

## Dialoghi sulla morfologia delle fonti

a cura di GIOVANNI BOMBELLI, PAOLO HERITIER, MICHELE MASSA

---

Il *Forum di Quaderni costituzionali* è lieto di ospitare la presente sezione speciale, che 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.

### Indice

GIOVANNI BOMBELLI, PAOLO HERITIER, MICHELE MASSA, <i>Dialoghi sulla morfologia delle fonti. Introduzione</i>	p. 134
MARIA ROSARIA FERRARESE, <i>Fonti giuridiche e cambiamento sociale</i>	p. 148
ALBERTO SCERBO, <i>Mutamenti istituzionali e incertezza del sistema</i>	p. 159
MAURIZIO CATINO, <i>Incertezza e miopia nelle organizzazioni</i>	p. 170
ANTONIO D'ALOIA, <i>Il diritto di fronte all'incertezza del futuro</i>	p. 179
SILVIA ZORZETTO, <i>Resilienza tra metafora e politica del diritto. Le sfide della certezza e regolazione nelle «società del rischio e delle emergenze»</i>	p. 196
BARBARA BOSCHETTI, <i>Diritto e resilienza. Coordinate per un diritto capace di transizioni</i>	p. 208
MAURO RENNA, <i>Il principio di precauzione e la sua attuabilità</i>	p. 223
FRANCESCO D'ALESSANDRO, <i>Il principio di precauzione nel diritto penale</i>	p. 234
FRANCESCA ROSA, <i>Il mutamento costituzionale: teorie dalla famiglia giuridica di common law</i>	p. 245
MARIANO CROCE, <i>L'anima doppia dell'istituzionalismo giuridico. Carl Schmitt vs. Santi Romano</i>	p. 255
ANDREA MORRONE, <i>Ordine giuridico ed eccezione. Esercizi mediante le forme del pensiero giuridico</i>	p. 264

## **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](http://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](mailto: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](mailto: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](mailto: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 portata 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 CO<sub>2</sub>, 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.

Forsthoft, 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.

## Fonti giuridiche e cambiamento sociale \*

MARIA ROSARIA FERRARESE\*\*

---

**Sommario:** 1. Ripensare il rapporto tra diritto e cambiamento. – 2. Le fonti giuridiche nel confronto con il cambiamento. – 3. L'incremento delle fonti giuridiche. – 4. Un mobile riequilibrio tra le fonti. – Bibliografia.

**Data della pubblicazione sul sito:** 10 ottobre 2023

### Suggerimento di citazione

M.R. FERRARESE, *Fonti giuridiche e cambiamento sociale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2023. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://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.

\*\* Professoressa ordinaria a riposo di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Cagliari. Indirizzo mail: [ferraresemr@libero.it](mailto:ferraresemr@libero.it).

## 1. Ripensare il rapporto tra diritto e cambiamento

Se il diritto accompagna la vita di tutte le società, esso non può che essere connesso sia con i periodi di stabilità sociale, sia con le stagioni delle emergenze e dei cambiamenti. Nel passato, quando l'architettura giuridica era dominata dagli Stati, prevaleva la devozione del diritto alla causa della stabilità, che veniva identificata come una sorta di sua missione privilegiata. Oggi si potrebbe dire che il diritto si dibatte in una sorta di endemica ambivalenza tra il bisogno di garantire stabilità, e il bisogno di corrispondere ai cambiamenti sociali, economici, o di altra natura che negli ultimi decenni hanno investito l'intero mondo.

In gran parte, quella mole di novità e di cambiamenti può essere ricondotta all'etichetta della globalizzazione e, per quanto ci riguarda più da vicino, anche a quella della europeizzazione. Entrambe le modalità hanno configurato enormi cambiamenti per l'area giuridica, non diversamente che per altri settori della vita. I cambiamenti, tuttavia, si sono configurati in maniera diversa rispetto a quelli che collochiamo sotto l'etichetta della "rivoluzione". Come Berman ci ha insegnato, le trasformazioni nella tradizione giuridica occidentale sono state prevalentemente forgiate da grandi "rivoluzioni", ossia da "violenti sconvolgimenti", che hanno segnato un cambiamento "fondamentale, rapido, violento, duraturo" dell'intero sistema sociale, con ricadute significative in area giuridica (Berman 1998, 41). Nel caso della globalizzazione, invece, le novità giuridiche non sono scaturite da movimenti violenti, né si sono poste in maniera direttamente oppositiva rispetto alle tradizionali istituzioni giuridiche nazionali, collegate ai processi democratici: anche se hanno avuto un forte impatto sullo scenario esistente, esse hanno piuttosto dato vita a una sorta di diverso scenario che via via si imponeva, prospettando nuovi protagonisti, nuove modalità di produzione giuridica, nonché inedite modalità di legittimazione del diritto, che si sommarono a quelle preesistenti. E via via si prospettava un contesto di compenetrazione, ma anche di competizione tra i due scenari, lungo il quale si muovevano da una parte gli intenti riformatori dei vari governi, sempre più attratti e

influenzati dalle nuove prospettive aperte dalla globalizzazione, e dall'altra una serie di fatti giuridici posti in essere da imprese e soggetti privati, che mettevano in discussione alcuni aspetti consolidati del quadro esistente. Così, il regno delle relazioni giuridiche, che fino ad allora era apparso ben definito nelle sue dinamiche all'interno dei contenitori statali, e animato da soggetti, per così dire "a denominazione di origine garantita", vedeva indebolirsi questi connotati. Si trovava invece immesso in un campo di tensione, ed era costretto a ridefinirsi in maniera più o meno pronunciata, fino a mettere in dubbio la veridicità di alcuni schemi e dottrine insegnati e appresi all'Università.

Il cambiamento sociale, politico ed economico prodotto dalla globalizzazione che incombeva sul mondo giuridico, d'altra parte, procedeva con grande rapidità, mettendo sotto pressione anche la riflessione sul rapporto tra diritto e cambiamento, che si poneva in modo nuovo rispetto ai tradizionali schemi. Naturalmente il tema del rapporto tra diritto e cambiamento è un tema classico, che è sempre

stato ben presente nella letteratura giuridica e sociologica-giuridica. Esso è stato prevalentemente declinato attraverso analisi che osservavano come cambiava il diritto in seguito al cambiamento sociale, economico, ecc. Questa prospettiva di analisi, che rimane ovviamente una prospettiva importante e ineludibile, via via che l'universo giuridico si affollava di nuove presenze e protagonisti e di modalità spesso irrituali, spingeva il dibattito verso interrogativi su quali modalità di produzione giuridica fossero degne di essere riconosciute come "fonti": un tema che si sviluppava con difficoltà, poiché in gran parte mancavano le categorie per inquadrare compiutamente le novità.

Sotto tale profilo, credo che la chiave scelta per questo convegno, che pone una sorta di triangolazione DIRITTO-FONTI-CAMBIAMENTO, sia molto utile: su questa triangolazione mi soffermerò, lasciando da parte il tema delle emergenze, che del resto ha avuto varie attenzioni, sia come tema di fine '900, sia più recentemente, come tema legato al contesto della pandemia. Io vorrei sottoporre a riflessione un altro aspetto, forse altrettanto rilevante, con riferimento al rapporto tra diritto e cambiamento: ossia le fonti come portatrici di una propria implicita strategia verso il cambiamento. Si tratta insomma di indagare sul modo in cui le varie fonti intrattengono ciascuna un proprio rapporto con il cambiamento: un aspetto che, pur avendo avuto qualche attenzione, è rimasto prevalentemente sottotraccia.

In altri termini, oltre a chiedersi che rapporto ci sia tra diritto e cambiamento, è importante radicare il quesito rispetto a specifiche fonti, indagando quale rapporto ci sia tra ognuna di esse e il cambiamento. Il presupposto di questa linea di ricerca è che le fonti giuridiche non siano neutrali rispetto al cambiamento: esse contemplano infatti modi diversi di affrontare il cambiamento e, pur essendo congegnate prevalentemente per garantire continuità e stabilità, contengono nel loro DNA diverse possibilità di rapporto con il cambiamento e di trattamento dello stesso: possono ostacolare, permettere o addirittura facilitare il cambiamento. Se le "fonti del diritto" sono gli atti e i fatti che un dato ordinamento giuridico o un certo contesto socio-culturale reputano idonei a creare, a modificare, o a innovare l'ordinamento stesso, ciò significa che le fonti del diritto sono portatrici di un preciso atteggiamento: costituiscono già delle premesse, e perfino delle promesse sul modo di trattare il cambiamento. E anche rispetto all'entità del cambiamento esse si atteggiavano in maniera diversa, permettendo macro-cambiamenti, o invece

micro-cambiamenti che, solo sommandosi in maniera incrementale gli uni agli altri, possono condurre a cambiamenti più consistenti.

## 2. Le fonti giuridiche nel confronto con il cambiamento

Per pensare al rapporto tra diritto e cambiamento sociale, economico, religioso, tecnologico, ecc., è dunque utile, e forse persino necessario, chiedersi anche se la “fonte” non giochi un suo ruolo ostacolante o facilitatore del cambiamento, o funzionare addirittura come concausa dello stesso. Così impostato, il tema ha anche un chiaro risvolto comparatistico. Ogni sistema giuridico include infatti una varietà di fonti (legislative, giudiziarie, dottrinali, sociali, religiose, professionali, ecc.), ma è contrassegnato dalla prevalenza specialmente di una fonte rispetto alle altre, che diventa dunque una chiave significativa per il suo rapporto con il cambiamento.

Così, facendo riferimento ai due principali sistemi giuridici occidentali, quello di *civil law* e quello di *common law*, la loro differenza viene spesso icasticamente rappresentata rispettivamente dalla prevalenza della fonte legislativa e da quella della fonte giudiziaria. È come se i due sistemi fossero rispettivamente contrassegnati, quasi “firmati”, dalla legge o dal giudice. Altrettanto, quando pensiamo al sistema islamico, pensiamo alla prevalenza della tradizione, che in questo caso rimanda ai dogmi di una religione che prevale su tutte le altre eventuali fonti. Siamo di fronte a tre diversi modi di porsi rispetto al cambiamento: parlando della propensione al cambiamento che maggiormente caratterizza tre esempi di fonti appena fatti, si potrebbe dire che legge, giudici e tradizione sono, oltre che diversi modi di produrre diritto, anche tre diversi modi di rapportarsi con il cambiamento sociale. Insomma, per una migliore e più completa comprensione del rapporto tra diritto e cambiamento, è necessario pensare anche alla fonte principale da cui si pensa che il diritto promani.

Ad un primo sguardo, sembra che la tradizione, intesa come fonte giuridica, sia la fonte più ostile al cambiamento e persino che essa contenga in sé una sorta di vera e propria inibizione verso il cambiamento. Anche la legge, essendo pensata per durare, sembra prevalentemente rivolta a garantire la stabilità e la continuità, e dunque a ostacolare il cambiamento. I giudici, invece, sono una fonte che si confronta maggiormente e in prima persona con l'irrequietezza della società, e dunque anche con le varie esigenze di cambiamento sociale che da essa provengono, anche se occorre tuttavia distinguere il contesto istituzionale e ideologico in cui essi operano: specie in un contesto di *common law*, dispongono di significativi margini per forgiare le proprie risposte, spingendosi fino ad un ruolo legislatore; possono invece, nel contesto di *civil law*, con le loro sentenze assecondare piccoli cambiamenti, pur lasciando intatto il quadro legislativo.

Tuttavia, le cose sono più complesse di come appaiono in questa rapida rappresentazione e a incresparle è proprio il fatto che il confronto con il cambiamento sociale in realtà emerge sempre in forma articolata in ognuna delle fonti, anche se in forma e misura diversa, e soprattutto oggi esso è diventato sempre più impellente. In estrema sintesi, proviamo a osservare le tre situazioni con riferimento alle fonti prima richiamate. Da una parte è vero che la legislazione è stata concepita con il DNA della stabilizzazione, e che dunque è prevalentemente rivolta a mantenere un certo *status quo*. Essa non ha tuttavia un rapporto univoco con il cambiamento: può infatti essere strumento e motore di importanti cambiamenti sociali, che investono grandi numeri di persone e che dunque hanno un grande impatto. È vero, tuttavia, che essa si trova in difficoltà di tenuta soprattutto nelle società attuali, per almeno un duplice ordine di ragioni. Da una parte perché deve reggere il confronto con società che sono esposte a mutamenti non solo numerosi, ma anche molto rapidi. E specialmente sul piano della rapidità, le procedure legislative impongono tempi lunghi, che spesso non permettono di essere al passo con i cambiamenti. Vi è poi almeno un secondo ordine di difficoltà per la legislazione, che deriva dal confronto con tendenze individualistiche che spesso faticano a riconoscersi dentro tipologie sociali aggregate in grandi numeri, e che reclamano sempre nuovi tipi di diritti che respingono quegli incasellamenti.

La fonte giudiziaria, invece, si nutre proprio di un contatto continuo con casi sociali estremamente disparati e portatori di situazioni non sempre facilmente incasellabili entro gli schemi consolidati. Dunque, essa permette di accogliere in misura più o meno importante il cambiamento, il confronto con il quale è, per così dire, incorporato nella fonte stessa. Tuttavia, i modi di rapportarsi con il cambiamento e gli stessi margini di discrezionalità di cui dispongono i giudici sono differenti e risentono di molte variabili, a partire dal contesto istituzionale e dal periodo storico in cui operano. L'esempio più ovvio è quello dei paesi di *common law*, dove la barriera legislativa è sempre stata più debole, e i margini decisionali più larghi. Tuttavia, di fronte al rischio che la tendenza ad assecondare il cambiamento che è insita nella fonte giudiziaria destabilizzi troppo il sistema, nel più importante paese di *common law*, gli Stati Uniti, si è fatto ricorso a un criterio di stabilizzazione come il principio di *stare decisis*, che funziona come un dosatore delle innovazioni introdotte dai giudici. D'altra parte, è vero che anche nei paesi di *civil law* negli ultimi decenni gli spazi interpretativi dei giudici si sono molto allargati e approdano ad una creatività che sarebbe stata impensabile nel passato.

Ancora diverso e di estremo interesse è il caso della tradizione intesa come fonte giuridica. Nonostante essa si presenti, come si è detto, come una fonte ostile al cambiamento e quasi congegnata in modo da respingerlo e impedirlo, neanche essa può eludere il confronto con la storia e con il cambiamento. Esistono ovviamente diversi modi di intendere e di interpretare la tradizione religiosa, con ovvi riflessi anche sul piano costituzionale (Alicino 2016). Ad esempio, quando pensiamo al

sistema islamico, pensiamo ad una tradizione giuridica che è interamente racchiusa nelle scritture religiose. Ma esse possono essere intese come fonti originarie (Corano e Sunna) o come fonti derivate per via di ragione (Ijma e Qiyas) possono rapportarsi al cambiamento in termini di rifiuto, ma anche di accomodamento.

Dunque, si può parlare di due modalità, a seconda che la tradizione venga intesa in modo rigido e antistorico, o che respiri in sintonia con la storia. In generale, sul rapporto tra tradizione e cambiamento è molto istruttiva la lezione di Glenn, che parla della tradizione come di una “pentolaccia”: una sorta di cesta piena di cose spesso diverse, che si sono stratificate nel tempo, ma che è tutt’altro che statica e immobile: non è una sorta di camicia di forza, che vincola del tutto le nuove energie, ma funziona piuttosto come una risorsa, un repertorio di possibilità, un contenitore di informazioni. Essa si presta dunque ad essere continuamente rimescolata nel tempo dall’apporto e dalle scelte delle nuove generazioni. Glenn inoltre sottolinea un elemento particolarmente importante: il fatto che la “pentolaccia” della tradizione sia priva di criteri gerarchici: specialmente grazie a questo tratto, essa può essere rimescolata e diventare addirittura una “procreatrice del cambiamento”, offrendo un contesto in cui “il passato può essere mobilitato per inventare il futuro” (Glenn 2011).

Com’è facile intuire, la globalizzazione ha contribuito a determinare un ambiente in cui questa capacità di reinventare la tradizione è cresciuta significativamente: dato l’incremento di contatti e di scambi, si sono moltiplicati i fenomeni di circolazione, di imitazione, nonché le mescolanze e i “trapianti”. Del resto, le due famiglie di *civil law* e di *common law*, che anche nel passato non erano del tutto reciprocamente impermeabili, specialmente sotto l’onda d’urto della globalizzazione, hanno visto ridursi ulteriormente alcune delle loro distanze, e hanno conosciuto contaminazioni reciproche. Basterà pensare alla forte crescita del numero delle Corti (Cassese 2006) e all’adozione del formante giudiziario su larga scala nei paesi di *civil law*, al di là dei tradizionali limiti che incombevano su questa fonte, e alla maggiore diffusione della fonte legislativa in paesi di *common law*. Com’è noto, negli Stati Uniti si è affermata persino una corrente di pensiero, nota come *originalism*, coniata da Antonin Scalia, autore ostile alle politiche giudiziarie progressiste, che ha contestato l’eccessivo spazio del diritto delle Corti, per favorire invece una maggiore aderenza delle sentenze alla semplice lettera delle leggi, per ristabilire una sorta di primato della politica. Come si vede, si tratta di un esplicito tentativo di forzare la strategia verso il cambiamento che è propria del diritto giudiziario.

### 3. L’incremento delle fonti giuridiche

Se rivolgiamo l’attenzione alle fonti del diritto nell’odierno panorama, almeno due ulteriori aspetti appaiono di sicuro interesse con riferimento al tema del loro

rapporto con il cambiamento sociale. In primo luogo, l'incremento del numero e delle tipologie di fonti giuridiche; in secondo luogo, il cambiamento di equilibrio che si è registrato tra le varie fonti. Entrambi questi cambiamenti, che saranno oggetto delle prossime pagine, si sono prospettati sotto l'onda d'urto della globalizzazione e delle tendenze in favore dei mercati e dei privati.

Per quanto attiene al primo aspetto, negli ultimi decenni si è assistito ad un notevole incremento del numero e delle tipologie di fonti giuridiche, rispetto a quelle tipizzate dal modello giuridico moderno che contava come "piatto forte" soprattutto la legislazione, accanto alla fonte giudiziaria, alla dottrina, e a qualche residuo di consuetudine. Via via si sono aggiunte nuove e vecchie scaturigini di norme: carte costituzionali di vario livello, usi commerciali, tradizioni, contratti, arbitrati internazionali, trattati internazionali, ecc. si sono imposti di volta in volta come fonti "di fatto", spesso mettendo sotto stress i modelli consolidati.

La moltiplicazione delle fonti esonda il modo in cui si soleva individuarle e classificarle attraverso una precisa "teoria e dogmatica delle fonti" (Guastini 1998) che, oltre a censirle con precisione, fissava i loro reciproci rapporti, anche in termini gerarchici. Naturalmente a livello nazionale quella dogmatica continua a mantenere la sua validità, ma al contempo non può non risentire di nuove dinamiche che si sono sviluppate con il processo di globalizzazione. In particolare, è da considerare una doppia dinamica di internazionalizzazione e di privatizzazione del potere (Ferrarese 2022), che ha condotto anche a nuove modalità di produzione del diritto, che esorbitano largamente i binari istituzionali nazionali fissati in precedenza. Fonti di carattere internazionale e fonti private si sono ampiamente diffuse ed interagiscono qui e lì in modo vario con le fonti tradizionali di impronta statale. Basterà pensare alla rilevanza assunta dal diritto transnazionale, che si pone su basi del tutto diverse da quelle del diritto internazionale (Ferrarese 2006) e ha un rilevante impatto sui sistemi giuridici nazionali (Passagli, Tarchi 2021).

Dopo tutti i cambiamenti intervenuti, come possiamo pensare il diritto oggi? Carl Schmitt parlava di "tre tipi di pensiero giuridico", ossia di tre diversi modi di concettualizzare il diritto, che ogni giurista "pone a fondamento del suo lavoro". Il diritto, egli suggeriva, può essere pensato essenzialmente come "norma", come "decisione", o come "ordinamento". A guardar bene, siamo di fronte a tre concetti che rispecchiano, e corrispondono a precise modalità di produzione e di funzionamento del diritto: dunque il confine con l'idea di "fonte" è davvero molto labile. Schmitt ribadisce l'idea che solo uno di quei concetti tende a prevalere e che "cogliere quale tipo di pensiero giuridico si afferma in un'epoca precisa e presso un popolo preciso è compito di vasta portata", in quanto il predominio di un determinato tipo di pensiero è collegato con "il dominio spirituale e dunque politico con il popolo" (Schmitt 1972, 247 ss. e 249). Ma se oggi volessimo cogliere quale tipo di pensiero giuridico, o di fonte, prevale nel nostro mondo, ci

troveremmo di fronte a un compito di ben più vasta portata di quello ipotizzato da Schmitt, e dovremmo probabilmente distinguere tra piano nazionale e piano internazionale e globale, trovando risposte diverse per ognuno di questi settori.

Il numero tre contrassegna anche l'idea dei "formanti" di Rodolfo Sacco, che, com'è noto, include il formante "legislativo, quello "giudiziario" e quello "dottrinale" (Sacco 1991). Il formante, come dice la parola stessa, indica una sorta di base su cui si sviluppa un dato sistema giuridico. Ad un primo sguardo, sembra dunque tornare l'idea che ogni sistema giuridico sviluppi un proprio criterio, che considera più pregnante degli altri, e che prevale, imprimendo una propria direzione all'assetto complessivo. Tuttavia, con l'idea dei formanti, la tradizionale concezione delle fonti acquisisce un connotato di dinamicità e di movimento, che mancava nelle concezioni precedenti. In altri termini, con il concetto di "formante" Sacco identifica anche delle novità nel modo di funzionare e di interagire reciprocamente delle fonti rispetto alla tradizionale teoria delle fonti giuridiche, che sembrava fissarle in un quadro statico. Non vi è più necessariamente un ruolo preminente che una fonte svolge a danno delle altre: vi è piuttosto un rapporto dinamico che si sviluppa tra esse e che corrisponde alla specifica evoluzione storica che è in atto in una data società. Inoltre, anche i formanti non hanno carattere univoco e contengono diverse possibilità di rapporto tra enunciati, che talora possono essere anche in reciproca contraddizione.

Tutto ciò rafforza la dinamicità del rapporto tra i diversi formanti e rende possibile non solo una maggiore articolazione dei sistemi giuridici, ma anche una maggiore varietà di soluzioni e di risposte giuridiche a un determinato problema, mentre nel passato si tendeva a pensare che esistesse una sola veritiera risposta a un dato problema giuridico. Prende forma, insomma, una sorta di continua ri-articolazione del sistema, che non riesce più a essere contenuta nei tradizionali bacini ipotizzati dalla teoria giuridica moderna. D'altra parte, lo stesso Sacco afferma che vi possono essere altri formanti rispetto ai principali da lui enunciati. E proprio sulla scorta di questa sua suggestione, oggi si potrebbe ipotizzare e teorizzare l'esistenza di un nuovo formante di natura privata, e specialmente di conio professionale, data la rilevanza che alcune professionalità private di alto rango, collegate con forti interessi economici, hanno assunto nel forgiare molte delle regole che reggono gli attuali commerci internazionali, nonché i mercati finanziari o tecnologici, ossia le cosiddetta *lex mercatoria* e *lex informatica*, o la *lex* in materia finanziaria.

#### **4. Un mobile riequilibrio tra le fonti**

Se da una parte sono proliferate nuove modalità di produzione del diritto, mettendo in crisi anche l'idea che le varie "fonti" siano collocabili in un progetto architettonico armonioso e preciso, dotato di una propria *ratio* gerarchica,

dall'altra neanche i rapporti tra esse sono rimasti gli stessi ed anzi sono mutati in maniera consistente. Dunque, non solo si è assistito ad una moltiplicazione di possibili fonti del diritto, ma il loro affastellarsi per lo più al di fuori degli schemi consolidati ha prodotto nuovi giochi di interazione tra esse, oltre che nuove combinazioni, scambi, e dinamiche competitive. Siamo insomma in uno scenario giuridico piuttosto animato che, di fronte ai cambiamenti sociali, politici e tecnologici, piuttosto che apparire consegnato ad un rigido repertorio di possibilità disegnato da formule astratte, si muove esso stesso a ridosso dei fatti. La sua dinamicità comporta un significativo cambiamento di equilibrio tra le varie fonti, e talora persino una situazione di crescente competizione tra esse.

Il cambiamento si può registrare a vari livelli. A livello interno agli Stati, l'esempio più facile è relativo al rapporto tra legge e giurisdizione: una fonte che prima aveva il compito di pilastro dell'intera architettura delle fonti, come la legge, pur venendo utilizzata abbondantemente, è tuttavia diventata meno importante, e talora addirittura recessiva, mentre la giurisdizione, così come il contratto, che nel passato sembravano avere un ruolo minore o addirittura gregario (di "bocca della legge"), hanno acquistato crescente importanza. A cosa si deve questo mutamento di equilibrio? Come spiegare l'inversione di peso specifico tra legge e giurisdizione?

La risposta a questa domanda chiama in causa vari fattori, a cominciare dalla crisi della politica che si è registrata nel mondo globalizzato: la legge tipicamente rispecchiava non solo una priorità della *ratio* politica nella conduzione delle varie sfere di vita, ma anche un'esigenza di stabilità di cui lo Stato era garante. Quando il diritto era pensato soprattutto come legge, almeno nei sistemi di *civil law*, esso tendeva a reggere al cambiamento, ad arginarlo, in nome della stabilità. Ma quell'esigenza non era solo delle leggi, ma era propria del XIX secolo, come ricorda Carl Schmitt. Secondo questo autore, non erano tanto le norme a garantire le attese di "sicurezza, certezza, stabilità, rigorosa scientificità, prevedibilità operativa" ma piuttosto la situazione relativamente stabile di quell'epoca (Schmitt 1972, 268).

Questo richiamo ci aiuta a capire come la *ratio* legislativa sia poi risultata poco in sintonia con la stagione della globalizzazione e della devozione alla logica del mercato, che esige flessibilità e prontezza al cambiamento. A rendere la fonte legislativa invisibile o controindicata agli occhi dei protagonisti del nuovo capitalismo di fine '900, erano proprio le sue antiche virtù: non solo il fatto che essa fosse targata dallo Stato, e dunque con una esplicita impronta politica, ma anche il fatto che fosse la fonte giuridica più associata a istanze di stabilità e di prevedibilità, e persino di calcolabilità, come direbbe Weber, e riecheggerebbe Irti (Weber 1961, 104). Proprio la sua rigidità la rende inadatta alle nuove istanze dell'economia e della finanza, che invece si basano non solo su irrequietezza e bisogno di cambiamento, ma addirittura sulla cultura del rischio. E le stesse odierne società sono sempre più allergiche a stringenti prescrizioni e precetti normativi.

Altre fonti giuridiche sembrano maggiormente dotate della capacità di corrispondere al cambiamento sociale, economico e tecnologico, in un clima di consapevolezza della sua inevitabilità, e talora persino della sua auspicabilità. Non senza tratti paradossali: basti pensare a fonti come la consuetudine, la tradizione, gli usi e i costumi: sulla carta, in un'epoca come la nostra, votata alla velocità e al cambiamento, fonti desuete e sorpassate e, come tali, destinate alla sparizione. Nella realtà, invece, dotate di una nuova vitalità, e destinata ad animare, e talora a mettere in crisi, lo scenario tradizionale delle fonti. Soprattutto sul piano internazionale si sono maggiormente addensate le novità. Oltre al già citato diritto giudiziario, che conosce una espansione enorme anche attraverso nuove formazioni giudiziarie (Cassese 2009), anche il diritto arbitrale, e specialmente il diritto contrattuale (Galgano 2006) sono proliferati abbondantemente in nuove forme, e soprattutto a livello internazionale. La modalità contrattuale, che nel passato non era accreditata come fonte, ha consolidato tale funzione, proprio per rispondere a nuove esigenze di autoregolazione e di scambio espresse da vari soggetti e gruppi privati, specie di natura economica, ma anche degli Stati: contrattuale è infatti la radice degli accordi e dei trattati internazionali.

### **Bibliografia**

Alicino, F. (2016), *Tradizioni religiose, tradizioni costituzionali e Mare nostrum*, in Alicino F. (a cura di), *I diritti umani nel mondo globale. Tradizioni religiose, tradizioni costituzionale e Mare nostrum*, Napoli, Editoriale scientifica.

Berman, H. J. (1998), *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, Il Mulino.

Cassese, S. (2009), *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli.

Ferrarese, M. R. (2006), *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza.

Ferrarese, M. R. (2022), *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, Il Mulino.

Galgano, F. (2005), *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino.

Patrick Glenn, H. (2011), *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, Il Mulino.

Guastini, R. (1998), *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè.

Passaglia, P., Tarchi, L. (2021) (a cura di), *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi*, in Osservatorio sulle fonti, n. 1/2021.

Sacco, R. (1991), *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n. 1 e n. 2 (Winter, and Spring 1991).

- Schmitt, C. (1972), *Le categorie del <politico>*, Bologna, Il Mulino.
- Weber, M. (1961), *Economia e società*, Milano, Comunità, vol. I.

## **Mutamenti istituzionali e incertezza del sistema delle fonti\***

ALBERTO SCERBO\*\*

---

**Sommario:** 1. Emergenza sanitaria e processo di globalizzazione. – 2. Mutamenti dell'ordinamento politico e del sistema giuridico. – 3. Per un approccio autenticamente filosofico. – Bibliografia.

**Data della pubblicazione sul sito:** 10 ottobre 2023

### **Suggerimento di citazione**

A. SCERBO, *Mutamenti istituzionali e incertezza del sistema delle fonti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2023. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://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 Filosofia del diritto nel Dipartimento di Giurisprudenza, economia e sociologia dell'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro. Indirizzo mail: [scerbo@unicz.it](mailto:scerbo@unicz.it).

### 1. Emergenza sanitaria e processo di globalizzazione

L'emergenza sanitaria, sorta all'alba del 2020, è stata posta come qualcosa di imprevisto ed imprevedibile. Certo, forse non si sarebbe potuta prevedere la rapidità di diffusione del virus, e neppure il suo altissimo grado di pericolosità. Ma ciò non deve indurre a ritenere che la pandemia sia il frutto del caso o dell'imprevedibilità divina, perché in effetti è la conseguenza logica di dinamiche avviate da tempo e debitamente sottovalutate. Soltanto un delirio di onnipotenza poteva offuscare i messaggi di rischio provenienti dalla natura e le segnalazioni di pericolo sanitario vaganti per l'universo.

Ad essere buoni si può invocare un peccato di sottovalutazione di tutti quei fenomeni che erano stati stigmatizzati da Konrad Lorenz ne *Gli otto peccati capitali della nostra civiltà* (1973; ma anche Serres 1990) e avevano condotto alla previsione di una rivolta della natura e a ipotizzare l'avvento di un "medioevo prossimo venturo" (Vacca 1971; di recente Liotta, Clementi 2020), nonché ad elaborare puntuali analisi critiche (per rimanere nell'ambito giusfilosofico Cotta, Cagliari e Quadri 1972 e Cotta 1975). Ed infatti negli anni Settanta del secolo scorso James Lovelock, in cooperazione con la biologa Lynn Margulis, formula l'ipotesi Gaia e chiarisce che gli organismi inorganici interagiscono con gli organismi viventi sulla terra per formare un sistema sinergico e autoregolante che consente di mantenere le condizioni di vita sul pianeta. Ma precisa, al contempo, che l'unico fattore inquinante è costituito dall'uomo, al quale spetta il compito di guardare al mondo come un organismo vivente di cui fa parte, e non come padrone, né come semplice inquilino e neppure come passeggero. Sicché l'alterazione della biosfera, la frenesia per un certo tipo di agricoltura e per la deforestazione, lo sfruttamento indiscriminato delle risorse, la consumazione dei ghiacci polari, lo sterminio della fauna, sono da considerare un eccidio globale (Lovelock e Margulis 1974; Lovelock 1979). Da subito è formulato, quindi, il monito della necessità di mettere da parte interessi egoistici e interessi economici a corto raggio, per assumere un punto di vista più ampio, nella consapevolezza che l'uomo deve interagire con l'ambiente circostante.

Il contesto di un pensiero complesso così delineato trova una sponda nella critica all'economia selvaggia fondata soltanto sugli interessi formulata da Edgar Morin, che ha ben chiaro il fatto che più gli uomini dominano la biosfera, più la degradano e più degradano le proprie condizioni di vita. Da qui il peccato di sopravvalutazione della capacità dell'uomo di controllare la natura e della forza «tecnologica» disponibile per vincere ogni forma di resistenza esterna (Morin 2016). Con la conseguenza dell'imperterrita prosecuzione della strada del dominio sull'ambiente e dell'approccio riduzionistico nei confronti degli inattesi fenomeni naturali e dei rilievi scientifici sui mutamenti climatici e sui loro effetti, che ha di

fatto consolidato l'impostazione antropocentrica delle relazioni naturali (fortemente critico è Porciello 2022; ma cfr. anche Pisanò 2022).

Per altro verso, sono stati disattesi tutti i rilievi critici avanzati nei riguardi del processo di globalizzazione, nella convinzione che lo stato di cose esistente fosse assolutamente inevitabile e che la sua inarrestabilità imponesse soltanto di individuare nuove chiavi concettuali interpretative. Si è

inneggiato alle conquiste prodotte dall'allargamento dei mercati e dall'evanescenza dei confini e si è esaltata la mobilità turbinosa di uomini, merci e capitali (Habermas 1999, 38-39), ma si è dimenticato che la medesima velocità riguarda anche la propagazione degli agenti negativi. In questa prospettiva non bisogna dimenticare che virus della stessa famiglia di quello attuale si sono già manifestati nella loro aggressività in tempi recenti, come è accaduto per la MERS (*Middle East Respiratory Syndrome*) o Sindrome Respiratoria Mediorientale e la SARS (*Severe Acute Respiratory Syndrome*) o Sindrome Respiratoria Acuta Grave. La verità è che il mondo occidentale, più di quello orientale, si è cullato sulla ristrettezza dei confini geografici e della tipologia umana interessati da questi fenomeni, nell'illusione, e nella presunzione, che altrove albergassero gli anticorpi idonei ad una ipotetica, generale immunizzazione. Fino a quando i problemi hanno toccato specifiche categorie di soggetti o aree geografiche circoscritte, peraltro depresse o marginali, non si è avvertito il bisogno di intervenire drasticamente e l'inveterata logica del mercato ha finito per prevalere. Si giustificano, così, le scelte miopi in ambito sanitario e il circolo vizioso tra industria, capitali e ricerca, impostati sulla logica del profitto piuttosto che sulla scoperta e predisposizione di strumenti di tutela e cura della sofferenza.

L'irrompere della pandemia nella vita collettiva, con il suo fardello di limitazioni delle libertà, compressione dei diritti, chiusure degli spazi pubblici e confinamento degli individui tra le mura domestiche, ha rivelato, ed esasperato, questioni politiche, giuridiche e sociali già in atto, inducendo, però, ad un'articolata riflessione. Si tratta, perciò, di ricostruire il panorama politico-giuridico che si è andato configurando con l'avanzamento del processo di globalizzazione e l'acquisizione di spazi sempre più ampi degli organismi sovrastatali. Di cui l'espressione più evidente è la crisi della sovranità nazionale.

Ora, lo snaturamento delle categorie della politica è avvenuto principalmente per la supremazia del capitale finanziario, che ha prodotto una sorta di "privatizzazione" del soggetto pubblico, condizionato dalle scelte dei poteri economici, a cui si è affiancata una corrispondente "pubblicizzazione" dei soggetti privati, assurti, senza alcuna giustificazione, al ruolo di agenti "reali" della politica (Cordelli 2022; Koskeniemi 2017).

La metamorfosi della dimensione statale e la contemporanea constatazione dell'insufficienza della capacità sostitutiva dell'ordinamento internazionale ha imposto l'abbandono dei rigidi concetti chiusi di stato e comunità di stati, per

ripiegare sulla flessibilità della nozione di governance globale. La sfera del politico si è, pertanto, diluita sulla base di una fluidità sempre più mobile ed espansa, che ha determinato la moltiplicazione e la dispersione dei luoghi della decisione, con un sostanziale mascheramento dei veri soggetti che impongono il proprio volere. Nel corso del tempo è sempre sembrato che le decisioni politiche venissero assunte non per volontà autonoma dei governanti, quanto, piuttosto, per necessità imposte ora dai “mercati internazionali”, ora dall’”Europa”, oggi dai “pericoli globali” o dalle “esigenze degli assetti mondiali”. In un’ottica, in cui si è configurato un sistema di governo caratterizzato dalla giustificazione intrinseca di qualsiasi decisione, che, trovando in un imprecisato altrove la propria ragion d’essere, esclude ogni forma diretta di responsabilità politica (Andronico 2012).

In questo processo la collettività compare come un personaggio di contorno del gioco della politica, innanzitutto perché si trova soffocata dalla sovrapposizione di una pluralità di espressioni di sovranità, provenienti tanto dal persistente ambito statale, quanto dalle interferenze inevitabili di matrice sovrastatale e internazionale. Inoltre, si è profilata la sua graduale precipitazione nella condizione di “sudditanza”, dal momento che la prevalente deriva “statistica” della politica (Gentile 2003) ha privilegiato il cinismo materialistico e fomentato la continua elusione dei principi del bene e del giusto. La monetarizzazione dell’esistenza ha prodotto l’assoluta indifferenza nei riguardi dei destini individuali e l’esclusione di ogni tensione solidaristica dalla mente dei governanti, interessati ormai ai freddi risultati “contabili” del bilancio economico pubblico, senza alcuna considerazione per le difficoltà e le sofferenze dei singoli, e ancor meno per le condizioni dei poveri e degli emarginati della società.

Da qui la teorizzazione di una estesa, o forse «assoluta» libertà del potere, coincidente, per un verso, con la restrizione o l’interpretazione «utilitaristica» delle regole della democrazia e, per l’altro, con l’oscuramento del diritto o, meno drasticamente, con l’uso del tutto asservito degli strumenti giuridici. In questa ottica va letta la costante azione di espropriazione perpetrata nei riguardi degli organismi rappresentativi della «volontà popolare», al punto che la carenza o la totale assenza di democrazia non costituiscono più un’eccezione, ma sono diventati il canone principale di funzionamento della politica.

Il sistema democratico si è ridotto ad un mero meccanismo di rappresentanza, del tutto formale, che ha annichilito con il tempo ogni opportunità di dialogo e di confronto e ha favorito un processo di progressiva estraneazione dal dibattito pubblico, la rinuncia a far sentire una voce dissonante e a sperimentare la forza di un pensiero non allineato con l’ideologia imperante e con la massificazione delle opinioni. Con la conseguenza di azzerare il confronto tra le parti e di annullare ogni possibile processo comunicativo, che rivela, però, come la praticabilità di soluzioni dialogiche è configurabile solamente «in alto», a volte in luoghi inaccessibili, tra soggetti rivestiti di capacità decisionale, spesso sconosciuti o

difficilmente conoscibili, con l'esclusione, invece, di qualsiasi interferenza proveniente «dal basso».

## 2. Mutamenti dell'ordinamento politico e del sistema giuridico

L'emergenza sanitaria ha prodotto un aggravamento delle tendenze già in atto di revisione materiale dell'ordinamento. Il processo già avviato da tempo, per il quale la funzione legislativa è ormai di fatto patrimonio del potere esecutivo, visto anche il ricorso massiccio e sistematico alla fiducia, ha avuto un'accelerazione e, sebbene incontri momenti di pausa, non sembra volersi arrestare, in considerazione della sopravvenuta crisi sul fronte europeo orientale e gli attuali problemi energetici.

Non deve stupire, quindi, la preoccupazione di filosofi, politologi e giuristi per il pericolo di una deriva autoritaria e antidemocratica. La rievocazione dello stato di eccezione, di schmittiana memoria, con la formalizzazione della sospensione della legge, da cui discende un sostanziale «spazio anomico», ha mostrato l'indirizzo del potere a ridurre la vita degli uomini ad una condizione puramente biologica, per imporre il nuovo paradigma sociale della «biosicurezza». Che non fa altro che confermare e avvalorare la tendenza ad alimentare la configurazione di uno stato perenne di paura, allo scopo di giustificare un intervento pubblico continuo a garanzia dell'ordine e della sicurezza (Agamben 2020; 2021).

Si è denunciata, cioè, l'idea sempre più incisiva di realizzare una società del «sorvegliare e punire», in cui «le forme di controllo e sorveglianza immanenti alle tecnologie che tutti usiamo si stanno sempre più accordando ai regimi politici» (Cacciari 2021). E anche quando non si intende aderire a tesi così radicali, non si può negare il fenomeno di una progressiva spoliticizzazione dell'ordine sociale, attraverso un fondamentale ridimensionamento della capacità critica e di giudizio (Preterossi 2020). O ancora l'affinamento dello Stato costituzionale di diritto, che favorisce in circostanze estreme l'incedere di un *Präventionstaat* o Stato di prevenzione (Baldini 2020), ma nell'ordinarietà di un ordinamento politico e giuridico dimentico delle disuguaglianze, indifferente ai bisogni dei più deboli ed attento principalmente al consolidamento degli interessi dell'economia. In un quadro così delineato la forza prevale sul consenso solidale e il decisionismo sulla condivisione sociale; sullo sfondo si staglia, però, la lenta, e costante, limitazione delle libertà fondamentali, l'attenuazione delle garanzie costituzionali, formali e sostanziali, ma soprattutto lo svilimento dei valori, personalistici e solidaristici, cardini di una società autenticamente democratica.

La critica più radicale proveniente dalla dottrina ha riguardato l'esautoramento di fatto del Parlamento e l'allargamento del potere del Governo, formalmente visualizzati, nella fase di maggiore impatto della pandemia, dal ricorso sempre più intenso ai DPCM. In questo senso, si è rilevato come spesso i decreti legge di riferimento hanno operato in funzione di sanatoria e tipizzazione *ex post* delle

misure deliberate con i provvedimenti della Presidenza del Consiglio. Qualche autore ha constatato, poi, come si sia «inventato» un differente sistema delle fonti, che può magari essere rispettoso del principio di legalità formale, ma incide problematicamente su quello di legalità sostanziale, perché elude alcune previsioni costituzionali, introduce fonti non previste dell'emergenza e inaugura apparati amministrativi *legibus soluti*, svincolati anche dagli ordinari strumenti di controllo (Cardone 2020).

In contrasto con queste tesi, che, in fin dei conti, intendono richiamare l'attenzione sulla salvaguardia dei valori costituzionali sottesi alla corretta applicazione del principio di legalità, posto a protezione delle libertà fondamentali, altri commentatori hanno sostenuto la piena legittimità e l'assoluta correttezza della catena delle fonti (Luciani 2020; Ruggeri 2020 a, b; De Siervo 2020; Nocelli 2020).

Partendo dal presupposto che già da tempo esiste una fondamentale crisi del sistema delle fonti, nella fase emergenziale il principio di salvaguardia della salute pubblica, quale premessa per la tutela del diritto alla vita, ha assunto il ruolo di «metanorma» (Ruggeri 2020 c; Trabucco 2020), a cui rapportare la totalità delle decisioni politiche e il contenuto delle disposizioni normative. In tal modo, ogni deroga all'ordinario andamento dell'organizzazione pubblica trova una puntuale giustificazione in questa nuova *Grundnorm* (Baldini 2020 b), che spiega anche la sospensione, compressione o limitazione di molti, per non dire quasi tutti, i diritti costituzionali. In tal modo, è diventata del tutto ammissibile una sorta di rovesciamento della piramide gerarchica delle fonti. Avallata da un gioco di rimbalzo, in sede giurisprudenziale, tra la Corte Costituzionale e il Consiglio di Stato, che, tra marzo e settembre 2021, hanno sancito la correttezza della “sequenza logico-giuridica degli atti-fonte preordinati a fronteggiare la pandemia” (Corte Cost., 12 marzo 2021, n. 37 e Consiglio di Stato, Sez. I, 13 maggio 2021, n. 850).

Che i problemi non fossero di facile soluzione, e non vengono meno neanche di fronte agli interventi della giurisprudenza “a valenza politica” apparentemente risolutivi, è necessario ricordare le diverse sentenze di merito emesse da differenti Tribunali, tra la fine del 2020 e la prima metà del 2021, che dichiarano l'illegittimità delle restrizioni personali attuate attraverso i DPCM e la relativa disapplicazione di quelli che non sono altro che meri atti amministrativi (Tribunale di Reggio Emilia, Giudice per le Indagini Preliminari, 27 gennaio 2021, n. 54 e Tribunale di Pisa, 17 marzo 2021, n. 419).

Tutto ciò riapre la discussione intorno alla direzione intrapresa dal contemporaneo sistema politico e giuridico. Permangono, infatti, le contraddizioni della politica, per un verso incapace di uscire dai binari della superficialità e, per l'altro, sempre pronta a rivendicare spazi di visibilità, sulla base di esigenze particolaristiche, spesso esclusivamente elettoralistiche, e non di reali piani di

composizione dell'interesse collettivo. E permangono le contraddizioni del mondo del diritto, che oscilla tra il fine della difesa e rafforzamento dei diritti e delle libertà fondamentali e la tentazione di alleggerire il peso dell'apparato normativo, con una funzione quasi liberatoria per l'efficace dispiegamento delle energie economiche. In un quadro così composto rimane il senso di oppressione avvertito dalla comunità, sfiancata dalla inutilità e pesantezza delle formalità burocratiche, dall'ingiustificata sproporzione della tassazione, dalla spietatezza delle istituzioni e dall'assoluta mancanza di senso di umanità dei soggetti pubblici. In più, si avverte un aggravamento della marginalizzazione dei ceti più deboli, dei diseredati e degli esclusi.

Sembra, cioè, essersi perso in un attimo quel valore della solidarietà tanto declamato nella fase emergenziale e così evocato dinanzi alla crisi aperta sul fronte orientale europeo. Eppure poco tempo fa si è levato un coro unanime, di politici e giuristi, in favore del principio di solidarietà, da intendere come un "metavalore", dotato di un significato proprio, ma allo stesso tempo mezzo al servizio degli altri valori, visto che il suo fine è quello di garantire insieme gli interessi individuali e il bene della comunità. Invocato come dovere inderogabile, sulla base del quale ogni singolo soggetto e l'intera collettività sono chiamati a prodigarsi per l'integra trasmissione nel tempo dei caratteri fondativi e identificativi della Repubblica (Romboli 2021; Ruggeri 2021 a, b, c). Ma non si può pensare che un simile ragionamento possa valere solamente nelle situazioni eccezionali, quando magari è indispensabile fornire un sostegno assiologico alle disposizioni in tema di vaccinazione, e dimenticarsene nel momento in cui avviene il recupero delle usuali regole del gioco politico. Le disparità, le disuguaglianze e le discriminazioni, nascoste o soffocate in vista del bene, della salute, di tutti, non hanno ragione di essere eluse con il ritorno alla normalità.

### **3. Per un approccio autenticamente filosofico**

Una lezione che impone il recupero di una dimensione autenticamente filosofica, capace di fornire un'interpretazione del piano operativo orientato dalla ricerca dell'essenza delle cose. Questa impostazione tocca la preminenza assolutizzante del fattore economico, che ha travalicato gli steccati dell'egoismo individualistico per depositarsi nel più ristretto circuito del dominio della ricchezza, in virtù del quale gli assetti globali sono determinati dai poteri privati economicamente forti. Un approccio seriamente critico consente di comprendere, invece, al modo della classicità, che la relazione con le cose deve essere del tutto funzionale al completamento della condizione di autosufficienza dell'uomo, che si realizza non in termini strettamente particolaristici, in un sistema di isolamento, ma in connessione necessaria con la comunità, oggi globale.

Significa soprattutto ridare dignità alla politica, innanzitutto sul piano operativo, perché si possa aspirare ad un ritorno dei valori della competenza e della visionarietà progettuale al posto dell'improvvisazione e della superficialità di un dilettantismo ispirato dalla demagogia "populistica" e dalle tendenze "di pancia" veicolate via social. Ma soprattutto da un punto di vista concettuale, poiché appare chiara la necessità di abbandonare l'idea propugnata dalla modernità di un governo degli uomini ridotto ad amministrazione delle cose a favore di una visione della politica come intelligenza della giusta misura, per la quale l'esercizio del potere presuppone l'educazione dello spirito a vedere il Bene e l'intuizione della Verità ed è finalizzato al conseguimento del bene comune, in un processo di ricerca inesauribile di trasposizione nel reale del modello ideale del bene e della perfezione (Platone VII, 517 b-c; Aristotele VI, 1144 b). Con il contributo essenziale della virtù, che non è prerogativa strettamente individuale, ma si consolida come tale solamente con il suo dispiegamento e la sua realizzazione all'interno della comunità, secondo una prospettiva che dal pensiero greco giunge fino ai margini della modernità, quando filosofi e poeti specificano che "*bonus homo et civis bonus convertuntur*" (Dante I, 12, 12, ma anche S. Tommaso L. VII, *lectio* VII, 1140).

Il sentiero tracciato dalla classicità ha rifatto la sua apparizione tra le nebbie dell'utilitarismo e del decostruttivismo nell'azione di contrasto all'emergenza sanitaria, per adombrare la rilevanza di caratteri che sfuggono ad un'impostazione "scientifica" della politica e ad un approccio positivistico del diritto. Con assoluta evidenza è emerso che in una situazione che coinvolge direttamente e indistintamente tutta la comunità, senza possibilità di distinzioni egoistiche, la regolamentazione giuridica, con il suo apparato sanzionatorio, è necessaria, ma non sufficiente. In altri termini, le regole poste dalla volontà di un soggetto sovrano non inducono al rispetto soltanto per un atto di soggezione alla forza, ma per la disponibilità all'obbedienza della collettività. L'osservanza di regole comportamentali, anche se sostenuta da un impianto repressivo, funziona, prevalentemente, per non dire assolutamente, unicamente in presenza di una componente interiore, non convenzionale ma reale, costituita dall'autonomia soggettiva. Pertanto è la non convenzionale attitudine individuale all'autoregolamentazione che garantisce l'operatività della regolamentazione convenzionale.

Questo aspetto anipotetico, riconducibile ad una dimensione filosofica, che implica di per sé il senso di doverosità e di responsabilità, individuale e collettiva, non è banalmente esercizio di volontà o di scelta, perché non si riduce ad un modo di fare, ma si propone come un modo di essere (Gentile 1998, 84), in quanto implica di necessità l'impegno soggettivo ad allontanare la parte peggiore dell'anima per diventare padrone di sé (Platone 1985). E sotto questo profilo finisce per rappresentarsi come il principio fondativo dell'esperienza giuridica, in quanto espressivo di ciò che si configura come "l'altrove del diritto" (Greco 2021),

che non si definisce quale elemento estraneo al diritto, bensì quale fattore strutturalmente connotativo dell'essere stesso del diritto, perché alla base della indefettibile relazionalità sociale.

Il principio di autonomia, inteso filosoficamente, consente di comprendere il fine ultimo del diritto e l'impianto solidaristico che lo sostiene (Rodotà 2014; Zagrebelsky 2014; Chiarella 2017). Il bene comune non è un'astrazione, ma ha un'identità precisa. E l'incontro tra il percorso discendente del potere e quello ascendente della comunità si fissa in un punto in cui le decisioni politiche e le norme giuridiche incrociano la forza di autodisciplina degli uomini e da questa intersezione dipende il valore preminente dell'essere "integrale" dell'uomo. Non è dubitabile, cioè, che il legame sociale prevale sulle esasperazioni individualistiche (Greco 2012), i diritti acquistano di significato solamente se trovano una corrispondenza nell'attuazione dei doveri (Helzel 2017; Polacchini 2017; Ansuategui Roig 2019) e la tentazione egoistica si dissolve nel riconoscimento precipuo dell'alterità.

È diventato di prepotente certezza che la tutela di sé deriva dalle azioni e dai comportamenti dell'altro da sé, in un gioco di scambievole aiuto (Del Bò 2020; La Torre 2020), che imprime un marchio indelebile alla centralità della comunità e rafforza l'idea che la politica e il diritto, lungi dall'essere meri strumenti del potere, sono il viatico per la realizzazione del Bene, di tutti e di ognuno.

### **Bibliografia**

Agamben, G. (2020), *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Macerata, Quodlibet.

Agamben, G. (2021), *La costituzione e lo stato di eccezione*, Macerata, Quodlibet.

Andronico, A. (2012), *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, Torino, Giappichelli.

Ansuategui Roig, J. (2019), *Solidaridad, deberes y constitución: algunos apuntes conceptuales*, in *Diritto costituzionale*, n. 2, 11-35

Aristotele (1984), *Etica Nicomachea*, Roma-Bari, Laterza.

Baldini, V. (2020 a), *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 27 febbraio 2020.

Baldini, V. (2020 b), *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 23 marzo 2020.

Cacciari, M. (2021), *Ecco perché dico no al Green Pass e alla logica del sorvegliare e punire*, in *La Stampa*, 28 luglio 2021.

Cardone, A. (2020), *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione*

civile contro le battaglie di retroguardia, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo speciale 2020.

Chiarella, P. (2017), *Solidarietà e diritti sociali. Aspetti di filosofia del diritto e prassi normative*, Padova, Cedam.

Cordelli, C. (2022), *Privatocrazia. Perché privatizzare è un rischio per lo Stato democratico*, Milano, Mondadori.

Cotta, S. (1975), *L'uomo tolemaico*, Milano, Rizzoli.

Cotta, S., Cagliari V. e Quadri R. (a cura di) (1972), *L'uomo e l'ambiente*, Milano, Giuffrè.

Dante (1978), *Monarchia*, Roma, Treccani.

De Siervo, U. (2020), *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo speciale 2020.

Del Bò, C. (2020), *Diritto alla salute e solidarietà*, in *il Mulino*, 6 aprile 2020.

Gentile, F. (1998), *Politicità e positività nell'opera del legislatore*, Catanzaro, Dipartimento di Diritto dell'Organizzazione Pubblica, Economia e Società.

Gentile, F. (2003), *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, Giuffrè.

Greco, T. (2012), *Diritto e legame sociale*, Torino, Giappichelli.

Greco, T. (2021), *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza.

Habermas, J. (1999), *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia* (1996), Milano, Feltrinelli.

Helzel, P.B. (2017), *Per una teoria generale del dovere*, Padova, Cedam.

Koskeniemi, M. (2017), *International law as "global governance"*, in J. Desautels Stein & C.L. Tomlins, C. (2017), *Searching for Contemporary Legal Thought*, Cambridge, Cambridge University Press.

La Torre, M. (2020), *Noli me tangere la fine del "secolo lungo"*, in *Non mollare*, 69.

Liotta, E., Clementi, M. (2020), *La rivolta della natura*, Milano, La Nave di Teseo.

Lorenz, K. (1973), *Gli otto peccati capitali della nostra civiltà*, Milano, Adelphi.

Lovelock, J. (1979), *Gaia. A New Look at Life on Earth*, Oxford, Oxford University Press.

Lovelock, J., Margulis, L. (1974), *Atmospheric homeostasis by and for the biosphere: the Gaia hypothesis*, in *Tellus*, 24, 2-9.

Luciani, M. (2020), *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2.

Morin, E. (2016), *Sette lezioni sul pensiero globale*, Milano, Raffaello Cortina.

Nocelli, M. (2020), *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *federalismi.it*. Osservatorio emergenza Covid-19. Paper, 11 marzo 2020.

- Pisanò, A. (2022), *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici*, Napoli, ESI.
- Platone (1985), *Repubblica*, Roma-Bari, Laterza.
- Polacchini, F. (2017), *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, Bononia University Press.
- Porciello, A. (2022), *Filosofia dell'ambiente*, Bari, Carocci.
- Preterossi, G. (2020), *Da emergenza sanitaria a stato di eccezione politico?*, in *Il rasoio di Occam*, 25 marzo 2020.
- Rodotà, S. (2014), *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza.
- Ruggeri, A. (2020 a), *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'aspetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, n. 1, 6 aprile 2020.
- Ruggeri, A. (2020 b), *La forma di governo nel tempo dell'emergenza*, in *Consulta online*, n. 2, 10 aprile 2020.
- Ruggeri, A. (2020 c), *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 1.
- Ruggeri, A. (2021 a), *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *dirittifondamentali.it*, 2.
- Ruggeri, A. (2021 b), *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 15 settembre 2021.
- Ruggeri, A. (2021 c), *Ancora in tema di obbligatorietà del vaccino contro il Covid-19 e della responsabilità per la sua mancata introduzione*, in *Giustizia Insieme*, 11 ottobre 2021.
- Serres, M. (1990), *Il contratto naturale*, Milano, Feltrinelli.
- Tommaso d'Aquino (1951), *Sententia libri politicorum, Petri de Alvernia continuatio S. Thomae in Politicam a libro VII ad librum VIII*, Torino, Marietti.
- Trabucco, D. (2020), *Il «virus» nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19. Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in *Nomos*, n. 2.
- Vacca, R. (1971), *Il medioevo prossimo venturo*, Milano, Mondadori.
- Zagrebelsky, G. (2014), *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, Roma-Bari, Laterza.

## **Incertezza e miopia nelle organizzazioni\***

MAURIZIO CATINO\*\*

---

**Sommario:** 1. Introduzione. – 2. Miopia e incertezza in contesti non-ergodici. – 3. Situazioni e fattori che favoriscono la miopia. – 4. Livelli della miopia. – 5. Conclusioni. – Bibliografia.

**Data della pubblicazione sul sito:** 10 ottobre 2023

### **Suggerimento di citazione**

M. CATINO, *Incertezza e miopia nelle organizzazioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2023. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://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 Sociologia dei processi economici e del lavoro nel Dipartimento di Sociologia e ricerca sociale dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca. Indirizzo mail: [maurizio.catino@unimib.it](mailto:maurizio.catino@unimib.it).

## 1. Introduzione

Obiettivo di questo contributo è di indagare come le “miopie organizzative” agiscono sulle grandi organizzazioni, quali sono i principali problemi e le trappole più evidenti. La finalità è quella di mostrare il possibile contributo dell’analisi organizzativa (teoria e sociologia dell’organizzazione) nel decrittare i problemi che varie organizzazioni possono incontrare. Il termine *miopia* indica un disturbo della vista che determina la visione sfocata degli oggetti posti a una certa distanza dagli occhi. Si tratta di un difetto di rifrazione per cui l’immagine di oggetti lontani si forma nell’occhio davanti alla retina, rendendo la loro visione indistinta, mentre la visione degli stessi a breve distanza resta chiara e distinta. In senso lato significa mancanza di perspicacia e di lungimiranza, ristrettezza di vedute. Il miope è, dunque, una persona con la vista corta, di scarsa perspicacia e lungimiranza. Con “miopia organizzativa” (Catino 2014) si intende in questo contributo la scarsa capacità di un’organizzazione di valutare i fatti nella loro attuale realtà e nei loro possibili sviluppi. In particolare, essa si manifesta con due diversi meccanismi relativi all’incapacità o alla difficoltà di un’organizzazione o di un insieme di organizzazioni di riconoscere i segnali di *potenziale pericolo*, che possono minare la sopravvivenza dell’organizzazione o danneggiarne il suo normale funzionamento e di riconoscere i segnali di *potenziali opportunità*.

La miopia in sistemi organizzativi complessi può favorire la mancata rilevazione dei segnali di cambiamento sia micro sia macro, seppur evidenti, ed è alla base di processi di declino organizzativo e di crisi. Conseguenza principale della miopia organizzativa è la persistenza di credenze e processi che favoriscono decisioni i cui effetti comportano maggiori probabilità che si verifichi un evento negativo. La miopia per le minacce vaghe e indefinite colpisce le organizzazioni più diverse, sia pubbliche che private. Gli alti dirigenti dell’azienda farmaceutica Merck, per esempio, sottovalutarono le conseguenze sulla reputazione aziendale della diffusione di alcuni dati preliminari e poco affidabili sull’antidolorifico Vioxx, che venne associato a rischi cardiovascolari. Allo stesso modo, i manager della Kodak ignorarono i primi incerti segnali sul declino dell’uso delle pellicole, e la Schwinn sottovalutò la minaccia della mountain bike, che avrebbe oscurato la popolarità della bicicletta tradizionale. Imprese come Digital, Xerox, Delta, Kodak, Merck, Kmart e GM hanno visto le proprie fortune cambiare radicalmente rispetto a quando furono definite eccellenti soltanto pochi anni prima.

## 2. Miopia e incertezza in contesti non-ergodici

Un problema comune a molte delle scienze sociali, così come alla teoria dell’organizzazione, è l’assenza di “leggi cardine” paragonabili a quelle della fisica:

ciò è dovuto alla natura “non-ergodica” del mondo (North 2005). Una scienza ergodica<sup>1</sup> si fonda su una struttura di base costante e pertanto senza tempo. Un mondo non-ergodico, al contrario, è un mondo in continuo mutamento. Un processo stocastico ergodico prevede che le medie calcolate sulle osservazioni passate non possano essere costantemente diverse dalle medie temporali degli esiti futuri. Sull’ergodicità dei sistemi economici gli economisti si dividono. Al contrario di molti economisti, North (2005) ritiene tale ipotesi semplicemente a-storica. Le scienze sociali, così come la teoria dell’organizzazione, non hanno principi di base tali da rendere il sapere ergodico, e ciò non facilita l’individuazione della “strada giusta” in condizioni di incertezza. Le organizzazioni, proprio come le società umane, non sono immutabili rispetto alle categorizzazioni e alle istituzioni che le interpretano, in quanto queste imprimono una certa direzione. Esistono però alcune strategie per ridurre le condizioni di incertezza attraverso l’aumento delle informazioni, l’ampliamento delle conoscenze all’interno dell’esistente cornice istituzionale, la modifica della cornice istituzionale, la rielaborazione delle credenze, ecc. (North 2005). La caratteristica della non-ergodicità assume particolare rilevanza poiché, anche se gli attori hanno una percezione perfetta del loro ambiente e le istituzioni risultano ottimali in un determinato momento, entrambi possono risultare tutt’altro che adeguati qualora l’ambiente umano cambi nel corso del tempo.

Il concetto di incertezza nella letteratura economica è stato definito da Frank Knight (1921), con la distinzione tra rischio e incertezza. Secondo Knight, il rischio rappresenta una condizione in cui è possibile tracciare una distribuzione di probabilità dei risultati tale da riuscire ad assicurarsi contro tale condizione. L’incertezza invece non consente di tracciare tale distribuzione di probabilità. In situazioni di incertezza, dunque, non è possibile teorizzare. Il problema principale è che l’incertezza costituisce la situazione più frequente piuttosto che quella inusuale, quindi, anche se non è possibile formulare modelli previsionali altamente formalizzati (come vorrebbe l’economia formale), occorre tuttavia comprendere che è in tali situazioni che si realizzano molti dei fenomeni sociali.

Il concetto dell’incertezza è stato centrale nella teoria dell’organizzazione, in particolar modo per le teorie che, a partire dagli anni Sessanta, hanno messo in primo piano il rapporto dell’organizzazione con l’ambiente esterno. Nel suo lavoro *Organizations in Action*, Thompson (1967) individua nell’incertezza il

---

<sup>1</sup> Il termine ergodico è usato nella meccanica statistica per indicare alcune proprietà dei sistemi fisici. Secondo il *teorema ergodico* i valori medi delle grandezze fisiche relative a un insieme di sistemi identici, presi a caso in un dato istante, coincidono con i valori medi delle stesse grandezze calcolati per un insieme di stati di un unico sistema, presi a caso tra quelli che il sistema raggiunge nella sua evoluzione temporale.

fondamentale problema per le organizzazioni complesse e il far fronte all'incertezza come l'essenza del processo amministrativo. L'incertezza può essere considerata come la differenza tra la quantità di informazioni richieste e la quantità di informazioni possedute da un'organizzazione. Incertezza significa che i *decision maker* non hanno sufficienti informazioni sulle condizioni ambientali, per cui è per loro difficile prevedere i cambiamenti esterni. In condizioni di incertezza aumenta per le organizzazioni il rischio di fallire nel rispondere alle domande ambientali, e aumenta la difficoltà nel calcolare i costi e le probabilità delle diverse alternative decisionali. L'incertezza ambientale, o l'incertezza ambientale *percepita*, è stato un problema importante per i teorici dell'organizzazione, in particolare per coloro che hanno affrontato aspetti di design organizzativo. Per Thompson (1967) vi sono tre specie di fonti d'incertezza per le organizzazioni. La prima, e la più importante, riguarda la scarsa conoscenza causale sulle relazioni tra cause ed effetti (incertezza generalizzata). La seconda, riguarda la dipendenza organizzativa da un ambiente che potrebbe essere non cooperativo. Infine, la terza fonte d'incertezza è interna e attiene al modo in cui le diverse componenti di un'organizzazione dipendono l'una dall'altra. Alti livelli di incertezza possono paralizzare il processo di pianificazione strategica, riducendo la possibilità di gerarchizzare le minacce e di intraprendere le azioni di rimedio necessarie.

È opportuno distinguere il concetto di incertezza da quello di ambiguità, talvolta usati erroneamente come sinonimi. In situazioni di ambiguità le persone sono confuse per un eccesso di interpretazioni in quanto manca un modello interpretativo, mentre in situazioni di incertezza le persone non possiedono alcuna interpretazione per carenza delle informazioni. All'aumentare delle informazioni si riduce l'incertezza (ad es. un medico quando richiede e riceve le analisi di un paziente), mentre in condizioni di ambiguità all'aumentare delle informazioni aumenta l'incapacità nel prendere decisioni e nel prevedere gli eventi, per mancanza di un modello interpretativo che possa dar senso alle informazioni. Senza uno schema interpretativo, l'aumento delle informazioni non riduce l'ambiguità, ma sono dunque necessari *frame* interpretativi: è un problema di *sensemaking* (Weick 1995). In situazioni di incertezza, invece, l'aumento delle informazioni può ridurre l'incertezza stessa trasformandola in rischio.

In condizioni di alta incertezza, la natura della pianificazione cambia significativamente. In tali casi, secondo Clarke (1999), la pianificazione razionale diventa molto difficile, ed è più che altro un esercizio "retorico", giustificato come una promessa ragionevole che i rischi e i pericoli possano essere controllati. I leader delle organizzazioni ad alto rischio, quali le centrali nucleari, gli impianti chimici, o il sistema della difesa, per esempio, raramente ammettono che le incertezze potrebbero non essere sottomesse da un calcolo razionale. In tali situazioni, la pianificazione svolge una funzione più simbolica che realmente operativa, nel senso che i piani rappresentano qualcosa d'altro rispetto a una reale capacità di

immaginare il futuro, di prevederlo e di essere pronti a gestire eventi negativi. Tali piani simbolici sono denominati da Clarke (1999) *fantasy document*, ovvero strumenti retorici che hanno un'utilità politica nel ridurre l'incertezza per le organizzazioni e per gli esperti. Per esempio, i piani per far fronte alle conseguenze di una guerra nucleare, afferma Clarke, sono *fantasy document* in quanto la conoscenza e le esperienze necessarie per sapere ciò che realmente andrebbe fatto sono indisponibili. In questo senso i piani intesi come *fantasy document* sono finzioni immaginative riguardo a ciò che le persone sperano che accadrà quando le cose andranno male. I *fantasy document* sono simboli di razionalità che le organizzazioni usano per far credere di esser in grado di controllare i pericoli anche se questo non è vero. Hanno la funzione di far credere di esser capaci di controllare e di trasformare l'incertezza in rischio. Più da un rassicurante punto di vista simbolico-comunicativo che reale.

### 3. Situazioni e fattori che favoriscono la miopia

Manifestiamo la tendenza a prendere la strada sbagliata, afferma North (2005), tutte le volte che le esperienze accumulate e le credenze ereditate dal passato non forniscono una guida efficace e corretta per le decisioni future. Questo può accadere per un problema di schemi interpretativi inadeguati oppure perché in presenza di opinioni contrastanti (le coalizioni dominanti possono considerare i necessari cambiamenti come una minaccia, e dunque opporvisi). Nel primo caso si tratta di un problema cognitivo, originato dalla non corretta comprensione di ciò che accade attorno a noi; nel secondo caso, emerge la dimensione del potere nel bloccare o ostacolare i necessari processi di cambiamento. Se tali schemi sono inadeguati, lo saranno anche le conseguenti interpretazioni. Possiamo identificare alcuni fattori e condizioni-tipo che impediscono la previsione e favoriscono la miopia del cambiamento, quali ad esempio i seguenti (Diamond 2011).

*Non si riesce a prevedere il sopraggiungere del problema.* In questo caso le organizzazioni prendono decisioni errate in quanto, per una serie di motivi, non sono riuscite a prevedere il sopraggiungere del problema. Se l'evento non si è mai manifestato e l'organizzazione non ha sistemi di immaginazione adeguati, i partecipanti non ne possono immaginare la possibilità di accadimento. Una situazione del genere si può verificare anche quando l'esperienza del problema esiste ma è remota, e quindi al di fuori della memoria in uso. Un altro fattore che favorisce questa situazione è la trappola della "falsa analogia": in situazioni nuove e sconosciute si tende a fare analogie con eventi e casi familiari, ma talvolta si rischia di forzare gli aspetti simili in situazioni in cui l'analogia è soltanto apparente, e le differenze fondamentali vengono sottovalutate.

*Non ci si accorge del problema.* Il problema si presenta con modalità e tempi che rendono difficile il suo riconoscimento. In questo caso, i problemi si presentano in modo impercettibile sin dall'inizio, oppure si manifestano in luoghi geograficamente distanti, dove un'organizzazione non ha il pieno controllo. Il fenomeno della "normalità strisciante" esemplifica bene queste situazioni in cui i mutamenti si presentano così lentamente da rendere difficile apprezzarne le discontinuità, come accade per esempio con i cambiamenti climatici. È il fenomeno della cosiddetta "amnesia da paesaggio", in base alla quale si dimentica quanto fosse diversa una situazione anni prima e quello che si vive come normale è molto diverso dal passato. Non saper valutare il cambiamento avvenuto porta a sottovalutare i rischi e a comportarsi come se il paesaggio fosse quello di una volta.

*Ci si accorge del problema ma si fallisce nel risolverlo.* I singoli utilizzatori di una risorsa sanno bene che il suo uso e il suo sfruttamento indiscriminato su larga scala porterà alla sua fine, ma sono "condannati" a continuare ad agire così se non intervengono fattori di regolazione auto-prodotti dagli utilizzatori o etero-prodotti da autorità legittimate.

#### **4. Livelli della miopia**

Possiamo distinguere tre diversi livelli d'analisi e di manifestazione della miopia: individuale, organizzativo, del campo organizzativo (Catino 2014). Tale distinzione è analitica, poiché nella realtà i diversi livelli operano contemporaneamente e in modo interconnesso. Vediamo di seguito alcune principali forme di miopia organizzativa.

Il *livello individuale* (cognitivo) è focalizzato sul comportamento delle persone, sui processi di presa della decisione, sulla razionalità individuale dei membri di un'organizzazione. In particolare, alcuni meccanismi sono: meccanismi decisionali basati sulla razionalità limitata (Simon 1957); meccanismi che favoriscono interpretazioni distorte della realtà, quali: illusioni positive; filtraggio (percezione selettiva) e *framing*; *confirmation bias* (tendenza all'autoconferma); *wishful thinking* (adeguamento delle percezioni alle attese); egocentrismo (interpretazione a proprio vantaggio delle informazioni); *discounting the future* (preferenza per le opzioni a breve termine rispetto a quelle a medio-lungo termine). Questi meccanismi contribuiscono a rendere le decisioni miopi e non adeguate alla realtà.

Il *livello organizzativo* si focalizza su come le organizzazioni analizzano le minacce e le opportunità, su come integrano le informazioni, su come creano incentivi per l'apprendimento dalle esperienze. A questo livello, alcuni meccanismi che favoriscono la miopia riguardano il *coordinamento e l'integrazione*, ostacolato dalla diversità dei membri nell'organizzazione (con proprie convinzioni, interessi, idiosincrasie, ecc.) e dalla necessità di conservare e sviluppare al proprio interno questa stessa diversità, per affrontare la complessità dell'ambiente nel quale

l'organizzazione opera. Si produce così un effetto di *coordination neglect* con attenzione al *partition focus*, alla divisione dei compiti piuttosto che all'integrazione; al *component focus*, concentrandosi prevalentemente sui compiti di cui si è responsabili più che sull'interazione con le altre parti del processo cui si partecipa (Heath, Staudenmayer 2000, 155-193). La *frammentazione delle strutture organizzative e fattori burocratico-organizzativi* possono creare e intensificare patologie croniche e corrosive dei processi informativi, del *policy making* e della *policy implementation*. Conflitti burocratici possono creare patologie che portano a fallimenti politici, mentre rivalità intraorganizzative possono degenerare nella costruzione di "feudi" organizzativi, con evidenti limiti alla condivisione della conoscenza e delle informazioni, e alla realizzazione degli obiettivi. *Processi decisionali acritici*: in situazioni in cui operano gruppi con un alto grado di coesione, tale coesione produce una forte spinta psicologica al consenso che tende a sopprimere il dissenso e la considerazione di alternative (detto *group thinking*).

Il *livello interorganizzativo* si focalizza sul campo organizzativo all'interno del quale l'organizzazione opera. A questo livello, alcuni meccanismi che favoriscono la miopia riguardano: il *coordinamento e l'integrazione*, ostacolato da differenze tra le organizzazioni nell'orientamento verso i fini (con conflitti sulle priorità e conseguenti problemi di coordinamento) e nell'orientamento verso il tempo (grado di urgenza e di tempestività nel fare le cose). In tal caso, organizzazioni fortemente gerarchizzate da un lato e organizzazioni con professionalità più autonome dall'altro possono incontrare difficoltà nel relazionarsi e coordinarsi: usando linguaggi e modalità fortemente differenti possono dar luogo a comunicazioni potenzialmente ambigue. La *segretezza strutturale*: all'aumentare del numero di organizzazioni coinvolte e della dimensione e specializzazione di ognuna di esse, tende ad aumentare il livello di segretezza strutturale (Vaughan 2005). Ciò vuol dire che è molto difficile per l'organizzazione controllante effettuare controlli di merito sulle organizzazioni controllate, in quanto la specializzazione dei saperi e la complessità organizzativa le rendono parzialmente inconoscibili e dunque poco controllabili. Se la controllante non ha al suo interno le conoscenze della controllata, rischia di realizzare controlli di conformità, formali e non sostanziali, fondati sulla base cognitiva e informativa prodotta dalla controllata. In questo modo, una funzione importante come quella del controllo rischia di essere depotenziata. Il *framing*: aspetto già visto a livello individuale, che attiene al fallimento da parte di molteplici attori nel ricostruire un quadro unitario e condiviso del problema e della minaccia. Tale ricostruzione è resa difficile dai problemi di coordinamento e condivisione delle informazioni. Infine, questioni di priorità politica possono dirigere l'attenzione verso problemi a più breve scadenza, i cui contorni sono meglio definiti, la cui attenzione mediatica è più rilevante, o a cui gli interessi dei *decision maker* sono più vicini.

I tre livelli di analisi presentati si integrano in una concezione unitaria: il passaggio dal livello individuale a quello organizzativo e interorganizzativo non implica una confutazione del livello precedente, ma una sua integrazione. Ogni livello mette in primo piano dimensioni e problemi specifici che contribuiscono a spiegare alcune dinamiche, mentre altre restano in secondo piano o non visibili. Il passaggio al livello successivo contribuisce a render conto di ciò che resta non spiegato dal livello precedente, svelando una molteplicità di razionalità e di *logiche d'azione* organizzative.

## 5. Conclusioni

Analizzare l'ambiente alla ricerca di potenziali minacce e opportunità è oggi uno dei più importanti compiti delle organizzazioni che cercano di rilevare le minacce e le opportunità prima possibile per poter reagire in tempo. La vitalità di un'organizzazione dipende in maniera crescente dalla capacità di prevedere eventi futuri. Le crisi e le catastrofi non accadono improvvisamente, ma sono in un certo senso organizzate e hanno le loro origini nei fallimenti del management. In un'epoca di *normal accident* (Perrow 1999), l'approccio probabilistico al rischio viene sostituito da uno di tipo possibilistico. La domanda non è più *quali sono le probabilità che un determinato evento possa accadere?* Ma *cosa accadrà quando quel determinato evento si realizzerà?*

Per ogni discussione sulla relazione tra le organizzazioni e la gestione dei rischi diventa dunque centrale il tema della regolazione. A livello mondiale, aumentano le organizzazioni che forniscono coordinamento e direzione per il *risk management*, come il comitato di Basilea per la supervisione del sistema bancario, la World Health Organization, per la salute, la Iaea per l'uso e la regolazione dell'energia nucleare. Queste sono delle meta-organizzazioni (Ahrne, Brunsson 2006), ovvero organizzazioni i cui membri sono a loro volta organizzazioni. Le meta-organizzazioni sono delle nuove arene per la produzione della conoscenza sulla gestione dei rischi e hanno acquisito uno status mondiale, fornendo standard globali di riferimento per le imprese pubbliche e private.

Le organizzazioni che non si preoccupano dei fallimenti, che attuano operazioni semplificatrici della realtà, che non praticano strategie di anticipazione e che prediligono la gerarchia all'*expertise* tendono a rilevare in misura minore i dettagli, non vedendo spesso i primi segnali di pericolo e restando più vulnerabili agli eventi avversi, oppure riconoscendoli quando è ormai troppo tardi. Sono organizzazioni miopi. Al contrario, le organizzazioni che si preoccupano per i fallimenti e le complicazioni, che sono attente alle operazioni in prima linea, alla resilienza e alla conoscenza, sono in una posizione migliore per rilevare prima gli eventi avversi nel loro sviluppo e per correggerli, evitando possibili disastri o conseguenze negative.

Come precisato sin dall'inizio, occorre essere consapevoli che la conoscenza dei meccanismi della miopia di per sé non assicura la loro neutralizzazione. È necessario misurare l'ottimismo della ragione riguardo al fatto che una maggiore conoscenza dei processi possa assicurare scelte meno miopi. Il presente studio non intende imporre una razionalità superiore, né tantomeno reintrodurre l'irrazionalità nelle scelte organizzative, ma ha per obiettivo principale quello di evidenziare meccanismi e processi, spesso latenti e non visibili, che favoriscono la miopia ai diversi livelli dell'agire organizzativo (micro, meso, macro), allargando la possibilità di decisioni meno miopi e aiutando a far emergere scelte, per quanto possibile, più efficaci, da parte di singole organizzazioni o di più ampi contesti istituzionali.

### Bibliografia

Ahrne, G., Brunsson, N. (2006), *Organizing the World*, in *Transnational Governance: Institutional Dynamics of Regulation*, a cura di M.L. Djelic e K. Sahlin Andersson, Cambridge, Cambridge University Press.

Catino, M. (2014), *Organizational Myopia. Problems of Rationality and Foresight in Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press.

Clarke, L. (1999), *Mission Improbable*, Chicago, University of Chicago Press.

Diamond, J. (2011), *Collapse. How Societies Choose to Fail or Succeed*, New York, Penguin.

Heath, C., and Staudenmayer, N. (2000), "Coordination Neglect: How Lay Theories of Organizing Complicate Coordination in Organizations", in *Research in Organizational Behaviour*, vol. 22, pp. 155-193.

Knight, F. (1921), *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, Houghton Mifflin.

March, J. G. (1994), *A Primer on Decision-Making*, New York, Free Press.

North, D. (2005), *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton (NJ), Princeton University Press.

Perrow, C. (1999), *Normal Accidents: Living with High-Risk Technologies*, New York, Basic Books.

Simon, H. (1957), *Models of Man*, New York, Wiley.

Thompson, J. D. (1967), *Organizations in Action*, New York, McGraw Hill.

Vaughan, D. (2005), *The Challenger Launch Decision. Risk Technology, Culture, and Deviance at Nasa*, Chicago, The University of Chicago Press.

Weick, K. E. (1995), *Sensemaking in Organizations*, New York, Sage Publications, Inc.

## **Il diritto di fronte all'incertezza del futuro\***

ANTONIO D'ALOIA\*\*

---

**Sommario:** 1. Un tempo di emergenze e di incertezza. – 2. C'è “Qualcosa di nuovo sotto il sole.”. La reazione del diritto. – 3. Sostenibilità e responsabilità verso il futuro come nuovi paradigmi del diritto costituzionale. – 4. Costituzione e giustizia intergenerazionale. La riforma dell'art. 9. – 5. La questione intergenerazionale tra limiti della democrazia e “aperture” costituzionali. Analogie tra l'art. 9 (riformato) della Cost. italiana e l'art. 20 della Costituzione tedesca. – Bibliografia.

**Data della pubblicazione sul sito:** 10 ottobre 2023

### **Suggerimento di citazione**

A. D'ALOIA, *Il diritto di fronte all'incertezza del futuro*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2023. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://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 Giurisprudenza, studi politici e internazionali dell'Università degli Studi di Parma. Indirizzo mail: [antonio.daloia@unipr.it](mailto:antonio.daloia@unipr.it).

## 1. Un tempo di emergenze e di incertezza

In uno dei suoi scritti più recenti, *Living in the End Times*, (2011), Slavoj Žižek definisce il nostro tempo con l'espressione "interesting times". In effetti, è un'epoca di fenomeni 'interessanti', solo che il concetto di 'interessante' va tradotto al negativo, come preoccupante, incerto, pericoloso.

È un tempo di shock, di transizioni e di emergenze che non solo si susseguono in modo continuo, cambiando solo il tipo di emergenza e di rischio. Ma che tendono a radicarsi, a diventare paradossalmente un tratto fisiologico e stabile della modernità. Assumono il volto di fenomeni e di condizioni con le quali dobbiamo convivere nel tempo, dalle quali non usciremo facilmente come se fossero parentesi di una storia che per il resto scorre lineare.

Già solo per questo, richiedono un approccio diverso, che scompagina il modo normale di porsi davanti ad una emergenza. Barbara Boschetti parla di una nuova dimensione spazio-temporale: sono problemi che attraversano i tradizionali confini geopolitici, o le ordinarie sequenze tra causa ed effetto; e sono fenomeni 'differiti', e asimmetrici, anche sullo scenario temporale. Il caso paradigmatico è quello della crisi climatica: i gas emessi e adesso presenti nell'atmosfera, e che sono la causa più prossima del *climate change*, hanno una capacità di resistenza per lungo tempo dopo la loro emissione. Il ciclo di vita del biossido di carbonio, infatti, può arrivare a centinaia, anche migliaia di anni. Questo significa che le variazioni climatiche del tempo

presente sono il prodotto di emissioni di anni addietro, e che ancora non sappiamo (possiamo solo immaginare) quali saranno le conseguenze delle emissioni di questi ultimi anni, che peraltro sono le più alte della storia contemporanea.

Dunque, l'incertezza e la paura sono le caratteristiche di questa modernità. Sembra un problema di oggi ma in realtà sono almeno sessant'anni che noi ci muoviamo in questa altalena di rischi e di transizioni. Basta ricordare *L'uomo è antiquato* di Günther Anders del 1956 (2007), dove emergeva la sua idea quasi disperata del cosiddetto dislivello prometeico, cioè della nostra incapacità di controllare quello che eravamo stati capaci di creare o di immaginare. Anders si riferiva soprattutto alla minaccia nucleare negli anni '50, ma anche a una certa forza pervasiva del macchinico che già allora andava emergendo. L'olocausto nucleare come fine della storia, non solo in senso metaforico alla maniera di Francis Fukuyama, ma appunto come fatto fisico, come possibilità tecnicamente realizzabile, il rischio di un insensato suicidio di massa.

Un film apparentemente 'leggero' (un tipico action movie) degli anni '80, *Wargames* di John Badham, ci mostra un computer che, giocando con sé stesso, scopre che nessuno vince la battaglia nucleare ma che tutti la perdono, e in un

modo assolutamente disastroso e irreversibile. Tanto che alla fine, fortunatamente, smette di giocare, un secondo prima della catastrofe.

Negli anni 80 questa paura riappare nella vicenda di Cernobyl, e nella possibilità concreta che al di là dell'uso militare dell'arma nucleare, qualcosa possa sfuggire di mano e possa non essere più controllato, e questo genera anche la reazione di molte opinioni pubbliche nazionali (penso al nostro referendum del 1987 sull'uso dell'energia nucleare come fonte energetica).

Negli anni Settanta poi, irrompe la letteratura sui limiti dello sviluppo. Penso ad Aurelio Peccei ed al Club di Roma con il famoso Rapporto del 1972 (Do. Meadows, De. Meadows, J. Randers 1972), a *“La nostra responsabilità verso la natura”* di John Passmore (1974), alle riflessioni del teologo Jürgen Moltmann (1964; 1990, 145 ss.) a John Rawls (1971; 1999; 1993; 2001) e alla sua teoria della giustizia anche in chiave intergenerazionale e infine (ma solo per indicare alcune pietre miliari di questo percorso teorico) alla domanda allora provocatoria, ai limiti della fiction, di Christopher Stone, su *“Should Trees Have standing?”* (2010), cioè una legittimazione processuale. Questo libro del 1971 oggi è diventato una sorta di icona ed è considerato un punto di riferimento per tutti i “lawyers” che si occupano di giustizia climatica. Non solo gli alberi ma appunto il clima come soggetto di diritto; la natura come soggetto che può stare all'interno di un processo.

Alla fine degli anni '70 (precisamente nel 1979) Hans Jonas elabora il paradigma teorico del ‘Principio responsabilità’, come argine alle preoccupazioni legate non solo ai rischi per la degradazione dell'ambiente e il depauperamento delle risorse naturali, ma anche alle inquietudini che provengono dalla genetica, dallo sviluppo scientifico e tecnologico. E in quel libro molto ‘interrogante’, Hans Jonas (1990, 115) avverte che *“l'umanità non consiste mica di coetanei, bensì in ogni momento di tutti gli appartenenti a tutte le età della vita, tutti esistono contemporaneamente e ciò significa che esistiamo ogni volta con una parte di futuro ed una parte di futuro esiste con noi”*. Possiamo considerare questa frase un manifesto del tema della solidarietà e della responsabilità nei confronti delle generazioni future, una anticipazione del cammino teorico e giuridico della sostenibilità.

Negli anni '80, si affaccia sulla scena il rischio climatico. Nel 1988, il climatologo James Hansen dice davanti al Senato degli Stati Uniti d'America che *“la terra è più calda e noi siamo responsabili di questo”*. Comincia la strategia dei report annuali dell'IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change), che è una interessante chiave di lettura del fatto che ormai siamo già dentro al problema, che il fenomeno del *climate change* rischia di essere addirittura incontenibile, che anche quegli obbiettivi che ci siamo dati nelle recenti COP sono ormai irraggiungibili. Come scrive J. Franzen, (2020, 4-6, 16, 26-27) dovremmo smettere di fingere che possiamo ancora impedire la rottura dell'equilibrio climatico e preoccuparci di salvare le nostre istituzioni e i nostri valori di democrazia e di coesione in un mondo che cambierà profondamente.

La crisi climatica è una crisi della capacità di credere (Safran Foer, 2019, 23 ss.) , a quello che da tempo i Report scientifici vanno affermando con dati metodologicamente rigorosi, e ormai confermati da tutta una serie di elementi oggettivi.

‘Tempi interessanti’, allora; ma, come si è detto, preoccupanti, pericolosi. Viviamo una fase di emergenze molteplici: che riguardano il clima, il riproporsi della minaccia nucleare a seguito della guerra di aggressione portata dalla Russia in Ucraina, l’aumento della forbice delle disuguaglianze nel mondo che è davvero, probabilmente, lo scandalo peggiore con cui dobbiamo confrontarci, il consolidarsi di regimi dispotici e illiberali, le inquietudini legate al progresso scientifico e tecnologico, che sconvolge i confini naturali tra l’umano e l’artificiale (penso soprattutto all’editing genetico, alla biologia sintetica, all’intelligenza artificiale).

Nel secolo in corso siamo passati dall’11 settembre, ad una devastante crisi economico finanziaria, che poi è diventata crisi degli Stati sovrani, scoperta che anche gli Stati più avanzati possono rischiare di fallire. Noi stessi siamo arrivati sull’orlo del baratro, ci è stato detto, e questa consapevolezza ha portato a delle decisioni abbastanza pesanti dal punto di vista costituzionale, anche sul piano dell’ordinario funzionamento della democrazia rappresentativa. E poi la pandemia, questa inattesa (?) emergenza che ha stravolto le nostre vite, rimettendo sulla scena del diritto e delle nostre democrazie costituzionali parole strane – come *lockdown*, distanziamento – e inusuali limitazioni di diritti fondamentali.

## **2. C’è “Qualcosa di nuovo sotto il sole.”. La reazione del diritto**

Come reagisce il diritto nel tempo delle incertezze e delle emergenze sostanzialmente ordinarie, inattese e tuttavia prevedibili, attuali ma contrassegnate da un messaggio di futuro?

Innanzitutto, con nuove parole, che portano con sé nuove narrazioni. Alcune di queste parole dialogano tra di loro, si completano, si scambiano significati e potenzialità. Ad esempio, i concetti di sostenibilità e di resilienza. La definizione di resilienza, contenuta nel Regolamento UE n. 241/2021 richiama direttamente il tema della sostenibilità. Si parla di capacità di affrontare shock economici, sociali e ambientali in modo equo, trasparente, sostenibile, inclusivo.

Come per la sostenibilità, la sensazione è quella di trovarsi di fronte a qualcosa di olistico, pervasivo, che guarda contemporaneamente a tutte le grandi questioni della contemporaneità (contesto ecologico e ambientale, eguaglianza, coesione sociale, tenuta delle democrazie), una sorta di pensiero, un modo diverso di guardare i problemi che abbiamo davanti, che poi può riversarsi praticamente in tutti i settori della vita sociale, economica e giuridica. L’orizzonte della sostenibilità è contemporaneamente “a-cronico” e “sin-cronico”, si muove attraverso il tempo

e oltre lo spazio; non è limitato al profilo ambientale; mette insieme giustizia “*inter-generazionale*” (cioè tra le generazioni) e giustizia “*intragenerazionale*” (vale a dire dentro le generazioni di volta in volta considerate).

Anche il tema della giustizia sociale appartiene al discorso della sostenibilità; e del resto, la povertà è una delle cause principali del degrado ambientale. Nell'Agenda 2030, i 17 goals riguardano temi sociali, intrecciati con temi ambientali. Acutamente Margaret Atwood (2015) sottolinea che «It's not climate change, but everything changes». La crisi climatica produce povertà, conflitti globali, carenza di risorse fondamentali (come cibo, acqua, abitazione), scomparsa di territori e di luoghi di sovranità, pressione migratoria senza precedenti.

Allo stesso modo, la parola “Resilienza” nasce nel campo dei sistemi e dei problemi ecologici (Holling 1973, 1 ss.), e si espande poi sul versante dei contesti sociali ed economici. I più recenti interventi normativi sul climate change adottano dichiaratamente la prospettiva della resilienza come fino conduttore (ad esempio la legge francese del 13 luglio 2021, significativamente intitolata “*Climat et Résilience*”), e in Report delle NU del 2021 su “*Global Sustainability*” si legge: “*Resilient People, Resilient Planet: a future worth choosing*”. D'altro canto, è sempre più diffuso e accettato il concetto di “equitable resilience”, che appunto lega i temi della transizione ecologica alle questioni della coesione e della inclusione sociale, alla vulnerabilità sociale ed economica, alle sfide legate alla conoscenza e all'accesso al potere (Nilufar, Forrester, Ensor 2018). Infine, sia nel discorso della sostenibilità che in quello della resilienza, il tempo (il modo di considerarlo) gioca un ruolo fondamentale (Grabenwarter 2018).

Ecco perché ho parlato di narrazioni. I fenomeni che abbiamo davanti a noi, questa altalena di emergenze e di transizioni, sono fenomeni re-ontologizzanti, perché sono cose che non si limitano semplicemente a cambiare il mondo intorno a noi ma in qualche modo si riflettono su noi stessi e sul modo di percepire la nostra esperienza.

Mi viene in mente una bellissima e densa riflessione di François Ost nel suo “*Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*” (2007, 25). “I giuristi imparano nelle Università che il diritto si origina nel fatto: *ex facto ius oritur*. [...] Sarebbe più esatto dire *ex fabula ius oritur*: è dal racconto che nasce il diritto”. O meglio, potremmo dire noi, dal fatto come narrazione, dal fatto raccontato; dalla dimensione quasi letteraria, o *fictionary*, che diventa invece reale (e forse lo è sempre stata). Aggiunge ancora Ost che “tra diritto e letteratura, risolutamente solidali a causa del loro radicamento nell'immaginario collettivo, i giochi di specchio si moltiplicano, senza che si sappia in definitiva quale dei due discorsi sia la finzione dell'altro”.

L'elemento chiave di questa narrazione che alimenta le parole nuove alle quali ho accennato prima, il filo comune che le lega, è proprio questa inedita rilevanza etica, politica e giuridica del futuro, che fa irruzione nel nostro presente e ci chiede

considerazione, rispetto. C'è una frase del teologo cattolico tedesco Karl Rahner che trovo molto efficace nello spiegare questo nuovo modo di intendere il rapporto fra tempo (e soprattutto futuro) e dimensione etico-giuridica. Dice Rahner *“il futuro non è ciò verso cui andiamo, ma è ciò che a partire da esso ci viene incontro”* (Menga 2021, 119).

Il diritto ha sempre avuto un rapporto con il tempo. Il tempo è la scena in cui il diritto si svolge. Insomma, tutta un insieme di principi sono costruiti su questo rapporto. Però oggi questo rapporto si presenta in modo inedito. Dal punto di vista del diritto, è Zagrebelsky a rilevare che, mentre per secoli i figli si sono considerati debitori, oggi sono i padri che devono sentirsi debitori nei confronti dei figli, e dei figli dei figli.

Che cosa sta succedendo per avere modificato questo rapporto?

La sfida ambientale ed ecologica è quella più decisiva. Il volume di uno storico americano dell'ambiente, John Mc Neill si intitola *“Qualcosa di nuovo sotto il sole”* (*Something new under the sun* è il titolo originale) (2020). Un modo dichiarato di “giocare” con una delle frasi più conosciute della Bibbia, contenuta nel libro dell'Ecclesiaste ('Qoèlet'), che continua ad essere una delle parti più affascinanti ed enigmatiche dell'Antico Testamento: “(...) ciò che è stato fatto e ciò che sarà fatto, nulla di nuovo sotto il sole”.

Una frase che esprime il senso di vanità di tutte le cose, una forma di nichilismo, di indifferenza verso quello che può succedere, ma nella quale era possibile scorgere anche un elemento di tranquillità, una sorta di minima certezza del nostro posto nel mondo.

Invece per McNeill c'è “qualcosa di nuovo”, e come nella frase di Zizek, il senso non è affatto positivo. Il “nuovo” è una impressionante accelerazione di processi che comportano un cambiamento ecologico, fino al punto che i mutamenti quantitativi diventano mutamenti di scala dei problemi.

Una nuova consapevolezza si impadronisce della nostra riflessione etica. Possiamo incidere sul futuro in modo pericoloso ed irreversibile, fino al punto di mettere in discussione i presupposti basilari del vivere comune. Al Gore (2013, 218-387) scrive che “siamo diventati una forza geologica”, il principale agente evolutivo del mondo. E il fatto che lo sappiamo ormai, che siamo coscienti che il nemico non è là fuori da qualche parte, ma siamo noi stessi (come scrive Roy Scranton, 2015), le nostre scelte, le decisioni che prendiamo, i nostri comportamenti, non può non incidere sulla nostra responsabilità morale.

Nella sua riflessione sul debito dei padri verso i figli, Zagrebelsky fa un parallelo assai calzante con la storia dell'isola di Pasqua ripresa dal libro di Jared Diamond sul collasso delle società umane: “Ogni generazione si è comportata come se fosse l'ultima, trattando le risorse di cui disponeva come sue proprietà esclusive di cui usare ed abusare.” Ed aggiunge (sempre Zagrebelsky), “il costituzionalismo non ha avuto finora ragioni per occuparsi delle prevaricazioni intergenerazionali ma

oggi assistiamo alla separazione nel tempo dei benefici anticipati rispetto ai costi posticipati. Questa rottura della contestualità temporale segna una svolta che non può lasciare indifferente la morale e il diritto” (Zagrebelsky 2011; 2016).

Sostenibilità, resilienza, responsabilità intergenerazionale sono il prodotto di questa nuova narrazione etica e giuridica che mette in gioco la sopravvivenza dell'umanità, la pensabilità stessa del futuro. L'ambiente, il mantenimento nel tempo degli equilibri ecologici e naturali sono il suo nucleo tematico principale, e non a caso il punto centrale di tutto questo è appunto la questione del cambiamento climatico, come prototipo dei fenomeni emergenziali che rompono la normale simmetria spazio-temporale.

Probabilmente, ormai, abbiamo bisogno di una doppia risposta. Non ce la facciamo più a pensare solo alla possibilità di contrastare il cambiamento climatico. Non avrebbe senso, siamo già troppo avanti nella trasformazione degli equilibri climatici. Dobbiamo lavorare contemporaneamente sulla nostra capacità di resistere di fronte alle conseguenze disastrose che avremo su tante attività e profili della vita comune (il “*broken world*” di cui parla Tim Mulgan, 2006) e bisogna prepararsi a convivere con alcuni effetti inevitabili di condizioni che già sussistono.

Siamo in una situazione in cui il timing è già iniziato. Allora è chiaro che il diritto si trova davanti ad una sfida assolutamente complessa, inedita, dove non è scontato che di fronte all'evidenza del rischio troveremo immediatamente le soluzioni e ci metteremo a fare davvero quello che deve essere fatto. La verità, come dice Jared Diamond nel libro prima richiamato, è che i popoli fanno scelte sbagliate. Il semplice fatto oggi di sapere quali sono le cause, sapere cosa dovremmo fare, non significa che lo faremo. In un certo senso, lo dimostrano anche le insufficienze, i fallimenti, di quelle grandi kermesse annuali che sono diventate le COP (Conference of Parties).

Sappiamo quello che dobbiamo fare ma è troppo difficile individuare responsabilità, distribuire effetti negativi o compensazioni. E dunque il senso comune che ci porterebbe a pensare che di fronte all'evidenza ormai indiscutibile del rischio ci sarà una risposta netta e diffusa, potrebbe scontrarsi di fronte alla nostra incapacità di avvertire il problema se non quando è troppo tardi, quando ormai si è pienamente manifestato.

### **3. Sostenibilità e responsabilità verso il futuro come nuovi paradigmi del diritto costituzionale**

Cosa può fare allora il diritto di fronte a questi temi? Come può riconfigurare i suoi strumenti e le sue categorie davanti al tema della sopravvivenza?

Invero, qualche risposta il diritto ha cominciato a darla, a partire dal suo livello più alto, che è quello internazionale e costituzionale. Il concetto di sostenibilità, dal Rapporto Brundtland in poi (“*Humanity has the ability to make development*

*sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*”, questa è la formula della sostenibilità), ha vissuto una gigantesca operazione culturale e normativa che dai documenti internazionali, via via più vincolanti nella loro normatività, è passata al piano costituzionale, fino a diventare una vera e proprio keyword del costituzionalismo del XXI secolo. Oltre 60 Paesi contengono, nelle loro Costituzioni, riferimenti diretti o indiretti al principio di sostenibilità. In molte Costituzioni, tutela dell’ambiente (naturale e culturale), della salute e della qualità della vita, della biodiversità, uso razionale e sostenibile (*prudent*) delle risorse naturali (mantenendo la loro capacità di rinnovazione), riconciliazione tra protezione dell’ambiente e sviluppo economico e progresso sociale, salvaguardia delle bellezze naturali e dell’eredità artistica, gestione sostenibile delle risorse idriche, *sustainable development*, tutela della biodiversità, in alcuni casi l’educazione e l’istruzione, sono contenuti valoriali e finalistici che richiamano in modo abbastanza diretto l’idea della conservazione “per” il futuro, della trasmissione “ragionevole” alle generazioni che verranno, si riferiscono a beni che non possono avere solo “un tempo” ma che appartengono alla continuità dell’esperienza umana. Le generazioni future sono parte di questo orizzonte di interessi e di obiettivi anche quando non vengono espressamente menzionate.

Dentro questo movimento, un filone molto interessante è offerto dal costituzionalismo sud-americano, con la (ri)scoperta del territorio e della natura come sintesi di tradizioni culturali e di visioni antropologiche. Concetti come la “Pachamama” o il “Buen Vivir”, che superano l’orizzonte della nostra idea di welfare o di sviluppo sostenibile, sono appunto tentativi di immaginare nuove forme di cittadinanza che hanno enormi implicazioni sul piano politico, economico, giuridico, a partire dall’identificazione della natura come soggetto di diritto.

La natura, che da un lato la scienza appare in grado di manipolare e di trasformare fino al punto da far dire a Natalino Irti che essa “(...) si declina nella indefinita capacità di interpretazione nella molteplicità degli ascolti” (Irti 2013), di fronte al pericolo di perdere per sempre il nostro contesto naturale di vita, della nostra esperienza umana, recupera la sua dimensione di nuova soggettività che deve essere protetta e rispettata in vista della sua conservazione.

Haberle sottolinea che lo Stato ambientale è lo Stato costituzionale del XXI secolo, come lo Stato sociale lo è stato nel XX secolo, con Weimar e le costituzioni del secondo dopoguerra, tra cui la nostra è forse una delle più rappresentative di questa “narrazione”. In questa ottica, il contratto sociale, la base della nostra cittadinanza da Hobbes in poi, deve arricchirsi di un contratto naturale, di una sorta di nuovo rapporto con la natura, che sappia essere di reciprocità e di simbiosi, e non più di dominio o di proprietà.

Sembra una novità, ma in realtà questo rapporto di attenzione del linguaggio costituzionale verso il futuro appartiene (sebbene ce lo siamo dimenticati) all'essenza del costituzionalismo moderno nelle sue prime espressioni. La libertà “*to ourselves and our posterity*” era l'obiettivo del nuovo Stato americano, sia nel Preambolo della Costituzione federale che nel *Bill of Rights* della Costituzione della Virginia. E Thomas Jefferson, terzo presidente degli Stati Uniti d'America, uno dei costituenti di quella Costituzione, in un famoso scambio epistolare con Madison sulla possibilità e sui limiti di fare debito pubblico, caricandolo sulle generazioni future, affermò la sua dottrina secondo cui “*the Earth belongs in usufruct to the living*” (Jefferson 1907, 456 ss.): un usufrutto al quale hanno diritto però anche le generazioni avvenire, per cui, se ciascuna generazione di volta in volta attuale abusasse di questa possibilità di occupare le terre, ovvero obbligasse le persone che gli succedono a pagare i debiti che essa ha contratto, allora « la Terra apparterrebbe ai morti ».

Il concetto di usufrutto riflette bene l'idea della sostenibilità, della resilienza. L'usufrutto richiede un atteggiamento custodiale, la responsabilità di usare le risorse attuali in modo (diremmo con linguaggio moderno) ragionevole, sostenibile, capace di assicurare la loro trasmissione alle generazioni future in condizioni equivalenti o non palesemente compromesse. Secondo un proverbio dei nativi americani, non abbiamo ereditato la Terra dai nostri Padri, ma l'abbiamo presa in prestito dai (e quindi la dobbiamo restituire ai) nostri nipoti (Papa Francesco 2015, 124 dove si richiama una affermazione contenuta nel Documento della Conferenza Episcopale Portoghese, secondo cui “L'ambiente si situa nella logica del ricevere. È un prestito che ogni generazione riceve e deve trasmettere alla generazione successiva”).

Il fatto che questa nuova prospettiva del diritto ha ormai conquistato lo spazio costituzionale non deve sorprendere: le Costituzioni vivono attraverso il tempo, sono un'esperienza che si sviluppa nel tempo, legando le storie (e talvolta le “scorie”) del passato e gli obiettivi da realizzare nel presente e futuro. Le norme costituzionali sono soprattutto principi, o norme programmatiche. Entrambe queste due categorie normative ambiscono a conformare un futuro, a plasmarlo in senso (almeno dichiaratamente) migliorativo rispetto alle condizioni dell'oggi. Se questo è vero, se – come dice ancora Husserl– “chi progetta il futuro rivela fiducia nel futuro” (Husserl 1998, 47-50), allora quasi *a fortiori* il costituzionalismo deve puntare almeno a non peggiorare il futuro, a renderlo possibile in condizioni non deteriori rispetto al presente: ragionare diversamente lo farebbe entrare in contraddizione con la sua stessa vocazione.

I principali beni e valori che le Costituzioni includono nel proprio raggio di protezione e di promozione, possiedono e manifestano un'impronta intertemporale, che non può valere solo “qui” e “ora”, ma (almeno tendenzialmente) “dovunque” e “sempre”. Pensiamo al tema dei diritti, che ad

esempio l'art. 2 "riconosce" e qualifica come inviolabili, mostrando in sostanza che essi esistono prima della (e oltre la) dimensione politica, e sono superiori rispetto alle sue dinamiche contingenti. Lottare per i diritti è in fondo un modo di costruire un futuro diverso, di pensare a sé stessi e quelli che verranno dopo, come disse Martin Luther King a proposito del gesto di disobbedienza di Rose Parks.

La stessa rigidità delle regole costituzionali, i limiti talvolta assoluti e insuperabili alla possibilità di modifica, possono essere letti come la base di una leale relazione di reciprocità tra le generazioni che si succedono. Come le nuove generazioni non possono modificare i contenuti fondamentali del patto costituzionale, allo stesso modo le generazioni di volta in volta attuali non devono compromettere la trasmissione dei principi-valori, e dei beni- risorse e condizioni che ne rendono possibile l'attuazione.

In questo senso, possiamo sostenere che la responsabilità verso le generazioni future è, essenzialmente, una responsabilità "verso la Costituzione", una sorta di adesione consapevole e "attiva" al significato necessariamente "intertemporale" dei suoi principi fondamentali.

#### **4. Costituzione e giustizia intergenerazionale. La riforma dell'art. 9**

Anche la nostra Costituzione mostra tracce importanti di questo schema teorico. Penso all'art. 9, oggi rafforzato dalla riforma del 2022 che ha introdotto al suo interno concetti come ecosistemi, biodiversità, interessi delle generazioni future (D'Aloia). Già prima, comunque, questa norma era uno dei simboli della *intergenerational issue*, con riferimento al caso italiano; e in generale, il paesaggio e il patrimonio naturale, storico, artistico lo sono stati anche nel panorama comparato, non solo da noi.

L'art. 9 aveva già una sua profondità di implicazioni e di prospettive legate al tema della responsabilità verso il futuro e l'umanità nel futuro. Risalta ancora una volta la forza intuitiva dei Costituenti che nell'art. 9 hanno messo insieme i concetti di Paesaggio, Patrimonio (storico e artistico), Nazione. Sono termini che si richiamano e si integrano reciprocamente, e che hanno questa dimensione comune che attraversa le linee del tempo: l'identità di una Nazione si forma a partire dal complesso delle sue esperienze storiche che trovano nell'arte e nella cultura un formidabile veicolo di rappresentazione, e, a questa stregua, è possibile sostenere che "non vi può essere Nazione se non vi è un passato generazionale al quale richiamarsi; ma non vi può essere Nazione se non vi è un futuro generazionale al quale guardare" (D'Aloia, Bifulco 2008, XXIV). Il patrimonio culturale, poi, è a sua volta naturalmente sottoposto ad un processo di "trasmissione", e preliminarmente, di conservazione e di tutela ("incondizionata") proprio in vista della consegna alle generazioni successive.

Nondimeno, è importante che ora nella norma costituzionale si parli espressamente di “generazioni future”.

Non mi concentrerei troppo sul fatto che la novella dell'art. 9 parli di “interesse” delle generazioni future al singolare, mentre nei lavori preparatori della riforma erano state proposte espressioni più pregnanti, come “interessi” (al plurale), o “responsabilità” nei confronti delle generazioni future, o “solidarietà tra le generazioni” (come nell'art. 7-bis della Costituzione del Belgio).

Probabilmente, l'opzione minimalista sul piano lessicale esprime le difficoltà teoriche che hanno sempre accompagnato il dibattito sulla protezione delle generazioni future, sulla configurabilità stessa di diritti di (o di doveri verso) chi non esiste ancora. Gustavo Zagrebelsky sottolinea che “Tutto il male che può essere loro inferto (cioè alle generazioni future), perfino la privazione delle condizioni minime vitali, non è affatto violazione di un qualche loro “diritto” in senso giuridico. Quando incominceranno ad esistere, i loro predecessori, a loro volta, saranno scomparsi dalla faccia della terra, e non potranno essere portati a giudizio. I successori potranno provare riconoscenza o risentimento, ma in ogni caso avranno da compiacersi o da dolersi di meri e irreparabili “fatti compiuti” (Zagrebelsky 2011, 2).

Effettivamente, parlare di “diritti delle generazioni future dentro il modo tradizionale di concepire i diritti soggettivi appare a prima vista quasi un azzardo. Le generazioni future non esistono, non c'è un titolare attuale di questi diritti, che sarebbero perciò diritti privi di un soggetto in grado di esercitarli, e prima ancora di rivendicarli, anche solo in una prospettiva di tipo contrattualistico: le generazioni future non possono negoziare i contenuti di un preteso “patto intergenerazionale”, non hanno niente da offrire in cambio né da usare come argomento dissuasivo o incentivante.

Il linguaggio dei diritti contiene però potenzialità non del tutto esplorate. Come ho sostenuto in diverse occasioni, i diritti non sono solo risorse dei soggetti, ma “beni”, interessi oggettivi, che riflettono principi di giustizia assunti dall'ordinamento come propri criteri di riconoscimento; esprimono una identità dinamica, un modo di essere di un ordinamento, indicano i suoi fini essenziali; a questa stregua, appare riduttivo far dipendere non solo il carattere fondamentale quanto l'esistenza stessa di un diritto dal grado e dall'intensità degli strumenti di tutela azionabili dai titolari del diritto medesimo (D'Aloia 2016, IX).

Gladío Gemma, in uno dei suoi ultimi lavori dedicato proprio ai diritti delle generazioni future, faceva acutamente rilevare come “(...) qualificare un interesse come diritto significa dare ad esso una maggiore legittimazione psicologica e culturale, cioè fornirlo di forza di sollecitazione, nel nostro caso, nei confronti non solo dei cittadini, ma anche (e ancor più) degli organi di indirizzo politico o di garanzia, a prefigurarne strumenti di tutela. Effetti giuridici (favorevoli) non scaturiscono soltanto da premesse e ragionamenti formali, ma, sia pur

indirettamente, da fattori di natura psicologica e culturale che alimentano questi ultimi. Solo chi, ignorando la dinamica reale, credesse che, in diritto, valgano soltanto le soluzioni che immediatamente producono effetti sugli operatori giuridici (normalmente i giudici) potrebbe negare quanto qui sostenuto”<sup>1</sup> (Gemma 2020).

La scoperta dell’impatto intergenerazionale di molte delle nostre scelte (di volta in volta) attuali, la novità stessa della questione intergenerazionale, funzionano da elementi di ridefinizione del linguaggio dei diritti, di arricchimento delle loro potenzialità espressive. Per altro verso, l’istanza intergenerazionale presenta una dimensione complessa e “*multifaceted*”. Diritti delle generazioni future e doveri delle generazioni presenti sono facce di una stessa medaglia strumenti a disposizione di un impegno teorico e politico che mira a definire un “diritto per il futuro” (orientato al futuro come dimensione da preservare) in termini di obbligatorietà ed effettività delle soluzioni e delle strategie messe in campo. A questo proposito, è stato correttamente sottolineato che “il discorso razionale non può tener conto del carattere futuro delle generazioni che verranno come una circostanza che escluda le generazioni future dalle nostre preoccupazioni razionali di giustizia”.

I diritti, soprattutto quelli che incrociano gli oggetti della tutela intergenerazionale (come i diritti ambientali ed ecologici) incorporano il tema della responsabilità verso gli altri, il farsi carico della conservazione e della continuità per gli altri e nel tempo (e quindi anche per gli “altri nel futuro”) delle condizioni sostanziali che ne costituiscono il presupposto, la necessità di rivendicarli e di usare le risorse che sono l’oggetto di questi diritti in modo sostenibile, ragionevole, non eccessivo, “custodiale”, sul presupposto che “la disponibilità dei beni del pianeta” non è infinita, e che perciò è inaccettabile “*spremerlo fino al limite e oltre il limite*” (Le frasi riportate sono tratte dall’Enciclica di Papa Francesco, cfr. D’Aloia 2016, 377).

Questa prospettiva, in fondo, guardando a noi e alla nostra esperienza costituzionale, è perfettamente coerente con la dimensione valoriale del personalismo costituzionale, con la sua dimensione sociale e solidaristica, di cui l’art. 2 costituisce una plastica rappresentazione. La solidarietà, che è consapevolezza e responsabilità verso il destino di ognuno, è la chiave di sintesi e di (ri)composizione tra diritti e doveri: e la solidarietà, come ha scritto da ultimo Rodotà “pur immersa nel presente, non è immemore del passato e impone di contemplare il futuro” (Rodotà 2014, 3).

---

<sup>1</sup> Arrivando alla conclusione che gli interessi dei futuri abitanti della Terra possono essere configurati come “*diritti costituzionali, assimilabili con le necessarie precisazioni ai tanti altri, che vengono a costituire, per riprendere una bella espressione, una ‘costituzione infinita’*” (Gemma 2020, 457-458)

Lungo questa linea, il discorso sui diritti (o interessi) delle generazioni future, ovvero sui doveri delle generazioni presenti nei loro confronti, non è semplicemente un arricchimento quantitativo del variegato mondo degli *human rights* o delle situazioni legate al soggetto, ma un modo di ripensare aspetti fondamentali della teoria dei diritti e del costituzionalismo in generale.

Cambia anche il concetto di responsabilità, assume una chiave prospettica. Perché dobbiamo immaginare che la responsabilità sia solo la reazione nei confronti di qualcosa? Così è la responsabilità sanzionatoria.

Ma responsabilità significa anche prepararsi responsabilmente, un modo positivo di affrontare i problemi prima di finirci dentro. Pensare in modo resiliente non implica solo adattarsi a quello che succede, reagire dopo che un'emergenza si è manifestata. È invece tener conto degli effetti di medio e lungo periodo, avere sempre uno sguardo verso il futuro nei nostri comportamenti, nelle nostre scelte e decisioni.

##### **5. La questione intergenerazionale tra limiti della democrazia e “aperture” costituzionali. Analogie tra l'art. 9 (riformato) della Cost. italiana e l'art. 20 della Costituzione tedesca**

Questo discorso teorico sulla responsabilità intergenerazionale sconta un grande limite. Le nostre democrazie sembrano dominate dal tempo breve dei sondaggi e delle preferenze elettorali. L'elettorato vota e chiede risposte oggi: in questo scenario gli interessi e le aspettative delle generazioni future rischiano di scomparire o di apparire alla stregua di fantasmi, di minoranze davvero troppo flebili. È Hans Jonas a sottolineare che “Ciò che non è esistente, non possiede nessuna lobby e i non nati sono impotenti ...” (Jonas 1990, 30).

Si parla di “presentismo” della democrazia. Nella realtà, c'è un divario generazionale che rischia di trasformarsi tout court in un problema più generale della democrazia.

Probabilmente la risposta non può essere quella di David Hochman, di attribuire il diritto di elettorato attivo ai bambini o comunque di qualche costituzionalista tedesco che propone di attribuire maggiori diritti elettorali alle famiglie numerose, perché la famiglia è un ambiente in cui ci si abitua a pensare intergenerazionalmente. Noi abbiamo i nostri principi sulla rappresentatività, sull'eguaglianza nei diritti politici che costituiscono ostacoli un po' troppo forti innanzi a queste trasformazioni radicali, ma certo qualcosa in termini di partecipazione ai procedimenti politici e normativi. La politica è ossessionata dai sondaggi, dal “qui” ed “ora”, anche sui social, ed allora in un contesto del genere le generazioni future rischiano di apparire alla stregua di fantasmi, alla stregua di minoranze davvero deboli.

A questa stregua, la questione intergenerazionale è davvero un fattore rivoluzionario, uno “scandalo” come scrive Ferdinando Menga; costringe a ripensare i meccanismi della democrazia politica e delle maggioranze legislative. Secondo Saladin e Zenger, il principio democratico della decisione di maggioranza perde la sua legittimità quando la maggioranza impone sulle future generazioni un’irreversibile “*degradation*” delle risorse ambientali e naturali “basiche” (Gore 2007, 195). Bisogna immaginare istituti, procedure, strumenti, regole che diano sostanza a questo principio della responsabilità (o solidarietà, equità) intergenerazionale.

Ma serve anche la formazione di una coscienza diffusa, di ciò che Al Gore ha chiamato uno “scopo morale comune” (Foer 2019, 145), che sostenga e alimenti il consolidamento giuridico-costituzionale della sostenibilità e del pensiero intergenerazionale. Scrive Jonathan Safran Foer, “*noi siamo il diluvio, noi siamo l’Arca*”. Ma “noi” significa “tutti”, con le nostre scelte di consumo, i nostri stili di vita, il nostro modello di sviluppo, la nostra capacità di vivere il paesaggio e l’ambiente naturale che ci circonda in una logica di reciprocità e di rispetto. In fondo, la “Repubblica” a cui l’art. 9 affida la tutela del paesaggio e ora dell’interesse delle generazioni future, non è solo la Repubblica delle istituzioni, degli apparati, delle procedure (vale a dire lo “Stato-Governo”), ma anche lo “Stato-Comunità”, nella complessità delle sue articolazioni sociali.

Trovo particolarmente forte la riflessione dello scrittore americano: “(...) Comunque vada, saremo costretti a vivere su un nuovo pianeta: quello dove giungeremo andandocene o quello dove giungeremo restando. Questi due modi di salvarci direbbero cose diversissime su di noi. Che genere di futuro predireste per una civiltà che abbandona la propria casa? Quella decisione sarebbe rivelatrice e ci cambierebbe. Compiendo il passo necessario -non sarebbe un atto di fede, ma un’azione concreta- non soltanto salveremmo il nostro pianeta. Renderemmo noi stessi degni di essere salvati”. Anche Papa Francesco, nella “*Laudato si*” sottolinea questo aspetto, quando afferma che “non basta più dire che dobbiamo preoccuparci per le future generazioni. Occorre rendersi conto che quello che c’è in gioco è la dignità di noi stessi. Siamo noi i primi interessati a trasmettere un pianeta abitabile per l’umanità che verrà dopo di noi. È un dramma per noi stessi, perché ciò chiama in causa il significato del nostro passaggio su questa terra” (Papa Francesco 2015, 125).

È presto per capire l’impatto che su questi limiti avrà il nuovo art. 9. Certo, l’inserimento di una parola nel testo costituzionale non è mai senza conseguenze, anche non immediate. Quando i tedeschi introdussero l’art. 20a sulle basi naturali della vita e la tutela delle generazioni future nel 1994, molti ne minimizzarono l’importanza, considerandola una norma meramente programmatica.

Invero, la nostra Corte Costituzionale fin dalla prima storica sentenza del 1956 ha affermato che le norme programmatiche sono tutt’altro che mere direttive prive

di riflessi giuridici concreti. Sono in primo luogo idonee a fungere da parametro del sindacato di costituzionalità.

Tornando all'ordinamento tedesco, su quell'art. 20°, apparentemente non così incisivo (almeno non direttamente capace di produrre effetti vincolanti), il *Bundesverfassungsgericht* ha costruito la motivazione della sentenza dell'aprile 2021 con la quale ha censurato la legge federale sul *climate change* per l'insufficienza delle misure di contrasto dopo il 2030, sottolineando l'importanza costituzionale delle generazioni future, il legame del clima con la vita, la dignità, i diritti fondamentali, la dimensione globale del problema climatico e al tempo stesso il rifiuto di ogni alibi legato alla limitatezza dell'impegno di altri Stati, e soprattutto dei grandi emettitori di gas serra.

Le norme costituzionali e le norme giuridiche in generale vivono di una vita propria e producono conseguenze anche sul piano dell'orientamento culturale, della consapevolezza del problema da parte dell'opinione pubblica, della promozione di modelli di comportamento individuali e collettivi

Certo le norme costituzionali sono importanti ma non sono tutto. C'è bisogno di istituzionalizzare questo diritto capace di resilienza intertemporale; di modificare le nostre procedure normative e amministrative, di orientarle nel senso della pianificazione e della valutazione di impatto nel medio-lungo periodo, di inserire elementi partecipativi che possano correggere il divario generazionale delle nostre democrazie. Le immagini dell'ultima COP 27 (di Glasgow) ci restituiscono una rappresentazione eloquente di questo divario, con i destinatari principali di quella che dovrebbe essere una seria politica climatica sostanzialmente esclusi dal tavolo delle decisioni, occupato da simpatici settantenni e oltre, per i quali inevitabilmente l'ansia e la preoccupazione per il futuro non può avere la stessa intensità.

La Costituzione italiana, anche prima della riforma del 2022 (legge costituzionale n. 1), manifesta questa potenziale attitudine ad assumere significati coerenti con l'idea della responsabilità intergenerazionale e della resilienza. La solidarietà è la parte più promettente del messaggio costituzionale di impegno nei confronti delle generazioni future. Appunto la solidarietà come motivazione della responsabilità e del dovere di considerazione e di rispetto verso chi non esiste ancora.

Diritti/interessi delle generazioni future o doveri delle generazioni presenti sono in fondo facce di una stessa medaglia che possiamo ritrovare nella formula dell'art. 2 della Costituzione. I doveri non sono tanto un limite "esterno" ai diritti, ma un materiale di costruzione, qualcosa di cui sono fatti i diritti medesimi, il che vuol dire che mentre esercitiamo o rivendichiamo questi diritti dobbiamo sentirci interrogati anche dalle esigenze degli altri, nello spazio e nel tempo (D'Aloia 2016).

La Costituzione può essere una guida solida e al tempo stesso esigente anche nel tempo e nella società dell'incertezza e delle transizioni permanenti. I suoi

principi possono essere la base su cui costruire un nuovo patto sociale, sostenibile e leale nei confronti delle future generazioni.

### Bibliografia

- Anders, G. (2007), *L'uomo è antiquato*, Torino, Bollati Boringhieri.
- Atwood, M. (2015), *It's not climate change – it's everything change*, in *Medium*, reperibile in: <https://medium.com/matter/it-s-not-climate-change-it-s-everything-change-8fd9aa671804>.
- D'Aloia, A. (2016), *Generazioni future (dir. Cost.)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali* vol. IX, Milano, Giuffrè.
- D'Aloia, A., *Il Paesaggio: nozione, trasformazioni, tutele*, in corso di stampa su *PasSaggi Costituzionali*.
- D'Aloia, A., Bifulco, R. (2008), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, XXIV, Napoli, Jovene.
- Franzen, J. (2020), *E se smettessimo di fingere? Ammettiamo che non possiamo più fermare la catastrofe climatica*, Torino, Giappichelli, pp. 4-6, 16, 26-27.
- Gemma, G. (2020), *Diritti delle generazioni future: necessità e limiti di una loro tutela giuridica*, in *Diritto e Società*, n. 3/2020, Napoli, Editoriale scientifica, pp. 457-458.
- Gore, A. (2007), *L'assalto alla ragione*, Milano, Feltrinelli, p. 195.
- Gore, A. (2013), *Il mondo che viene. Sei sfide per il nostro futuro*, Milano, Rizzoli, pp. 218, 387.
- Grabenwarter, C. (2018), *Constitutional Resilience*, in *VerfBlog*, disponibile sul sito <https://verfassungsblog.de/constitutional-resilience/>, pp. 3 ss.
- Holling, C.S. (1973), *Resilience and Stability of Ecological System*, in *Annual Review of Ecology and Systematics*, vol. 4, pp. 1 ss.
- Husserl, G. (1998), *Diritto e tempo*, Milano, Giuffrè, pp. 47-50.
- Irti, N. (2013), *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, Laterza.
- Jefferson, Th. (1907), *The writings of Thomas Jefferson* a cura di A.E. Bergh, VII, Washington D.C., pp. 456 ss.
- Jonas, H. (1979), *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, Einaudi, pp. 115.
- McNeill, J. (2020), *Qualcosa di nuovo sotto il sole. Storia dell'ambiente nel XXI secolo*, Torino, Einaudi.
- Meadows, Do., Meadows, De., Randers, J., (1972 e 2004), *I nuovi limiti dello sviluppo. La salute del pianeta nel terzo millennio*, Milano, Mondadori, 2006.
- Menga, F. (2021), *L'emergenza del futuro, I destini del pianeta e le responsabilità del presente*, Roma, Donzelli, p. 119.
- Moltmann, J. (1964), *Teologia della speranza*, Queriniana, Bescia.

- Moltmann, J. (1990), *Diritti umani, diritti dell'umanità e diritti della natura*, in *Concilium*, n. 2, pp. 145 ss.
- Mulgan, (2006), *T. Future People*, Oxford, Oxford University Press.
- Nilufar, M., Forrester J. and Ensor, J. (2018), *What is equitable resilience?* In *Sciencedirect.com*.
- Ost, F. (2004), *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 25.
- Papa Francesco (2015), *Laudato sì*, Bologna, Edizioni Dehoniane Bologna, p. 124.
- Passmore, J. (1974), *La nostra responsabilità per la natura*, Milano, Feltrinelli, 1986.
- Rawls, J. (1971), *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2017.
- Rawls, J. (1993), *Liberalismo politico*, Torino, Einaudi, 2012.
- Rawls, J. (2001), *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, Feltrinelli.
- Rodotà, S. (2014), *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, p. 3.
- Safran Foer, J. (2019), *Possiamo salvare il mondo prima di cena. Perché il clima siamo noi*, Milano, Guanda, pp. 23 ss.
- Scranton, R. (2015), *Learning to Die in the Anthropocene. Reflections on the End Of Civilization*, San Francisco, City Lights Books.
- Stone, C.D. (2010), *Should trees have standing? Law, Morality and the Environment*, Oxford-New York, Oxford University press.
- Zagrebelsky, G. (2011), *Nel nome dei figli se il diritto ha il dovere di pensare al futuro*; v. ora Id. (2016), *Senza adulti*, Torino, Giappichelli.
- Zizek, S. (2011), *Living in the End Times*, Londra, Verso Books.

## **Resilienza tra metafora e politica del diritto. Le sfide della certezza e regolazione nelle «società del rischio e delle emergenze»\***

SILVIA ZORZETTO\*\*

---

**Sommario:** 1. Premessa ovvero della lungimiranza del realismo. – 2. Varianti concettuali. – 3. Grammatica ordinaria e specializzazione semiotica. – 4. La panarchia: suggestioni metafisiche e ideologiche. – 5. Famiglie concettuali. – 6. Oltre il diritto mite, il “diritto resiliente.” – Bibliografia.

**Data della pubblicazione sul sito:** 10 ottobre 2023

### **Suggerimento di citazione**

S. ZORZETTO, *Resilienza tra metafora e politica del diritto. Le sfide della certezza e regolazione nelle «società del rischio e delle emergenze»*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2023. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://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.

\*\* Professoressa associata di Filosofia del diritto nel Dipartimento di Scienze giuridiche “Cesare Beccaria” dell'Università degli Studi di Milano. Indirizzo mail: [silvia.zorzetto@unimi.it](mailto:silvia.zorzetto@unimi.it).

### 1. Premessa ovvero della lungimiranza del realismo

Incertezza, emergenza, pandemia, guerra e resilienza sono parole che oggi più che mai s'intrecciano nei discorsi giuridici: mentre le prime esprimono concetti aventi connotazioni negative, l'ultima si accompagna a una decisa connotazione positiva nella percezione generale. Almeno ora come ora, per quanto non manchino voci critiche nella opinione pubblica e nel dibattito contemporaneo.

Di resilienza si parla moltissimo a propositi innumerevoli nei discorsi giuridici in questi anni che appaiono caratterizzati da (*momenti di*) crisi ricorrenti di varia natura ed entità. I dati di rilevazione delle occorrenze – anche a livello di letteratura (facilmente estraibili ad esempio con Ngram Viewer) – mostrano, dopo la crescita continua a partire dagli anni Settanta del Novecento a seguito della teoria di Holling (1973), un incremento esponenziale negli anni Duemila. La *escalation* del successo ha avuto un'accelerazione soprattutto dal 2020 e a seguito dell'ingresso del termine nelle fonti ufficiali dell'Unione Europea (cfr. Reg. (UE) 2021/241). Da parola/concetto pressoché raro nella prassi ordinaria e d'uso saltuario da parte dai giuristi, essa è divenuta un concetto-principio cardine del diritto. Di qui la sensazione irriflessa di trovarsi di fronte a qualcosa di nuovo. Sensazione che tuttavia tradisce parzialmente un *effetto della recenza*.

Proprio parlando delle *tensioni e visioni* che caratterizzano i sistemi giuridici, Karl N. Llewellyn scriveva, nel 1960, nella sua opera *The Common Law Tradition—Deciding Appeals*: «an adequately resilient legal system can on occasion, or even almost regularly, absorb the particular trouble and resolve it each time into a new, usefully guiding, forward-looking felt standard-for-action or even rule-of-law» (enfasi mia; Llewellyn 1960; Twining 2012, 169). Il concetto di resilienza si rintraccia nelle riflessioni di allora, anche da parte di altri studiosi quali Max Rheinstein, sull'assetto costituzionale basato sul sistema di *checks and balances*.

Il tema della resilienza delle Costituzioni e dei sistemi giuridici basati su Costituzioni improntate all'ideale della *rule of law* si è più che mai sviluppato nel XXI secolo. Nel contesto statunitense il dibattito è stato alimentato anzitutto dal fenomeno del terrorismo internazionale e dalle varie crisi finanziarie, economiche, politiche succedutesi. Nel contesto dell'UE si possono ricordare, tra le tante discussioni vertenti sui potenziali *vulnera* che mettono a repentaglio Stato di diritto e democrazia, quelle avviate nell'intorno in particolare del 2018 relative alle vicende politico-elettorali di taluni paesi europei (tra cui Ungheria, Polonia), nonché anche a livello di Consiglio d'Europa circa gli impatti sui sistemi democratici di dis-/mala-informazione, *fake-news*, rischi per la *cybersecurity*, violazione dei diritti fondamentali (di espressione e politici), etc.

Come emerge dalla sua etimologia (latina: *resilientia*; dal lat. *Resiliens*, genit. *Resiliēntis*, part. Pres. Di *resilīre*) e le sue occorrenze nel corso dei secoli, la resilienza è una parola che accompagna la storia della natura (umana). Anche grazie al prefisso *re-* avente funzione non meramente iterativa, bensì intensiva che conferisce un significato nuovo al verbo, la resilienza esprime una propensione di *moto verso*. E se originariamente il verso era all'«*indietro*», gli usi odierni enfatizzano invece l'«*in avanti*».

Richiamando le parole di Amartya Sen a proposito delle nostre responsabilità verso l'umanità (Sen 2010), «[t]he security of human lives has always been understood to depend on the strength and *resilience* of the natural world which we inhabit [...] Nature, however, has been showing its vulnerability in recent times, and seems more and more inclined to leave us in a state of hopeless incongruity – pitchfork in hand. [...] It may well be a sad reflection, but it is hard to escape the realization that we exist in what may after all be just a transitory moment in the theatre of this universe, and we have to do what we can to avoid making the magic moment shorter still through reckless behaviour and obduracy» (enfasi mia; Sen 2010). Il convincimento che il mondo naturale sia forte e resiliente, in chiave normativa, non deve essere un argomento per non mettersi nella prospettiva in cui ciascun essere umano ne è parte. Se, per un verso, l'uomo moderno con la propria capacità di andare oltre la natura, in via artificiale, pone a repentaglio la resilienza naturale (e con ciò umana); per altro verso, la resilienza applicata al mondo umano va oltre i meccanismi naturali e acquista una dimensione etica, intrisa di valori.

## 2. Varianti concettuali

Come noto, il termine è variamente diffuso in pressoché ogni sapere specialistico, e la crescente fortuna si deve – tra gli altri – agli studi (condotti in chiave “pura” e “applicata”) di ecologia (Holling 1973; Gunderson *et al.* 2009), psicologia-medicina (ad es. *Brief Resilience Scale*; Fletcher, Sarkar 2013), informatica (abbracciando tutto lo spettro delle *computer sciences* fino alla intelligenza artificiale), gestione dei rischi (c.d. *risk management*: ad es. *Resilience Systems Analysis* dell'OCSE; Mitchell, Harris 2012), (ICT) *engineering infrastructure* (Amitrajeet, Kourtit 2021), *behavioural sciences* e *neuro-sciences* (Münch *et al.* 2021), *disaster risk reduction* (ad es. *Resilience Rating System* (RRS) elaborato nel contesto del World Bank Action Plan on Climate Change and Resilience), pedagogia (cfr. Numerose iniziative dell'UNESCO in ogni ambito educativo), etc.

Considerata la quantità ed eterogeneità delle occorrenze in continua elaborazione è impossibile fornirne una mappatura generale; al più si potrebbero selezionare alcuni casi paradigmatici in contesti specifici. A titolo meramente esemplificativo dei significati, di volta in volta, ascritti alla parola, per resilienza s'intende:

- (i) «The ability of a system, community or society exposed to hazards to resist, absorb, accommodate, adapt to, transform and recover from the effects of a hazard in a timely and efficient manner, including through the preservation and restoration of its essential basic structures and functions through risk management» (UNGA, 2016; UNDRR; WHO);
- (ii) «The ability of a system and its component parts to anticipate, absorb, accommodate or recover from the effects of a hazardous event in a timely and efficient manner, including through ensuring the preservation, restoration or improvement of its essential basic structures and functions» (WB; IPCC 2012);
- (iii) «The ability of households, communities and nations to absorb and recover from shocks, whilst positively adapting and transforming their structures and means for living in the face of long-term stresses, change and uncertainty» (OCSE).

Mentre la definizione nel contesto dell'OMC di «economic resilience» è «the ability of a system, including households, firms, and governments, to prevent and prepare for, cope with and recover from shocks». Per l'APA la «resilience» nel senso di «psychological resilience» è «the process and outcome of successfully adapting to difficult or challenging life experiences, especially through mental, emotional, and behavioral flexibility and adjustment to external and internal demands. A number of factors contribute to how well people adapt to adversities, predominant among them (a) the ways in which individuals view and engage with the world, (b) the availability and quality of social resources, and (c) specific coping strategies».

Perlopiù idiosincratiche sono poi le definizioni – *rectius*, complesse *concezioni* – proposte nella letteratura. Sempre a mo' d'esempio, la resilienza dei «social-ecological systems» sarebbe «the capacity of a system to absorb disturbance and reorganize while undergoing change so as to still retain essentially the same function, structure, identity, and feedbacks—in other words, stay in the same basin of attraction» (Walker *et al.* 2004). Il concetto di «ecological resilience» è inteso come «the ability of ecosystems to resist regime shifts and maintain ecosystem functions, potentially through internal re-organization (i.e. their “adaptive capacity”)» (Oliver *et al.* 2015). Ancora, per resilienza s'intende «a stable trajectory of healthy functioning after a highly adverse event»; «the capacity of a dynamic system to adapt successfully to disturbances that threaten the viability, the function, or the development of that system»; «a process to harness resources to sustain well-being» (Southwick *et al.* 2014).

Se le sfumature concettuali sono quindi numerosissime, aspetti trasversali al novero di ambiti, discipline e settori in cui la resilienza è richiamata sono la *complessità* dei problemi che si pongono e l'approccio *sistemico* nell'avvicinarvisi. Questi due aspetti “complessità” e “sistema” – oltre a un intreccio indissolubile tra

*elemento naturale e artificiale* – connotano le riflessioni e applicazioni della resilienza dalle scienze della natura alla tecnologia, dal mondo dei sistemi formali e/o artificiali (complessi) ai cosiddetti sistemi sociali. La prospettiva sistemica e, anzi, *olistica* fa sì che predomini un atteggiamento in senso latissimo sociologico: basato su analisi di processo e d’impatto, ovvero su obiettivi, piani, programmi, strumenti, simulazioni, resoconti, etc. Il vocabolario “inglese” predominante (ad es. *impact assessment, operational measures, management, planning, target, tools, report, etc.*) fa trasparire con più immediatezza l’influenza retrostante dei fattori propri degli ambienti manageriale, ingegneristico, organizzativo-aziendale.

A monte di una pletera d’usi altamente specialistici, la resilienza è e comunque resta anche parola della lingua e, anzi, della *enciclopedia naturale* i cui significati già a livello di *dizionario* ne rivelano la natura filosoficamente densa. Pur avendo come referenti ultimi oggetti/individui del mondo fisico, la resilienza racchiude nel prefisso *re-*, e così evoca, suggestioni *meta-fisiche* sulla “natura” di ciascun “essere”, il tempo, la inter-soggettività. In ambito etico, politico, giuridico assume tra l’altro una caratterizzazione peculiare: etico-normativa. Nei suoi usi riferiti alla complessità dei sistemi sociali (nelle loro dinamiche interne e con l’ambiente, ossia gli altri sistemi sociali e non), risulta essere un concetto normativo-valutativo “spesso”. Prendendo a prestito la nozione di Bernard Williams, lo si può considerare un *thick ethical concept*. Il paniere dei valori peraltro non è condiviso.

### 3. Grammatica ordinaria e specializzazione semiotica

Lasciando ad altra analisi tentativi ridefinitivi utili a orientarsi nel panorama attuale, è di pronta evidenza come anche il legislatore europeo abbia fatto una scelta di campo all’art. 2 del Reg. UE 241/2021. Ai sensi della disciplina euro unitaria, la resilienza è «*la capacità di affrontare gli shock economici, sociali e ambientali e/o i persistenti cambiamenti strutturali in modo equo, sostenibile e inclusivo*»; nella versione inglese, si legge «*the ability to face economic, social and environmental shocks or persistent structural changes in a fair, sustainable and inclusive way*».

La nozione non è quindi identica a quelle presenti nei documenti delle principali organizzazioni e istituzioni a livello globale di cui si è fornito sopra qualche esempio. Appare trasversale rispetto ai vari ambiti (ecologia, economia, medicina, etc.). Non è né antropocentrica, né eco-centrica. Lascia indeterminato il “titolare” della “*ability*”/“*capacità*”, essendo predicabile rispetto a qualsiasi entità senziente e non. Prescinde da elementi volitivi, d’intenzionalità o razionalità. Non appare figlia di un ideale di persona o agente. Non istituisce alcun esplicito collegamento tra capacità e azione.

La nozione consiste di due componenti principali: la prima parte che indica il *quid* (“*la capacità di...*”); l’inciso finale che indica il *quomodo* (“*in modo...*”).

La prima parte della nozione è pressoché ordinaria e indifferente sotto il profilo valoriale. Attorno al predicato “*affrontare*”/“*face*”, vocabolo generico e pressoché neutro, ruota tutta su coordinate generali di “tempo” e “moto” (Boschetti 2022). Per un verso, lo “*shock*” come qualcosa d’improvviso, istantaneo, imprevedibile, dirompente; per l’altro verso, i “*persistenti cambiamenti strutturali*” come qualcosa di perdurante, latente, pervasivo, etc. Il registro linguistico cambia totalmente nella seconda parte che è eminentemente giuridica e consiste di tre “valori caldi”: *equità*, *sostenibilità*, *inclusione*.

Naturalmente l’inciso finale relativo al *quomodo* colora in senso valoriale la complessiva nozione. La resilienza giuridica è quindi un concetto normativo e valutativo, che assume e – anzi – somma in sé tutte le caratteristiche indeterminate, vaghe e ambigue dei tre concetti giuridici di “equità”, “sostenibilità”, “inclusione”. Ciascuno di questi concetti ha proprie peculiarità semiotiche sulle quali non è qui possibile intrattenersi. Anche se non è precisato, si noti che la loro menzione assieme in sequenza fa sì a livello pragmatico che si debbano intendere come una serie cumulativa (ossia una congiunzione di *et* dal punto di vista logico). In altre parole: le condizioni poste dalle tre modalità devono essere soddisfatte congiuntamente. Il che presuppone tra l’altro che equità, sostenibilità e inclusione vadano – per così dire – nella *stessa direzione* cioè non si diano situazioni di “contrasto” (*i.e.* eque, ma non sostenibili e/o non inclusive; sostenibili, ma inique e/o non inclusive; inclusive, ma inique e/o non sostenibili etc.). La resilienza implica così per definizione anche equità, sostenibilità e inclusione. Secondo la definizione o ciascuna di queste tre “proprietà” che fungono da limiti o “pre-condizioni” sussiste, oppure non vi è resilienza. Non vi può essere per definizione resilienza iniqua, non sostenibile e non inclusiva: il che denota una divergenza dall’uso comune del termine.

Si noti quindi che tramite una definizione “nuova” vengono veicolati come “tratti determinanti” concetti giuridici come l’*equità* con una storia plurimillennaria (sostanzialmente intrinseca al concetto stesso di *diritto*) o comunque come quelli di sostenibilità e inclusione oramai entrati da tempo nella tradizione e cultura giuridica e morale. La inclusione attiene alla inter-soggettività ed è figlia dello schema meta-fisico ‘*io e l’altro*’: è quindi una gemmazione della *eguaglianza* e anzi della *universalizzabilità*. La sostenibilità è collegata alla *responsabilità* (di ciascun individuo verso gli altri). Ciascuno di questi tre concetti – equità, sostenibilità, inclusione – al di là delle diverse origini e genealogie – converge dunque verso un ideale di giustizia in cui si saldano *particolare* e *universale*, *io* e *gli altri*.

Quanto precede assume tanta più rilevanza nella misura in cui la resilienza ha una portata generale nel diritto euro-unitario e, dunque, di ciascuno Stato Membro e, in particolare, per il sistema giuridico italiano.

Anche a voler prescindere, per assurdo, dalla caratura sostanzialmente sovra-costituzionale che ha la disciplina inerente a *NGEU programme* e *Recovery and*

*Resilience Facility*, basti richiamare le più recenti iniziative dell'UE che mostrano l'estensione della resilienza a ogni ambito giuridico. Si pensi alla strategia di *cybersecurity* per cui la Commissione europea ha proposto una revisione della direttiva NIS (c.d. NIS2) in cui il concetto di resilienza sarà centrale. Ancora il Consiglio e il Parlamento europeo hanno raggiunto accordi politici provvisori, rispetto alla sicurezza informatica del settore finanziario, sul *Digital Operational Resilience Act* (DORA) e su una nuova direttiva sulla resilienza dei soggetti critici.

#### 4. La panarchia: suggestioni metafisiche e ideologiche

La resilienza viene spesso spiegata o comunque s'accompagna a metafore (Carpenter *et al.*, 2001). Pur non essendo qui possibile approfondire l'argomento, in via generale è importante sottolineare che proprio perché essa esprime dinamismo, porta con sé – a livello semiotico, percettivo e cognitivo – una dimensione visiva. Il che – paradossalmente – contrasta con la etimologia in cui vi è incestata l'idea di resistenza.

L'accento costante posto su *visual*, *design* e *planning* non è quindi (solo) questione di mode metodologiche: l'elemento percettivo, visivo, legato al moto è per così dire incorporato nel concetto stesso di *re-silienza*. Questo spiega anche il successo diffuso e comunque la forza suggestiva di alcune concezioni che fanno leva ed esaltano proprio questo tratto.

È noto che la resilienza -esplicitamente e, molto più spesso, implicitamente – si accompagna alla idea di *panarchia* (Gunderson, Holling 2002). E le concezioni moderne ne incorporano la eredità culturale, storico-filosofica- ci si riferisce all'opera così intitolata e al pensiero di Francesco Patrizi (1529-1597) – in cui trasluce un latente neo-platonismo (Vasoli 2002). Questo elemento è rilevante specialmente in campo giuridico alla luce della tradizionale attitudine per la *sistematica* e le tante discussioni sulle *gerarchie*. Nel caso della resilienza, si va oltre la immagine bi-dimensionale e circolare verso una concezione multi-livello e multi-dimensionale, che si connota per un elemento di moto (adattivo perpetuo) in cui equilibri mai stabili e sempre mobili si susseguono (in una sorta di armonia universale tendenziale o perseguita appunto come ideale). Si noti che la pluralità di livello e dimensioni porta con sé ove fosse intesa rigorosamente e in senso logico una incommensurabilità; mentre nella prassi si assume l'opposto. Questa idea archetipale supera le immagini ordinarie e ben note ai giuristi quali la piramide, la rete, la spirale; e con i propri presupposti filosofici influenza il modo di accostarsi e usare il concetto.

A prescindere comunque da questo aspetto (controverso o controvertibile), è un dato di fatto che la resilienza sia un potente strumento ideologico (si parla di narrazione talvolta). Sul punto, occorre distinguere tra la ideologia come falsa coscienza, illusione, e – invece – come complesso insieme di idee che costituisce

una visione del mondo. Tra critici e difensori della resilienza, ci si accusa vicendevolmente dell'una o ci si riconosce nell'altra, a seconda degli impieghi della resilienza.

Quel che importa notare è che un termine simile – anche a fronte della varietà d'usi – rischia di essere vittima di una deriva iper-scettica ed essere considerato un “significante vuoto” di significati. Come insegnano tuttavia alcune teorie tra cui quelle di Laclau (2006), significanti apparentemente vuoti concettualmente, posso guadagnare uno status egemonico grazie alla capacità unificante del nome. Una serie di oggetti tra loro eterogenei e, anche incompatibili, può essere e, nei fatti, è unificata, attraverso menzioni/usi, sotto la bandiera della “resilienza” nonostante inconciliabili contraddizioni interne. Ora come ora, la resilienza mostra una straordinaria forza unificatrice a livello ideologico e di visione.

Non è possibile qui esaminarne i motivi, che sono anzitutto storici (*rectius* geologici) in quanto connessi all'era denominata *Antropocene* in cui viviamo. Tuttavia, anche solo essere generalmente consapevoli dell'idealismo visionario che accompagna i discorsi (anche giuridici) sulla resilienza e del suo intreccio con le ideologie (collettive e individuali) è un antidoto o almeno una cautela contro derive iper-scettiche od oggettiviste, eccessivo ottimismo o pessimismo, atteggiamenti sfrenatamente apollinei o dionisiaci. La caritatevolezza metodologica (applicata anche a sé) è tra l'altro essa stessa un'accortezza di resilienza.

## 5. Famiglie concettuali

Come avviene per molti concetti giuridici carichi di connotazioni ideologiche e valoriali, anche la resilienza molto spesso *fa coppia*. È frequente infatti che si accompagni ad altri concetti aventi un'aria di famiglia e/o sovrapposizioni semantiche più o meno marcate. Tra l'altro normalmente che non implicano opposizione, ma “vanno nella stessa direzione” positiva e olistica. Tra questi vi sono appunto i concetti già citati di equità, sostenibilità, inclusione che sono stati *selezionati* dal legislatore euro-unitario. Ma la serie di concetti i cui confini con la resilienza sono indeterminati e perlopiù controversi è piuttosto ampia e significativa. Limitandosi ad alcuni principali, si possono ricordare vulnerabilità, robustezza, adattabilità, flessibilità, elasticità, equilibrio, stabilità, reattività, resistenza, integrità, efficienza, scalabilità, modularità, *evolvability*, etc. Nella letteratura le associazioni terminologiche sono cangianti: esito questo anche della tendenza di ciascuno a prospettare una propria concezione di resilienza. Spesso non è chiaro se i termini abbinati alla resilienza siano sue componenti concettuali o se non servano piuttosto da complemento o integrazione e, quindi, aggiungano un *quid pluris*. In alcuni usi la pluralità di parole (resilienza e altri termini: si pensi alla formula “*ripresa e resilienza*”) può sottendere una endiadi. L'uso di questa

figura retorica è infatti frequente nella prassi, anche per motivi espressivi e persuasivi.

In ambito giuridico, è particolarmente stretto il nesso con la vulnerabilità. I due fanno “coppia” ad esempio nel Reg. (UE) 2021/1119 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica («Normativa europea sul clima»). Ivi si sancisce che «[l]e istituzioni competenti dell’Unione e gli Stati membri assicurano il costante progresso *nel miglioramento della capacità di adattamento, nel rafforzamento della resilienza e nella riduzione della vulnerabilità ai cambiamenti climatici* in conformità dell’articolo 7 dell’accordo di Parigi». La triade di obiettivi che fanno perno ciascuno su adattamento, resilienza, vulnerabilità costituisce una concatenazione concettuale in cui il miglioramento della capacità di adattamento costituisce fattore di rafforzamento della resilienza e quest’ultima, a sua volta, elemento di riduzione della vulnerabilità ai cambiamenti climatici.

Il nesso tra resilienza ed equità anche in ambito giudiziario sta rapidamente assumendo rilevanza come emerge dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 220/2021. Pur respingendo il ricorso, in motivazione la Consulta – chiarito di «valutare negativamente il perdurante ritardo dello Stato nel definire i LEP [Livelli essenziali delle prestazioni, *n.d.r.*]» e ribadito che essi «indicano la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, nonché “il nucleo invalicabile di garanzie minime” per rendere effettivi tali diritti» – ha sottolineato che l’adempimento statale in materia è «particolarmente urgente anche in vista di un’equa ed efficiente allocazione delle risorse collegate al Piano nazionale di ripresa e resilienza». Secondo la Corte, «[i]n definitiva, il ritardo nella definizione dei LEP rappresenta un ostacolo non solo alla piena attuazione dell’autonomia finanziaria degli enti territoriali, ma anche al pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti sociali».

Sarà il diritto vivente a dire se questo *obiter dictum* (rispetto al caso deciso) assumerà invece altra forza in altre circostanze. È verosimile attendersi che la resilienza possa fiorire quale modalità argomentativa evolutiva e quindi offrire una base per lo sviluppo di una varietà di interpretazioni e approcci evolutivi.

Ai fini dell’analisi conta evidenziare come la Corte, pur non essendo necessario per la reiezione del ricorso, abbia “richiamato il legislatore ai propri doveri” *con urgenza* ponendo l’accento sul nuovo quadro normativo improntato alla resilienza: in definitiva, facendo leva su *resilienza ed equità*.

Dimostrazione, questa, che la resilienza sta già avendo un impatto (ed è così già parte) del diritto *vivente e vigente*.

## 6. Oltre il diritto mite, il “diritto resiliente”

In un mondo, anche giuridico, caratterizzato da forte incertezza (questa, come noto, è la usuale narrazione), se una certezza c'è, è data dalla resilienza come nuova distopia. Fuor di paradosso: è certo che la resilienza ha e avrà impatto sui diritti vigenti, per quanto concerne non solo i contenuti, ma anche tecniche e stili argomentativi. Alla resilienza ci si appella quasi come una formula magica, come se la parola stessa potesse cambiare le cose. Non siamo però dinanzi a una parola capace, mediante meri atti linguistici, di perfomare il mondo. Piuttosto, come si è accennato, la resilienza porta con sé aspetti metaforici, simbolici e in senso ampio espressivi che ne fanno un formidabile veicolo d'ideologie.

Già si discute se sia un principio giuridico (e di quale natura, generale, fondamentale, defettibile, etc.) o una nuova clausola generale, un concetto-*fuzzy*, etc.; se possa essere usata come standard, etc. Nella letteratura anche non giuridica, ma c'è da attendersi che lo stesso avvenga anche in ambito giuridico, è diffuso il tentativo di identificare elementi *operazionali*, vale a dire criteri applicativi (non contingenti) che possano precisare il concetto così da avere dei parametri per discriminare tra resilienza/non resilienza. Come non vi è generale accordo sulla nozione, così è aperto il novero dei criteri utili a concretizzarla in ciascun caso. Emblematici di questo sforzo sono ad esempio i prototipi di *dashboards* per monitorare le dimensioni della resilienza di natura geopolitica, verde, digitale, sociale, economica e in materia di salute.

Senza poter qui entrare nel dettaglio di questi e molti altri progetti che si stanno avviando per implementare il nuovo diritto euro-unitario tutto incardinato sulla resilienza, è d'immediata evidenza il “cambio di passo” rispetto al contesto giuridico e al costituzionalismo che ha caratterizzato i sistemi giuridici europei fino agli anni Duemila. La resilienza è una ulteriore potente freccia per l'arco del potere esecutivo e delle burocrazie, che sta acquisendo spazi rispetto ai poteri giudiziario e legislativo (costituisce l'ultima avanguardia della regolazione, *better/smart regulation* diffusa a livello globale). La resilienza però, grazie alla intima connessione con l'equità, sarà verosimilmente anche un ulteriore strumento a disposizione degli organi giudiziari per andare oltre il bilanciamento tra principi/diritti. Sarà il futuro a dire se il bilanciamento *ragionevole* sarà riconfigurato in bilanciamento *resiliente*. Altri scenari sono però ipotizzabili e sembrano tutto considerato più probabili.

Per come appare oggi concepita, la resilienza supera infatti lo schema dei principi bilanciabili che, in quanto tali, si assumono confrontabili sia pure in termini metaforici. Come si è accennato, però, la immagine/metafora retrostante alla resilienza non è la bilancia, ma la *panarchia* che è facile attendersi i giuristi avranno la fantasia di trasporre in innovative argomentazioni giuridiche. In virtù della sua genealogia (anche giuridica) e delle sue peculiari fattezze, la resilienza

appare un costrutto teorico posto quale chiave di volta, che si presta a essere usato come chiusura *pseudo*-argomentativa. Un complesso *meta*-valore che racchiude in sé un grappolo di valori a cominciare da equità, sostenibilità, inclusione.

Al di là della metafora e delle suggestioni metafisiche e dei loro possibili sviluppi in seno alla argomentazione giuridica (e giudiziaria), la resilienza giuridica appare una formula nuova per la *più giuridica* delle *virtù*, ossia la giustizia, con i suoi due (principali) volti in eterna tensione: quella tra il *particolare* e l'*universale* (Rasmussen, Den Uyl 2013).

### Bibliografia

Batabyal, A. A., Kourtit, K. (2021), *An analysis of resilience in complex socioeconomic systems*, in Reggiani, A., Schintler, L.A., Czamanski, D., Patuelli, R. (2021), *Handbook on Entropy, Complexity and Spatial Dynamics. A Rebirth of Theory?*, Edward Edgar.

Boschetti, B.L. (2022), *Oltre l'art. 9 della Costituzione: un diritto (resiliente) per la transizione (ecologica)*, in DPCE Online.

Carpenter, S., Walker, B., Anderies, J.M., Abel, N. (2001), *From metaphor to measurement: Resilience of what to what?*, in *Ecosystems*, 4, 8, pp. 765-781.

Fletcher, D., Sarkar, M. (2013), *Psychological resilience: A review and critique of definitions, concepts, and theory*, in *European Psychologist*, 18, 1, pp. 12-23.

Holling, C.S. (1973), *Resilience and Stability of Ecological Systems*, in *Annual Review of Ecology and Systematics*, 4, pp. 1-23.

Gunderson, L.H., Holling, C.S. (2002), *Panarchy. Understanding Transformations in Human and Natural Systems*, Washington DC, Island Press.

Gunderson, L.H., Craig, R.A., Holling, C.S. (2009), *Foundations of Ecological Resilience*, Washington (DC), Island Press.

Mitchell, T., Harris, K. (2012), *Resilience: A risk management approach*, London, ODI Background Note, Overseas Development Institute.

Münch, N., Mahdiani, H., Lieb, K., Paul, N.W. (2021), *Resilience beyond reductionism: ethical and social dimensions of an emerging concept in the neurosciences*, in *Medicine, Health Care and Philosophy*, 24, 1, pp. 55-63.

Laclau, E. (2006), *Ideology and post-Marxism*, in *Journal of Political Ideologies*, 11, 2, pp. 103-114.

Oliver, T.H. et al. (2015), *Biodiversity and resilience of ecosystem functions*, in *Trends in Ecology & Evolution*, 30, 11, pp. 673-684.

Rasmussen, D.B., Den Uyl, D.J. (2013), *Why Justice? Which Justice? Impartiality or Objectivity?*, in *The Independent Review*, 17, 3, pp. 441-460.

Sen, A. (2010), *Sustainable Development and our Responsibilities*, [https://www.unipol.it/sites/corporate/files/document\\_attachments/sen\\_2010\\_eng\\_ugf\\_01-01-2010\\_en.pdf](https://www.unipol.it/sites/corporate/files/document_attachments/sen_2010_eng_ugf_01-01-2010_en.pdf)

Smith, B.W. *et al.* (2008), *The brief resilience scale: assessing the ability to bounce back*, in *The International Journal of Behavioral Medicine*, 15, 3, pp. 194-200.

Southwick, S.M. *et al.* (2014), *Resilience definitions, theory, and challenges: interdisciplinary perspectives*, in *The European Journal of Psychotraumatology*, 5, p. 25338 ss.

Twining, W. (2012), *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Cambridge, Cambridge UP.

Vasoli, C. (2002), *Le filosofie del Rinascimento*, Milano, Bruno Mondadori.

Walker, B. *et al.* (2004), *Resilience, adaptability and transformability in social-ecological systems*, in *Ecology and Society*, 9, 2, p. 5 ss.

## **Diritto e resilienza. Coordinate per un diritto capace di transizioni\***

BARBARA BOSCHETTI\*\*

---

**Sommario:** 1. Diritto post-pandemico e resilienza (trasformativa). – 2. Alla scoperta della resilienza trasformativa (e del nuovo spazio-tempo giuridico che essa schiude). – 3. Un diritto a misura di resilienza (trasformativa). – 4. Coordinate per un diritto ‘a misura di’ resilienza trasformativa. – Bibliografia.

**Data della pubblicazione sul sito:** 10 ottobre 2023

### **Suggerimento di citazione**

B. BOSCHETTI, *Diritto e resilienza (trasformativa). Coordinate per un diritto resiliente capace di transizioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2023. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://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.

\*\* Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo nel Dipartimento di Scienze politiche dell'Università cattolica del Sacro Cuore di Milano. Indirizzo mail: [barbara.boschetti@unicatt.it](mailto:barbara.boschetti@unicatt.it).

## 1. Diritto post-pandemico e resilienza (trasformativa)

Parola dagli effetti taumaturgici e messianici (Cantaro 2021), da subito entrata a far parte del lessico pandemico (Boschetti, Poli 2022), scelta come motivo dominante per una sinfonia del nuovo mondo (la narrativa “*della ripresa e resilienza*” promossa dal Next Generation EU), la resilienza è divenuta capace di definire questo tempo. Viviamo, dunque, nell’*età della resilienza* (Rifkin 2022) e siamo la *società resiliente* (Brunnermeier 2021).

Nell’universo giuridico, con pari potenza, la resilienza diviene la cifra, la *misura*, del diritto post-pandemico: innanzitutto, del *diritto della ripresa e resilienza* funzionale all’attuazione del programma NGEU e, appunto, del Piano nazionale di ripresa e resilienza (P.N.R.R.); quindi, del *diritto delle transizioni* (Boschetti, Poli 2022; Boschetti 2022°; Napolitano 2021), vale a dire, di quel diritto – di matrice internazionale, ma soprattutto europea e, quindi, nazionale – volto a garantire la progressione verso i grandi cambiamenti sistemici, da quello ecologico, climatico ed energetico, a quello digitale.

Dunque: non solo una età e una società della resilienza, ma anche un diritto della resilienza.

L’intreccio tra resilienza e diritto non costituisce certo una novità. La resilienza, infatti, ha, da tempo, trovato ingresso in molti settori del diritto positivo e sul piano delle politiche pubbliche (dai disastri, alla sicurezza delle infrastrutture, terrorismo, cyber-terrorismo e *hybrid-threats*, contrasto ai cambiamenti climatici), con il contributo decisivo da parte delle istituzioni europee (tra i molti riferimenti, 2015 conference “*Building a resilient Europe in a globalized world*”; EC, JRC Science for Policy Report, 2017). Anche sul piano della teoria (e della filosofia) del diritto, le riflessioni sulla cd. Resilienza giuridica – nei termini di resilienza del diritto e attraverso il diritto (Sari 2021), ovvero di resilienza strumentale e istituzionale (Ruhl, Cosens, Soinenen 2021) – sono indicative della fertilità del concetto di resilienza e della sua riconosciuta (o, quantomeno, esplorata) autonomia rispetto ad altri concetti e principi ormai entrati nel patrimonio giuridico, come quello di prevenzione, precauzione e, addirittura, di sviluppo sostenibile (Humby 2014).

Con la pandemia, tuttavia, si assiste a un fatto senz’altro nuovo, che segna un cambio di passo, tanto nella storia dei rapporti tra resilienza e diritto, quanto in quella della resilienza: il diritto, infatti, si fa carico di definire il concetto di resilienza (si veda, in particolare, l’art. 2 del Reg. UE 241/2021 che istituisca il cd.

Dispositivo di ripresa e resilienza), espandendone il significato ben al di là di quello importato dalle scienze che avevano contribuito a plasmarlo (*in primis*, l’ecologia: Holling 1973).

In particolare, senza abbandonare il significato originario di resistenza a shock sistemici e di conservazione di identità nel cambiamento (cd. *Engeneering resilience*: Holling 1996), essa esprime oggi anche la capacità di realizzare grandi cambiamenti strutturali in modo equo, inclusivo e sostenibile. È la consacrazione, attraverso il diritto, della resilienza *trasformativa*, o meglio, della *dimensione trasformativa* della resilienza.

Proprio la ri-definizione del concetto in chiave proattiva, di apertura al futuro (si badi: non a un futuro qualunque, ma politicamente progettato), spiega il successo della resilienza nel diritto-post-pandemico e nel cd. Diritto delle transizioni. Sul piano della normatività si presenta in una pluralità di forme: ora come principio, ora come obiettivo specifico e meta-obiettivo sistemico, ora come standard e parametro di valutazione, criterio e giustificazione. Una vera e propria *contaminazione da resilienza*, ulteriormente espansa ed amplificata grazie a quel gioco di continui intrecci tra annunci pubblici, documenti di policy, programmi di finanziamento e meta-cicli di regolazione, entro cui nasce e vive il diritto contemporaneo.

In questa eccedenza di forme, la resilienza conserva, a ben vedere, una certa indeterminatezza giuridica, quasi fosse un'attitudine giuridica di fondo, inafferrabile nella sua vera essenza, almeno attraverso le etichette giuridiche tradizionali. Occorre allora comprendere se, e perché, essa sia il vero *game changer*: non solo per un *nuovo mondo*, ma anche, eventualmente, per una nuova ontologia del diritto, capace di ridisegnarne contenuti, forme, istituti e concetti; prima ancora, attraverso la ricerca della sua specificità (*quid proprium* della resilienza), di fornire le ragioni di quella pretesa di absolutezza che già trova manifestazione *concreta* sul piano politico e del diritto.

Al di là di tutto, è senz'altro vero che anche nel legame tra resilienza e diritto, la pandemia si conferma ad un tempo *fatto costitutivo*, in quanto generativo di nuovi canoni e forme del reale e per la sua interpretazione, e fatto (di rilevanza) costituzionale, in quanto, attraverso questa generatività, *genera*, a sua volta, mutamenti costituzionali (Mangia 2020; Lupo 2022; Cassese 2021).

## **2. Alla scoperta della resilienza trasformativa (e del nuovo spazio-tempo giuridico che essa schiude)**

Il diritto post-pandemico non si limita a riconoscere la resilienza, la plasma e si lascia da essa plasmare. Assistiamo, dunque, a una interiorizzazione consapevole e attiva del concetto di resilienza da parte del diritto, finalizzata a ri-definirne i confini di significato in funzione di processi *trasformativi* di lungo periodo (le transizioni, appunto: da quella climatica, energetica ed ecologica, a quella digitale, epistemologica e della conoscenza), orientati a/da meta-obiettivi globali di policy (cd. *Mega trends*:

[https://knowledge4policy.ec.europa.eu/foresight/tool/megatrends-hub\\_en](https://knowledge4policy.ec.europa.eu/foresight/tool/megatrends-hub_en)). Una risposta senz'altro sollecitata dai ripetuti richiami, contenuti nella narrativa internazionale ed europea sullo sviluppo sostenibile, all'urgenza di sviluppare una reale *transformative capacity*, anziché confidare in un approccio *meramente* adattivo (Boschetti, 2022d).

L'articolo 2 del Reg. 241/2021/UE, cit., costituisce un riferimento imprescindibile di questo percorso di interiorizzazione e ri-orientazione in chiave trasformativa del concetto di resilienza: in esso la resilienza è, infatti, definita in termini di capacità di affrontare, tanto “*gli shock economici, sociali e ambientali*”, quanto “*i persistenti cambiamenti strutturali in modo equo, sostenibile e inclusivo*”.

Questa definizione normativa riflette l'ambivalenza del nostro tempo, tempo di shock, crisi, pandemie sempre più ricorrenti; ma, anche, tempo di grandi transizioni e cambiamenti di portata ri-ontologizzante. I primi, in quanto pre-pongono le loro emergenze avanti ad altre emergenze e fini, ostacolano, frenano, dis-ordinano; le seconde, all'opposto, in quanto pro-pongono orizzonti di cambiamento, dis-ostacolano, accelerano, e ri-ordinano. Ancora, sempre nel segno dell'ambivalenza: i primi, pur con il loro carattere ricorrente e, addirittura ricorsivo, si muovono su un piano orizzontale e sincronico; le seconde, invece, con il loro carattere prospettico, si muovono su un piano longitudinale, dia-cronico, trans-temporale.

Ebbene, i due volti del concetto normativo di resilienza, l'uno difensivo/conservativo (Garmestani e a. 2014) e l'altro proattivo/trasformativo, restituiscono, in modo sintetico, l'ambivalenza del nostro tempo, con le sue sfide, trasferendola nella dimensione giuridica.

Così, anche se l'espressione resilienza *trasformativa* non è, di per se stessa, una novità, in quanto ricorre, ad esempio, nei documenti di policy e governance internazionali (OECD Guidelines for Resilience System Analysis 2014; UN *Common Guidance on Helping Building Resilient Societies* 2020) ed europei (European Commission JRC Science for Policy Report 2020, etc.), la definizione fatta propria dal diritto delle transizioni consacra, nel diritto, un nuovo orizzonte di significato del concetto di resilienza, contribuendo a ri-definire, in modo sostanziale, il volto del diritto resiliente, almeno per come conosciuto e studiato sino ad oggi.

In particolare, finché la resilienza è pensata (esclusivamente) in termini di capacità di resistenza a shock e crisi sistemiche, essa sollecita una risposta giuridica di tipo reattivo/difensivo, preventivo e/o predittivo-adattiva, prudenziale, precauzionale, che si mantiene comunque entro la bassa linea d'orizzonte segnata, appunto, da shock e crisi sistemiche; viceversa, quando la resilienza è pensata in termini di capacità di realizzare persistenti cambiamenti strutturali (in modo equo, inclusivo e sostenibile), essa sollecita una risposta giuridica responsiva, proattiva, costruttivamente protesa e orientata a realizzare grandi orizzonti di cambiamento

ecosistemico (Boschetti 2022°), in cui è in gioco una progettualità che riscrive la *finalité* dei sistemi giuridici (Chiti 2022), esistenziale (Boschetti 2022° e 2022c), a sua volta terreno per una progettualità individuale e di un diritto di essere se stessi (Alpa 2021). In una battuta, si può dire che essa sollecita una risposta giuridica trasformativa.

A ben vedere, però, la resilienza trasformativa non è, solo, capacità di raggiungere un *dove*, ma anche, e soprattutto, un modo di andare *verso* un dove. Non solo misura delle transizioni, ma di un *essere in transizione*. In modo significativo, ai sensi dell'art. 2 del Re. 241/2021/UE, la resilienza trasformativa non esprime tanto e solo la capacità di realizzare persistenti cambiamenti strutturali, ma di assicurare che tali cambiamenti avvengano “*in modo equo, inclusivo, sostenibile*”.

Questo approccio risale al Green Deal europeo, laddove la Commissione, nel riconoscere l'esigenza di una strategia integrale per una società giusta e prospera, sottolinea la necessità di una giustizia verso questa società giusta e prospera: “*allo stesso tempo, questa transizione deve essere giusta e inclusiva e non deve lasciare indietro nessuno*”. Negli stessi termini, la legge europea sul clima (considerando 2), che, nel raccogliere la sfida della neutralità climatica per una società giusta e prospera, sollecita una transizione verso la neutralità climatica che sia, appunto, equa, sostenibile e inclusiva. Ne sono segno tangibile il *Just transition Fund* (Reg. UE 2021/1056) e il *Fondo sociale per il clima* (Reg. UE 2023/7955).

Vi è, dunque, una giustizia *delle transizioni* e una giustizia *nelle transizioni*, di cui la resilienza è la misura: se la prima dipende essenzialmente dalla capacità di dare forma (progettuale) e certezza realizzativa a transizioni realmente trasformativa, perciò giuste (nel fine); la seconda, invece, richiede di mantenersi equi, inclusivi e sostenibili entro questi percorsi trasformativi (per un approfondimento sulla giustizia nelle transizioni, e i mutamenti costituzionali che essa innesca, Boschetti 2022c; sulla performatività del diritto costituzionale, Morrone 2022 e 2018).

Peraltro, è significativo che, ai fini della giustizia nelle transizioni, l'universalità della giustizia abbia bisogno dell'indeterminatezza e singolarità dell'equità (Zorzetto, Relazione al convegno ICON-S Italian Chapter, Bologna, 16-17 Settembre 2022); il cambiamento debba calarsi in soluzioni strutturalmente e operativamente inclusive, di accompagnamento nella transizione (Ursula Von der Leyen, 18 maggio 2023: “*non possiamo lasciare indietro nessuno*” riferendosi alla necessità di abitazioni inclusive, in quanto accessibili e energeticamente efficienti, nonché di una AI inclusiva, in quanto capace di creare, anziché distruggere, posti di lavoro; così anche nel Reg. UE 2023/955, che istituisce un Fondo sociale per il clima, ove l'inclusione prende la forma di investimenti a favore delle categorie vulnerabili); la sostenibilità, da sola, non basti: la sostenibilità, pur apparentemente forte del suo riconoscimento giuridico (si noti, però, che l'articolo 9, comma 3,

Cost. non fa riferimento esplicito allo sviluppo sostenibile) e della sua portata olistica (UN SDGs 2030), si scopre inadeguata a guidare e portare a termine i cambiamenti strutturali ed epocali per essa attivati, così come a garantire la giustizia nel progresso verso tali cambiamenti, incapace di ri-definire lo strumentario regolatorio e le stesse categorie giuridiche (cfr. per una relazione di identità tra sostenibilità e resilienza, Robinson, 2014; di complementarità: Espiner, Orchiston & Higham 2017).

La resilienza trasformativa si presenta, dunque, nel giuridico, quale misura, canone, principio (?), della capacità trasformativa del diritto (e attraverso il diritto), capacità, ad un tempo, di realizzare di transizioni giuste, e di assicurare una giustizia nelle transizioni. Vi è qui l'eco, potente, della duplice portata semantica del concetto di ordine (*or-do*) giuridico: moto verso un orizzonte di cambiamento progettato, ma anche e soprattutto, maniera/modo di andare verso questo orizzonte di cambiamento (dalla radice ariana *or-*, che esprime l'andare verso, e la desinenza *-do*, che pone l'accento sul modo di andare verso).

A questo fine, ed è questa forse la novità più rilevante, la resilienza trasformativa, schiude un nuovo *spazio/tempo giuridico*: lo spazio/tempo giuridico entro il quale dare forma ad un nuovo ordine, al modo, allo stile (in sintonia con il lessico del Bauhaus europeo), attraverso progettare e portare a compimento cambiamenti di portata ri-ontologizzante ed ecosistemica, con la loro politicità ri-definitoria che li contraddistingue (Chiti 2022), con i loro orizzonti temporali che eccedono quelli dei cicli democratici, addirittura generazionali, che si realizzano in termini progressivi, per tappe di avvicinamento. Uno spazio/tempo, dilatato e aumentato, trans-temporale, per una giustizia (eco)sistemica e trans-generazionale, che deforma le strutture giuridiche fondamentali (per una nuova dimensione spazio/temporale dei diritti e delle libertà: BverfG, Ord. 24 marzo 2021-1 BvR 2656/18, disponibile all'indirizzo: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/03/rs20210324\\_1bvr265618en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/03/rs20210324_1bvr265618en.html); per un approfondimento sull'eco-design giuridico trasformativo, Boschetti 2022° e 2022c).

Questo nuovo spazio/tempo cambia, inevitabilmente, anche il rapporto (del diritto) con il futuro e con l'incertezza: se, nella lente della resilienza difensiva, la relazione con il futuro passa essenzialmente per la gestione del rischio (dunque, dell'incertezza) – secondo un approccio regolatorio preventivo, predittivo, prudentiale, o precauzionale; con la resilienza trasformativa, invece, la relazione con il futuro passa per la gestione dei persistenti cambiamenti strutturali (dunque, della loro certezza) lungo tutto il percorso di avvicinamento – con la necessità di un approccio regolatorio responsivo, proattivo, orientato all'effettività (non tanto, e solo, del diritto) e necessariamente *multi* e trans-temporale e inter-generazionale.

Insomma, la resilienza trasformativa reca in sé un *quid novum*: certamente innova, non solo in termini ampliativi, il concetto di resilienza

(difensiva/conservativa); certamente oltrepassa, includendoli, ma non elidendoli, altri principi giuridici (quelli di prevenzione, precauzione, sostenibilità); certamente, infine, chiama in causa il diritto e le sue categorie, proponendosi come canone fondamentale dell'esperienza giuridica (trasformativa).

### 3. Un diritto a misura di resilienza (trasformativa)

La capacità di affrontare *shock* ricorrenti e sistemici e di portare a compimento persistenti cambiamenti strutturali in modo equo, inclusivo e sostenibile, passa inevitabilmente per il diritto e l'interiorizzazione, in esso, della resilienza come *attitudine* etica-politica-giuridica fondamentale (per gli studi psicologici sulla resilienza come *attitudine*: Procentese *et al.* 2022; come dimensione della normatività: Andersson 2022). Insomma: se, come Totò e Peppino, ci chiediamo: “*per andare dove dobbiamo andare, per dove dobbiamo andare?*” Ebbene, la risposta, solo apparentemente semplice, è: verso un *diritto a misura di resilienza*, ossia verso un diritto orientato, e a sua volta capace di orientare, alla resilienza, nella duplice dimensione difensiva/conservativa e proattiva/trasformativa.

I cambiamenti imposti al diritto dalla resilienza difensiva/conservativa, che per primi si sono manifestati, non si sono limitati al mero riconoscimento di principi giuridici, quali quelli di prevenzione e precauzione: piuttosto, hanno dato vita a un diritto orientato alla gestione del rischio e dell'incertezza, entro il quale la normatività (emerge significativamente il ruolo della *soft law*, così come di una normatività sociale e individuale, si riconosce l'esistenza di una normatività del caso concreto, prendono forma i meta-cicli di regolazione, muta il rapporto tra diritto ordinario e dell'emergenza), le strategie regolatorie (si pensi alla vigilanza prudenziale o collaborativa, all'istituzione di sistemi di rating “comportamentali”, allo sviluppo di forme giuridiche “a tempo” e adattive), ruoli, organizzazione, dinamiche e metodi delle istituzioni (il riferimento alle *best practices* o *techniques* è elevato a principio, centrale l'individuazione di strumenti e lo sviluppo di metodologie di analisi di rischio e monitoraggio), così come degli operatori privati (si pensi agli strumenti collegati alla responsabilità amministrativa da reato o alla responsabilità sociale), sono stati ri-definiti (Palombella 2013; Boschetti, Berti 2022). Ebbene, questi mutamenti non sono circoscrivibili a singoli settori o ecosistemi regolati (ambiente, anticorruzione, mercati bancari, finanziari, farmaceutico/sanità, trasporti, infrastrutture...), dovendo constatarci una vera e propria torsione del sistema giuridico in vista del potenziamento della capacità di fronteggiare shock ed emergenze di carattere ricorrente e sistemico.

È significativo, peraltro, che proprio questa dimensione difensiva/conservativa della resilienza, legata alla gestione del rischio, finisca con l'introdurre la centralità del tema del cambiamento strutturale e dello spazio/tempo del cambiamento strutturale, sul quale si innesta la resilienza trasformativa. Ne sono prova la ciclicità

dei processi di *risk assessment*, l'importanza, in essi, delle fasi di monitoraggio *ex post*, anche in ottica di miglioramento costante, l'attenzione, al di là della *compliance* legale in senso stretto, alla dimensione del comportamento dei singoli e delle organizzazioni (dunque, dell'esperienza, della prassi, con la loro normatività etica e giuridica).

Allo stesso modo, va riconosciuto che è proprio il rischio, o, meglio la presa d'atto consapevole della portata esistenziale del rischio, a dare il via ai persistenti cambiamenti strutturali e alle grandi transizioni, di modo che l'emergenzialità, tipica della crisi e degli shock sistemici, si trasferisca a questi orizzonti di cambiamento, quale condizione di compimento (Zabala 2021; Moltmann 2022). Non a caso, è proprio dalle ceneri, ancora calde, della pandemia da Covid-19 che nasce la narrativa della ripresa e resilienza, il Next generation EU, il diritto post-pandemico e, in esso, la resilienza trasformativa (Boschetti, Poli 2022). Anche in questo, dunque, la resilienza difensiva/conservativa si conferma motore di cambiamento e rinnovamento per il diritto, nella misura in cui essa svela il limite stesso di una resilienza tutta proiettata alla risposta a shock/crisi/emergenze e alla conservazione, in essi, dell'identità di un sistema.

Come si è visto, attraverso l'interiorizzazione della resilienza proattiva/trasformativa, il diritto è posto, ineludibilmente, dinanzi alla sfida dei persistenti cambiamenti strutturali. Questo ri-orientamento richiede il passaggio a un diritto resiliente in quanto capace di prendere sul serio le transizioni, di farsi carico, in modo consapevole, creativo, responsivo e responsabile, del loro compimento, della progettualità identitaria (di natura politica e rilievo costituzionale) che per esse si rivela, del bisogno di giustizia che esse schiudono.

In questo diritto trasformativo assumono, inevitabilmente, un ruolo chiave l'essenza e la sequenza delle riforme.

Si riconosce, con una forza del tutto nuova, la centralità delle cd. *Riforme strutturali*. Basti pensare, al fatto che esse sono identificate come contenuto fondamentale, accanto agli investimenti, dei Piani nazionali di ripresa e resilienza (CE, Linee guida 22 gennaio 2021), ai fini della loro positiva valutazione (Reg. 2021/241/UE). In proposito, la Commissione europea parla di riforme *future-proof*, ossia a prova di futuro, laddove il PNRR italiano parla di riforme *di contesto, abilitanti e di accompagnamento*, a sottolineare il ruolo del diritto nel creare le condizioni, liberare le energie/rimuovere gli ostacoli, assicurare il supporto per il progresso verso gli obiettivi delle grandi transizioni (missioni, nel lessico evocativo e messianico del PNRR).

Le riforme, tuttavia, quand'anche strutturali, perdono in assolutezza, divenendo tappe di avvicinamento a, progressioni verso, un orizzonte prefigurato di cambiamento, tra loro collegate in una successione evolutiva (sulle leggi di successione e teoria del mutamento sociale: Boudon 1984; su leggi di successione e teoria evolutiva dell'universo, Smolin 1992 e 1997), alimentate da una narrazione

politico-istituzionale dall'alto valore programmatico e simbolico (calata in documenti di visione, strategie, piani, dichiarazioni istituzionali e molto altro).

Come è stato notato con specifico riferimento allo European Green Deal (Chiti 2022), le transizioni richiedono la messa in moto di vere e proprie sequenze regolatorie rigidamente scansite (*regulatory process*), in cui il disegno politico che le transizioni pro-pongono prende via via forma (significativa la previsione di milestones e targets, sulla cui insufficiente determinatezza, di recente, ECA Report, n. 21/2022). Una manifestazione, anche questa, del nuovo spazio/tempo del diritto schiuso dalla resilienza trasformativa, una nuova forma di (in)certezza intertemporale, di cui il diritto trasformativo deve farsi carico, tanto sul fronte politico (basti pensare, ad esempio, al dibattito sulla proposta di Regolamento UE sulla conservazione della natura o, a livello interno, sulla legge sulla concorrenza), quanto sul fronte degli shock sistemici (dalla guerra Russia-Ucraina è nato il *RepowerEU* e la necessità di modificare, fatto avvenuto con il Reg. UE 2023/435, la disciplina del Dispositivo di ripresa e resilienza di cui al Reg. UE 2021/241).

L'impatto della resilienza trasformativa sul diritto non si limita, però, al riconoscimento della centralità delle riforme, puntando sulla loro essenza e sequenza (cfr. CE, Explanatory Memorandum alla proposta di Regulation of the European parliament and the Council establishing a Recovery and Resilience Facility COM(2020) 408final, 2020/0104 (COD), dove si sottolinea il salto del dispositivo per la ripresa e resilienza rispetto al Reform Support Programme del 31.05.2018).

Piuttosto, essa richiede al diritto una capacità *ri-formativa* che sia *trans-formativa*: non un semplice tornare 'di nuovo' sulle forme, questo suggerisce il prefisso *re-*, ma, come suggerisce il prefisso *trans-*, un andare 'oltre' le forme esistenti. Dunque, la capacità di progettare (et. Da *pro-jectus*, 'gettare in avanti') le forme (et. 'ciò che porta, che sostiene') per una salto in avanti identitario (di natura politica e rilievo costituzionale: per un approfondimento, Boschetti 2022c); la capacità di assicurare quel *rinnovamento delle forme* (non solo, ma anche, nella dimensione giuridica) che tali cambiamenti strutturali richiedono e continuamente sollecitano (non a caso, il richiamo al cambiamento delle *forme* economiche, industriali, di uso e consumo, sociali, in un significato che esprime una nuova ontologia del reale, è costante nei documenti europei che si collocano a valle dello EGD).

In questa prospettiva, il diritto resiliente non è, semplicemente, *un diritto in mutamento* (che si ri-forma senza trans-formare), né, solo, un diritto *effettivo* (che prende/si fa forma fine a se stessa). Esso è, piuttosto, un diritto capace di prendere sul serio, in modo consapevole, responsivo e responsabile, i persistenti cambiamenti strutturali. Un diritto capace di dare voce alle emergenze nascoste (Zabala 2021), anche quando queste siano nascoste nel ventre delle transizioni: si pensi all'emergenza antropologica e ecologica portata dalla transizione digitale

(Ferraris 2021; Floridi, 2020); di preservare l'emergenzialità delle transizioni nell'emergenza (in questo, significativa la posizione europea sull'impatto dell'emergenza energetica aperta dalla guerra ucraina sui piani nazionali di ripresa e resilienza); di anteporre la certezza (coraggiosa) del loro divenire all'immobilità (difensiva) dell'incertezza (BverfG, Ord. Ord. 19 novembre 2021, 781/21); di definire il tempo del politico (della progettualità identitaria delle transizioni), oltrepassando quello della politica; di conversare (*cum-versare*) con la scienza e con gli esperti, evitando pericolose esternalizzazioni o cieche co-evoluzioni, in cui sarebbe in radice compromessa la libertà di interpretare il proprio futuro e la stessa normatività (Teubner 1989); di generare cambiamento, mantenendosi ri-generativo nel cambiamento (Pessina 2016; Boschetti e Poli 2022).

L'interiorizzazione della resilienza trasformativa sul piano giuridico non è, dunque, meramente formale, ma cambia le forme dentro e attraverso l'esperienza giuridica: dalla normatività alle tecniche e strumentario regolatorio, dall'amministrare al giudicare, dalla prassi alle categorie fondamentali, con i loro presupposti filosofici, tutto nel segno di una capacità trasformativa.

#### 4. Coordinate per un diritto 'a misura di' resilienza trasformativa

Come si è già detto, la resilienza trasformativa schiude un nuovo spazio/tempo per un diritto capace di transizioni giuste e, al tempo stesso, di una giustizia nelle transizioni. Ebbene, è proprio dalle coordinate di questo spazio/tempo giuridico che, per il loro valore de-finitorio sul piano teorico e operativo, occorre partire per disegnare una mappa orientativa del diritto resiliente.

In particolare, è possibile individuare tre dimensioni fondamentali, attraverso cui la resilienza trasformativa esprime il suo potenziale *trans-formativo* sul piano dell'esperienza giuridica, tanto in termini di resilienza del diritto, quanto di resilienza attraverso il diritto: (a) quella di *processo*; (b) quella di *ecosistema*; (c) quella di *progetto/design*.

La dimensione di *processo*, propriamente situazionale, è la prima coordinata dello spazio/tempo svelato dalla resilienza trasformativa: è in essa, infatti, che può esprimersi la capacità di persistenti cambiamenti strutturali e di una giustizia che sia modo e non semplicemente fine. Essa sollecita una risposta giuridica proattiva, progressiva, pianificatoria/programmatoria, di accompagnamento nelle riforme, certamente diacronica e inter-generazionale, finanche trans-temporale e trans-generazionale, che si realizza proprio in una dimensione di processo. Basti pensare, sul fronte della *resilienza del diritto*, all'avvento di un vero e proprio *planning* regolatorio finalizzato alle grandi transizioni (fatto di policy windows, milestones e targets, metodologie di misurazione di avanzamento), con il suo carattere prospettico e il potenziale orientativo/preparatorio anticipato rispetto all'entrata in vigore della norma (una nuova forma di certezza del diritto nello spazio/tempo

della resilienza trasformativa); allo sviluppo di un *management* regolatorio, con la sua capacità manutentiva, adattivo/evolutiva dello strumentario giuridico (di vera e propria re-ingegnerizzazione parla il PNRR); al recupero dell'integrità del *regulatory process* (di creazione, esecuzione/attuazione, applicazione delle regole), con la sua sequenzialità non lineare e incrementativa che oltrepassa i cicli e le sedi della normatività; a un nuovo stile regolatorio di presa in carico, fin dentro alle sequenze operative e materiali, tanto di attori pubblici quanto privati (*ex multis*, proposta di direttiva UE COM(2022) 150 final sull'efficienza energetica e le green houses), degli obiettivi trans-formativi di cui il diritto è portatore (secondo il modello *transition as a service*); alla centralità dei meta-processi/cicli regolatori, con la loro funzione di apprendimento diffuso e ottimalità regolatoria progressiva (EC, *Joining forces to make better laws*, 14 aprile 2021);. Sul fronte della *resilienza attraverso il diritto*, la resilienza trasformativa segna il trionfo degli strumenti di pianificazione su quelli emergenziali (Cons. Stato, sentenza 17 marzo 2022, n. 1937; ECA, Report n. 19/22 in riferimento alla necessità di *continuity business plan*), specialmente di una pianificazione di lungo periodo funzionali a transizioni giuste (Reg. 2021/1119/EU; Council of Europe, *Guidelines the use of ICT in electoral systems*, 2021), ma anche a una giustizia nelle transizioni (BverfG, Ord. 24 marzo 2021-1 BvR 2656/18, cit.).

La dimensione di *ecosistema*, propriamente relazionale, è la seconda coordinata dello spazio/tempo svelato dalla resilienza trasformativa: è in essa, infatti, che può esprimersi tanto il carattere di universalità della resilienza (o è di tutto o, semplicemente, non è), quanto la complessità, essenzialmente relazionale, che i persistenti cambiamenti strutturali richiedono di governare. Questa dimensione sollecita una risposta giuridica capace di relazioni (capacità che parte dal riconoscimento dell'essere in relazione, simbiotico e co-esistenziale, con le componenti dell'ecosistema) e di un vero e proprio management ecosistemico, generativa di fiducia e alleanze, di assicurare l'ingaggio di tutti i settori e gli attori per transizioni davvero strutturali (Di Lascio, De Donno, 2022). Sul fronte della *resilienza del diritto*, la dimensione di ecosistema spinge il diritto a guardare anche fuori da sé, consentendo di recuperare il valore di una normatività sociale e individuale, così come delle molteplici forme di *soft law* tradizionalmente collocate fuori dalla normatività (Bin 2009) e addirittura dal giuridico (Boschetti, Poli 2021), della prassi in quanto generativa di innovazione regolatoria (si pensi, ad esempio, alla co-progettazione di cui al Codice del Terzo Settore, ovvero a molti istituti del Codice dei contratti pubblici), della cura delle regole (e delle riforme) quale forma di certezza del diritto essenziale a orientare i comportamenti e creare fiducia (Boschetti, Celati 2022), non ultimi, della forza ecosistemica dei principi (Lipari 2017) e della stessa resilienza quale attitudine normativa fondamentale. Sul fronte della *resilienza attraverso il diritto*, la dimensione di ecosistema spinge il diritto a ricercare nuove forme regolatorie orientative (si pensi alla tassonomia di cui al Reg.

852/2020/UE o agli *schemes* orientativi contenuti nella proposta di *Green Deal Industrial Act*) e di engagement attivo (CE, *Strategy for financing the transition to a sustainable economy*, cit.; EU Digital Compact 2030; Dir. 2022/2464/UE sulla rendicontazione societaria di sostenibilità) funzionali alle grandi transizioni, facendosi esso stesso creatore di ecosistemi, anche attraverso nuove strutture relazionali di portata ecosistemica (piattaforme per gli ecosistemi), a ripensare il confine tra pubblico e privato e le forme di loro interazione (si pensi alla centralità dei PPPs nelle transizioni oggetto del PNRR italiano), tra oggetto e soggetto, anche con riferimento ad alcune categorie giuridiche fondamentali (dalla personalità giuridica alla responsabilità, dal concetto di spazio pubblico a quello di proprietà).

La dimensione di *progetto/design*, propriamente attitudinale, è la terza, e certamente la più importante, coordinata dello spazio/tempo svelato dalla resilienza trasformativa: è in essa, infatti, che può esprimersi quella progettualità identitaria capace di dare sostanza e originalità ai persistenti cambiamenti strutturali (le transizioni), al tempo stesso mantenendo aperte e stimolando nuove possibili re-interpretazioni del futuro (quale prima forma di giustizia nelle transizioni). Questa dimensione, che interiorizza quella di processo e di ecosistema, sollecita una risposta giuridica capace di imparare dall'esperienza (*learning by doing*) e autoriflessiva, informale, sperimentale e innovativa, abilitante e capacitante, rigenerativa e non estrattiva (Boschetti 2022° e b), vigile più che vigilante. Sul fronte della *resilienza del diritto*, la dimensione di progetto/design spinge il diritto verso forme di carattere sperimentale (sfruttando anche il carattere multi-livello e multi-polare dei sistemi di governance o il ricorso alla *soft law*), a tempo (*sunset regulation*) o sequenziali/evolutive (retro, par. 3), abilitative di contesti di auto-regolazione o sperimentazione regolatoria (ad es. *regulatory sandbox*), rigenerative delle forme del giuridico, anche in termini di istituti e categorie (sulla rigeneratività come condizione dell'uso dei suoli, Boschetti 2022b; sulla forza rigenerativa dei principi si veda Lipari 2017). Sul fronte della *resilienza attraverso il diritto*, il diritto è chiamato a promuovere forme di progettualità comunitaria, anche, e soprattutto, di tipo "identitario" (si pensi al Bauhaus europeo), di co-programmazione e co-progettazione con soggetti della società civile (emblematiche quelle con il terzo settore e i destinatari di misure di welfare assistenziale), la previsione di tecniche/meccanismi di *empowerment* che diano voce al diverso, all'escluso, all'emarginato, a ciò che è senza valore (Carney 2021), tanto sul piano sostanziale quanto su quello processuale (come mostrano di fare alcune delle fondamentali decisioni in tema di giustizia climatica).

Attorno alle coordinate del nuovo spazio/tempo schiuso dalla resilienza trasformativa, qui brevemente riassunte, può prendere forma, ed invero ha già preso forma nel diritto post-pandemico, un diritto a sua volta trans-formativo in quanto capace di transizioni eque, inclusive e sostenibili e, dunque, di generare ordine, di farsi, cioè, *modo* per progredire verso un orizzonte di futuro ecosistemico

identitario (la *happiness* è in relazione al *to happen*). Se questa sia l'alba di una nuova ontologia del diritto si dovrà molto alla responsabilità coraggiosa (trasformativa e non difensiva) dei creatori e operatori del diritto.

### Bibliografia

- Alexy, R. (1992), *Concetto e validità del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Alpa, G. (2021), *Il diritto di essere sé stessi*, Milano, La Nave di Teseo.
- Bin, R. (2009), *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società post-moderne*, Torino, Giappichelli, pp. 31 e ss.
- Boschetti, B. e Poli, M.D. (2021), *A Comparative Study on Soft Law. Lessons from the Covid-19 Pandemic*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, pp. 1 ss.
- Boschetti, B. e Poli, M.D. (2022), *The pandemic curvature of democratic space/time. A legal perspective*, in Palano D. (a cura di), *State of emergency. Italian democracy in times of pandemic*, Milano, p. 39.
- Boschetti B. (2022°), *Oltre l'art. 9 della Costituzione: un diritto (resiliente) per la transizione (ecologica)*, DPCE online, 2/2022, pp. 1153 ss.
- Boschetti, B. (2022b), *Rigenerazione urbana e legislazione regionale: verso un diritto (del governo del territorio) rigenerativo?*, in corso di stampa in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2., Milano, Giuffrè.
- Boschetti, B. (2022c), *Eco-design giuridico trasformativo per la net-zero age*, in IdF, 2022, 4
- Boschetti, B. e Celati, B. (2022), *La buona amministrazione*, Rapporto di Osservatorio Futuro (Istituto Toniolo), disponibile all'indirizzo <https://www.laboratoriofuturo.it/ricerche/la-buona-amministrazione/>
- Boschetti, Berti, *La prevenzione della corruzione nei contratti pubblici a dieci anni dalla l. n. 190/2012: prove di un nuovo diritto amministrativo (tra risultato, fiducia e discrezionalità)*, in IdF, 3/2022 special issue
- Brunnermeier, M.K. (2021), *The resilient society*, [Endeavor Literary Press](https://www.oxfordjournals.org/doi/10.1093/oxfordhb/9780197528211/chapter-1).
- Cantaro, A. (2021), *Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici*, Torino, Giappichelli.
- Carney, M. (2021), *Il Valore e i Valori*, Milano, Mondadori.
- Chiti E. (2022), *Managing the ecological transition of the EU: the European Green Deal as a regulatory process*, Common Market Law Review, pp. 19 ss.
- Cassese, S. (2021), *Il governo legislatore*, in *Giornale dir. Amm.*, 27, 5, Padova, IPSOA, pp. 557 ss.
- Di Lascio F., De Donno M (2022), *Public Authorities and complexity – An Italian overview*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli
- Espiner, S., Orchiston, C. & Higham, J. (2017), *Resilience and sustainability: a complementary relationship? Towards a practical conceptual model for the*

*sustainability–resilience nexus in tourism*, *Journal of Sustainable Tourism*, pp. 1385 ss.

Ferraris, M. (2021), *Documanità. Filosofia del nuovo mondo*, Roma-Bari, Laterza.

Floridi, L., *Il verde e il blu. Idee ingenuie per migliorare la politica*, Milano 2020

Garmestani, A.S., Allen, C.R. (2014), *Social-Ecological Resilience and Law*, New York, Columbia University Press.

Giovannini, E., Benczur, P., Campolongo, F., Cariboni, J., Manca, A. (2020), *Time for transformative resilience: the COVID-19 emergency*, Publications Office of the European Union, Luxembourg.

Holling, C. S. (1973), *Resilience and Stability of Ecological Systems*, *Annual Review of Ecology and Systematics*, 4, pp. 1-23.

Holling, C.S. (1996), *Engineering Resilience versus Ecological Resilience*, in *National Academy of Engineering, Engineering within Ecological Constraints*, Washington, pp. 31 ss.

Humby, T. L. (2014), *Law and Resilience: Mapping the Literature*, Seattle, *Seattle Journal of Environmental Law*, 4, pp. 85 ss.

Joossens, E., Manca, A.R., Zec, S. (2014), *Measuring and understanding individual resilience in the EU*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2022.

Lipari, N. (2017), in *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto: atti del Convegno*, Pisa, febbraio 2017, Torino, Giappichelli, pp. 24-25.

Lupo, N. (2022), *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, *Federalismi.it*, 12 gennaio 2022.

Mangia, A. e Bin, R. (2020), *Mutamenti costituzionali*, in *Dir. Cost.*, 2020, 1, vol. III e, ivi, in particolare, Mangia, A., *Moti della costituzione o Mutamento costituzionale?*, Milano, Franco Angeli edizioni, pp. 75 ss.

Morrone, A. (2022), *Fondata sull'ambiente*, Editoriale a IdF 4/2022

Morrone, A. (2018), *Fonti normative*, Bologna, Il Mulino

Napolitano, G. (2021), *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, in *Giornale dir. Amm.*, 2/2021, Padova, IPSOA, pp. 145 ss.

Ruhl, et al. (2021), 'Resilience of Legal Systems' in Ungar, *Multisystemic Resilience*, Oxford, Oxford University Press, pp. 509 ss.

Palombella, G. (2013), *La «resilienza» del diritto e i suoi compiti globali*, *Quaderni costituzionali*, 1057-1068, Bologna, Il Mulino.

Rifkin, J. (2022), *L'età della resilienza*, Milano, Mondadori.

Robinson, N.A. (2014), *The Resilience Principle*, New York, Pace Law Faculty Publications.

Sari, A. (2020), *Legal resilience in an era of grey zone conflicts and hybrid threats*. *Cambridge Review of International Affairs* 33, pp. 846 ss.

Teubner, G. (1989), *How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law*, in *Law & Society Review*, vol. 23, n. 5 University Press, 2014.

Zabala, S. (2021), *Essere dispersi. La libertà nell'epoca dei fatti alternativi*, Torino, Bollati Boringhieri.

## **Il principio di precauzione e la sua attuabilità\***

MAURO RENNA\*\*

---

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. La portata normativa del principio di precauzione prima e dopo l'entrata in vigore del codice dell'ambiente. – 3. Il potere di ordinanza ministeriale e le ordinanze *extra ordinem*. 4. Le diverse possibili definizioni del principio di precauzione. – 5. I caratteri della definizione italiana del principio di precauzione. – 6. Profili di tutela giurisdizionale. – Bibliografia.

**Data della pubblicazione sul sito:** 10 ottobre 2023

### **Suggerimento di citazione**

M. RENNA, *Il principio di precauzione e la sua attuabilità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2023. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://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 amministrativo nel Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università cattolica del Sacro Cuore (Milano). Indirizzo mail: [mauro.renna@unicatt.it](mailto:mauro.renna@unicatt.it).

## 1. Premessa

Il principio di precauzione è tra i più rilevanti e trasversali all'ordinamento giuridico. Esso è stato elaborato compiutamente per la prima volta in sede internazionale con la Dichiarazione di Rio de Janeiro sull'ambiente e lo sviluppo sottoscritta all'esito della Conferenza mondiale dei Capi di Stato svoltasi nel 1992. Al riguardo, l'art. 15 di quella Dichiarazione ha previsto che, «in caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale».

Il principio costituisce una particolare declinazione della più ampia necessità di intervenire preventivamente, individuando efficaci rimedi anche per le situazioni di rischio connotate da incertezza. Un'incertezza che, tuttavia, non risiede mai nel mero timore che può sorgere dall'ignoranza delle cose, giacché agire l'azione precauzionale presuppone che il dubbio circa la nocività per l'ambiente sia scientificamente attendibile. L'azione precauzionale è, perciò, un'azione consentita e al contempo limitata dallo stato delle conoscenze diffuse nella comunità scientifica. È entro questi angusti confini che l'incertezza cessa di essere un alibi per restare inerti diventando ragione dell'intervento precauzionale.

A livello europeo il principio di precauzione è stato recepito già con il Trattato di Maastricht, ed è oggi richiamato – ma non definito – dall'art. 191 del TFUE.

Neppure il codice dell'ambiente italiano detta una definizione puntuale del principio, limitandosi, da un lato, a rinviare alla disciplina europea, dall'altro lato, a delinearne i confini normativi disciplinando le modalità della sua attuazione e i confini normativi entro i quali può avvenire legalmente. Si tratta

di un processo interessante, che ha peraltro consentito al nostro ordinamento di costruire una definizione del principio parzialmente diversa da quella delineata dalla Dichiarazione di Rio de Janeiro.

## 2. La portata normativa del principio di precauzione prima e dopo l'entrata in vigore del codice dell'ambiente

La normatività del principio di precauzione passa attraverso la sua attuabilità, perché non è sufficiente affermarlo per vederne realizzati gli obiettivi. L'ordinamento italiano non è insensibile a questa esigenza e per questo ha disciplinato specifiche misure volte ad attuare il principio di precauzione, misure che altrove sono già state definite di enforcement al principio.

D'altra parte, in un ordinamento fondato sul rigoroso rispetto del principio di legalità, non è sufficiente assegnare all'amministrazione il potere di intervenire in via precauzionale, essendo pure necessario definire entro quali limiti e con che modalità tale intervento possa avvenire legittimamente, salvaguardando tanto i

diritti e gli interessi dei terzi quanto quelli dei soggetti cui compete l'azione preventiva e che ben potrebbero incorrere in responsabilità, anche penali, in caso di un'inerzia loro imputabile.

Tale duplice esigenza genera una situazione paradossale visto che l'applicazione del principio di precauzione si pone inevitabilmente in tensione con il principio di legalità. L'azione precauzionale, infatti, è essenzialmente atipica, abbisognando di fattispecie aperte, che possano essere integrate di volta in volta dall'amministrazione per rispondere ai problemi che siano sottoposti alla sua attenzione.

Se questa è la situazione generale, occorre considerare che il legislatore italiano, nel redigere il codice dell'ambiente, ha disciplinato fin dal 2006 con l'art. 301 proprio le misure di ordinanza attuative del principio di precauzione, mitigando (ma non risolvendo del tutto) il contrasto paradossale di cui si è detto attraverso l'introduzione di una serie di limiti sostanziali e procedurali al potere ministeriale, che fungono da rete di contenimento rispetto alla segnalata atipicità delle misure amministrative adottabili.

Per comprendere appieno quanto si va dicendo occorre considerare che prima del codice dell'ambiente non esisteva nel nostro ordinamento una norma che riguardasse specificamente il principio di precauzione e, dunque, non c'era un potere amministrativo nominato dal legislatore per attuare il principio di precauzione. Eppure, già allora, il principio era operante e guidava l'operato della stessa amministrazione pubblica in forza dell'art. 1, co. 1, della legge n. 241 del 1990, ai sensi del quale l'amministrazione è vincolata, tra l'altro, al rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario. Ordinamento, quest'ultimo, che, come si è detto, già aveva espressamente accolto il principio, prima con l'art. 130R del Trattato di Maastricht e poi con l'art. 174 del Trattato di Amsterdam, oggi diventato art. 191 del TFUE. Né d'altra parte mancavano allora norme di settore attuative di questo principio, come ad esempio la legge n. 36/2001 sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici.

Più in dettaglio, occorre considerare che il principio di precauzione prima dell'entrata in vigore del Codice del 2006 era per l'amministrazione un limite interno all'uso della discrezionalità consentita all'amministrazione dalle norme attributive del potere. In altre parole, il principio di precauzione costituiva parametro sulla base del quale l'amministrazione avrebbe dovuto attuare il necessario bilanciamento tra i contrapposti interessi coinvolti nella fattispecie rimessa al suo apprezzamento. Si trattava di un principio guida, del quale l'amministrazione doveva tener conto al pari degli altri che già ne regolavano l'operato, come i principi di ragionevolezza, proporzionalità, logicità ecc. Volendo fare un esempio si può dire che, allora come oggi, il rilascio o il mancato rilascio di una autorizzazione ambientale per la realizzazione di una discarica o un'AIA o una VIA, in quanto attività discrezionali, richiedono di tenere conto del principio di

precauzione. Eppure, fino a quanto la legge non ha previsto poteri espressamente attuativi della precauzione, il principio in esame non ha consentito all'amministrazione di esercitare poteri diversi e ulteriori a quelli già nominati.

Ciò non significa però che in passato l'Amministrazione non dovesse governare situazioni di rischio che avrebbero richiesto l'adozione di misure precauzionali, benché atipiche. Per questo ci si chiedeva se tra i poteri esercitabili in via precauzionale dall'amministrazione vi fossero anche quelli inerenti all'adozione delle ordinanze contingibili e urgenti e, in particolare, se si potessero utilizzare le ordinanze usualmente adottabili per la protezione della salute delle persone, pacificamente adottabili per la tutela dell'ambiente.

La risposta a tale quesito è stata negativa. Allora come oggi, l'ordinanza contingibile e urgente è provvedimento che presuppone l'attualità e la concretezza del pericolo, ossia una situazione concettualmente e tangibilmente diversa dai rischi che stanno alla base del principio di precauzione. Non a caso, quando si è tentato di usare le ordinanze contingibili e urgenti per realizzare misure precauzionali, la giurisprudenza ha sempre ritenuto illegittimi i provvedimenti, non ravvisando il connotato della concretezza e attualità del pericolo.

Il vuoto che venne a delinarsi è stato colmato nel 2006 con l'introduzione del citato art. 301, disposizione che consegna all'attuale Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza energetica un potere di ordinanza altamente discrezionale che è espressamente attuativo del principio di precauzione, prevedendosi che, «in applicazione del principio di precauzione [...], in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana o per l'ambiente deve essere assicurato un alto livello di protezione». In forza di tale potere finalmente attribuito «il Ministro [...] ha facoltà di adottare in qualsiasi momento misure di prevenzione, ai sensi dell'art. 304, che risultino: a) proporzionali rispetto al livello di protezione che s'intende raggiungere; b) non discriminatorie nella loro applicazione e coerenti con misure analoghe già adottate; c) basate sull'esame dei potenziali vantaggi ed oneri; d) aggiornabili alla luce di nuovi dati scientifici».

Si tratta di caratteristiche ormai classiche del possibile uso del principio di precauzione che ne sono diventate vincoli e limiti.

Inoltre, poiché ai sensi dell'art. 304 del d.lgs. 152/2006 è consentito al Ministro dell'Ambiente, in applicazione del principio di prevenzione, di chiedere all'operatore di adottare «entro ventiquattrore e a proprie spese le necessarie misure di prevenzione e di messa in sicurezza», con l'art. 301 si dispone che il Ministro possa usare le stesse misure dell'art. 304 anche in applicazione del principio di precauzione, anticipando quindi la soglia della tutela al caso in cui esistano pericoli solo potenziali per la salute e per l'ambiente.

È così che l'insieme delle condizioni poste dal legislatore per il legittimo esercizio del potere di ordinanza ministeriale ha consentito di limitare

grandemente la tensione che l'atipicità di simili misure genera con il principio di legalità, risolvendo la situazione paradossale di cui si è prima detto.

### 3. Il potere di ordinanza ministeriale e le ordinanze *extra ordinem*

Sotto altro profilo è bene chiarire che le ordinanze attuative del principio di precauzione differiscono da quelle contingibili e urgenti non solo per l'autonomia del potere esercitato, ma pure perché a differenza di queste ultime non sono *extra ordinem* e non possono perciò derogare alla legislazione vigente. Invero, nonostante una sentenza del TAR Brescia negli anni scorsi abbia affermato il contrario, la formulazione dell'art. 301 del Codice dell'ambiente è tale da confermare il carattere ordinario delle ordinanze in esame, escludendo ogni potere derogatorio. D'altra parte, non può tacersi che ogni qual volta il legislatore abbia inteso attribuire un potere di ordinanza *extra ordinem* lo ha fatto espressamente, come nel caso dell'ordinanza di rimozione dei rifiuti disciplinata dall'art. 191 del Codice dell'ambiente. Inoltre, laddove volesse ritenersi che l'art. 301 possa consentire deroghe alle norme legislative vigenti, sarebbe di dubbia costituzionalità consentendo l'adozione di provvedimenti dal carattere non temporaneo ma stabili, benché «aggiornabili alla luce di nuovi dati scientifici». Ciò sarebbe in contrasto con quanto la Corte costituzionale ha statuito con la sentenza n. 115 del 2011, ove è detto che il carattere temporaneo delle misure di ordinanza, quando si tratti di misure derogatorie alla legge, è requisito essenziale per la costituzionalità. Delle due l'una, allora: o la norma consente di adottare solo ordinanze rispettose della legislazione vigente, oppure la norma che disciplina questo potere sarebbe di dubbia costituzionalità.

In quanto provvedimenti ordinari, le ordinanze adottabili *ex art. 301* sono altresì uno strumento residuale, applicabile solo quando ricorrendo ad altri poteri il principio di precauzione rischierebbe di restare privo di ogni attuabilità. Se così non fosse a essere pregiudicato sarebbe il principio di legalità, giacché il potere precauzionale finirebbe per imporsi su ogni altro, benché fondato su valutazioni discrezionali improntate anche – ma non solo – al principio di precauzione.

L'introduzione dell'art. 301, insomma, lascia sopravvivere l'esigenza che il principio di precauzione resti un limite interno a qualunque potere discrezionale in materia ambientale. L'art. 301, proprio perché prevede una misura atipica, non può che ritenersi una misura residuale, al pari dell'art. 700 c.p.c. recante le misure cautelari atipiche e urgenti, non a caso utilizzabili solo in assenza di rimedi *ad hoc*.

Né mancano indizi che confermano quanto si è detto, a partire dallo stesso art. 301 e dal principio di sussidiarietà affermato dall'art. 3 *quinquies* del Codice dell'ambiente. Il Ministro, infatti, può usare il potere di ordinanza precauzionale solo quando verifichi che, per l'inerzia di altre amministrazioni o per le limitazioni imposte dalla dimensione territoriale dell'ente, non sia possibile affrontare

efficacemente un problema usando gli ordinari poteri tipizzati di autorizzazione o anche di ordine, e solo motivando in materia stringente su queste circostanze.

#### 4. Le diverse possibili definizioni del principio di precauzione

Come si è anticipato le previsioni legislative introdotte per dare attuazione al principio di precauzione hanno finito per definirne la portata normativa, fino ad allora taciuta dal legislatore europeo e nazionale. Invero, mentre la citata Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992, nella seconda parte dell'art. 15, ha previsto che «in caso di rischio di danno *grave o irreversibile*, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale», l'art. 301 adotta una formulazione che autorizza interventi precauzionali ancor più estesi. Qui, infatti, non solo sono rilevanti «*pericoli anche solo potenziali*», senza le specificazioni richiamate dalla disciplina internazionale su citata (*i.e.* la gravità e irreversibilità del danno temuto), ma la stessa formulazione della disposizione è invertita. Se la Dichiarazione di Rio de Janeiro è formulata in negativo attenzionando «l'assenza» di certezza scientifica assoluta per escludere che possa servire da pretesto, la norma italiana fa scaturire dall'incertezza un dovere di intervento usando un'espressione («deve essere assicurato un alto livello di protezione») dalla valenza molto ampia che può portare anche a una dimensione iper-cautelativa, e comunque più incisiva di quanto non autorizzi a fare la disposizione internazionale.

Tali differenze impongono di riflettere su quale sia la definizione corretta del principio di precauzione ai sensi della disciplina euro unitaria. Ciò al fine precisare qual è il limite interno della discrezionalità, se a quello scaturente dalla definizione sovranazionale o quello ricavabile dall'art. 301.

Al riguardo si può ritenere che la definizione data dall'art. 301, proprio in ragione della sua maggiore estensione normativa, valga esclusivamente per l'applicazione del medesimo articolo, secondo le usuali dinamiche della specialità. Detta disposizione, infatti, denota un approccio maggiormente interventista rispetto a quello che sembra derivare dalla Dichiarazione di Rio de Janeiro.

D'altra parte, la formulazione italiana non si discosta molto dalla ricostruzione ermeneutica del principio fatta dalla Corte di Giustizia, la quale ha operato costantemente per espanderne l'operatività. In tal senso la Corte puntualizza sovente che «qualora risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata del rischio asserito a causa della natura insufficiente, non concludente o imprecisa dei risultati degli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno reale per la salute nell'ipotesi in cui il rischio si realizzasse, il principio di precauzione giustifica l'adozione di misure restrittive» (Corte giustizia, Sez. VI, 10 aprile 2014, C-269/13; in termini analoghi si vedano anche la sentenza del 23

settembre 2003, Commissione/Danimarca, C-192/01, e la sentenza del 28 gennaio 2010, Commissione/Francia, C-333/08). Il lessico utilizzato dalla Corte di giustizia è molto chiaro: ad essere necessaria, e al contempo sufficiente, per l'attivazione di misure di precauzione è la probabilità di un danno reale. È chiaro che quando si usa la parola probabilità si sottrae pregnanza all'aggettivo «reale». Inoltre, nella giurisprudenza europea non vi è traccia di riferimenti a danni gravi e irreversibili, mentre si parla di rischi potenziali e non solo ipotetici, nonché di «danno realistico» e «danno verosimile».

In ogni caso, quale che sia l'esatta definizione del principio va considerato che essa risponde alle scelte politiche nazionali, visto che il diritto europeo non osta a una interpretazione nazionale del principio di precauzione. Ciò è tanto vero che in Francia la normativa nazionale ha recepito pedissequamente la scelta compiuta a Rio de Janeiro e ricollega la precauzione all'incombente di danni gravi e irreversibili. Va detto, comunque che tutte queste diverse accezioni non aiutano certo l'interprete e sarebbe bene che il legislatore nazionale dettasse una chiara definizione del principio, evitando che la si debba ricavare dall'art. 301.

##### **5. I caratteri della definizione italiana del principio di precauzione**

Nonostante le differenze normative su descritte, va considerato che il maggior interventismo consentito dall'art. 301 del d.lgs. 152/2006 è bilanciato da molti contrappesi, quasi dei controlimiti, volendo usare un linguaggio della Corte costituzionale. Al riguardo si parla, ad esempio, di «preliminare valutazione scientifica obiettiva» che deve caratterizzare le misure precauzionali e si sottolinea il canone della proporzionalità, quasi a dire che in questo caso si tratti di un canone da rispettare in misura maggiore rispetto ad altre ipotesi, visto che gli interventi sono basati sul principio di precauzione e non invece su certezze scientifiche assolute. Il principio di proporzionalità viene fortemente valorizzato insieme a tutti i principi che lo circondano, a partire dalla non discriminatorietà, dal buon andamento e dall'imparzialità. L'art. 301 impone inoltre di verificare costantemente l'attualità delle misure in rapporto ai nuovi dati scientifici, aggiornandole, e con ciò di certo bilancia la mancanza di una durata temporale limitata delle relative ordinanze.

L'esame dei predetti vincoli e limiti porta a dire che il legislatore italiano, tramite, da un lato, una formulazione ampia e, dall'altro lato, i controlimiti, ha costruito una soluzione compromissoria equilibrata, che esclude tanto una declinazione del principio in chiave eccessivamente forte e limitativa per le attività private, quanto una versione iper-leggera del principio che consegnerebbe agli operatori una libertà d'azione eccessiva.

Peraltro, la valenza cautelativa e non eccessivamente interventista dell'art. 301 è confermata dalla rarità delle ordinanze emesse in forza di tale disposizione. Al

riguardo la giurisprudenza è significativa, visto che le sentenze che si occupano del principio di precauzione solo raramente lo fanno in relazione all'art. 301, avendo più spesso per oggetto poteri autorizzatori, permessi di costruire e più in generale fattispecie in cui il principio di precauzione è un limite interno alla discrezionalità.

Questo vale a dimostrare che l'art. 301 rimane una disposizione residuale in omaggio al principio di sussidiarietà e viene usata solo laddove strettamente necessaria, come misura atipica rispetto a tutta la pletora di provvedimenti tipizzati dal legislatore.

## 6. Profili di tutela giurisdizionale

Per quanto attiene ai profili giurisdizionali, si segnala che è possibile rivolgersi al Giudice amministrativo se si ritiene che il principio di precauzione sia stato applicato in maniera iper-cautelativa ed esagerata, chiedendo l'annullamento dell'ordinanza adottata ai sensi dell'art. 301.

Un altro caso in cui è possibile attivare la tutela giurisdizionale, però, è anche quello in cui il Ministro non intervenga. Ci si può chiedere cosa succede se il Ministro, pur sollecitato secondo i poteri previsti dal codice in relazione all'art. 304, ma che in combinato disposto valgono anche per le ordinanze di cui all'art. 301, non intervenga.

Il Ministro ha un potere di ordinanza che nel diritto amministrativo è d'ufficio e non a istanza di parte. Eppure, nel caso specifico, v'è una novità che deriva dall'art. 309, commi 1 e 3, applicabile anche nel caso di richieste di intervento *ex art. 301*. Ai sensi del 309, infatti, la legge ha individuato un elenco di soggetti legittimati a chiedere al Ministro di intervenire mediante denunce, osservazioni e istanze ponendo a suo carico un vero e proprio obbligo di procedere e di provvedere. In altri termini, a fronte di tali richieste, il Ministro non può omettere di aprire un'istruttoria e arrivare a un provvedimento più o meno favorevole ai richiedenti. Si sarebbe perciò dinanzi a una ipotesi di autotutela necessaria, in linea con quell'orientamento portato avanti anche da autorevole dottrina per la quale certi poteri d'ufficio si trasformano in poteri a istanza di parte (il che vale anche per la cosiddetta autotutela).

Qualora l'obbligo di procedere non venisse adempiuto, per i richiedenti sarebbe disponibile l'azione di adempimento contro il silenzio e, dunque, la possibilità di veder condannata l'Amministrazione ad aprire un procedimento e pronunciarsi.

Sotto altro profilo, quando siano i privati che ricevono l'ordinanza a non ottemperarvi, è pacifico che per il carattere esecutivo delle ordinanze ministeriali il Ministro possa usare il suo potere esecutivo, attuandole in danno al privato inadempiente.

Infine, ci si deve domandare se possa immaginarsi una responsabilità civile del Ministro che non apra il procedimento dopo numerose sollecitazioni, istanze o denunce da parte di persone che, avendo di fronte a sé un pericolo potenziale e avendo chiesto all'amministrazione di intervenire, successivamente abbiano subito un danno concreto proprio perché non è stata adottata la misura precauzionale. La risposta è positiva, ben potendosi agire in sede civile contro il Ministero per i danni ingiusti derivati dalla sua azione, ovviamente se gli sono imputabili secondo la disciplina vigente.

La domanda, però, vale anche per le relazioni inter-private, visto che il principio di precauzione ha carattere generale e non si applica solo alla pubblica amministrazione. Ci si può dunque chiedere se la realizzazione di un'attività, benché autorizzata, qualora avvenga violando il principio di precauzione possa essere causa di danni ingiusti. Anche in questo caso la risposta pare possa essere di segno positivo, benché meriti qualche precisazione. L'ordinamento civile, infatti, consegna ai privati specifici strumenti di tutela anche cautelare, non ultimo il rimedio previsto dall'art. 700 c.p.c. e spesso usato anche in chiave inibitoria. Non pare, tuttavia, che un simile rimedio sia utilizzabile in chiave precauzionale visto che l'art. 700 c.p.c. richiede l'esposizione a un «pregiudizio imminente e irreparabile», dunque un pregiudizio attuale che, nelle ipotesi in cui venga in gioco il solo principio di precauzione, non sembra sempre ravvisabile.

### **Bibliografia**

Allena, M. (2016), *La giuridificazione del principio di precauzione: tutela anticipata legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in L. Ferrara e Sorace D. (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, vol. III, Firenze, Firenze University Press.

Antonioli, M. (2007), *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, pp. 52 ss.

Barone, A. (2006), *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè.

Barone, A. (2014), *L'amministrazione del rischio*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, pp. 147 ss.

Bevilacqua, D. (2007), *I limiti della scienza e le virtù della discrezionalità: il principio di precauzione nel diritto globale*, in G. della Cananea (a cura di), *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 147 ss.

Bilancia, F. (1992), *Ordinanze di necessità e potere di deroga al diritto oggettivo*, in *Giur. cost.*, pp. 3609 ss.

Cabiddu, M. A. (2010), *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, II, pp. 167 ss.

Cafagno, M. (2007), *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, Giappichelli.

Cassese, S. (2001), *La nuova disciplina sulla protezione dalle esposizioni a campi elettromagnetici*, in *Giorn. dir. amm.*, vol. VII, 4, pp. 329 ss.

Cavallo Perin, R. (1990), *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, Giuffrè.

Cerbo, P. (2008), *I "nuovi" principi del codice dell'ambiente*, in *Urb. app.*, 5, pp. 533 ss.

Cerulli Irelli, V. (2007), *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, II, pp. 345 ss.

Cognetti, S. (2014), *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, pp. 127 ss.

Comporti, G.D. (2005), *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. giur. amb.*, 1, pp. 215 ss.

De Leonardis, F. (2005), *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè.

De Leonardis, F. (2009), *Il principio di precauzione nella recente codificazione*, in M.P. Chiti, R. Ursi (a cura di), *Studi sul Codice dell'Ambiente*, Torino, Giappichelli, pp. 77 ss.

De Leonardis, F. (2011), *L'evoluzione del principio di precauzione tra diritto positivo e giurisprudenza*, in F. Merusi, Giomi V. (a cura di), *Principio di precauzione e impianti petroliferi costieri*, Torino, Giappichelli, pp. 3 ss.

De Leonardis, F. (2012), *Il principio di precauzione*, in Renna M., Saitta F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, pp. 413 ss.

De Lucia, L. (2002), *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4, pp. 717 ss.

Ferrara, R. (2006), *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in Ferrara R. (a cura di), *La tutela dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, pp. 13 ss.

Ferrara, R. (2007), *Potere di ordinanza fra necessità e legalità: la storia infinita delle tutele ambientali extra ordinem*, in *Foro amm. - T.A.R.*, vol. IX, pp. 2910 ss.

Fracchia, F. (2021), *I principi generali nel codice dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, pp. 4 ss.

Giannelli, A. (2016), *La giuridificazione dell'ambiente*, in L. Ferrara, Sorace D. (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, vol. III, Firenze, Firenze University Press.

Manfredi, G. (2004), *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, pp. 1075 ss.

Manfredi, G. (2011), *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*

Marchetti, B. (2010), *Il principio di precauzione*, in Sandulli M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, pp. 149 ss.

Mazzamuto, M. (2009), *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, pp. 1571 ss.

Merusi, F. (2001), *Dal fatto incerto alla precauzione: la legge sull'elettrosmog*, in *Foro amm.*, pp. 221 ss.

Micciché, C. (2022), *L'autotutela necessaria e i poteri sostitutivi su iniziativa degli interessati: tra partecipazione e organizzazione*, in *Federalismi.it*, pp. 164 ss.

Monaco, G. (2014), *Dal Consiglio di Stato quasi un "decalogo" sull'applicazione del principio di precauzione*, in *Urb. app.*, pp. 554 ss.

Ramajoli, M. (2011), *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, Editoriale scientifica, pp. 735 ss.

Ramajoli, M. (2016), *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 1, pp. 99

Renna, M. (2012), *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1-2, 1 ss.

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

Silvestri, M. (2021), *Potere pubblico e autotutela amministrativa*, Torino, Giappichelli.

Spuntarelli, S. (2014), *Normatività del principio di precauzione nel processo decisionale dell'amministrazione e legittimazione procedurale*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 1 ss.

Travi, A. (2003), *Droit publique et risque: Italie*, in *Revue européenne de droit public*, pp. 491 ss.

Trimarchi, F. (2005), *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, pp. 1673 ss.

## **Il principio di precauzione nel diritto penale \***

FRANCESCO D'ALESSANDRO\*\*

---

**Sommario:** 1. Inquadramento generale. – 2. Le fonti internazionali e dell'Unione europea. – 3. Le fonti del diritto interno. – 4. Gli impatti del principio di precauzione sulle categorie del diritto penale classico. – Bibliografia.

**Data della pubblicazione sul sito:** 10 ottobre 2023

### **Suggerimento di citazione**

F. D'ALESSANDRO, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2023. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://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 penale nel Dipartimento di Diritto privato e pubblico dell'economia dell'Università cattolica del Sacro Cuore (Milano). Indirizzo mail: [francesco.dalessandro@unicatt.it](mailto:francesco.dalessandro@unicatt.it).

## 1. Inquadramento generale

Il principio di precauzione si connota come un «criterio di gestione del rischio in condizioni di incertezza scientifica circa possibili effetti dannosi ipoteticamente collegati a determinate attività, installazioni, impianti, prodotti, sostanze» (Castronuovo 2011, 2).

Esso presenta, al contempo, tanto una valenza normativo-prescrittiva, quanto argomentativo-simbolica: nella prima accezione, costituisce la *ratio* di fonti normative con cui il legislatore, prima dell'Unione europea e poi nazionale, ha affrontato nel corso del tempo la regolazione dello svolgimento di talune attività rischiose; nel secondo senso, invece, assume il ruolo di canone ermeneutico utilizzato dalla giurisprudenza, nell'ambito di specifiche decisioni giudiziarie, ora in termini di *ratio decidendi* ora nell'ambito di *obiter dicta* volti a chiarire meglio la regola applicabile per la soluzione del caso concreto.

Il principio di precauzione ha rappresentato, nell'ultimo periodo, l'orizzonte generale entro cui è stato affrontato il fenomeno dell'emergenza pandemica determinata dalla diffusione del virus Sars-Cov-2 e della malattia ad esso riconducibile del Covid-19.

Nel contesto attuale tale principio costituisce un riferimento imprescindibile entro cui interpretare l'evoluzione degli ordinamenti giuridici contemporanei, ed è ragionevole ipotizzare che esso tenderà ad incrementare la propria *vis expansiva* anche in materia penale, quale paradigma significativo sia per le scelte politico-criminali del legislatore, sia per le argomentazioni giudiziarie, specialmente in materia di attività colpose in cui si pongono questioni di governo di rischi ignoti.

Si tratta di una traiettoria nient'affatto priva di criticità, specialmente in relazione ad alcuni fondamentali canoni costituzionali (su tutti, il principio di offensività) e a pilastri portanti della teoria

generale del reato (causalità, antigiuridicità, colpa), che vengono sottoposti a significative, talora insostenibili, torsioni, una volta declinati in ottica precauzionale.

## 2. Le fonti internazionali e dell'Unione europea

L'atto di nascita del principio di precauzione come fonte di diritto può individuarsi nella Dichiarazione di Rio de Janeiro sull'ambiente e lo sviluppo del 14 giugno 1992, all'interno della quale, al principio n. 15, è stabilito che «al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il principio di precauzione. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale»

In questa formulazione si ritrovano tutte le caratteristiche proprie della norma precauzionale: essa si applica negli ambiti in cui è assente una «certezza scientifica assoluta» ma in cui è necessario

prevenire un «rischio di danno grave o irreversibile» da cui possa derivare un risultato qualificabile in termini di «degrado ambientale».

Nello stesso anno della Dichiarazione di Rio, il principio di precauzione ha avuto ingresso anche nell'ordinamento comunitario europeo, attraverso il Trattato di Maastricht (al titolo XVI rubricato «Ambiente») che ha profondamente inciso sul Trattato istitutivo della Comunità economica europea, per dar vita alla Comunità europea, inserendo l'art. 130R, il cui comma 2 stabiliva che «la politica della Comunità in materia ambientale [...] è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, anzitutto alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio “chi inquina paga”».

È infatti proprio a partire dal tema della tutela ambientale che il principio ha fatto ingresso negli ordinamenti giuridici europei, per poi diffondersi in altri ambiti dell'agire umano in cui si è reso

necessario il controllo di rischi ignoti, quanto a pervasività e portata delle possibili conseguenze ad essi correlate.

Restando nell'ambito delle fonti sovranazionali in materia di precauzione è poi imprescindibile la menzione della «Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000» che prende atto del «dilemma di equilibrare la libertà e i diritti degli individui, delle industrie e delle organizzazioni con l'esigenza di ridurre i rischi di effetti negativi per l'ambiente e per la salute degli esseri umani, degli animali e delle piante», evidenziando la necessità di una «procedura strutturata di adozione delle decisioni sulla base di informazioni particolareggiate e obiettive di carattere scientifico o di altro tipo».

La Commissione riconosce come il principio di precauzione benché esplicitamente riferito soltanto alla protezione dell'ambiente, assuma «in pratica» una «portata molto più ampia» e trovi «applicazione in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità».

Infine, il principio in analisi è poi declinato in numerosi atti di diritto derivato dell'Unione che si riferiscono alla commercializzazione di sostanze potenzialmente pericolose (quella più significativa è individuabile nel reg. CE del Parlamento europeo e del Consiglio 28 gennaio 2002, n. 178/2002 che all'art. 7 fornisce una definizione generale del principio di precauzione conforme ai principi enucleati dalla Commissione nella Comunicazione del 2 febbraio 2000) e anche nel fondamentale Accordo della WTO (*World Trade Organization*) in materia di applicazione di misure sanitarie e fitosanitarie (v. art. 5.7). Questo Accordo si

colloca perfettamente in linea con i principi mutuati nella Comunicazione della Commissione europea, delineando in maniera costante i presupposti e le caratteristiche per l'adozione di un provvedimento di tipo precauzionale: situazione di obiettiva incertezza scientifica, provvisorietà della misura di riduzione del rischio e proporzionalità della stessa, in un'ottica di minimizzazione non solo dell'impatto del rischio, ma anche degli effetti derivanti dalle misure di riduzione dello stesso.

### 3. Le fonti del diritto interno

Per quanto concerne l'ordinamento italiano, si è già fatto cenno alla centralità del principio di precauzione nell'ambito di numerosi atti finalizzati alla prevenzione del contagio da Covid-19 (v. art. 1 dell'ordinanza del Ministro della Salute 25 febbraio 2021 e art. 3 comma 1 dell'ordinanza del Ministro della Salute 21 novembre 2020); esso, è, inoltre, direttamente richiamato nelle norme in materia di tutela ambientale (D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, cosiddetto "testo unico sull'ambiente") e funge da *ratio* ispiratrice (Castronuovo, 2011 13 ss.) delle discipline in materia di organismi geneticamente modificati (d.l. 12 aprile 2001, n. 206 e d.l. 8 luglio 2003, n. 224) e sicurezza dei prodotti (d.l. 6 settembre 2005, n. 206, «Codice del consumo»), con diretti riflessi anche sulla materia penale.

Conformemente a quanto rilevato nell'analisi delle fonti europee, anche nell'ordinamento italiano il principio di precauzione trova il suo più ricorrente ambito applicativo nelle norme in materia di tutela dell'ambiente.

In particolare nel T.u. ambientale, la precauzione assurge innanzitutto al rango di principio generale all'art. 3-ter; l'art. 301 si occupa di declinare in termini più operativi le modalità di applicazione del principio; l'art. 178 fissa i principi ispiratori della legislazione in materia di gestione dei rifiuti che richiamano espressamente tale principio e infine si possono menzionare quegli illeciti di tipo contravvenzionale che esprimono mere valutazioni di tipo precauzionale (fattispecie che si limitano al mero presidio delle funzioni amministrative di controllo per il rilascio di autorizzazioni necessarie allo svolgimento di attività che comportano immissioni pericolose).

Riconducibile alla logica del principio di precauzione è anche la tutela penale offerta dai già ricordati d. l. 206 del 2001 e n. 224 del 2003 e dal d. l. 21 marzo 2005, n. 70 relativamente alla creazione e diffusione di organismi geneticamente modificati (D'Alessandro 2012, 297-315): la pericolosità di tali organismi, infatti, non può ritenersi, allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, adeguatamente accertata e l'impiego degli stessi è ispirato a una logica di liceità condizionata, basata su minuziose prescrizioni comportamentali che dovrebbero garantirne l'utilizzo entro un ambito di rischio consentito dall'ordinamento.

#### 4. Gli impatti del principio di precauzione sulle categorie del diritto penale classico

È importante ora evidenziare quelli che sono i rapporti fra il principio di precauzione e talune categorie fondamentali del diritto penale classico.

La dottrina penalistica (per ricostruire più analiticamente il dibattito, cfr. Corn 2013, 52-69) non è affatto monolitica nel negare ogni diritto di cittadinanza alle istanze precauzionali: essa appare, infatti, divisa fra coloro che negano ogni *chance* applicativa, sul terreno penale, al principio in esame e coloro che si mostrano, invece, maggiormente possibilisti.

L'interazione fra il diritto penale e il principio di precauzione mostra tutta la propria problematicità già sul piano delle fonti, ed è proprio dall'analisi di questa interazione che dovrebbe derivare una conclusione risoluta nel senso di precludere qualsiasi accesso alle logiche precauzionali in materia penale.

La prima tensione emerge dal richiamo al ruolo che le istituzioni europee attribuiscono alla giurisprudenza nella definizione dei contenuti del principio di precauzione: esso, infatti, deve essere necessariamente conciliato con i principi costituzionali che governano l'attività giurisdizionale in materia penale.

In questo settore dell'ordinamento, alla soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.) dev'essere data una interpretazione particolarmente rigorosa, che tenga conto del divieto di analogia *in malam partem* (art. 25 Cost. e art. 14 disp. prel.) e dei principi di prevedibilità (art. 49 Cedu), tassatività e determinatezza della fattispecie penale. Peraltro, il Tfu, che all'art. 83 attribuisce al Parlamento europeo e al Consiglio la possibilità, deliberando mediante direttive, di stabilire «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni» non è applicabile agli ambiti che più direttamente coinvolgono il principio di precauzione. Le «sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale» sono, infatti, quelle che attengono ai seguenti fenomeni criminosi: «terrorismo; tratta degli esseri umani; sfruttamento sessuale delle donne e dei minori; traffico illecito di stupefacenti; traffico illecito di armi; riciclaggio di denaro; corruzione; contraffazione di mezzi di pagamento; criminalità informatica e criminalità organizzata».

Di conseguenza, all'ordinamento dell'Unione non sembra potersi riconoscere alcuna competenza nella definizione del principio di precauzione a fini strettamente penalistici, alla luce del fatto che, nelle materie in cui tale principio è più direttamente coinvolto, le istituzioni europee non dispongono di alcuna competenza penale, nemmeno indiretta.

Pertanto, appaiono immediatamente problematici, già sul piano della dogmatica delle fonti, quegli orientamenti giurisprudenziali estensivi, che individuano nella rilevanza europea del principio la fonte di legittimazione su cui fondare l'ermeneutica precauzionale.

Approfondendo i rapporti tra principio di precauzione e legalità penale, è ineludibile riscontrare che la maggior tensione si manifesta in rapporto a quella declinazione della legalità che più di altre può dirsi, oggi, centrale, ossia la prevedibilità (F. Viganò 2016, 213 ss.).

Nel quadro dell'attuale sistema delle fonti, fortemente influenzato dagli apporti sovranazionali della giurisprudenza di Strasburgo, potrebbe dirsi che in tanto la legalità "sostanziale" può considerarsi rispettata, in quanto l'agente possa *ex ante* prevedere le conseguenze sanzionatorie che il "diritto punitivo" riserva alle condotte da lui tenute.

Il principio di precauzione trova in una situazione di incertezza nomologica il proprio naturale ambito di applicazione: esso, infatti, può rilevare solo quando non sia compiutamente individuabile, sulla base di dati scientifici, il rischio connesso a un determinato comportamento umano. Dalla situazione di obiettiva incertezza, il legislatore, prima comunitario e poi nazionale, fa derivare obblighi di regolazione delle attività rischiose che si indirizzano principalmente all'autorità amministrativa.

È l'autorità amministrativa a dover tener conto del principio di precauzione, come elemento in base al quale modulare l'esercizio della discrezionalità nei rapporti giuridici amministrativi finalizzati al rilascio delle autorizzazioni ambientali.

L'ambito giurisdizionale in cui tale principio dovrebbe dunque assumere maggiore rilevanza è, senza dubbio, quello amministrativo e non già quello penale: è nei rapporti fra autorità ed operatori economici che considerazioni precauzionali possono ispirare determinate scelte dei pubblici poteri, che impattino su interessi legittimi pretensivi od oppositivi dei privati, ed è, dunque, in relazione ai provvedimenti assunti dall'amministrazione che il privato potrebbe eccepire un eccesso di potere (*sub specie* di irragionevolezza), allorquando la discrezionalità amministrativa si mostri eccessivamente sbilanciata in favore della logica precauzionale a discapito della libera iniziativa economica.

Su questo piano, al giudice penale dovrebbe essere precluso in radice ogni intervento: è difficile, infatti, ipotizzare che possano ritenersi sufficientemente "prevedibili" pronunce di condanna in sede penale adottate in situazioni in cui non soltanto la condotta si sia mantenuta entro i limiti normativamente consentiti, ma, addirittura, sia stata autorizzata con specifici provvedimenti dall'autorità amministrativa competente a vigilare su di essa.

Oltre che sul piano delle fonti poi, il principio di precauzione si pone in un rapporto di tensione dialettica anche rispetto ai tradizionali canoni che ispirano tanto la morfologia sostanziale quanto l'accertamento processuale dei reati che puntano ad assicurare forme anticipate di protezione dei beni giuridici, attraverso il ricorso al paradigma del pericolo astratto.

Proprio il rilievo accordato al concetto di bene giuridico, infatti, segna un'incolmabile distanza tra il modello di tutela ancorato al pericolo e quello

improntato ai dettami del principio di precauzione, mediante la formulazione di “illeciti di rischio” nei quali la sanzione penale viene a essere invocata anche in contesti di incertezza scientifica. Mentre lo schema del pericolo astratto non può infatti prescindere dal riferimento a specifici interessi giuridicamente pregnanti, cui esso punta ad assicurare adeguata tutela, incriminando condotte pericolose per il bene in via generale ed astratta secondo una precisa legge scientifica di copertura, il diritto penale orientato precauzionalmente alla minimizzazione del rischio segna il definitivo distacco da questo sostrato empirico, ricorrendo a strumenti che puntano ad aumentare il più possibile i margini di sicurezza a beneficio dei consociati, secondo logiche ipercautelative che possono condurre all'incriminazione di comportamenti provatamente innocui.

Per tale ragione, appaiono destinati irrimediabilmente all'insuccesso quegli sforzi esegetici volti a delineare possibili spazi di interazione tra il sistema dei valori-limite e il modello dei reati di pericolo astratto, ritenendo che il superamento dei limiti-soglia possa fornire indicazioni utili all'interprete ai fini dell'accertamento di un pericolo reale per i beni giuridici.

Infatti, i limiti-soglia rappresentano, nella loro veste scientificamente genuina, una tecnica normativa che si propone di mettere in pratica i dettami del principio di precauzione, attraverso l'azione di agenzie regolatrici indipendenti che, partendo da una ricognizione di tutti gli studi scientifici condotti sulla nocività di una determinata sostanza, rispetto alla quale sussista il sospetto che possa essere idonea a provocare effetti avversi se respirata o ingerita, individuano innanzi tutto il livello di esposizione al quale non si osserva nessun effetto avverso per la salute (cd. Livello *NOAEL*, acronimo dell'espressione *No Observed Adverse Effect Level*), per poi fissare il limite-soglia applicando, in via schiettamente precauzionale, un fattore di sicurezza che consente di fissare il valore limite a un livello notevolmente più basso rispetto a quello che già può ritenersi innocuo per il bene giuridico oggetto di tutela (v. D'Alessandro 2012, 255 ss., 268 ss., 315 ss.; D'Alessandro 2007, 1133 ss., 1151 ss.).

Come ricorda la Commissione europea nella sua comunicazione del febbraio 2000, valutazioni di tipo precauzionale possono, e anzi debbono, trovare spazio quando ci si trovi di fronte a una «stima scientifica del rischio che per l'insufficienza dei dati, per il loro carattere non concludente o per la loro imprecisione, non consente di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione»: in tali casi, tuttavia, si tratta di effettuare una «decisione eminentemente politica», che non può giungere al sacrificio dei valori di libertà e di dignità individuale posti in gioco attraverso l'utilizzo dello strumento penale. Vi ostano, infatti, insuperabili ragioni etiche, prima ancora che costituzionali.

In ultimo è opportuno verificare se il principio di precauzione sia idoneo a fondare un giudizio di rimproverabilità, volto a stigmatizzare l'agente per aver assunto un atteggiamento antidoveroso, che avrebbe potuto e dovuto non

assumere, oppure no. In tal senso, la colpevolezza racchiude in sé tanto il dolo quanto la colpa, e sebbene essa sia unitariamente considerata dalla giurisprudenza formata in materia di precauzione, non v'è dubbio che la più ampia casistica si sia tuttavia formata nell'ambito di vicende che hanno ad oggetto addebiti di natura colposa, nelle quali si contesta – secondo quanto osservato da risalente dottrina – una «condotta volontaria, genericamente o specificamente contraria alla polizia o alla disciplina, da cui derivò come da causa ad effetto un evento, dannoso o pericoloso, preveduto dalla legge come delitto, prodotto involontariamente ovvero per effetto d'erronea opinione inescusabile di compierlo in circostanze escludenti la responsabilità penale» (Manzini 1990, 790).

La «contrarietà alla polizia o alla disciplina» si ravvisa il più delle volte nel mancato adeguamento dell'agente alle regole precauzionali codificate dall'ordinamento in relazione all'esercizio di attività potenzialmente pericolose; adeguamento esigibile dall'agente in forza del principio di precauzione, il quale comporterebbe che «ogni scelta da compiersi in situazioni di incertezza vada valutata in base alla peggiore delle sue conseguenze possibili» (Corn 2013, 136).

Ci si deve domandare quindi se in base all'ordinamento vigente sussista, oppure no, la possibilità di fondare specifici addebiti penali su rimproveri aventi mero contenuto precauzionale.

Secondo le ricostruzioni teoriche più accreditate, l'ordinamento penale ravvisa nella colpa innanzi tutto un elemento oggettivo, che consiste nella violazione di una regola cautelare volta alla salvaguardia di beni giuridici, al quale fa da contraltare una dimensione genuinamente soggettiva, che fonda il rimprovero sulla scorta della concreta esigibilità dell'osservanza della regola da parte dell'agente (comportamento alternativo lecito); ad essi si affianca poi un elemento negativo, consistente nella mancanza di volontà, in ordine alla causazione dell'evento dannoso o pericoloso oggetto di incriminazione.

Ebbene, nelle vicende in cui viene in rilievo la violazione del principio di precauzione non è quasi mai discussa l'involontarietà in ordine alla causazione dell'offesa, che, comunque, non rappresenta in ogni caso l'obiettivo preso di mira dall'agente: ciò di cui si discute è, da un lato, la possibilità di ritenere o meno violata una regola cautelare e, dall'altro, la concreta esigibilità del comportamento alternativo lecito.

Quanto al primo profilo, deve rammentarsi che le regole cautelari sono ontologicamente funzionali al governo del rischio nell'ambito di attività pericolose giuridicamente autorizzate: esse hanno, perciò, una naturale vocazione preventiva; possono essere di fonte normativa o sociale e devono essere ricostruite dal giudice attraverso un giudizio *ex ante*, volto a valutare la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento sulla base della miglior scienza ed esperienza disponibili al momento della condotta, «non rilevando la successiva scoperta della pericolosità di certe

attività e l'individuazione di regole cautelari o di più efficaci regole cautelari» (Mantovani 2017, 342).

Già sul piano della “misura oggettiva della colpa”, sembra allora potersi escludere qualsiasi diritto di cittadinanza a considerazioni fondate sul principio di precauzione: esso, infatti, rileva per definizione in situazioni in cui la miglior scienza ed esperienza “del momento storico” non sono in grado di stabilire con sufficiente affidabilità se l'osservanza di determinate prescrizioni possa o meno scongiurare l'insorgenza di un rischio.

Si tratta, dunque, di un'incompatibilità logico-strutturale, che non esclude che possa in concreto ravvisarsi, in capo all'agente, un'inosservanza di norme cautelari vincolanti: ciò, tuttavia, non sulla base del principio di precauzione, ma in ragione della possibilità di affermare, attraverso il ricorso ad affidabili evidenze scientifiche, il mancato rispetto degli *standard* comportamentali idonei a garantire l'effettiva sicurezza del bene giuridico protetto. Ciò in quanto sarebbe costituzionalmente inaccettabile la scelta di muovere all'agente un rimprovero penale «senza poggiare su un collegamento scientificamente, razionalmente dimostrabile tra la sua condotta e gli effetti e senza poter dimostrare che questi effetti rientravano nel suo effettivo controllo» (Alessandri 2005, 565).

Anche in relazione alla verifica dell'efficacia impeditiva del cosiddetto comportamento alternativo lecito il principio di precauzione non sembra poter assumere il ruolo di strumento euristico adeguato rispetto allo scopo: applicandosi, per definizione, solo in contesti di incertezza, esso non è infatti strutturalmente in grado di “provare” alcunché, non essendo idoneo a fondare giudizi di evitabilità nomologicamente fondati.

Oltre che sul piano della tipicità oggettiva dell'illecito colposo, l'inadeguatezza del principio di precauzione, ai fini della formulazione di addebiti per fatti realizzati involontariamente, si ravvisa ancor più nettamente in relazione alla cosiddetta “misura soggettiva della colpa”, requisito essenziale per “riempire di contenuto” la personalizzazione del rimprovero e, dunque, differenziare la colpa da inaccettabili ipotesi di responsabilità oggettiva. Il grado di rimproverabilità soggettiva si atteggia diversamente a seconda che si tratti di colpa cosciente oppure incosciente: nel primo caso, è indiscutibile la sussistenza di un elemento psicologico, in quanto il rimprovero è quello di non aver ottemperato al disposto di norme cautelari, nonostante la previsione di un evento evitabile; nel secondo caso, invece, la colpa può ravvisarsi solo laddove lo *standard* comportamentale tipico dell'agente modello potesse in effetti essere soddisfatto dall'agente concreto, che però non si è nemmeno avveduto né della possibilità di provocare un'offesa al bene giuridico, né della possibilità di evitarla adeguando il proprio comportamento alle regole cautelari pertinenti rispetto all'attività svolta.

Così ricostruiti i termini del giudizio, appare giocoforza ritenere che la prevedibilità debba essere valutata dal giudicante in concreto ed *ex ante*, non

potendosi ritenere sufficiente a fondare il rimprovero un giudizio di mera «non impossibilità dell'evento» (Mantovani 2017, 347). Quanto all'evitabilità, si tratta di verificare se il contegno ottemperante alla prestazione cautelare sarebbe o meno valso ad impedire la realizzazione dell'evento incriminato.

Sennonché, nel compimento di tale analisi non si può fare a meno di osservare come, in tutti i contesti in cui il soggetto eserciti un'attività pericolosa ma giuridicamente autorizzata, il parametro di valutazione non possa individuarsi nei canoni comuni di prevedibilità ed evitabilità, essendo lo stesso ordinamento a dettare prescrizioni finalizzate a impedire il verificarsi dell'evento lesivo. È infatti proprio la predeterminazione legislativa, spesso unita a provvedimenti autorizzativi dell'autorità amministrativa competente, a scolpire la misura del rischio consentito, sicché appare obbligatorio interpretare le regole di condotta fissate dall'ordinamento come altrettante presunzioni assolute di adeguatezza del comportamento tenuto dall'agente. Rispetto a tale giudizio normativo, pertanto, nessuno spazio di discrezionalità residuerà per l'organo giudiziario, il quale, constatato il rispetto delle prescrizioni concretamente fissate al titolare del potenziale di rischio, non potrà che ritenersi vincolato a tale circostanza, escludendo in radice qualsiasi possibilità di rimprovero avente carattere penale.

Viceversa, residuerebbero margini per l'affermazione di responsabilità se, sulla base degli accadimenti storici, fosse dimostrabile che la condotta dell'agente è fuoriuscita dai confini di liceità ad essa garantiti dalle fonti che la legittimavano o autorizzavano: in tale ipotesi, infatti, l'esercizio dell'attività pericolosa autorizzata non potrebbe più considerarsi conforme all'ordinamento ed espressione di un rischio accettabile, ma assumerebbe i connotati di una violazione oggettiva degli *standard* comportamentali prescritti, tale da imporre la verifica dell'effettiva rimproverabilità soggettiva in capo all'agente.

Non pare possibile quindi risolvere la questione circa l'applicabilità della logica precauzionale alla categoria della colpevolezza se non in senso negativo. Infatti, in un contesto di incertezza scientifica qual è quello che caratterizza gli ambiti governati dal principio di precauzione, nessuna certezza può trarsi in punto di effettiva pericolosità della condotta inosservante del precetto, perché tale certezza non è posseduta nemmeno dal legislatore, che alla precauzione ricorre proprio per governare rischi la cui portata non è scientificamente determinabile e anche a voler ritenere violata in via oggettiva la regola cautelare, nessun addebito penale potrebbe comunque essere elevato nei confronti del soggetto a fronte di un suo comportamento “non improntato a precauzione”, perché tale principio non è strutturalmente in grado di fondare generalizzazioni scientificamente affidabili, capaci di soddisfare lo standard dell’“oltre ogni ragionevole dubbio” in punto di evitabilità dell'evento, specialmente in contesti in cui la condotta non solo non sia vietata ma sia, addirittura, positivamente autorizzata, in quanto già valutata, *ex ante*, come lecita e “tollerabilmente” rischiosa da parte del legislatore.

**Bibliografia**

Alessandri, A. (2005), *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè.

Castroonuovo, D. (2011), *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, reperibile in: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/Castroonuovo%20pdf%20definitivo.pdf>

Corn, E. (2013), *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, Giappichelli.

D'Alessandro, F. (2007), *Il diritto penale dei limiti soglia e la tutela dai pericoli nel settore alimentare: il caso della diossina*, in *Scritti per Federico Stella*, II, Napoli, Jovene.

D'Alessandro, F. (2012), *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, Giuffrè.

Mantovani, F. (2017), *Diritto penale*, Padova, Cedam.

Viganò, F. (2016), *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in Paliero, C.E., et al., (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.

Manzini, V. (1990), *Trattato di diritto penale*, Torino, UTET Giuridica.

## **Il mutamento costituzionale: teorie dalla famiglia giuridica di *common law*\***

FRANCESCA ROSA\*\*

---

**Sommario:** 1. Regno Unito. – 2. Stati Uniti. – 3. Conclusioni. – Bibliografia.

**Data della pubblicazione sul sito:** 10 ottobre 2023

### **Suggerimento di citazione**

F. ROSA, *Il mutamento costituzionale: teorie dalla famiglia giuridica di common law*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2023. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://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.

\*\* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Foggia. Indirizzo mail: [francesca.rosa@unifg.it](mailto:francesca.rosa@unifg.it).

## 1. Regno Unito

La storia secolare, la varietà delle forme, la centralità del diritto di matrice giurisprudenziale e la pluralità di teorie della costituzione elaborate dalla dottrina rende particolarmente interessante studiare il tema del mutamento costituzionale nella famiglia giuridica di *common law*. In questo intervento ho scelto di farlo a partire dalla divaricazione esistente tra Regno Unito e Stati Uniti, una distanza che interessa l'origine, i caratteri e la posizione della costituzione nel sistema delle fonti.

L'esperienza britannica è fondata sulla non necessarietà della codificazione costituzionale e sulla centralità del principio della supremazia del Parlamento, che esclude il controllo giurisdizionale sull'operato del Legislatore. Nel Regno Unito la costituzione è parzialmente scritta, ma non codificata in un unico documento: «*not with standing its allegedly unwritten nature, much (indeed, nearly all) of the [English] constitution is written, somewhere*» (Tomkins 2003, 7). In essa convergono norme giuridiche – di natura giurisprudenziale e legislativa – e regole politiche (R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] UKSC 5, par. 40). Elementi che si sono andati integrando nel tempo, costruendo una costituzione che è il frutto della tradizione (non a caso solo alcuni dei suoi elementi costitutivi, segnatamente gli atti legislativi e i precedenti giudiziari, possono essere datati) e di un processo di formazione che è costantemente in atto, che consentono di guardare a questa costituzione sotto l'egida della continuità. L'assenza di rotture dalla fine del Seicento in avanti non deve però essere intesa come assenza di cambiamenti radicali, che pure vi sono stati: pensiamo alla democratizzazione introdotta dal *Great Reform Act 1832* e ai suoi effetti sulla trasformazione del parlamentarismo, al superamento del bicameralismo perfetto a vantaggio della Camera dei Comuni sancito con i *Parliament Act* del 1911 e del 1949, al processo che ha condotto all'indipendenza della Repubblica irlandese e alla conseguente perdita di una regione importante del territorio del Paese nel 1921.

In questo ordinamento il cambiamento della costituzione (*constitutional change*) si sovrappone con l'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali, le scelte compiute dal Legislatore e dagli attori politici come soggetti in grado di autoregolarsi attraverso le convenzioni della costituzione. Del cambiamento costituzionale nel Regno Unito mi pare rilevante sottolineare la preliminare necessità di identificare il contenuto della costituzione. La natura non codificata della costituzione, infatti, pone un problema di perimetrazione. I manuali di diritto costituzionale sono concordi nel ritenere che il diritto costituzionale coincide con le norme attinenti all'organizzazione orizzontale (e verticale) del potere e al rapporto tra autorità e libertà, e dunque tra Stato e cittadini; dovrà poi stabilirsi quali leggi, quali precedenti e quali regole convenzionali hanno rilievo

costituzionale. Conseguentemente dovrà valutarsi quali cambiamenti della legislazione, della giurisprudenza e delle regole convenzionali possono essere qualificati mutamenti della costituzione. In alcuni casi si tratta di un'operazione relativamente semplice. È opinione condivisa che lo *European Communities Act 1972* (oggi abrogato in seguito al recesso dall'Unione europea), lo *Human Rights Act 1998* (e prima la *Magna Carta* del 1215, il *Petition of Rights* del 1628, il *Bill of Rights* del 1689) e il *Constitutional Reform Act 2005* (e prima l'*Act of Settlement 1707*) siano leggi materialmente costituzionali. Altre ipotesi sono invece più controverse: gli atti devolutivi, l'istituzione del *Parliamentary Ombudsman*, la disciplina legislativa del *local government*, dei referendum e dei partiti politici.

A questo proposito è opportuno ricordare il riconoscimento giurisprudenziale di leggi di natura costituzionale (c.d. *constitutional statutes*). Secondo Lord Justice Laws uno *statute* è costituzionale quando è idoneo a condizionare il rapporto tra Stato e cittadini in modo significativo o ad ampliare o ridurre l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali (*Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), Divisional Court, ove è qualificato come costituzionale lo *European Communities Act 1972*). Dal punto di vista formale, i *constitutional statutes* sono approvati seguendo il procedimento legislativo ordinario, essi tuttavia sfuggirebbero alla regola dell'abrogazione implicita – corollario del principio della supremazia del Parlamento (v. *infra*) – rendendo necessaria per la loro modifica o abrogazione un'esplicita manifestazione di volontà del Legislatore successivo. Questa evoluzione mostra l'esigenza di distinguere le leggi dal contenuto costituzionale e di differenziarne il regime dal resto del *corpus* legislativo. D'altro canto, visto che una parte della dottrina ha identificato diversi criteri di riconoscimento delle leggi di natura costituzionale, non è univoco quali leggi sarebbero ascrivibili alla categoria dei *constitutional statutes*. Inoltre, poiché essa non è stata ulteriormente approfondita in sede giurisprudenziale, potrebbe sembrare che la conclusione raggiunta sia circolare, cioè funzionale a escludere l'abrogazione implicita per le leggi dal contenuto costituzionale (Romeo 2021, 94-97).

La componente legislativa della costituzione rinvia al principio della supremazia del Parlamento quale caposaldo dell'ordinamento costituzionale. Dicey afferma che il Parlamento «è titolare, nel sistema costituzionale inglese, del diritto di fare e disfare qualsiasi atto di legge; e, inoltre, che nessun soggetto o organo è legittimato dal diritto d'Inghilterra a non tenere conto della legislazione parlamentare o a disapplicarla» (Dicey 2003, 20-26). I corollari della dottrina in esame sono tradizionalmente due: a) poiché ogni Parlamento è sovrano, nessun Parlamento può essere vincolato dai suoi predecessori e nessun Parlamento può vincolare i suoi successori; ne consegue che in caso di contrasto tra disposizioni legislative il giudice è tenuto ad applicare quella più recente in ossequio al criterio cronologico

che regola la risoluzione delle antinomie; b) l'autorità giudiziaria non può disapplicare o dichiarare nulle le leggi del Parlamento.

La supremazia del Parlamento ha connotati oggi molto diversi dalla teorizzazione di Dicey. Tale trasfigurazione è legata ai vincoli giuridici e politici che gravano sulla presunta onnipotenza del Legislatore: ricordiamo fra i primi quelli derivanti dal processo di integrazione europea – il diritto euro-unitario e i diritti convenzionali – e fra i secondi l'espansione dell'istituto referendario. Vincoli che hanno determinato la disapplicazione del diritto interno in favore di quello europeo, la possibilità per i giudici di dichiarare la legge del Parlamento incompatibile con i diritti della CEDU e il seguito parlamentare di decisioni referendarie (come accaduto all'avvio del processo devolutivo), talvolta secondo un indirizzo diverso da quello della maggioranza dei deputati (per esempio in occasione della Brexit).

L'ingresso in Europa e la conseguente *primauté* del diritto europeo su quello interno hanno aperto un nutrito dibattito teorico sulle sorti del principio della supremazia del Parlamento e offrono un esempio paradigmatico di quanto sia controverso individuare il cambiamento costituzionale e la sua direzione. A partire dalla sentenza della Camera dei Lords Factortame n. 2 (R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame (n.2) [1991] 1 All ER 70), i termini della questione possono essere sintetizzati nel confronto tra Wade, da un lato, e Laws e Allan, dall'altro. Il primo ha sostenuto che l'adesione alla CEE ha "rivoluzionato" l'ordinamento costituzionale: imponendo ai Legislatori successivi a quello del 1972 l'alternativa tra il rispetto del diritto europeo e la denuncia dei trattati ha violato entrambi i corollari della dottrina in esame determinandone il superamento (Wade 1996). I secondi, invece, hanno letto in termini di continuità costituzionale le conseguenze della *membership* europea. Ad opinione di Laws lo *European Communities Act* ha imposto un obbligo di interpretazione del diritto interno conforme al diritto comunitario, una regola ermeneutica analoga ad altre già vigenti in materia tributaria e penale, che non inficiava la sovranità di Westminster, con la conseguenza che la legge del 1972, pur trasferendo rilevanti poteri normativi alla CEE, era da considerarsi una manifestazione della supremazia del Parlamento che sceglieva autonomamente di limitarsi e non una devoluzione di sovranità (Laws 1992). Allan, invece, persuaso che la supremazia del Parlamento sia un principio desumibile dal *common law*, e in quanto tale fondato sulla ragione, ha concluso che l'emergere di un controllo sulla compatibilità con il diritto comunitario della legislazione britannica è un'evoluzione interna al diritto costituzionale che trova giustificazione attraverso un'adeguata lettura del nesso tra democrazia e sovranità (Allan 1997).

Un passaggio epocale come quello dell'ingresso in Europa, dunque, è stato interpretato fino ai giorni del recesso da alcuni come una rivoluzione rispetto all'ordine precedente, da altri come una delle sue possibili evoluzioni nel segno

della continuità costituzionale. Queste differenti visioni si sono riverberate anche sulle prime valutazioni del cambiamento costituzionale indotto dalla Brexit. Per Bogdanor il recesso potrebbe aprire una *opportunity window* per la scrittura della costituzione fondata sull'esplicito superamento della supremazia del Parlamento, implicitamente maturato con l'ingresso nella CEE. Ad opinione dell'Autore, Brexit rafforza le ragioni per l'adozione di una costituzione scritta, perché è venuta meno quella europea che negli ultimi quattro decenni aveva costituito un "ombrello di garanzia" per l'ordinamento britannico (Bogdanor 2019). Elliott, per contro, ritiene che ad oggi le conseguenze di Brexit investono più significativamente il profilo della separazione dei poteri. Sul versante della supremazia del Parlamento il recesso non ha determinato una completa inversione di marcia rispetto al passato, visto che lo stesso trattato di recesso si impone al diritto interno come si imponeva il diritto europeo. Viceversa, sul fronte della separazione dei poteri è necessario monitorare il destino della costituzione territoriale, con riferimento ai casi scozzese e nord-irlandese, e il rapporto tra potere esecutivo e giudiziario, in considerazione di talune scelte compiute dal Legislatore che mirano a restringere l'area del controllo giurisdizionale sull'azione dei pubblici poteri (v. la sect. 3 del *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022* e l'impianto dello *Human Rights Bill* attualmente all'esame della Camera dei Comuni) (Elliott 2020).

## 2. Stati Uniti

Diversamente da quella britannica, l'esperienza statunitense è basata sulla scrittura della costituzione e sulla sua superiorità gerarchica rispetto alla legge del Parlamento, che fonda la *judicial review of legislation*. A differenza di quanto accade nel Regno Unito, la costituzione non è il frutto della tradizione, ma espressione della volontà del popolo, che sceglie di codificare il contratto sociale, di esplicitare i principi ordinatori della convivenza civile e di regolare l'assetto di governo in base al quale il potere politico deve essere esercitato. Per queste ragioni la costituzione nasce con una pretesa di normatività superiore alla legislazione ordinaria: la sua supremazia deriva dall'essere al contempo la fonte di legittimazione dell'ordinamento democratico e la norma superiore del sistema normativo.

All'articolo V la costituzione disciplina la propria modifica prevedendo un procedimento organizzato in due fasi: la prima richiede l'appoggio della maggioranza dei due terzi dei componenti delle Camere del Congresso o della Convenzione appositamente costituita, la seconda quello dei tre quarti degli Stati. Dal 1787 a oggi sono state approvate ventisette revisioni e l'ultimo emendamento è entrato in vigore nel 1992, trent'anni fa. Oggi la revisione della costituzione sembra impossibile in ragione delle maggioranze qualificate necessarie ai due livelli, federale e statale, per la conclusione della procedura. Questa condizione di

fatto avvicina le due esperienze esaminate, poiché l'impraticabilità della revisione formale negli Stati Uniti sposta l'attenzione sul cambiamento costituzionale derivante dalle scelte del Legislatore (statale e federale) e della autorità giudiziaria, in particolare della Corte Suprema: gli attori politici possono promuovere una diversa lettura della costituzione e il potere giudiziario può sostenere e suggellare tale cambiamento (Tushnet 2009, 238-244). Pensiamo al passaggio dal federalismo duale a quello cooperativo consumato nella costanza del testo costituzionale e fondato sulla diversa interpretazione che Legislatore e corti hanno dato di una serie di disposizioni costituzionali attinenti alla separazione verticale del potere: la *commerce clause*, l'*implied power clause*, la *preemption* federale e la *general welfare clause*.

Il ruolo della giurisdizione nel mutamento costituzionale apre una finestra sulle dottrine dell'interpretazione della costituzione e, in particolare, sulla contrapposizione tra *originalism* e *living constitutionalism* (per una problematizzazione di questa contrapposizione v. Balkin 2011). Nella prospettiva originalista (pure attraversata al suo interno da numerose variazioni) l'interprete non è chiamato a creare nuovo diritto ma a identificare il significato univoco dell'enunciato normativo attraverso l'interpretazione del testo e l'analisi storica. Si tratta di un approccio che fa proprie la considerazione sul deficit di legittimazione democratica del potere giurisdizionale, sia per il *self restraint* che impone all'interprete, sia per l'attenzione che rivolge al significato che il testo aveva al tempo in cui la costituzione è stata adottata, ponendo al centro i valori fondativi del patto sociale. Le teorie originaliste, nondimeno, si scontrano con i casi in cui tale impostazione non riesce a rispondere alle questioni che giungono di fronte alla giurisdizione, in ragione dei "silenzi" della costituzione o delle sue vaghe previsioni (Romeo 2021, 139-145).

Le dottrine non originaliste – per contro – sono accomunate dall'adesione all'idea della *living constitution*, della costituzione come documento in grado di adeguarsi ai mutevoli valori e bisogni della società. Secondo Strauss è inevitabile che la costituzione evolva e si adatti alle nuove circostanze socio-politiche senza essere formalmente modificata. La capacità di cambiamento della costituzione è funzionale alla sua sopravvivenza, poiché, in caso contrario, potrebbe divenire irrilevante o una camicia di forza che imprigiona il corpo sociale. Ad opinione dell'Autore negli Stati Uniti ciò accade grazie alla tradizione di *common law*, che consente alla costituzione di mutare pur rimanendo ancorata al passato, secondo le dinamiche evolutive del diritto giurisprudenziale (Strauss 2010).

Interessante è la fenomenologia che Strauss elabora del rapporto tra *living constitution* e modifica formale del testo, che adombra un insospettabile intreccio tra revisione e mutamento. Ci sono cambiamenti costituzionali giunti a compimento in assenza di modifiche formali, basti pensare all'espansione del potere legislativo della Federazione, del potere estero del Presidente, del potere

dell'amministrazione federale per il tramite delle agenzie. Ci sono emendamenti costituzionali mancati che trovano una collocazione nell'ordinamento per il tramite della legge, del sostegno popolare o della giurisprudenza, come nel caso della disciplina del lavoro minorile. Ci sono emendamenti divenuti decisivi nel momento in cui la società è stata pronta per dare loro seguito, anche a più di un secolo di distanza dall'entrata in vigore, pensiamo al rapporto esistente tra il XIV emendamento e il superamento della segregazione razziale o alla centralità ricoperta dalla legge federale nel pieno riconoscimento del diritto di voto dei cittadini di colore sancito dal XV emendamento. Ci sono emendamenti che ratificano un cambiamento già maturato nei fatti, come è accaduto con l'elezione popolare dei senatori introdotta dal XVII emendamento. Ci sono, infine, emendamenti che ripristinano la *living constitution*, come ha fatto il XXII che, introducendo il limite del doppio mandato per la carica presidenziale, ha recepito al livello costituzionale delle fonti una convenzione che Franklin Delano Roosevelt aveva violato.

Concludiamo il quadro del cambiamento costituzionale negli Stati Uniti con la teoria delle trasformazioni costituzionali di Bruce Ackerman. L'Autore ha guardato alla storia statunitense distinguendo al suo interno un dualismo tra periodi di *normal law making* e periodi di *high constitutional deliberation and politics*. Per la più parte del tempo la vita politica è guidata dalle scelte delle istituzioni rappresentative, nondimeno, eccezionalmente, maturano le condizioni per cui i cittadini, di solito ripiegati nella sfera privata dell'esistenza, rivolgono la loro attenzione all'*higher law making* e sono direttamente coinvolti nella trasformazione della costituzione. Nei frangenti rivoluzionari le decisioni sono sempre assunte per il tramite delle istituzioni rappresentative, ma in seguito alla mobilitazione di una grande parte della cittadinanza, che sostiene la necessità di un cambiamento in un aspetto fondamentale della vita collettiva. In questa prospettiva, coerente con il costituzionalismo democratico di cui gli Stati Uniti sono espressione, il popolo non è solo all'origine della costituzione, ma anche delle sue trasformazioni.

Ad opinione di Ackerman la storia degli Stati Uniti è segnata da quattro momenti (o rivoluzioni) costituzionali. Il primo coincide con la fondazione della repubblica, maturata in seguito alla scelta della Convenzione di Filadelfia di allontanarsi dal mandato originario – diretto a modificare gli Articoli della Confederazione – per proporre il progetto di una costituzione federale. In questo frangente i *framers*, invece di cercare il consenso unanime dei tredici Stati originari, come gli *Articles* avrebbero richiesto in base allo schema confederale, hanno scelto di subordinare l'entrata in vigore della costituzione all'approvazione da parte di nove Stati su tredici. Da questa considerazione Ackerman deduce che già l'adozione della costituzione federale sia avvenuta in violazione dei limiti imposti dall'ordine legale allora vigente (Ackerman 1991).

Lo stesso è accaduto in occasione del secondo momento costituzionale, identificato con la fase della ricostruzione successiva alla guerra civile. In quel frangente sono stati approvati tre emendamenti costituzionali, due dei quali, il XIII e il XIV, in violazione dei limiti posti dall'art. V della Costituzione. A prescindere dal dibattito sul rispetto della procedura di revisione che il volume di Ackerman ha aperto, il punto di vista dell'Autore è chiaro: i momenti costituzionali determinano una trasformazione della costituzione in larga scala, che può affermarsi a prescindere dall'osservanza dei vincoli dettati dalle norme sulla revisione.

In linea con questa interpretazione si colloca il terzo momento costituzionale, quello del *new deal*. In quel passaggio la revisione costituzionale entra in gioco in termini marginali e, nonostante ciò, il potere federale all'indomani degli anni Venti del secolo scorso diviene qualcosa di sostanzialmente diverso dal passato e da ciò che aveva prefigurato l'anima federalista della Convenzione. A ben vedere la storia della trasformazione in senso cooperativo del federalismo statunitense è alla base del modello a cinque fasi in cui Ackerman articola le trasformazioni della costituzione. La prima è quella della segnalazione (*signaling*), che si realizza quando un soggetto – sia esso un'istituzione o un gruppo di persone – manifesta l'esigenza di un cambiamento costituzionale in ordine a un determinato tema. Se il promotore del cambiamento riesce ad acquistare il controllo di una branca del governo federale – nella maggior parte dei casi si tratta della presidenza – presenta una proposta di riforma costituzionale (*proposal*). La terza fase, definita di attivazione (*triggering*), si consuma nel tentativo di ottenere il consenso delle altre istituzioni democratiche. La quarta fase prevede la ratifica (*ratification*) della trasformazione costituzionale, generalmente attraverso una vittoria elettorale. Infine, si accede alla fase del consolidamento del risultato ottenuto (*consolidation*), ciò avviene quando il cambiamento è riconosciuto dalla stessa Corte Suprema con il superamento della giurisprudenza precedente (Ackerman 1998).

Lo stesso schema è applicato dall'Autore alla rivoluzione dei diritti civili, che irrompe nel ventennio compreso tra il 1954 e il 1974. In questo caso il processo è avviato dalla decisione della Corte Suprema *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 (1954)), che dichiara incostituzionale la segregazione razziale nelle scuole. A dieci anni di distanza si collocano l'approvazione del *Civil Rights Act*, l'elezione di Lyndon Johnson alla presidenza e due decisioni della Corte Suprema che dichiarano la conformità a costituzione della legge sui diritti civili. Il consolidamento giunge con l'elezione di Richard Nixon che, nonostante l'appartenenza repubblicana, mantiene e non smantella le conquiste degli anni precedenti. Sul fronte della mobilitazione popolare è centrale l'azione del movimento per l'eguaglianza razziale e i diritti civili guidato da Martin Luther King, anche per la relazione che riesce a instaurare con il presidente Johnson (Ackerman 2014).

In questo passaggio, come nei precedenti, la trasformazione costituzionale si distingue sostanzialmente e proceduralmente dai puntuali cambiamenti legislativi e giurisprudenziali: dal punto di vista sostanziale perché rivoluziona l'interpretazione di una o più previsioni costituzionali incidendo contemporaneamente sulla tutela dei diritti individuali e sulla organizzazione dei poteri, da quello procedurale, perché ad essa concorre il popolo insieme con le istituzioni di governo. Si tratta dunque di un passaggio corale condiviso tra il corpo sociale e i poteri dello Stato. Fra questi ultimi la Corte Suprema ha un compito specifico: "ricucire" la trasformazione in D'Aloiaatto con il passato, attraverso l'esercizio di una funzione razionalizzatrice che è propria del diritto sapienziale di matrice giurisprudenziale della tradizione giuridica di *common law*.

### 3. Conclusioni

Nel confronto sul cambiamento costituzionale tra le esperienze britannica e statunitense la contrapposizione tra costituzione codificata e non codificata impallidisce. Nel Regno Unito, dove il sistema delle fonti ruota ancora intorno alla legge del Parlamento, è avvertita l'esigenza di distinguere le leggi materialmente costituzionali dal resto del *corpus* normativo e di differenziarne - pure minimamente - il regime giuridico. Si tratta di un tenue punto di contatto con l'esperienza della codificazione in un Paese in cui la costituzione è "dispersa" tra legge, *common law* e convenzioni della costituzione. Per contro, guardando alla storia statunitense, e alla sacralità della sua Carta, rileviamo che la costituzione cambia e si trasforma radicalmente a prescindere dalle modifiche formali del testo, attraverso gli atti e le scelte degli organi di governo e della giurisdizione: le leggi e i precedenti giudiziari.

Un'asimmetria è nel ruolo del consenso popolare nel cambiamento costituzionale. La sua centralità nell'approccio di Ackerman riecheggia la natura democratica del costituzionalismo americano e rinvia alla classica contrapposizione tra costituzione-tradizione e costituzione-volontà che distingue le due esperienze esaminate. D'altro canto nel Regno Unito, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, si è affermata una prassi referendaria che ha intercettato il tema del cambiamento costituzionale. La dottrina è oggi concorde nel negare natura convenzionale all'"appello al popolo" convocato in collegamento con i cambiamenti della costituzione - vedi per tutti il rapporto con l'Europa e la *devolution* - e a ricondurre il referendum tra le limitazioni che il Parlamento decide di autoimporsi. D'altro canto, sia la riflessione teorica sia la giurisprudenza possono negare il rilievo politico assunto dal referendum nella storia costituzionale recente, almeno fino alla Brexit, e la sua idoneità a condizionare il principio della supremazia del Parlamento.

Anche la distanza tra la continuità del costituzionalismo britannico e le rivoluzioni del costituzionalismo americano si assottiglia se si intercetta nell'opera di Ackerman il tentativo di leggere in chiave unitaria la storia costituzionale degli Stati Uniti dalla fondazione ai nostri giorni. La ricostruzione dell'Autore conferma la distanza temporale che separa l'Autore dal suo oggetto di studio e solleva un quesito di fondo sulla possibilità di riconoscere e conoscere le trasformazioni della costituzione al tempo presente, una difficoltà che inevitabilmente intreccia il lavoro del costituzionalista con quello dello storico.

### Bibliografia

Ackerman, B. (1991), *We The People Foundations*, Cambridge (MA), Harvard University Press.

Ackerman, B. (1998), *We The People Transformations*, Cambridge (MA), Harvard University Press.

Ackerman, B. (2014), *The Civil Rights Revolution*, Cambridge (MA), Belknap.

Allan, T.R.S. (1997), *Parliamentary Sovereignty: Law, Politics and Revolution*, in *Law Quarterly Review*, n. 4, pp. 443 ss.

Balkin, J.M. (2011), *Living Originalism*, Cambridge (MA), Belknap.

Bogdanor, V. (2019), *Beyond Brexit. Towards a British Constitution*, London, I.B. Tauris.

Dicey, A.V. (2003), *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, trad. it. dell'ottava edizione del 1915 a cura di Torre, A., Bologna, il Mulino.

Elliott, M. (2020), *The United Kingdom's Constitution and Brexit: A "Constitutional Moment"?*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 22/2020, disponibile all'indirizzo web <https://ssrn.com/abstract=3609965>.

Laws, J. (1992), *Law and Democracy*, in *Public Law*, pp. 72 ss.

Romeo, G. (2021), *L'argomentazione costituzionale nella famiglia giuridica di common law*, Torino, Giappichelli.

Strauss, D.A. (2010), *The living constitution (inalienable rights)*, Oxford, Oxford University Press.

Tomkins, A. (2003), *Public Law*, Oxford, Oxford University Press.

Tushnet, M. (2009), *The Constitution of the United States of America. A contextual Analysis*, Oxford, Hart.

Wade, W. (1996), *Sovereignty: Revolution or Evolution?*, in *Law Quarterly Review*, n. 4, pp. 568 ss.

## **L'anima doppia dell'istituzionalismo giuridico. Carl Schmitt vs. Santi Romano\***

MARIANO CROCE\*\*

---

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. L'istituzionalismo sostantivo. – 3. L'istituzionalismo processuale. – 4. Considerazioni conclusive. – Bibliografia.

**Data della pubblicazione sul sito:** 10 ottobre 2023

### **Suggerimento di citazione**

M. CROCE, *L'anima doppia dell'istituzionalismo giuridico. Carl Schmitt vs. Santi Romano*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2023. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://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 associato di Filosofia politica nel Dipartimento di Filosofia dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Indirizzo mail: [mariano.croce@uniroma1.it](mailto:mariano.croce@uniroma1.it).

## 1. Premessa

L'attuale reviviscenza dell'istituzionalismo giuridico di inizio Novecento sembra favorita dalla strana alchimia che segna il panorama della politica contemporanea: lo Stato è tutt'altro che al tramonto, ma le forme di mediazione tra attori sociali e istituzioni politico-rappresentative mostrano segni evidenti di logoramento. Pur con tutti i limiti di un parallelismo storico, pare che oggi, come a inizio Novecento, non si tratti tanto di metter mano a grandi riforme del complesso istituzionale, quanto di individuare nuove modalità di integrazione delle componenti del sociale. «Il sociale», per l'appunto, non già «la società»: l'istituzionalismo giuridico classico mette in guardia rispetto alla tenuta e quindi all'uso in ambito teorico di macro-concetti, che ad avviso di molti teorici istituzionalisti – su tutti Widar Cesarini Sforza e Karl Llewellyn – reificano e ipostatizzano le entità che pretendono di rappresentare. La società come entità unitaria non esiste<sup>1</sup>. Detto altrimenti, esistono solo attori sociali in continuo movimento, le cui attività di interazione e integrazione danno corpo a contesti associativi e organizzativi più o meno ampi, più o meno consolidati, e comunque strutturalmente dipendenti da quelle attività. Non si dà alcuna collettività onnicomprensiva, bensì un turbinio di attori che danno vita a una fitta rete di scambi dalla natura più o meno durevole. L'*associazione* è il cuore di una vita sociale ricca di potere giusgenerativo e nient'affatto bisognosa dell'attività demiurgica del potere politico. Ecco, quindi, un primo tratto caratterizzante dell'istituzionalismo: *l'associazione, non già l'individuo, è l'unità minima del sociale, e come tale non presuppone l'attività costitutiva di un'autorità centrale.*

Uno dei testi che fanno da laboratorio per l'istituzionalismo più maturo di Santi Romano, la nota prolusione pisana del 1909, mette a tema proprio la natura artificiale dello Stato e la storia che ne ha costituito l'architettura teorica a partire da tale visione del sociale. Il fatto stesso che lo Stato, scrive Romano, necessiti del sostegno di organizzazioni nuove, «complementari se pure non contrarie» (Romano 1909, 13), ne palesa un'insufficienza originaria. Questo «bisogno», che l'autore utilizza a mo' di prova *a posteriori* della fragilità atavica dello Stato ottocentesco, è originaria perché inscritta nella genesi stessa del progetto politico inaugurato dalla Rivoluzione francese. Questa finì infatti con l'eliminare quella congerie di gruppi a base cetuale e corporativa che avevano posto le condizioni per

---

<sup>1</sup> Con la chiarezza di un dato acquisito Cesarini Sforza asserisce: «La “società umana” è un'astrazione, alla quale corrisponde, in concreto, un'infinita serie di organizzazioni aventi diversissimi scopi e diversissime forme, coordinate tra loro mediante relazioni di gerarchia o di contiguità; ed ogni organizzazione, od ogni gruppo coordinato di organizzazioni, costituisce un sistema organico – ossia un ordinamento – di rapporti giuridici» (Cesarini Sforza 1929, 36-37).

la caduta dell'Antico regime. L'apparato statale che ne sortì aveva quindi sostituito una politica della mediazione tra entità associative con la diade individuo-Stato. Nella convinzione, giuridicamente sancita, che l'unità sociale minima fosse l'individuo e che esso potesse intrattenere un rapporto diretto con l'amministrazione pubblica, l'apparato statale «si palesò del tutto deficiente, nel regolare, anzi spesso nel non riconoscere gli aggruppamenti degli individui, pur così necessari in società pervenuta ad un altro grado di sviluppo» (Romano 1909, 14).

Al di là delle critiche di Romano all'impianto che emerse dalla Rivoluzione francese, quanto qui rileva è che tutti i fautori dell'istituzionalismo giuridico si ritrovano su questo terreno di nuova storiografia giuridica. Al contempo, tuttavia, nessuno tra loro è giunto al punto di auspicare la rottura del paradigma statale. Anche per Romano, come sottolineano autorevoli interpreti, la crisi «può ben trovare risposte sul piano della legittimità formale e su quello organizzativo, mediante il corporativismo e la correzione della rappresentanza borghese» (Morrone 2012, 378). In altri termini, è il diritto dello Stato la piattaforma sulla quale si gioca la partita del pluralismo associativo. Eppure, al netto di tale sfondo di convergenza, sarebbe un errore intendere l'istituzionalismo come un blocco unitario. Proprio nella comunanza dei due punti rilevati sopra in termini di *ontologia sociale* e *statalismo residuale*, troviamo nell'istituzionalismo una spaccatura profonda – due paradigmi di fondo, che offrono ricette politiche per molti versi opposte: l'istituzionalismo sostantivo e istituzionalismo processuale. Mediante una rapida analisi delle proposte di Carl Schmitt e Santi Romano, il presente contributo intende tratteggiare gli elementi di divergenza tra questi due tipi di istituzionalismo giuridico – elementi che non possono essere minimizzati ai fini di una valutazione complessiva di una tradizione giuridica che offre importanti risorse concettuali per pensare il presente.

## 2. L'istituzionalismo sostantivo

Quelli tra il 1927 e il 1932 sono gli anni in cui Schmitt si avvicina a coloro che di lì in poi riconoscerà come i suoi «maestri» o, a meglio ancora, i suoi «predecessori» (Schmitt 2005, 166-167), vale a dire Maurice Hauriou e Santi Romano. Da costoro mutua una concezione del sociale come composto di gruppi che possiedono una forza nomica interna e che quindi non abbisognano del potere plasmante del politico per dotare di stabilità le proprie dinamiche interne. Tra il 1930 e il 1932, in saggi dalla natura assai diversa, come *Etica dello Stato e Stato pluralistico* (1930), *Stato, movimento, popolo* (1933) e *I tre tipi di scienza giuridica* (1934), Schmitt mette a punto una prospettiva genuinamente istituzionalista (cfr. Croce, Salvatore 2020). Ma è su *Legalità e legittimità*, del 1932, che vorrei soffermarmi. Il testo è perlopiù letto come la definitiva giustificazione, da parte di Schmitt, dei poteri

incontrollati dell'esecutivo in forza dell'art. 48 della Costituzione del Weimar (cfr. Galli 2018, 7 e McCormick 2004).

Di contro a tale lettura, sostenitori convinti di un esecutivo senza vincoli come Eric Posner e Adrian Vermeule (2018, 612) hanno la cura di rimarcare che *Legalità e legittimità* intende innanzitutto discutere delle forme di tutela della Costituzione weimariana, anziché del modo in cui essa può essere ignorata dal Presidente del Reich. Secondo i due giuristi statunitensi, Schmitt, con un lessico e con intenti diversi da quelli di James Madison, affronta nel 1932 il problema madisoniano delle cosiddette *parchment barriers*, ossia le scarse tutele della Costituzione rispetto all'azione distorsiva di fazioni politiche che flettono i limiti costituzionali per raggiungere obiettivi di parte. I due giuristi statunitensi, che pure fanno un uso assai idiosincratico del costituzionalismo schmittiano, individuano con abilità chirurgica il tema che alimenta le considerazioni avanzate nel saggio del 1932, vale a dire la possibilità che la Costituzione subisca stravolgimenti in forza dell'uso e dell'abuso di maggioranze (siano esse semplici oppure qualificate dei due terzi, che solo in apparenza hanno una legittimità superiore alle maggioranze semplici). Di più: come sottolineano i due giuristi, il problema è come connettere il rispetto quasi sacrale della Costituzione a convincimenti solidi nei membri dei vari gruppi sociali. La sola legalità razionale è motivazione flebile, agli occhi di Schmitt, e richiede un puntello ben più solido in pratiche concrete.

Detto altrimenti, il problema centrale della riflessione schmittiana nel 1932 è come difendere la Costituzione, o meglio, quei *contenuti sostantivi* che essa ha lo specifico compito di tutelare. Il ragionamento di Schmitt s'impenna su un'interpretazione della Costituzione di Weimar (ma in fondo di ogni Costituzione novecentesca) come dotata di una natura duplice e, quel che più conta, nient'affatto complementare. Per un verso, nella sua prima metà, la Costituzione fa leva su un'idea di Stato legislativo entro il quale le regole costituzionali hanno il compito esclusivo di presiedere alle corrette modalità di produzione della legge. Si tratta in tal senso di vincoli formali, che garantiscono il massimo spazio d'intervento per la decisione del legislatore, cui è rimandata la possibilità di determinare in piena libertà il contenuto delle leggi ordinarie e, con maggioranze qualificate, persino il contenuto della Costituzione stessa. Per altro verso, però, la seconda parte della Costituzione ha il fine precipuo di tutelare alcuni contenuti materiali, la cui natura è tale da precludere un intervento legislativo, qualificato o meno che sia. Detto con parole schmittiane, la Costituzione prevede «tutele costituzionali giuridico-materiali [che] devono tutelare proprio nei confronti della contingenza momentanea del legislatore ordinario, proteggere un determinato contenuto da un funzionalismo maggioritario privo di contenuto, in cui ogni valore contenutistico oggettivo è consegnato alla maggioranza del momento» (Schmitt 1932, 78).

La natura procedurale della prima parte, che apre per il legislatore ambiti di libera revisione, e le tutele giuridico-materiali, tese a introdurre limiti al legislatore circa la possibilità di rivedere certi contenuti, sono, ad avviso di Schmitt, «opposti inconciliabili»: «Non si possono porre solennemente il matrimonio, la religione, la proprietà privata sotto la tutela della costituzione, e nella medesima costituzione offrire il metodo legale per la loro soppressione. [...] Ed è una scusa misera, anzi immorale, dichiarare che la soppressione del matrimonio o delle chiese è certo legalmente possibile, ma che auspicabilmente non si raggiungeranno le maggioranze, semplici o dei due terzi, per abolire il matrimonio o realizzare uno Stato ateo o laico in maniera legale» (Schmitt 1932, 79-80).

Per Schmitt, si tratta di un'opposizione netta e inaggirabile tra due concezioni della Costituzione che convivono nel medesimo Documento, due tendenze in conflitto: quella tipica dello Stato legislativo, che concede al Parlamento la facoltà di produrre contenuti sempre nuovi e di rivederli in base alle circostanze del momento, opposta a quella tipica dello Stato amministrativo, il quale abbisogna di fondamenti materiali solidi, ancorati alla rigidità di una Costituzione che non offra gli strumenti per la propria libera modifica (almeno per quanto concerne alcuni contenuti caratterizzanti). Si badi: qui la sostanza è davvero sostantiva, dacché la, per farsi assoluta, Costituzione deve assicurarsi una robusta impermeabilità alla contingenza. Comprensibile, pertanto, il richiamo alla nozione di «superlegalità» concettualizzata da Hauriou (Si veda Schmitt 1932, 90-91. Sulla nozione hauriouviana di *superlégalité constitutionnelle* nel quadro concettuale schmittiano, anche in rapporto alla teoria di Santi Romano, si veda Salvatore 2022), ossia un tipo di legalità costituzionale capace di esprimere un potere spersonalizzato, astratto e atemporale, in forza del quale la Costituzione acquisisce lo status di “legge superiore”, valida non solo come cornice procedurale, bensì come espressione dei principi politici della società.

### 3. L'istituzionalismo processuale

Per misurare la distanza del progetto romaniano dall'istituzionalismo sostantivo di Schmitt, sarà utile partire dalla critica di Nicola Matteucci (1963), che mi pare intuisca un punto fondamentale del progetto romaniano. Nel noto saggio *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Matteucci sottolinea «quanto sia equivoco il richiamo degli istituzionalisti, che non cessano per questo di essere dei giuristi, alla “società”, e come oggi vada capovolta la critica che già venne fatta al Romano, o cioè di aver risolto il diritto nella società: si sono piuttosto poste le premesse per giuridicizzare tutta la società, impedendo così che questa venga studiata con più adeguata metodologia». E prosegue: «Resta però ancora da vedere se l'antica battaglia degli istituzionalisti contro lo statualismo non risulti poi, alla prova dei fatti, più apparente che reale, nella misura in cui dall'affermata pluralità

degli ordinamenti giuridici si scivola quasi sempre nella più o meno esplicita tesi che vi è un ordinamento più giuridico (o più organizzato) degli altri, che è appunto quello dello Stato» (Matteucci 1963, 1029). In effetti, Romano non aspirò mai a un recupero del giuridico entro la dimensione sociale. Piuttosto, egli intendeva trasformare il diritto *dall'interno*, a partire da quello che chiamo *punto di vista giuridico*, vale a dire una prospettiva da cui si può *descrivere la realtà con le sole categorie del diritto*, e che perciò pretende avere effetti di realtà. Una prospettiva che non riconosce alcun margine alla “realtà sociale”, e che le nega quindi uno scambio da pari a pari con il diritto.

Sin dal periodo giovanile, Romano muove da tre assunti impliciti: una valutazione della storia costituzionale europea che privilegiava il modello inglese rispetto quello francese; l'idea di una limitata capacità di lettura e di intervento da parte del legislatore di fronte alla tradizione storica; una radicatissima convinzione per cui le vicende della storia viravano nella direzione una compiuta articolazione dello Stato amministrato. Rispetto a questo punto d'avvio, val la pena menzionare la lettura che Maurizio Fioravanti (2001, 97) mutua perlopiù da Roberto Ruffilli:

Romano prese indubbiamente coscienza della irreversibilità delle trasformazioni in atto nelle istituzioni e nelle strutture fondamentali della società. Concepì però tali trasformazioni come puri e semplici fattori di “accelerazione” dei tradizionali modelli di sviluppo ottocenteschi, e, sulla base di una radicata fiducia nella capacità dello “Stato giuridico” di assorbire ed organizzare gli interessi sociali nuovi, ritenne possibile una evoluzione storica unilineare, un progresso pacifico capace di evitare le soluzioni “estreme”, sia quelle collegate ad un'ipotesi di potenziamento dell'autorità dello Stato forza, sia quelle connesse ad un progressivo dispiegamento degli istituti della democrazia diretta.

In questa ottica, l'elemento più interessante del primo Romano – che va però considerato come caratteristico dell'intera sua produzione – sono le sue costruzioni dogmatiche, seguendo il cui filo, è possibile vedere come egli giunse a concepire un ruolo “giuridico” per le entità non-statali solo allorché si convinse del fatto che esse potevano essere riportate nell'orbita del sistema di diritto pubblico quale sua *componente interna*. Egli arriva infatti alla prolusione del 1909 sulla crisi dello Stato quando ha ormai maturato la convinzione secondo cui lo Stato di fine Ottocento era pressoché deciduo, specie in considerazione della comprovata impossibilità di risolvere i problemi dell'assetto pubblicistico sulla base dei puntelli classici della personalità giuridica dello Stato e del cittadino-individuo. Per superare detta crisi, Romano aveva in mente uno “Stato giuridico” in cui il diritto pubblico potesse servire come piattaforma di negoziazione tra entità giuridiche (su una linea che credo affine, raccomando la lettura di Sandulli 2009, 156-191).

Per certo, negli anni Dieci egli mancava di un lessico e di categorie appropriate. Sicché vorrei qui abbozzare una sintesi del modo in cui Romano tentò di superare la limitatezza delle categorie giuspubblicistiche tardo-ottocentesche. Nell'arco di

circa trent'anni, da *L'ordinamento giuridico* (1917-18) a *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Romano elabora un potente teoria del diritto come *tecnica più tecnologia*, ovvero norme, procedure, sanzioni, unite ai saperi ad esse relativi. Come Romano scrive in una preziosa voce di *Frammenti di un dizionario giuridico*, «Realtà giuridica», il diritto trae non solo linfa vitale, bensì anche gradienti di realtà da queste forme di appropriazione selettiva. Il diritto, infatti, non crea, «ma raccogliendo, componendo assieme, ordinando i vari elementi di cui essi constano, dà vita reale ed effettiva, nel mondo giuridico, ad enti che non si confondono e non si identificano con nessuno di quegli elementi, ma acquistano una propria individualità ed una propria essenza» (Romano 1947, 244). Una tale descrizione del reale mediante categorie giuridiche è sempre *operativa*: il diritto opera in forza della descrizione di realtà distinte, che divengono giuridiche proprio perché descritte mediante le categorie del diritto. Detto altrimenti, la realtà giuridica è una diversa composizione di elementi, che li organizza, vi conferisce un ordine, ne riassetta le parti. È così che per Romano si «pone un diritto»: esso assembla il materiale di altre realtà (tra le quali la cosiddetta morale) conferendovi il proprio ordine: «Porre un nuovo ordinamento giuridico [...] significa creare un ente che prima non esisteva, una nuova realtà che può ben dirsi giuridica, perché il diritto è la sua anima e il suo principio vitale» (Romano 1947, 244).

Romano ribadisce che il diritto è *funzione*: il diritto, egli asserisce, è sempre «un ordinamento particolare e limitato, il che, fra l'altro, implica che sceglie gli interessi da prendere in considerazione e li sceglie per l'appunto con criteri che non si identificano con quell'idea [di giustizia]» (Romano 1947, 105). Se ne induce che il diritto dello Stato *opera per selezione*, individua cioè elementi sostantivi, provenienti da altre pratiche sociali organizzate, che riporta nella propria orbita e rende oggetto di speciale protezione. Sicché, a dispetto di ogni inclinazione pangiuridicista, esiste una differenza tra il diritto e le altre pratiche organizzate, compresa la morale. Ma se tale differenza non può consistere nella funzione organizzativa, che accomuna tutte le pratiche organizzate, in cosa risiede? Romano fa esplicito riferimento a un «carattere essenziale del diritto», che dovrebbe distinguerlo da altre attività pratiche:

Senonché, se si rimane sul terreno delle teorie semplicemente normative, non si riesce a specificare la differenza che distingue la funzione che il diritto esplica da quella o quelle analoghe esplicate da altre norme e, quindi, il carattere essenziale del diritto. Ogni categoria di norme, infatti, siano esse morali, economiche, o, se ancora altre se ne ammettono, di qualsivoglia natura, non hanno una funzionalità sostanzialmente diversa da quella delle norme giuridiche: donde l'inconsistenza di tutti i tentativi di definire, da questo punto di vista, il diritto (Romano 1947, 109).

Il diritto – questa la soluzione di Romano tradotta in un lessico poco romaniano – è una *tecnica che consente a qualsiasi pratica di procurarsi persistenza nel tempo*. Una tecnica, cioè, che qualsiasi pratica può sviluppare e che dispiega un tipo

particolare di sapere atto all'individuazione degli strumenti migliori per consentire alla pratica di durare nel tempo e di aggiornarsi in base alle esigenze contestuali. Così facendo, a differenza di Schmitt, Romano non reifica mai l'istituzione in un insieme di proprietà date, né mai la vincola a un insieme consolidato di contenuti sostantivi. Ed è proprio questa declinazione processuale dell'istituzionalismo che apre lo spazio per la *componibilità negoziale* delle entità organizzate. Il cuore sta proprio nella logica della funzione organizzativa, a dispetto dei caratteri sostantivi che via via un'entità istituzionale può darsi. In tale quadro, è come se Romano concepisse un duplice livello del diritto: il livello delle tecnologie e delle tecniche, condiviso da ogni entità istituzionale, e la loro traduzione pratica in contenuti sostantivi. È sul primo piano del diritto, assai meno sul secondo, che può darsi una negoziazione tra le diverse entità istituzionali: il diritto permette sempre una forma di interazione negoziata che cerchi di rendere compossibile l'esistenza dei gruppi, o quantomeno riduca notevolmente le frizioni tra essi.

#### 4. Considerazioni conclusive

Se non c'è dubbio a riguardo della capacità dell'istituzionalismo giuridico di servire da fucina di idee passate cariche di fermenti nuovi, certo è che bisogna saper individuare le linee davvero in grado di incidere sul presente. Non si tratta tanto di dismettere Schmitt per le sue scelerate opzioni politiche quanto per la concezione del diritto cui giunse: benché in un estremo tentativo di salvare la Costituzione di Weimar, l'istituzionalismo sostantivo schmittiano rischia oggi di favorire la reviviscenza di una concezione eticista della Carta costituzionale, che vincola il futuro delle istituzioni a contenuti sostantivi già dati e non permette il prodursi di nuovi soggetti giuridici. All'opposto, in un'epoca che esige nuove configurazioni, in grado di assicurare soggettività giuridica a realtà emergenti, la negoziazione nel campo del giuridico sembra uno strumento imprescindibile. Forse *lo* strumento (per una giustificazione più ponderata di tale tesi, mi permetto di rimandare a Croce 2018). Romano non offre una strategia d'azione bell'e pronta, e certo al tempo la sua concezione innovativa dovette misurarsi con una storia che procedeva in tutt'altra direzione. Nondimeno, l'invito a pensare il diritto come una funzione che opera quale tecnologia della componibilità risuona oggi con persino più forza, proprio nella misura in cui chiama le entità istituzionali emergenti a un rinnovato protagonismo: il modo in cui esse articolano le loro pretese e rivendicazioni è di per sé un fattore di revisione del diritto esistente. L'intuizione più potente di Romano fu proprio quella di vedere in ogni entità istituzionale che negozia col diritto dello Stato una componente interna di quel diritto, un attore cioè in grado di innovarlo *dall'interno*. Una via tutta giuridica alla creazione di un nuovo orizzonte politico, in cui lo Stato torni a ricoprire la funzione di cornice

giuridica entro la quale gli attori possono costruirsi un nuovo lessico della convivenza.

### Bibliografia

- Cesarini Sforza, W. (1929), *Il diritto dei privati*, Macerata, Quodlibet, 2018.
- Croce, M. (2018), *The Politics of Juridification*, Abingdon, Routledge.
- Croce, M., Salvatore, A. (2020), *L'indecisionista. Carl Schmitt oltre l'eccezione*, Macerata, Quodlibet.
- Fioravanti, M. (2001), "Stato giuridico" e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano (1897-1909), in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, tomo I, Milano, Giuffrè, pp. 277 ss.
- Galli, C. (2018), *Crisi, morte e trasfigurazione di una Repubblica*, in Schmitt, C., *Legalità e legittimità*, Bologna, il Mulino, pp. 7 ss.
- Matteucci, N. (1963), *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3, pp. 985 ss.
- McCormick, J. P. (2004), *Identifying or Exploiting the Paradoxes of Constitutional Democracy? An Introduction to Carl Schmitt's Legality and Legitimacy*, in Schmitt, C., *Legality and Legitimacy*, Durham and London, Duke University Press, pp. xiii ss.
- Morrone, A. (2012), *Per il metodo del costituzionalista: riflettendo su "Lo Stato moderno e la sua crisi" di Santi Romano*, in *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 369 ss.
- Posner, E. A., Vermeule, A. (2018), *Demystifying Schmitt*, in Meierhenrich, J., Simons, O. (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford, Oxford University Press, pp. 612 ss.
- Romano, S. (1909), *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969.
- Romano, S. (1947), *Frammenti di un dizionario giuridico*, Macerata, Quodlibet, 2019.
- Salvatore, A. (2022), *Dissomiglianze di famiglia. La dimensione istituzionale in Maurice Hauriou e Santi Romano*, in M. Croce (a cura di), *Un dialogo su Santi Romano*, Pisa, ETS.
- Sandulli, A. (2018), *Costruire lo Stato*, Milano, Giuffrè.
- Schmitt, C. (1932), *Legalità e legittimità*, Bologna, il Mulino, 2018.
- Schmitt, C. (2005), *Un giurista davanti a sé stesso. Saggi e interviste*, Vicenza, Neri Pozza.

## **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](http://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](mailto: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.