensi circa le attività dei (futuri) responsabili, ciò che mancava era l'immaginazione circa la possibilità del ricorso ad aerei di linea come armi di terrore.

Categorie siffatte valgono per le organizzazioni in generale: non solo, quindi, per quelle di natura governativa e per le istituzioni preposte all'elaborazione, all'applicazione e alla garanzia del diritto. Certamente, però, anche il diritto è chiamato a confrontarsi con questi problemi. Anzi, uno degli assunti posti a base dei dialoghi è che il diritto sia chiamato a confrontarsi con diversi livelli di "incertezza" intesa in senso più lato e, cioè, come *incertezza epistemica* e come *incertezza intrinseca al diritto*.

L'*incertezza epistemica*, connessa con la nozione specifica di "incertezza" poc'anzi richiamata, implica la necessità di regolare fenomeni conosciuti solo in modo parziale, senza la possibilità di produrre stime dei rischi in qualche modo attendibili.

L'*incertezza intrinseca al diritto* attiene, invece, all'orizzonte complessivo dell'esperienza giuridica. Più precisamente, essa comporta il cambiamento e persino l'erosione di quel patrimonio di prassi, credenze e valori condivisi che costituiscono le condizioni di contorno e il contesto entro i quali le opzioni giuridico-istituzionali operano (Bombelli 2017).

Si ripete: appare chiaro che i nuclei problematici testé segnalati non sono affatto esclusivi della crisi pandemica o dell'età degli *shocks* di cui si è detto. È altrettanto chiaro, però, che lo scenario complessivo sin qui delineato e ciascuna delle sue componenti hanno operato come catalizzatori, accelerando e portando a emersione questi problemi. Del resto, come osservato da Punzi, l'emergenza è anche questo: l'uscita, cioè, dallo sprofondo di forze telluriche che cessano di essere invisibili con il conseguente azzeramento di categorie e dicotomie ingannevoli. Potrebbe venirne fuori un'immagine funesta, quasi apocalittica: il fuoco del fonditore o la lisciva dei lavandai (Mt 3,2). In realtà, lo stesso Punzi ne parla in positivo come di una rivelazione, un'apocalisse (in senso etimologico) o un guadagno: in altre parole, la definitiva accettazione della condizione di incertezza in cui tutti viviamo. Ciò comporta il prendere finalmente di petto interrogativi

essenziali e non più eludibili (anche a prescindere dalla pandemia): ad esempio, cosa si intende con “intelligenza” dinanzi al fenomeno dell’intelligenza artificiale? Qual è il valore dell’oblio nella società della conoscenza e dell’informazione? Qual è il grado di reale consapevolezza in ordine agli equilibri ambientali e ai loro perturbamenti? (Su questi aspetti e altri, di cui *infra*, toccati dall’autore si vedano secondo prospettive molteplici Punzi 2023, 2022 e 2021).

4. Mutamento

Di quali mezzi dispone il diritto per fronteggiare tutto questo? In merito, sono stati identificati molteplici livelli e direttrici.

Un primo ordine di strumenti sono i principi sostanziali espressamente diretti a regolare i comportamenti dinanzi a situazioni di incertezza epistemica: anzitutto, il principio di precauzione, sancito inizialmente, ormai da decenni, in materia ambientale e gradualmente estesosi anche ad altri ambiti.

Un apposito incontro ne ha tracciato origine e fisionomia nel diritto internazionale e dell’Unione europea (vedi in proposito Schiano di Pepe 2021 e Munari 2021): tra le declinazioni più significative vanno ricordati la nota comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000 (COM (2000) 1 final) e l’art. 7 del Regolamento (CE) n. 178/2002 del 28 gennaio 2002, in materia di legislazione alimentare. Nell’incontro dedicato a tale versante è stata anche ricostruita, avendo riguardo al diritto italiano, la convivenza non sempre facile di questo principio con quelli posti a presidio della certezza e della prevedibilità dell’azione dei pubblici poteri e, in estrema sintesi, con il principio di legalità nelle sue varie declinazioni. Così, in materia amministrativa si è resa necessaria l’introduzione dell’art. 301 cod. amb. (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) perché il principio di precauzione, oltre che regola di esercizio dei poteri dell’autorità, diventasse fondamento di un potere specifico e aggiuntivo, laddove l’incertezza intrinseca a tale principio escludeva la possibilità di giustificare l’uso dei poteri di ordinanza (Renna; vedi anche Id. 2016). Con riguardo al profilo penale, i problemi sono ancora più complessi: sul punto D’Alessandro (di cui cfr. più diffusamente D’Alessandro 2021) conclude che il principio di precauzione può e deve essere criterio – di nuovo – dell’esercizio dei poteri dell’amministrazione (conformativi delle attività private a rischio), ma senza comportare l’addebito di responsabilità al privato che abbia operato in modo conforme alla normativa pertinente. Sarebbe stato interessante trasporre questo ragionamento in ambito civile, per domandarsi se siano addebitabili responsabilità in ordine a fenomeni incerti, come ad esempio il contagio da COVID-19, almeno nelle prime fasi (su questo, cfr. D’Adda 2021).

Un secondo ordine di strumenti sono le stesse fonti del diritto, intese secondo la tradizionale definizione dogmatica. Ciascuna di esse, secondo un’originale osservazione di Maria Rosaria Ferrarese, incorpora un certo rapporto con il

mutamento sociale: ciascun assetto delle fonti implica una determinata strategia nei confronti di tale mutamento.

Le fonti scritte, e la legge in particolare, esprimono una tendenza alla stabilizzazione: l'obiettivo è regolare definitivamente cosa e quanto, di ciò che si agita nelle dinamiche sociali, può assumere rilevanza giuridica. Ben vero, come nota la stessa Ferrarese, che la legge può essere essa stessa motore di cambiamenti sociali: ma lo sarà, in quanto essi abbiano già preso un certo slancio, perlomeno nelle intenzioni e nei programmi delle autorità preposte alla produzione delle leggi (governi, assemblee legislative, corpo elettorale). A più diretto contatto con il cambiamento si trovano, invece, la tradizione e la giurisprudenza: quest'ultima (sempre con le parole di Ferrarese) «si nutre proprio di un contatto continuo con casi sociali estremamente disparati e portatori di situazioni non sempre facilmente incasellabili entro gli schemi consolidati». Del resto, non a caso anche nei sistemi di *civil law* il formante giudiziario (con lessico *à la* Sacco) opera ormai su larga scala, in virtù della sua attitudine all'aggiornamento e adattamento superiore a quella della legge che stenta ad essere altrettanto rapida e rispondente alle istanze di individualizzazione.

Una terza direttrice è emersa in un incontro imperniato sul problema della regolazione giuridica del futuro: il tentativo, cioè, di disciplinare e governare *oggi* i fenomeni di cambiamento per loro natura destinati a dipanarsi in un orizzonte di tempo non breve (o almeno, non immediato: sul nesso tra diritto e tempo in prospettiva teorico-giuridica La Torre 2021). Il riscaldamento globale, certamente, ma anche fenomeni come le grandi transizioni energetica e digitale; in generale, l'«interesse delle future generazioni», come li chiama (con una formula qui commentata da D'Aloia) l'art. 9, terzo comma, Cost., inserito dalla legge cost. n. 1 del 2022. Una proiezione più ampia del principio "classico" di responsabilità o, se si vuole, della stessa universalizzabilità kantiana. Si tratta, insomma, di ragionare su come il diritto può riconoscere e rendere operativa la rilevanza di interessi difficili da inquadrare con la dogmatica tradizionale dei rapporti giuridici, anche per questo refrattari alle categorie e agli istituti preesistenti e bisognosi di soluzioni nuove (su questo, vedi diffusamente ancora D'Aloia). Uno dei casi-pilota di questa nuova fase è diffusamente indicato nella notissima decisione del Tribunale costituzionale tedesco del 29 aprile 2021 (1 BvR 2656/18), la quale ha ritenuto illegittima la legge federale sul cambiamento climatico in quanto, nel distribuire temporalmente i costi – in termini di limitazioni dei diritti fondamentali – per il contenimento delle emissioni di CO₂, favoriva l'orizzonte prossimo (fino al 2030), a discapito di quello più remoto (oltre il 2031). La si può considerare una prima emersione di ciò che ancora D'Aloia, sulla scorta di Häberle, considera una nuova tappa nell'evoluzione della forma di Stato: lo «Stato ambientale». Di certo è un esempio di, pur cauta, applicazione operativa di principi come quelli di cui all'art. 20a GG («Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei

confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali [...]»).

Nel medesimo incontro, come esito parzialmente inatteso ma legato alla spontaneità e fecondità delle interazioni propiziate da un dialogo effettivo, la parola chiave è cambiata da “incertezza” a “resilienza” seguendo lo spunto efficacemente lanciato da Barbara Boschetti (avviando peraltro una riflessione comune poi felicemente ripresa in alcuni *panel* del convegno dell’*Italian Chapter* di ICON-S, svoltosi a Bologna nel settembre 2022).

Nel contributo di Boschetti si troverà una definizione articolata e la proposta di una tassonomia della resilienza, in parte appoggiata all’art. 2 del regolamento UE del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e (appunto) la resilienza. Il contributo di Zorzetto propone una vera e propria genealogia di questa idea di difficile collocazione sul piano teorico-giuridico: concetto, principio o clausola generale? Certamente esprime una certa concezione di come il diritto dovrebbe funzionare: se si vuole, un tentativo di adattare il diritto, con la sua capacità ordinatrice, alla duplice esigenza di reagire agli *shocks* (resilienza reattiva o difensiva) e accompagnare cambiamenti strutturali (resilienza trasformativa). L’adattamento passa attraverso tre «coordinate», che inquadrano un nuovo metodo e quasi una nuova scienza della legislazione: l’attenzione alla dimensione attuativa, progressiva e programmatoria; il senso della complessità e delle interdipendenze; l’apertura all’innovazione, alla sperimentazione, alla revisione periodica. Potrebbe essere lo spunto quasi per una nuova scienza della legislazione ma anche, osserva Zorzetto, «una ulteriore potente freccia per l’arco del potere esecutivo e delle burocrazie» (e, si potrebbe aggiungere, della configurazione complessiva dei poteri).

Su un piano completamente diverso, più profondo anche storicamente, si colloca il quarto fronte di contatto fra mutamento sociale (accelerato durante i momenti di crisi e i contesti emergenziali) e diritto, segnatamente costituzionale.

È il tema del mutamento costituzionale, definito da Alessandro Mangia (2022, 81-82) come ogni trasformazione dell’ordine costituzionale che deriva non da una modifica del testo, prodotta da una manifestazione di volontà formale, ma da una variazione del contesto ordinamentale o solo fattuale in cui il testo si colloca. Una dinamica che, senza mutare la lettera, altera in modo obiettivo il contenuto e la forza prescrittiva della costituzione che, in virtù di tale processo, viene avvertita nella prassi e nella giurisprudenza (in merito ancora attuali le riflessioni proposte ormai un quarto di secolo fa in Pagallo 1998).

Familiare soprattutto al diritto tedesco, nel lessico italiano questa categoria ha faticato ad affermarsi, avendole fatto ombra quella mortatiana della costituzione materiale (ancora Mangia 2022, 63). Al fondo emerge il medesimo problema, cioè la normatività del livello fattuale: inclusa la rilevanza, per un ordinamento costituzionale, di vicende sì giuridiche ma esterne ad esso e, in questo senso,

attinenti a fonti-fatto (ivi, 71-72) – come attestato dalle profonde modifiche dell'ordinamento costituzionale derivanti dall'integrazione europea.

Né si tratta solo di un problema continentale. Il contributo di Francesca Rosa si pone dal punto di vista dell'ordinamento britannico e di quello statunitense che, a uno sguardo puramente astratto, potrebbero sembrare collocate su due poli opposti. Uno, quello della costituzione tradizionale, continuamente in formazione e per questo capace di evoluzione senza discontinuità; l'altro, quella della costituzione scritta, frutto di precise manifestazioni di volontà politica e, in questo senso, di ben precise fasi di cambiamento radicale. Il discorso è più complesso. Anche il Regno Unito ha dovuto misurarsi con il problema della rilevanza costituzionale dell'integrazione europea, ormai anche in uscita (Rosa 2021), così come dell'identificazione di precisi «*constitutional statutes*». Dal canto suo, il diritto costituzionale statunitense (o almeno alcune delle sue ricostruzioni dottrinali) ha conosciuto approcci «*living*», in cui si ritiene che il cambiamento non sia necessariamente e immediatamente legato a determinate procedure emendative, ma possa risultare da leggi, atti governativi e precedenti giudiziari, secondo «un passaggio corale condiviso tra il corpo sociale e i poteri dello Stato» ove alla Corte Suprema spetta il «compito specifico» di «“ricucire” la trasformazione in atto con il passato» (ancora Rosa, nel contributo a questa raccolta).

In sintesi, si delineano quattro strategie a disposizione del diritto quando, a diversi livelli di profondità, esso viene a contatto con realtà in evoluzione e legate all'operare di fattori congiunti: progresso scientifico-tecnologico, domande sociali, effetti dell'uno e delle altre sull'ambiente e, infine, reazioni dell'ambiente stesso. Le strategie si risolvono nelle seguenti linee di direzione: formulazione di principi flessibili (come quello di precauzione); consapevolezza del diverso rapporto che intercorre tra ogni fonte “tradizionale” e il cambiamento; adozione, nella confezione delle fonti, di metodi di resilienza forse maggiormente idonei alla programmazione e più incisivi rispetto al figurino tradizionale delle disposizioni generali e astratte; misurarsi con la normatività del fattuale che scorre al di sotto anche delle fonti più elevate e che, talora, ne altera radicalmente la morfologia.

5. Istituzioni

A parte il primo dei livelli indicati, gli altri tre chiamano tutti in causa il rapporto tra il diritto, da un lato, e, dall'altro, il fatto e cioè la società: più precisamente il sociale, inteso non come collettività omogenea e onnicomprensiva, bensì come «turbino di attori che danno vita a una fitta rete di scambi dalla natura più o meno durevole» (Croce).

Esiste una linea di pensiero giuridico che ha cercato di mettere in forma tutto questo, osservando proprio la crisi dello Stato di matrice ottocentesca nel contesto

dell'effervescenza sociale già chiare all'inizio del secolo successivo. Si tratta dell'istituzionalismo, o istituzionismo, nato appunto per riconnettere «fatto e diritto, società e stato, politica e diritto, effettività e validità» (Morrone).

Le citazioni appena proposte provengono, rispettivamente, dai due contributi che, ciascuno a proprio modo, cercano di rispondere alla domanda se e come l'istanza istituzionalista sia ancora feconda in ordine al problema al centro di questa iniziativa di ricerca.

Morrone sviluppa una propria tassonomia concettuale che, accostando l'istituzionalismo ad altre impostazioni teoriche, le classifica in base a tre criteri: il rapporto affermato tra diritto e fatto, la concezione della costituzione come nucleo fondamentale dell'ordinamento e, infine, la capacità di teorizzare il rapporto tra ordinamento ed eccezione (quest'ultima intesa come evenienza assolutamente non prevedibile e non prevista cui è accostato l'insorgere di un nuovo ordinamento per definizione *extra ordinem* rispetto a quello preesistente). Lasciando da parte la quarta forma di pensiero giuridico (il diritto come esperienza o storia, su cui cfr. Morrone 2021) e con l'auspicio di non forzare troppo gli argomenti dell'autore si delinea uno schema del seguente tenore.

a) In una prospettiva normativista, il diritto stabilisce la realtà sociale: l'eccezione può tradursi in ordine giuridico inedito, in tutto o in parte, solo mediante la sua positivizzazione in una nuova norma. La costituzione è norma fondamentale in senso performativo, poiché definendo sé stessa esclude ciò che è esterno a tale auto-definizione.

b) Nel decisionismo, la realtà sociale – intesa come decisione politica volontaria – stabilisce il diritto. L'eccezione diventa nuovo ordine giuridico, in tutto o in parte, solo grazie ad un'apposita nuova decisione politica. La costituzione è decisione politica fondamentale, anche qui in senso performativo, in quanto traccia il confine della comunità politica.

c) Dalla prospettiva istituzionalista, la realtà sociale – intesa come organizzazione spontanea del sociale in istituzioni – stabilisce il diritto. Come l'ordine prestabilito, così pure l'eccezione può essere un fatto istituzionale capace di produrre diritto: la costituzione coincide con «l'istituzione fondamentale, l'istituzione delle istituzioni», ma è tale solo in senso riflessivo (non performativo), in quanto corrisponde a un certo assetto dei poteri o dei gruppi sociali egemoni (ancora Morrone).

Proprio in quanto abbraccia una nozione riflessiva della costituzione, però, l'istituzionalismo lascia aperto il problema di come debbano convivere l'ordine giuridico e l'eccezione: a meno che il primo sia sovvertito in modo rivoluzionario, l'interrogativo «[c]he fare legittimamente con l'eccezione?» non ha una risposta, né è indicato un criterio di soluzione dei rapporti tra ordini giuridici plurimi.

Come si terrà insieme, allora, questa situazione? Mangia (2022, 74) ricorda la risposta scettica di Gianfranco Miglio: la situazione non potrà tenersi in equilibrio

a lungo, senza che una istanza prevalga sull'altra. In questa direzione, il «pluralismo» appare solo una formula per descrivere e occultare, provvisoriamente, «le fasi intermedie di un conflitto tra legittimità concorrenti che mirano, in quanto tali, all'esclusione e all'eliminazione reciproca».

Croce riporta allo Schmitt, in particolare degli anni '30 (ma si vedano anche, in Schmitt 1928, 484-494, le pagine sulle antinomie intrinseche alla federazione e sulla loro soluzione mediante l'omogeneità): la costituzione è espressione di alcuni principi politici immanenti alla società e non ha la funzione di crearli *ex novo*, bensì di tutelarli rispetto ad azioni distorsive da parte di singoli gruppi. Non è più un puro decisionismo, quantomeno nel senso che si stempera l'accento volontaristico; ma è comunque un istituzionalismo selettivo e sostanziale, che trova il suo presupposto in un certo nucleo di omogeneità («nazionale, religiosa, di civiltà, sociale o di classe o di altra specie», nonché di «principio politico (monarchia, aristocrazia o democrazia)», op. ult. cit., 490) riproponendo, per questa via, il problema del "senso comune" come orizzonte del vivere associato segnalato in Bombelli 2017.

A questo istituzionalismo, lo stesso Croce contrappone quello di Romano. Il quale, certamente, non preconizzava la fine dello Stato, ma concepiva il diritto come una tecnica («tecnica più tecnologia, ovvero norme, procedure, sanzioni, unite ai saperi ad esse relativi»: così sempre Croce) che avrebbe consentito di comporre insieme (in questo senso, neutralizzare, depoliticizzare), mediante interazioni negoziate, le diversità di pratiche e interessi tra i gruppi sociali riducendo le frizioni tra essi. Il diritto dello Stato si configura, così, come la «piattaforma sulla quale si gioca la partita del pluralismo associativo» (con le singole associazioni come soggetti costitutivi del sociale, nel senso detto sopra: ancora Croce). Un istituzionalismo, dunque, procedurale e, almeno potenzialmente, inclusivo: in questo senso, conclude Croce, più interessante per la contemporaneità.

Davvero il diritto ha in sé, ha avuto in passato, ha oggi questa intrinseca capacità di pacificare, comporre, neutralizzare, senza omogeneizzare? Sta davvero tutta nella tecnica giuridica la risposta al dilemma del pluralismo, della coesistenza tra ordinamenti distinti, del rapporto tra ordine ed eccezione, della normatività del fattuale? È, è stata, sarà davvero la tecnica giuridica a dirci, da sola, quanto di fattuale e sociale si può e si deve incorporare nel concetto delle fonti, nel metodo della legislazione, nel concetto del mutamento costituzionale? Oppure è necessario qualcos'altro, un orizzonte di senso comune che sostenga la pratica e la teoria del diritto, se ancora essa deve mantenere un certo grado di coesione soprattutto lungo le frontiere in cui più direttamente essa si confronta col fatto, «che in materia di diritto pubblico può chiamarsi "storia"» (Orlando 1950, 362)?

Questo è l'interrogativo finale cui conducono i dialoghi e al quale sarebbe fuori luogo tentare di rispondere, o di aggiungere altro, in questa introduzione.

Ciò nel quadro di una costellazione problematica ove, in prospettiva e quasi a segnare una sorta di topica o *agenda setting*, convergono orizzonti differenti che interessano snodi molteplici.

A titolo paradigmatico, a beneficio del lettore e con riferimento trasversale all'insieme degli interventi, si staglia innanzitutto il problema della dimensione epistemica secondo una duplice e complementare declinazione. Da un lato essa attiene sia alla "credenza" nel diritto, con riguardo anche al carattere fondativo dello strumento costituzionale (diversamente affrontato da Balduzzi e Rosa) inteso come *ethos* di cui la *living Constitution* costituisce un'articolazione, sia, più in generale, come credenza nella "forma sociale". Dall'altro, l'orizzonte epistemico rileva in rapporto alla pianificazione "del" e "nel" diritto, secondo quanto traspare variamente in Boschetti e Zorzetto (declinabile altresì in chiave sistemica), con riguardo alla capacità della sfera giuridica di affrontare l'incertezza epistemica (leggendo in continuità Catino e Scerbo). Ciò, va aggiunto, alla luce del ruolo che la dimensione cognitivo-percettiva, riveste a livello di corpo sociale, in ordine alla capacità media di mettere a fuoco l'orizzonte di emergenza e incertezza che segna dimensioni vieppiù rilevanti come l'ambiente (D'Aloia).

Ancora, e in secondo luogo, occorre rimarcare come la crisi conseguente della dogmatica giuridica (colta esemplarmente da Mangia nel binomio mutamento vs. revisione costituzionale), non postuli soltanto la problematica elaborazione di categorie nuove (come il principio di precauzione, colto nelle sue facce molteplici legate al diritto positivo, così come la nozione di resilienza). A ben vedere, il quadro che va delineandosi comporta *de facto* una crescita potenziale di poteri "occulti" in quanto non legittimati (si aggiunga, andando oltre i rilievi di Zorzetto, anche nella forma di *best practices* o *better regulation*), ove lo spazio assunto dalla tecnica costringe a rimodulare le categorie giuridiche conferendo loro natura plastica ed elastica (Punzi) come avviene nel PNRR o in altri ambiti cruciali come l'intelligenza artificiale.

Da una prospettiva più generale, in chiave per così dire post-moderna e con riguardo allo "stile" di produzione e veicolazione degli strumenti giuridici, va inoltre rimarcato il ruolo delle "narrazioni" o metaforologie. Un versante sempre più rilevante, che interessa sia categorie specifiche (a livello europeo la nozione di resilienza sondata da Boschetti e Zorzetto), sia la tenuta di strumenti più risalenti (come il dispositivo costituzionale) e, più in generale, le modalità di attivazione di quella dimensione simbolica che sorregge modelli anche differenti di formalizzazione del vivere associato (come si intravede nelle raffinate analisi di Croce e Morrone).

A ben vedere, in definitiva ad essere in questione forse è l'intera grammatica teorico-giuridica di matrice moderna. La ridiscussione ormai risalente di nozioni classiche e appartenenti al lessico categoriale della modernità, quali "ordine" o "corpo sociale" e "Stato" (su cui ancora Croce e Morrone), in contesti emergenziali

non può che venire esacerbata e diventare oggetto di una profonda accelerazione. Per questa via e ad un livello più generale, distinto rispetto al diritto ma ad esso connesso, matura forse l'esigenza (giusta la lezione dell'istituzionalismo) di articolare un nuovo modello di agire sociale: ciò che attesta la crucialità della dimensione antropologica sottesa a molti temi qui discussi.

Nel quadro di queste coordinate, vale allora la pena, in conclusione, ricordare altri due contenuti dei dialoghi. Scerbo, piuttosto scettico sulla tenuta delle istituzioni democratiche alla prova della pandemia, afferma la necessità di «ridare dignità alla politica, innanzitutto sul piano operativo»: non solo per completare l'autosufficienza del singolo «in connessione necessaria con la comunità, oggi globale», ma anche per recuperare alla coscienza di ciascuno quel senso di responsabilità che, solo, può garantire l'osservanza delle regole comportamentali. Punzi ritiene che la lezione della pandemia sia stata di riportare il diritto a una dimensione contemporaneamente di complessità e concretezza: all'attenzione, cioè, ai bisogni di ciascuna persona e a un'attitudine umile (*humilis*, aderente all'*humus*, alla terra, alla realtà), quasi francescana, nel senso di Giuseppe Capograssi (vedi per riferimenti Sirimarco 2021, 3). È forse da qui che si può ripartire, oggi, anche per cercare risposte all'interrogativo lasciato in sospenso.

Qualche riferimento bibliografico

Allegretti, U. (2014), *Storia costituzionale italiana*, Bologna, Il Mulino.

Balduzzi, R. (2021), *Diritti umani non sufficientemente universali*, in Romano, L., Chiti, V., Corsini, P. (a cura di), *Un mondo aperto per una buona politica*, Siena, Cantagalli, 43 ss.

Beck, U. (1986), *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M., Suhrkamp.

Bombelli, G. (2017), *Diritto, comportamenti e forme di "credenza"*, Torino, Giappichelli.

Catino, M. (2022), *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna, Il Mulino.

D'Adda, A. (2021), *Pandemia e modelli «dogmatici» di responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3, 451 ss.

D'Alessandro, F. (2021), *Precauzione (principio di)*, in *Enc. dir., Tematici*, II-2021 (Donini, M., a cura di, *Il reato colposo*), 975 ss.

Ferrarese, M.R. (2017), *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, Il Mulino.

Forsthoff, E. (2011), *Lo Stato della società industriale* (1971), a cura di A. Mangia, Milano, Giuffrè.

Giaccardi, C., Magatti, M. (2022), *Supersocietà. Ha ancora senso scommettere sulla libertà?*, Bologna, Il Mulino.

La Torre, M. (2021), *Pretesa di progresso. Sull'evoluzione nel diritto*, Napoli, ESI.

Luciani, M. (2022), Salus, Modena, Mucchi.

Mangia, A. (2022), *Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*, in *Lo Stato*, n. 18, 61 ss.

Munari, F. (2021), *Tutela internazionale dell'ambiente*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 497 ss.

Orlando, V.E. (1950), *Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto, Scritti giuridici vari (1941-1952)*, Milano, Giuffrè, 1955, 303 ss.

Pagallo, U. (1998), *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico. Cinque studi di teoria generale del diritto*, Padova, CEDAM.

Punzi, A. (2023), *Scambi (digitali) senza accordo? Logos, tecnocapitalismo ed ermeneutica della contemporaneità*, in Vettori, G. (a cura di), *Giuseppe Bendetti e il governo del forse*, Milano, Cedam, 173 ss.

Id. (2022), *Decidere in dialogo con le macchine. La sfida della giurisprudenza contemporanea*, in Salanitro, G. (a cura di), *SMART. La persona e l'infosfera*, Pisa, Pacini, 261 ss.

Id. (2021), *Difettività e giustizia aumentata. L'esperienza giuridica e la sfida dell'umanesimo digitale*, in *Ars Interpretandi*, n. 1, 13 ss.

Renna, M. (2016), *Le misure amministrative di "enforcement" del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Jus*, n. 1, 61 ss.

Rosa, F. (2021), *Il parlamentarismo britannico dopo Brexit*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3, 777 ss.

Schiano di Pepe, L. (2021), *Il diritto del mare*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 450 ss.

Schmitt, C. (1928), *Dottrina della costituzione*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984.

Sirimarco, M. (2021), *Oltre il nichilismo: il realismo cristiano di Giuseppe Capograssi*, in *Nomos*, n. 1, 1 ss.