

Ordine giuridico ed eccezione. Esercizi mediante le forme del pensiero giuridico*

ANDREA MORRONE**

Sommario: 1. Ordine e disordine. – 2. Realtà sociale e diritto. – 3. Come ordinare la realtà sociale. – 4. Ordine ed eccezione. – 5. Eccezione che si fa ordine. – 6. Le prospettive della costituzione in senso riflessivo e in senso performativo. – Bibliografia.

Data della pubblicazione sul sito: 10 ottobre 2023

Suggerimento di citazione

A. MORRONE, *Ordine giuridico ed eccezione. Esercizi mediante le forme del pensiero giuridico*, 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.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nel Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Alma mater studiorum – Università di Bologna. Indirizzo mail: andrea.morrone@unibo.it.

1. Ordine e giuridico

Il diritto rimanda all'ordine, l'ordine presuppone il diritto. Il problema dell'ordine ha due risvolti: la creazione di uno stato di cose ordinato (*ordo ordinatus*), il suo mantenimento nel tempo (*ordo ordinans*). Per comprendere il problema possiamo associare all'opposizione di ordine e disordine altre categorie anch'esse giustapposte: situazione normale *versus* situazione eccezionale; stabilità (*status quo*) *versus* mutamento.

L'ordine esiste come tale? Oppure l'ordine è un dover essere, un'ipotesi da realizzare? C'è separazione o integrazione tra *ordo ordinans* e *ordo ordinatus*?

Prima del diritto non c'è ordine. È il diritto che ci permette di ordinare e di mantenere l'ordine. Tra le due funzioni, quella di costruire l'ordine e quella di mantenere l'ordine, la seconda è decisiva: questa comprende quella.

Il discorso intorno all'ordine riguarda il mutamento dell'ordine e, quindi, concerne le possibilità di conservare un ordine (dato o *in fieri*). Da ciò deriva la questione relativa al modo come identificarlo, di quale sia la soglia che fa di un *quid* un ordine giuridico di fronte al divenire della vita, dei rapporti sociali, della storia.

A differenza del normativismo e del decisionismo, l'istituzionalismo ha permesso di riconnettere mondi altrimenti separati: fatto e diritto, società e stato, politica e diritto, effettività e validità. Per Santi Romano ogni fatto organizzativo è diritto e, quindi, c'è diritto anche oltre lo Stato e il suo ordinamento giuridico. Innovando tutta la discussione precedente, Costantino Mortati – allievo di Romano – ha chiarito che, per definire la costituzione, occorre fare riferimento alle forze politiche dominanti e ai fini fondamentali da esse stesse posti. La costituzione è un processo di razionalizzazione del potere: sicché “costituzione materiale” e “costituzione formale” sono nozioni di una medesima e unitaria essenza.

Anche altre idee hanno cercato di rispondere alla domanda fondamentale. Il nodo comune, rappresentando il fondo del discorso sul diritto, è il rapporto tra ordine e mutamento. Ossia, la questione dell'incessante processo di razionalizzazione del potere.

Per sviluppare questo argomento mi servirò dei principali tipi di pensiero giuridico (normativismo, decisionismo, istituzionalismo e esperienza) in rapporto all'eccezione, quale fatto che, più di altri, è destinato a stressare l'ordine giuridico. Alla fine, proverò a cambiare registro, riflettendo della cosa

partendo da una diversa prospettiva: quella che distingue il concetto di costituzione in due significati essenziali – la costituzione in senso riflessivo e in senso performativo – cui derivano opposte conseguenze nella discussione del nostro tema.

2. Realtà e sociale

Che rapporto c'è tra "diritto" e "realtà"? Alla domanda è possibile dare risposte riconducibili almeno alle seguenti ipotesi. Chiarisco l'uso dei concetti: se il diritto è l'insieme delle regole sulle condotte sociali, utilizzerò il concetto di realtà riferito alla "realtà delle relazioni sociali". La differenza elementare da cui partire è che il diritto è il dover essere e la realtà sociale l'essere.

Prima ipotesi. Il diritto stabilisce la realtà sociale, per cui il primo è causa della seconda, è un *prius*. La conseguenza è che non c'è realtà sociale o società umana che non sia prevista dal diritto (ovviamente come situazione normale secondo l'*id quod plerumque accidit*).

Seconda ipotesi. La realtà sociale stabilisce ciò che è diritto (ne è causa, un *prius*), nel senso che non c'è società che non sia un ordine giuridico.

Terza ipotesi. Realtà sociale e diritto coincidono, sono la stessa cosa, una identità (nessuna è causa dell'altro, ma si implicano reciprocamente).

Per scegliere tra queste ipotesi è necessario disporre di un criterio generale. I quattro tipi di pensiero giuridico dominanti nel Novecento ne offrono ciascuno uno proprio.

Il normativismo si fonda sulla norma (distinguendo tra norma e realtà permette di tenerle separate). Il decisionismo sulla decisione (che precede e a cui segue la norma). L'istituzionalismo si radica su un fatto organizzativo, un ordinamento concreto (che precede e a cui segue la norma). L'esperienza giuridica, infine, considera che la storia è il diritto (e, viceversa, che il diritto è la storia di una determinata comunità).

In base a questa schematica sintesi, possiamo dire che il normativismo corrisponde alla prima ipotesi; il decisionismo e l'istituzionalismo alla seconda; l'esperienza giuridica alla terza.

Vi sono altre differenze importanti che occorre ricordare. Il normativismo e il decisionismo sono forme di *volontarismo*. In entrambe quelle dottrine il diritto deriva da un atto volontario, che stabilisce, nel primo caso, una norma positiva e, nel secondo caso, una decisione positiva. La norma o la decisione, il prodotto di un atto volitivo, stanno alla base dell'ordinamento giuridico sia per i normativisti sia per i decisionisti.

Per l'istituzionalismo, invece, l'istituzione è un *fatto involontario*: l'organizzazione-ordinamento nasce spontaneamente, senza atto volitivo positivo. La normatività è nel fatto organizzativo involontario.

Per l'esperienza giuridica, almeno secondo l'interpretazione ricorrente, sono costitutivi del diritto un insieme tanto di fatti involontari quanto di atti volontari: norme, decisioni, interpretazioni, comportamenti materiali.

3. Come ordinare la realtà sociale

La costituzione, quale che sia il suo significato specifico, ha sempre rappresentato il principale strumento per costruire l'ordine sociale di una comunità politica.

Ora, sviluppando le premesse, se la realtà sociale può essere ordinata solo a partire da una costituzione; se la costituzione è tale perché contiene i criteri di riconoscimento del diritto (fonti e norme) e della società di riferimento; ne consegue che i quattro tipi di pensiero giuridico permettono di sostenere altrettanti concetti di costituzione.

Per il normativismo la costituzione è una norma fondamentale (o un insieme unitario di principi fondamentali). Per il decisionismo la costituzione è una decisione fondamentale sulla forma e sulla specie dell'unità politica di un popolo. Per l'istituzionalismo la costituzione è un'istituzione (lo stato è l'istituzione fondamentale, l'istituzione di istituzioni). Per l'esperienza giuridica la costituzione è la storia di una comunità politica. Se volessimo spingerci ad un esame empirico potremmo verificare agevolmente che, nel diritto costituzionale dei diversi paesi (anche a prescindere dalle "famiglie" o dalle "forme di stato" o dalle "tradizioni" indicate dai comparatisti) possono ritrovarsi, anche variamente combinate tra loro, tutte quelle concezioni della costituzione.

4. Ordine ed eccezione

Un ordine giuridico – fin dalla costituzione – implica il concetto di normalità, prevedibilità e certezza (in un senso relativo e non in un senso assoluto: diciamo, meglio, un concetto medio di normalità). La conseguenza è che un ordine giuridico deve misurarsi con il problema di ciò che non è normale e, quindi, con la questione di ciò che è imprevedibile ed incerto. *Maxime*: con l'eccezione, lo stato di eccezione, contrapposto allo stato di normalità (disordine *versus* ordine). In questo senso, la situazione eccezionale è più interessante della situazione normale: è nella prima che ciò che riteniamo un ordine giuridico misura la sua stessa essenza e il suo stesso scopo.

Quando si parla di "situazione eccezionale", tuttavia, è bene intendersi. Il concetto di "eccezione" può avere almeno due significati-base. Il *discrimen* decisivo, dal mio punto di vista, è che una situazione sia prevista o non prevista. Approfondiamo.

Primo caso. Una eccezione (o una situazione eccezionale) può essere oggetto di una norma giuridica e, per ciò, essere prevista da un ordine giuridico. Una norma eccezionale sta in rapporto a una norma generale, l'eccezione implica sempre una regola e, in questo senso, l'eccezione conferma la regola. In sede di teoria generale si pone, in proposito, il problema collegato di distinguere tra "deroga" ed "eccezione". Tra le risposte, quella preferibile è tenerle distinte: nella deroga rileva la riconducibilità della sua *ratio* normativa a quella della regola; nell'eccezione,

viceversa, c'è uno *ius singulare* che la sorregge, ossia una *ratio ad hoc* che non permette affatto di ricollegare la situazione eccezionale a quella ipotizzata dalla regola. In questo ambito, tuttavia, detta distinzione non serve: tanto una deroga quanto una eccezione sono assunte come ipotesi normative previste (anche se concettualmente eterogenee). Allora: il diritto stabilisce ciò che vale per la generalità dei casi, ciò che vale in deroga e ciò che vale solo in casi eccezionali. Ad ogni modo: regola ed eccezione positivamente stabilite vanno considerate entrambe riferibili a “situazioni normali” in quanto previste positivamente (in tutto o in parte non conta) e, perciò, certe o verificabili, nel senso della probabile concretizzazione secondo il punto di vista dell'ordine giuridico dato.

Secondo caso. Una eccezione, *in senso proprio*, è solo una situazione non normale, non prevista e non prevedibile, ignota in senso assoluto e, quindi, del tutto estranea all'ordinamento giuridico dato (in modo corretto *extra ordinem*). La situazione eccezionale della pandemia da Covid-19 ha rappresentato il caso limite più rilevante. Come insegnava la tradizione, *necessitas non habet legem*. Espressione, quest'ultima, che vuol dire sia che in una situazione eccezionale il diritto vigente non vale, sia che in una situazione eccezionale occorre stabilire un diritto *ad hoc*. Diverso il discorso se per una eccezione in senso stretto sia o non sia applicabile il diritto esistente (potrebbe esserlo, come, per restare all'esempio, è accaduto in parte durante la prima fase della pandemia da Covid-19, quando sono state applicate le norme vigenti sulla protezione civile; oppure potrebbe non esserlo: come quando si sono stabilite nuove norme, ritenute più adeguate alla situazione emergenziale in atto, come quelle dettate dal decreto-legge n. 19 del 2020).

Non entro qui nella questione, pure rilevante, se esista uno scostamento semantico tra i concetti di “eccezione” e di “emergenza”. Chi li giustappone poggia il criterio discretivo sulla compatibilità o meno delle relative situazioni con l'ordine giuridico dato: l'emergenza – secondo questa tesi – sarebbe compatibile con l'ordine giuridico, l'eccezione, invece, il suo contrario. Secondo quanto detto, per valutare una situazione eccezionale o una situazione emergenziale *in senso proprio* (né nominalisticamente, né concettualmente, dunque) il criterio selettivo riposa sul fatto che esista, nell'ordine giuridico vigente, la sua corrispondente valutazione normativa. Una eccezione, come un'emergenza, può essere prevista, non prevista, prevista solo in parte ecc. Non è propriamente una questione che afferisce la teoria stabilire una differenza – nominale o concettuale – tra emergenza e eccezione (su tale piano tutto è opinabile). Rileva, invece, stabilire il rapporto tra ciò che quelle parole/concetti indicano (la situazione retrostante) e l'ordine giuridico di riferimento. Dal mio punto di vista, quando si parla in senso proprio di eccezione (o di emergenza) ci si riferisce all'esistenza di una previsione normativa: è questo ciò che vale nel discorso su ordine giuridico e eccezione.

5. Eccezione che si fa ordine

L'eccezione, nel senso detto, ossia il caso limite non previsto in rapporto ad un dato ordinamento, non è parte dell'ordine giuridico, anzi sta propriamente fuori dell'ordine giuridico dato. L'eccezione ha una sua normatività e, forse, un ordine suo proprio: l'una o l'altro, però, sono esclusivi ed estranei rispetto ad un ordine giuridico dato (ad uno qualsiasi).

Il punto rilevante è, però, il rapporto tra eccezione e ordinamento, le conseguenze che il *novum* dell'eccezione produce nei confronti dello *status quo* dell'ordine positivo considerato. L'eccezione (e il suo diritto) potrebbe diventare (come una parte o come il tutto) lo stesso ordine giuridico dato. Come? Ci può servire ancora la teoria per cui *necessitas non habet legem* e, quindi, *necessitas facit legem*? La mia risposta è: dipende. Per provare a spiegarlo mi servo ancora dei quattro tipi di pensiero giuridico e dei retrostanti concetti di costituzione.

Nel caso del normativismo e del decisionismo, in quanto forme di volontarismo, l'eccezione (la situazione eccezionale) può diventare un ordine giuridico (in tutto o in parte) attraverso un processo di positivizzazione, che stabilisca, rispettivamente, una nuova norma o una nuova decisione. L'emergenza (*necessitas*) non è una fonte normativa – non in sé e per sé, come visto, potrebbe esserlo; ma non lo è – per l'ordinamento giuridico fondato o su una norma (come per il normativismo) o su una decisione (come per il decisionismo).

Nel caso dell'istituzionalismo, in quanto dottrina fondata su fatti organizzativi involontari, l'eccezione non solo è sicuramente una norma in sé e per sé, ma è una norma anche dal punto di vista istituzionale. Se la situazione eccezionale produce un'organizzazione nel senso di un fatto istituzionale involontario, essa è un ordine giuridico che si aggiunge o si sostituisce all'ordinamento dato. Insomma, l'eccezione per l'istituzionalismo è nell'ordine delle cose ovvero, e non è un bisticcio, nell'ordine giuridico dato.

Nel caso dell'esperienza giuridica, invece, la soluzione è intermedia alle precedenti: l'eccezione, tanto come fatto storico, quanto come oggetto di positivizzazione, può entrare a fare parte dell'ordine giuridico dato.

C'è un aspetto che merita di essere chiarito. Che fare *legittimamente* con l'eccezione? Legittimamente: perché va escluso dal discorso il caso in cui l'eccezione prenda il posto dell'ordine giuridico non legittimamente in modo rivoluzionario.

Mentre nella prospettiva del normativismo e del decisionismo la risposta dipende da un atto volontario interno all'ordine costituito, per cui la soluzione deriva da una mediazione necessaria tra l'eccezione e l'ordine giuridico dato, nell'istituzionalismo, il fatto stesso che c'è un'eccezione (ordinante e ordinata) determina conseguenze dirette e immediate sull'ordinamento costituito, nel senso che essa entra a farne parte. Rispetto a quanto detto emerge, a mio parere, un nodo

teorico che Santi Romano non ha risolto. Quando Egli parla di istaurazione di fatto di un ordinamento giuridico, non solo conferma che l'eccezione determina un nuovo ordinamento, ma può ben dirlo perché mette in relazione questo nuovo ordinamento con uno preesistente (quello da cui la guarda), ritenendola *extra ordinem*. Il primo (che presuppone come realizzatosi l'effetto "instaurativo") si sostituisce al secondo, perché Romano assume, cioè, sceglie come dato di partenza, un ordine costituito, contraddicendo lo spontaneismo proprio dell'istituzionalismo. In senso proprio, invece, l'istituzionalismo non permette di scegliere, salvo che non si assuma una prospettiva volontaristica (che però è la negazione dell'istituzionalismo). Invero, ogni situazione istituzionale come fatto involontario è un ordine giuridico che produce diritto. In definitiva, in questo caso anche l'eccezione va considerata espressione del naturale sviluppo dell'ordine giuridico in quanto fatto istituzionale. La mafia è per lo stato una eccezione. Ma la mafia e lo stato, in quanto fatti istituzionali, sono entrambi ordini giuridici. Per l'istituzionalismo l'effettività ne determina la validità (non viceversa) – direi, strutturalmente, a differenza del normativismo, che pure non nega rilievo all'effettività accanto alla validità.

Tiriamo le fila del discorso. Se l'eccezione (E) è disordine rispetto all'ordine giuridico esistente (OG), mentre nel caso del normativismo e del decisionismo (e anche dell'esperienza giuridica) l'eccezione può essere legittimamente ordinata mediante un processo positivo – nel senso che il nuovo diritto di eccezione: (a) può coesistere col diritto dell'ordine giuridico (integrazione E+OG); oppure (b) l'eccezione può sostituirsi all'ordine giuridico (opposizione con sostituzione di E a OG); oppure (c) l'ordine giuridico esclude l'eccezione dal proprio sistema (opposizione con conferma di OG di fronte a E) – nel caso dell'istituzionalismo l'eccezione è un ordine giuridico che, indifferentemente (nel senso: non c'è nessuno che lo stabilisca), o si aggiunge (E+OG) o si sostituisce all'ordine giuridico (E in luogo di OG). Scegliere, in altri termini, ci porta fuori dall'istituzionalismo (verso il volontarismo).

In conclusione, l'istituzionalismo come fatto organizzativo involontario: (1) pone come naturale la pluralità degli ordini giuridici, non è in grado di per sé di risolvere i rapporti tra ordini giuridici plurimi, confonde normale e eccezionale di fronte al fluire spontaneo dei fatti istituzionali; (2) non può farlo perché l'istituzionalismo è una teoria priva un atto volontario di scelta: cosa possibile, invece, secondo le altre teorie sul pensiero giuridico; (3) normativismo, decisionismo, esperienza, in quanto implicano atti volontari di scelta del diritto, permettono di tenere distinto normale e eccezionale, di garantire la continuità dell'ordine giuridico dato di fronte all'eccezione, di assorbire o anche di sostituire l'eccezione, rispettivamente, *nel* o *all'*ordine giuridico dato.

6. Le prospettive della costituzione in senso riflessivo e in senso performativo

Per osservare, da un altro punto di vista, il problema dell'ordine giuridico, del suo modo di essere, in rapporto al mutamento della realtà sociale e dei contesti e, in ultima analisi, rispetto all'eccezione (in senso stretto), possiamo sostituire i quattro tipi di pensiero giuridico con la teoria della costituzione. Di "costituzione", in particolare, deve essere chiarito il significato esatto e, dal mio punto di vista, ciò è possibile fare proprio grazie alla cartina tornasole della dialettica tra *status quo* (ordine giuridico) e divenire (in tutte le sue manifestazioni).

Della costituzione (e delle teorie relative, tra cui, anche i quattro tipi di pensiero ricordati in precedenza) possiamo assumere due significati essenziali:

- i) la costituzione in senso *riflessivo* (CR)
- ii) la costituzione in senso *performativo* (CP).

Qualsiasi concetto o teoria di costituzione può essere riportato ad una di queste due accezioni generali.

La costituzione è l'essenza di un ordine giuridico dato. Come essa funziona in rapporto al divenire è controverso. Ma, forse, possiamo trovare una via d'uscita utilizzando l'opposizione concettuale che ho proposto.

Secondo il primo significato di costituzione in senso *riflessivo*, i criteri per determinare l'ordine giuridico e la sua essenza dipendono dalla realtà sociale: questa è causa di quello (e non viceversa). Una costituzione (consuetudinaria o scritta) non vale in sé e per sé, ma vale in quanto riflette (corrispondendovi) l'organizzazione materiale dei poteri, le interpretazioni prevalenti, i raggruppamenti sociali decisivi o egemoni, ecc. L'eccezione in senso stretto non è altro che uno dei possibili contenuti che la costituzione può assumere nel divenire delle cose.

In base al secondo significato di costituzione in senso performativo, invece, i criteri per stabilire l'ordine giuridico e la sua essenza sono posti dall'ordine stesso, la costituzione si autodefinisce e, come tale, qualifica la realtà come "società" determinandola. I rapporti di forza tra i poteri, le interpretazioni prevalenti, l'organizzazione sociale valgono finché stanno dentro la costituzione, non quando ne fuoriescono. L'eccezione in senso stretto non è solo *extra ordinem* ma *contra ordinem* (è il nemico-*hostis* in senso schmittiano; la pandemia Covid-19 è un buon esempio, almeno, nel suo momento iniziale). La costituzione attraverso i suoi processi di decisione ordinaria può adeguarsi alla nuova realtà sociale, contenendoli, come può addomesticare l'eccezione, ma questi fatti non possono modificare la costituzione *legittimamente*. La realtà può cambiare la costituzione solo come rivoluzione, derivante o da un fatto illegittimo (cioè in via materiale: la pandemia come fatto eccezionale normativo) o da un atto illegittimo (una nuova decisione, una nuova norma positiva stabilita dai poteri costituiti che fanno dell'eccezione un ordine legale e legittimo al posto di quello originario).

In definitiva, per valutare il divenire e l'eccezione in rapporto alla costituzione e, più in generale, per discutere delle trasformazioni costituzionali occorre scegliere un concetto di costituzione. In senso riflessivo, la costituzione non permette di risolvere il dilemma tra ordine e mutamento. In senso performativo, la costituzione identifica l'ordine e correlativamente il mutamento, la validità e l'effettività: se la costituzione plasma la realtà vige; se la realtà sta nella costituzione quest'ultima vige; se la realtà fuoriesce dalla costituzione e non può essere da essa contenuta c'è un'altra costituzione.