



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Storia e Filosofia del Diritto e Diritto Canonico

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
INDIRIZZO UNICO
CICLO XXII

IL GOVERNO DELLE EMERGENZE E LA CONSERVAZIONE (?) DELLA POLITICA

Direttore della Scuola : Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore :Ch.mo Prof. Luca Antonini

Dottoranda : Fiorenza Peruzzo

IL GOVERNO DELLE EMERGENZE E LA CONSERVAZIONE (?) DELLA POLITICA

INDICE - SOMMARIO

Abstract (italiano)	VII
Abstract (inglese)	VIII
Dell'invenire	1
Capitolo I - Oltre lo stato d'eccezione	
Preambolo	5
Eccezione: formula a "presa rapida"	12
Disvelamento...	15
...della dimensione magica	18
Il nume tutelare	20
Il sovrano e il presidente	24
<i>Societas perfecta</i> ...e grandi spazi.	32
Una trama senza sovrano	36
Il rappresentante della storia	39
Quando l'eccezione diventa regola: la rivolta del tempo	45
Amleto o...Ecuba?	51
Creature sovrane	56
Sovranità ferita	60
Capitolo II – Dalle eccezioni all'eccezione	
Il sublime dell'eccezione	63
<i>Emergency powers</i>	73
Tra decreti...e giudiziose manifestazioni di buona volontà...nelle quali non solo manca lo schizzo sommario del quadro ma manca anche la cornice; viene indicato soltanto il muro dove in futuro il quadro verrà appeso	86
Catastrofi: all'alba di un secolo mondiale	103
La domenica 27 dicembre 1908 era trascorsa assai tetra nella vaga Reggio: massime il pomeriggio, ininterrottamente piovoso, era stato uggiosissimo – <i>Demain n'exist pas</i> –	104
Capitolo III - A partire dai margini	
Il campo come forma	111
La matrice campo: il grado zero	113
Campi: una storia che viene da lontano	118
Antiche segregazioni	122
Lo spazio dei campi	135

Capitolo IV - Per ordine e per sicurezza

<i>Ordnung Ordnung Nomos</i> come ordinamento e come orientamento	141
Mappamondi	145
“L’Unico re ha due, tre quattro ...numerosi corpi”	148
La frontiera addosso	152
Confine come sovranità condivisa	156
Confinare la mobilità	159
La logica dell’esclusione	160
Conclusioni	162
Bibliografia	171

ABSTRACT

È la complessa fenomenologia delle trasformazioni in corso all'interno delle democrazie contemporanee ad imporre un'attenzione particolarissima a quei processi che vengono riferiti – con argomentate motivazioni - alle dinamiche multiformi delle *eccezioni*.

In effetti risulta davvero difficile inquadrare la serie degli avvenimenti straordinari e delle misure giuridiche di emergenza che si sono susseguite in questi anni recenti nei contesti delle democrazie occidentali. Da un lato, troviamo in essi rappresentati eventi storici e registri categoriali (giuridici, filosofici, politologici) che attestano elementi di contiguità e di continuità con i processi costitutivi della razionalizzazione politica moderna; per altri aspetti, ci troviamo in presenza di accadimenti che segnalano con immediatezza il rilievo di eventi epocali che aprono a percorsi inediti ed a scenari indecifrabili.

Il riferimento è, anzitutto, alla proclamazione dell'*état d'urgence* in Francia, con l'assegnazione di poteri eccezionali di polizia alle autorità civili per fronteggiare le rivolte delle *banlieus*, dove le nuove generazioni di immigrati, congiuntamente ai nuovi precari, mettono in campo una richiesta di riconoscimento e tutela per le gravi condizioni di assenza di lavoro. Ma l'eccezione è anche in Inghilterra, nel contesto delle misure finalizzate a combattere il terrorismo: la legge sugli eventi civili imprevisti ha provveduto, infatti, ad ampliare tutte le misure di poteri eccezionali assegnati al governo civile dalle precedenti leggi del 1920 e del 1926 (quest'ultima proclamata in particolare per il territorio dell'Irlanda del Nord). Negli Stati Uniti, poi, ancora contro il terrorismo, in risposta agli avvenimenti del 9/11 del 2001, l'emanazione del *Patriot Act* viene a limitare in forma consistente il godimento dei diritti costituzionali. Significativi sono, però, anche l'esercizio normale di poteri commissariali e l'estensione dell'utilizzo di poteri regolamentari nella maggior parte delle democrazie occidentali e, da ultimo, la

reticolare diffusione di dispositivi e pratiche di c.d. *governance* in ogni parte del mondo.

Si tratta di fenomeni che presentano sicure differenze, che richiamano lacerazioni in contesti avanzati del vivere democratico, ma che rappresentano anche nuovi dispositivi politici e giuridici che annunciano possibilità inedite dell'organizzazione comunitaria: segnali di veloci scorrimenti trasformativi nelle condizioni di vita e nelle forme di organizzazione civile che abbiamo finora conosciuto.

Di fronte a tanti e tali eventi, risulta indispensabile uno sforzo teorico finalizzato ad attribuire in modo determinato e utile le qualifiche dell'*emergenza* o dell'*eccezione* ad azioni, dispositivi, strategie che vengono riconosciuti come causa o addirittura acceleratori delle trasformazioni in atto.

* * *

The complex fluency of various events and transformations in progress within contemporary democracies is imposing a peculiar focus to those processes related – with justified basis – to the many-sided dynamics of *exceptions*. Actually, it appears particularly difficult to set the series of extraordinary events and of legal emergency measures that have occurred one after the other in recent years within western democracies. On one side, from them we get a representation of historical events and categories (legal, philosophic, political) stating elements of contiguity and continuity with the constitutive processes of modern and political rationalization; on the other side, we face the presence of events that underline with directness the importance of epoch-making events the setting to uncommon paths and unreadable scene.

The reference is, first of all, to the declaration of *état d'urgence* in France, with the allocation of exceptional police powers to the civil authorities to face the *banlieus*'s rebellion, where new immigrants generations, with new temporary employee, propose a claim for legal recognition and safeguard for the great lack of job. But the real exception is England, considering the scene

of measures aimed to fight terrorism: the law concerning civil unexpected events has provided, in fact, to widen all the exceptional powers assigned to the civil Government from previous bills enacted in 1920 and 1926 (the last declared specifically for the land of North Ireland). In the United States, then, again against terrorism, in response to the 9/11 occurrences, the adoption of the *Patriot Act* limits consistently the constitutional rights tenure. Crucial are, anyway, also the usual exercise of commissioner powers and the extension of the use of administrative powers in the majority of the western democracies and, moreover, the reticular spread of practices and means of so-called *governance* in every single part of the globe.

The above mentioned are phenomena definitely different one from each other and that call back rents in advanced background and jurisdictions of democratic life, but they represents also new political and legal instruments that introduce uncommon opportunities for communitarian organization: signs of transformation operating in the contest of human life and in the civil organizational forms we have known since now.

In this contest, it is necessary a great theoretical effort directed to give, in a precise and useful way, the names of *emergency* or *exception* to actions, means, instruments and strategies that are recognized as cause or, even, accelerator of the update process on-going.

Dell'invenire

È la complessa fenomenologia delle trasformazioni in corso all'interno delle democrazie contemporanee ad imporre un'attenzione particolarissima a quei processi che vengono riferiti – con argomentate motivazioni - alle dinamiche multiformi delle *eccezioni*.

In effetti risulta davvero difficile inquadrare la serie degli avvenimenti straordinari e delle misure giuridiche di emergenza che si sono susseguite in questi anni recenti nei contesti delle democrazie occidentali. Da un lato, troviamo in essi rappresentati eventi storici e registri categoriali (giuridici, filosofici, politologici) che attestano elementi di contiguità e di continuità con i processi costitutivi della razionalizzazione politica moderna; per altri aspetti, ci troviamo in presenza di accadimenti che segnalano con immediatezza il rilievo di eventi epocali che aprono a percorsi inediti ed a scenari indecifrabili.

Di fronte a tanti e tali eventi, risulta indispensabile uno sforzo teorico finalizzato ad attribuire in modo determinato e utile le qualifiche dell'*emergenza* o dell'*eccezione* ad azioni, dispositivi, strategie che vengono riconosciuti come causa o addirittura acceleratori di quelle trasformazioni in atto.

Se anche nel linguaggio giornalistico non è raro cogliere riferimenti allo “stato di eccezione” per qualificare ogni strappo o anomalia rispetto a procedure ritenute formalmente legittime (gli esempi in questo senso non mancano), per rendersi conto del magma trasformativo che rischia di stravolgere gli impianti della civilizzazione in occidente basterà riflettere sui più recenti interventi legislativi e sulle esperienze politiche che, a partire dall'11 settembre 2001, hanno rivestito e rivestono innegabili caratteri di straordinarietà ed eccezione.

Il riferimento è, anzitutto, alla proclamazione dell'*état d'urgence* in Francia¹, con l'assegnazione di poteri eccezionali di polizia alle autorità civili

¹ L'*état d'urgence* viene istituito in Francia con legge n. 55-385 del 3 aprile 1955. Grazie alla sua attivazione, l'autorità civile può intervenire direttamente sulla circolazione e il soggiorno delle persone, sulla chiusura di luoghi aperti al pubblico,

per fronteggiare le rivolte delle *banlieus*, dove le nuove generazioni di immigrati, congiuntamente ai nuovi precari, mettono in campo una richiesta di riconoscimento e tutela per le gravi condizioni di assenza di lavoro. Ma l'eccezione è anche in Inghilterra, nel contesto delle misure finalizzate a combattere il terrorismo: la legge sugli eventi civili imprevisti ha provveduto, infatti, ad ampliare tutte le misure di poteri eccezionali assegnati al governo civile dalle precedenti leggi del 1920 e del 1926 (quest'ultima proclamata in particolare per il territorio dell'Irlanda del Nord). Negli Stati Uniti, poi, ancora contro il terrorismo, in risposta agli avvenimenti del 9/11 del 2001, l'emanazione del *Patriot Act* viene a limitare in forma consistente il godimento dei diritti costituzionali. Significativi sono, però, anche l'esercizio normale di poteri commissariali e l'estensione dell'utilizzo di poteri regolamentari nella maggior parte delle democrazie occidentali² e, da ultimo, la reticolare diffusione di dispositivi e pratiche di c.d. *governance*³ in ogni parte del mondo.

Si tratta di fenomeni che presentano sicure differenze, che richiamano lacerazioni in contesti avanzati del vivere democratico, ma che rappresentano anche nuovi dispositivi politici e giuridici che annunciano possibilità inedite dell'organizzazione comunitaria: segnali di veloci scorrimenti trasformativi nelle condizioni di vita e nelle forme di organizzazione civile che abbiamo finora conosciuto.

sulla requisizione di armi. Esso autorizza perquisizioni e il controllo dei mezzi di informazione; ha la durata di 12 giorni e la proroga deve essere deliberata con provvedimento legislativo. Cfr. F. SAINT - BONNET, *Réflexions sur l'article 16 et l'état d'exception*, in *Revue droit public*, 1998, n. spécial (5-6) *Les quarante ans de la Constitution de 4 octobre 1958*, 1699 ss. e L. FONTAINE, *Pouvoirs exceptionnels vs garantie des droits*, in *Revue droit public*, 2009, n. 2, 351 ss.

² La letteratura relativa ai poteri di emergenza è ben numerosa. Per l'Italia, conviene da subito segnalare: P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006.

³ V. R. MAYNTZ, *La teoria della "governance" sfide e prospettive*, in *Rivista italiana di scienze politiche*, XXXIX (1999), 3-21; G. GIRAUDI - M. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma-Bari, 2002.

Ai fini interpretativi, queste diverse esperienze possono essere ricondotte in partenza ad alcuni significativi caratteri comuni. Innanzitutto attestano condizioni e difficoltà del *government*: da un lato, “lo stato costituzionale di diritto” si mostra impreparato ad assorbire il complesso scorrimento di nuovi processi di soggettivazione (vedi flussi di emigrati e rifugiati, l’esplosione di antagonismi, la frantumazione del mercato del lavoro), dall’altro, viene sicuramente messo sotto verifica l’universalismo dei valori morali e degli ordinamenti giuridici posti alla base dell’organizzazione occidentale della vita societaria moderna. In effetti, dopo gli avvenimenti del 2011, non sorprende che una parte consistente della riflessione teorica abbia individuato, come uno dei fuochi del dibattito critico, il tema dell’eccezione in quanto categoria considerata specificamente idonea a descrivere lo svolgimento e gli esiti di crisi del sistema politico delle democrazie occidentali. Una crisi che si manifesta, da una parte, con la sospensione delle garanzie costituzionali poste alla base dell’ordinamento giuridico, e, dall’altra, con uno stato permanente di emergenza ed eccezionalità che pare funzionare secondo chemi prossimi a un *diritto di polizia* nella fase storica di affermazione del potere operante su scala mondiale⁴.

Questa modalità di leggere le difficoltà della produzione del potere politico nella storia contemporanea dell’occidente induce anche a porre al centro della riflessione l’utilizzo di norme e pratiche di eccezione e a segnalare il coinvolgimento dei soggetti e delle popolazioni in processi crescenti di spolicitizzazione: come a dire che le modificazioni in atto sembrano contribuire a decostruire prepotentemente quegli scorrimenti di autonomia e libertà realizzatisi tra Ottocento e Novecento sull’onda delle rivendicazioni collettive poste in essere in una fase particolarissima della civilizzazione occidentale. Di qui, ancora, l’attenzione che bisogna dedicare al complesso delle novità che vengono configurandosi all’interno di quei processi di trasformazione che

⁴ Queste considerazioni radicalmente critiche assumono in prevalenza la veste di argomentazioni filosofiche negli interventi di G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003 e di M. HARDT - A. NEGRI, *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, 2000 (in particolare, 33-37).

investono la forma democratica di governo nei passaggi difficilissimi della mondializzazione.

In breve, mentre la forma storica dello stato moderno – di fatto inadeguata ad intercettare i flussi della globalizzazione finanziaria ed economica – vive il rischio di perdere le proprie fondamentali caratteristiche di legittimazione ed è costretta ad integrarsi in complessi territoriali geopolitici più ampi, allo stesso tempo, le minacce di terrorismi di vario tipo sembrano giustificare il ricorso a strumenti eccezionali per la sicurezza degli stati, attraverso la riduzione delle garanzie individuali e l'esaltazione della funzione del potere esecutivo nei governi democratici.

Dagli scorrimenti dinamici di una storia che non è più solamente il registro delle sorti progressive e civilizzatrici dell'occidente, tenuto conto dei periodi di "transizione" che si prospettano come decisivi per una nuova redistribuzione dei rapporti di potere, l'esercizio secondo modalità nuove e sempre più diffuse di dispositivi di eccezione richiede un livello di indagine che contribuisca insieme ad oltrepassare l'indicizzazione moderna offerta a questa categoria (con al centro il contributo schmittiano) ed apra in modo più articolato alla comprensione nel nesso conservazione/innovazione nell'epoca post-moderna. Nell'analisi di quanto possa definirsi "eccezione" si tratta, da un lato, di evitare la riduzione alla sola dimensione giuridica, che sottopone all'attenzione del procedimento critico la centralità esclusiva del paradigma moderno di sovranità, e, dall'altro, contemporaneamente, di aggiornare il lessico – anzitutto giuridico - fino ad ampliarne le semantiche. Si individueranno, così, *soggettività*, *temporalizzazioni*, *differenze* che contribuiscono alla formazione di contesti nuovi e determinati di emergenze che inducono inevitabilmente all'azione (politica e giuridica) mirata a sciogliere quelle *urgenze*.

CAPITOLO I

OLTRE LO STATO D'ECCEZIONE

Preambolo

Il nostro percorso prende avvio da una domanda: di che cosa parliamo quando ci riferiamo a “stato d’eccezione”? Alcune tra le più recenti interpretazioni delle trasformazioni subite dalla politica occidentale dopo il 1989 attestano il dispiegarsi d’uno “stato d’eccezione permanente” che restringerebbe e svuoterebbe progressivamente gli spazi della politica democratica. In termini morfologici, si potrebbero indicare tre ingredienti base: in primo luogo l’esistenza/percezione di una minaccia dell’ordinamento, in secondo luogo una risposta a tale minaccia che si configura come sospensione del normale funzionamento dell’ordinamento, infine che un principio di delimitazione, in virtù del quale la sospensione agisce su uno spazio e un tempo limitati.

La domanda da cui parte buona parte del dibattito sull’eccezione riguarda pertanto la portata di tale sospensione, gli effetti che essa produce e soprattutto il soggetto che ha l’autorità di decidere sullo stato di eccezione e/o di esercitare poteri eccezionali. Per questa ragione, ogni teoria dell’eccezione è anche una teoria della sovranità, e l’aura di un soggetto che decide conferisce immediatamente un tono “teologico” alla discussione.

Proviamo, prima di tutto, ad indicare lo spazio all’interno del quale si manifesta l’interazione tra sovranità ed eccezione. Questo può essere indagato a partire da una serie di relazioni pratico-concettuali che si dispongono, come all’interno di un nastro di Möebius, in un moto circolare in cui gli universi discorsivi si incavano su se stessi per curvarsi in un’altra dimensione in cui

interno ed esterno coincidono⁵. Questa circolarità lega vicendevolmente il diritto alla violenza, la violenza allo stato di eccezione, lo stato di eccezione alla norma. Per comprendere in che modo norma ed eccezione si intersecano dobbiamo partire dalla definizione di sovranità ed eccezione come le due dimensioni del Moderno e il Moderno stesso va indagato come pensiero della crisi.

Schmitt, Benjamin segnano (insieme a Nietzsche), alla soglia del Novecento, la crisi del modello europeo della democrazia parlamentare, liberale e borghese e del concetto di storia, così come quello di diritto, che ne sono inseparabili e ci indicano alcune piste per la riflessione sulle relazioni che intercorrono tra norma ed eccezione.

“La norma ha bisogno di una situazione media omogenea. Ogni norma generale richiede una strutturazione normale dei rapporti di vita, sui quali essa di fatto deve trovare applicazione e che essa sottomette alla propria regolamentazione normativa”⁶.

Nessuna norma per Schmitt può essere applicata ad un caos e l’ordinamento giuridico ha senso solo dopo lo stabilimento dell’ordine, dopo la creazione di una situazione normale, e sovrano è appunto colui che decide, in modo definitivo se questo stato di normalità regni davvero. La norma giuridica posta dallo Stato “vige soltanto fino a quando il rapporto di vita fattuale per il quale essa deve trovare applicazione è stabile e misurabile, il che equivale a dire che è al tempo stesso controllabile dal potere statale”⁷.

La relazione tra norma ed eccezione, definita dalla teologia politica schmittiana crea lo spazio di interazione tra sovranità e decisione. La sovranità decide la norma, ma la decisione pone la questione relativa al soggetto della sovranità che “sta al di fuori dell’ordinamento normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la

⁵ Cfr. Introduzione di S. VACCARO a M. FOUCAULT, *Spazi altri*, Milano, 2001, 9.

⁶ C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, 39. H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità. La filosofia di C. Schmitt*, Napoli, 1999, 96.

⁷ Ivi, 96-97.

costituzione in toto possa essere sospesa”⁸. Dunque la sovranità è interna ed esterna all’ordine e in questa sua oscillazione stabilisce il nesso e lo spazio tra ordine ed eccezione nel quale si governano i rapporti di vita fattuale stabili e misurabili, strutturalmente normali. Il processo di autorizzazione che fonda e legittima la sovranità moderna nella lettura schmittiana è contraddistinto non tanto dal monopolio della situazione o del potere bensì dal monopolio della decisione – sovrano è chi decide sullo stato di eccezione – e la sovranità si configura quindi come concetto limite, un concetto limite, un concetto relativo alla sfera più estrema⁹. Caso di eccezione non è per Schmitt qualunque caso o ordinanza di emergenza bensì un concetto che ha una “paradossale centralità strategica rispetto all’ordine”. Lo stato di eccezione non è né caos né anarchia, tanto che dal punto di vista giuridico in esso permane ancora un ordinamento, anche se non si tratta più di un ordinamento giuridico. Nel caso di eccezione lo stato sospende il diritto in virtù di un diritto di autoconservazione dimostrando la propria superiorità sulla validità della norma giuridica e la libertà della decisione nei confronti di ogni vincolo normativo¹⁰.

I due elementi del concetto di “ordinamento/giuridico” vengono così messi in contrapposizione mostrando la loro rispettiva autonomia concettuale¹¹.

Se nel caso di eccezione c’è un ordine senza diritto, mai può sussistere un diritto senza la preesistenza di un ordine fattuale. Questa autonomia rende evidente la preminenza del momento della creazione e del mantenimento dell’ordine, preminenza che fa dello stato di eccezione “il punto di partenza di tutte le riflessioni; dal momento che solo a partire dallo stato di eccezione può essere posto, in tutta la sua profondità e in maniera assoluta e incondizionata, il problema della strutturazione e trasformazione della realtà”¹².

L’essenza della sovranità non va definita giuridicamente come monopolio della sanzione o del potere, ma come monopolio della decisione e il caso di eccezione rende palese l’essenza dell’autorità statale che dimostra di

⁸ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 34.

⁹ Ivi, 33.

¹⁰ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 39.

¹¹ *Ibidem*.

¹² H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità*, cit.

non aver bisogno di diritto per creare diritto¹³. In questo senso Schmitt dice che “l’eccezione è più interessante del caso normale. Quest’ultimo non prova nulla, l’eccezione prova tutto; non solo essa conferma la regola: la regola stessa vive solo nell’eccezione”¹⁴. Tuttavia il caso di eccezione, pur comportando una sospensione o una frattura dell’ordinamento giuridico, non costituisce un’eccezione in senso proprio, ma potremmo dire, il modo se non addirittura la condizione necessaria per perpetuare la regola. Lo stato di eccezione dunque non rappresenta una fuoriuscita dalla sovranità ma resta all’interno della sovranità: solo in questo senso l’eccezione conferma la regola, non perché se ne distacchi e distaccandosene la definisca come il proprio contrario, la propria negazione, ma viceversa perché la conferma in quanto la regola stessa vive solo nell’eccezione, mantenendo in vita lo Stato e la sovranità. La sovranità è interna ed esterna all’ordine, e questa sua posizione presente e assente ci rimanda alla struttura logica della modernità come spazio teologico politico. L’eccezione segna la genesi dell’ordine, il suo punto di emergenza, ma anche il suo abisso, il momento in cui la decisione sovrana stabilisce se l’ordinamento è in pericolo e se si rende necessaria la sua sospensione o addirittura il suo annullamento affinché se ne crei un altro. La sovranità dunque non è il compimento dello Stato ma la sua funzione originaria, come sostiene Carlo Galli, non “chiude l’ordinamento ma lo apre sulla propria origine”, essa eccede la forma del diritto, ma questa sua posizione non giuridica “entra all’interno dell’ordine giuridico”, lo forma deformandolo, lo determina indeterminandolo”. Dunque la sovranità è per Schmitt, allo stesso tempo, affermazione e negazione dell’ordine, e la decisione che è l’agire che crea la forma giuridica, non si dà una volta per tutte perché “il disordine e l’eccezione restano, all’interno dell’ordine, come potenzialità sempre presenti”, che con la loro persistenza rendono costantemente necessaria la sovranità. “E’ la contingenza dell’ordine, il suo essere tragicamente esposto sul Nulla dell’origine, sull’eccezione che fa della sovranità una funzione sempre aperta

¹³ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 40.

¹⁴ Ivi, 41.

sull'abisso, sul punto in cui ordine e Nulla, ragione e non ragione, si mostrano tanto sconnessi quanto co-implicati"¹⁵.

L'ordine si manifesta in tal modo non come una composizione del conflitto bensì come l'espressione della crisi e la sovranità si trova in una posizione eccedente anche rispetto all'ordine, gli è interna ed esterna, lo afferma e lo nega: "La politica moderna (...) insiste su un'aporia (...) pone la questione dell'ordine come un problema smisurato, la cui soluzione è a un tempo indispensabile e impossibile"¹⁶.

La rottura dell'ordine naturale della società pre-moderna comporta la scomparsa delle differenze in virtù delle quali i soggetti trovavano una propria collocazione, uno *status*, al quale erano vincolati *iura et libertates*, che esprimeva la capacità politica dei singoli presi nella rete delle loro relazioni, e la soggettività politica pre-moderna si esprimeva all'interno di questo fascio di legami tra autonomie e dipendenze.

La dimensione moderna del potere scardina questo fascio di relazioni ma non nei termini della loro unificazione, bensì in quelli della produzione di uno spazio politico completamente inedito, e interamente occupato da un corpo politico unico che ha proprie e specifiche modalità di azione e di produzione di volontà.

Al centro di questa nuova capacità di azione politica sta il dispositivo della rappresentanza politica moderna e la sua capacità performativa, la capacità cioè di produrre forma nell'atto della sua azione¹⁷.

La rappresentanza moderna non è rappresentazione di parti, come nella dimensione cetuale, ma rappresentazione dell'unità politica e l'unità politica a

¹⁵ C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*. Bologna, 2010, 338-339

¹⁶ Ivi, 341.

¹⁷ J. DERRIDA, *Forza di legge*, Torino, 2003, 62, attribuisce questa capacità performativa alla forza: "Il sorgere stesso della giustizia e del diritto, il momento istitutivo, fondatore e giustificatore del diritto implica una forza performativa, cioè sempre una forza interpretativa e un appello alla credenza". Cfr. anche p. 98: "il momento in cui la fondazione del diritto resta sospesa nel vuoto o al di sopra dell'abisso, sospesa ad un atto performativo puro che non dovrebbe render conto a nessuno e davanti a nessuno".

sua volta è il prodotto dell'agire rappresentativo. La volontà unica del popolo non precede infatti il momento della sua rappresentazione, ma è il prodotto stesso della rappresentazione¹⁸.

E nell'agire rappresentativo si ravvisa la dimensione teologico politica del dispositivo concettuale che fonda la dimensione politica del moderno. Come scrive Schmitt: “Non c'è nessuno Stato senza rappresentanza, poiché non c'è nessuno Stato senza forma di Stato e alla forma spetta essenzialmente la rappresentazione dell'unità politica (...) Rappresentare significa rendere visibile e temporaneamente presente un essere invisibile mediante un essere che è pubblicamente presente”¹⁹.

L'invisibile, l'autore le cui azioni si rappresentano sulla scena, è presupposto come assente ma al tempo stesso è reso presente dall'attore rappresentante quelle azioni sulla scena. Ed è qui, nella sua capacità di rendere presente l'assente, che la struttura della rappresentanza moderna contiene “l'elemento teologico proprio del politico, e nello stesso tempo rivela la struttura teoretica, che manifesta un'aporia fondamentale nella prassi umana”²⁰.

La teologia politica non è la fondazione teologica del politico, né può essere ridotta ad un processo di secolarizzazione nei termini di un semplice passaggio dai concetti teologici a quelli politici: “Per teologia politica si (deve) intendere la presenza nel politico, per il suo stesso costituirsi, di una trascendenza, o meglio di un movimento di trascendimento della realtà empirica²¹ che è *necessario* e mai *risolto* una volta per tutte.

Il politico non si può nemmeno costituire se restiamo sul piano del presente empirico. Infatti l'agire rappresentativo comporta il rapporto con ciò che non è empiricamente presente”²². La volontà unica del popolo non precede l'agire rappresentativo, ma è il prodotto della rappresentazione medesima, che

¹⁸ “Non è un agire che dipenda, che si deduca dalla forma, ma piuttosto un agire che produce forma”, G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Milano 2007, 192.

¹⁹ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*; Milano 1984, 273, 277.

²⁰ G. DUSO, *La logica del potere*, Milano, 2007, 197.

²¹ Ivi, 197-198.

²² Ivi, 198.

non si configura come una funzione formante bensì come una funzione performativa, per rendere conto della quale si deve fare riferimento al concetto di *decisione*.

Se pensiamo infatti che la rappresentanza moderna non è rappresentanza di parti o volontà costituite, ma dell'unità del popolo e della sua volontà, capiamo in che senso questa non è presente. La volontà del popolo non è immediatamente presente ma lo diventa solo nell'atto della rappresentazione, rimanendo tuttavia per sua natura assente, "la sua presenza cioè è nella forma dell'assenza e ciò che è presente e determinato è l'immagine che ha preso forma mediante la rappresentanza"²³.

In ciò consiste la struttura teologica della rappresentazione e dunque il concetto di secolarizzazione assume un senso assai più rilevante di quello che di solito si ravvisa "Secolarizzazione non è qui un passaggio epocale dal teologico al politico, dal trascendente al mondano", ma indica il "tentativo proprio del politico (...) di rendere visibile e dunque di far entrare nel *saeculum*, ciò che è trascendente, che è ideale"²⁴.

La secolarizzazione non va dunque intesa come passaggio dal trascendente al mondano, ma sta ad indicare "il fatto che il piano mondano della politica non può risolversi in se stesso, ma implica concetti di origine teologica proprio in quanto non può, nonostante tutte le sue pretese, risolversi sul piano dell'immanenza e della mondanità, ma implica l'idea in un costante movimento di trascendimento della realtà empirica: senza questo movimento la politica non si riesce a costituire, nemmeno nella sua forma più laica e terrena"²⁵.

La dimensione teologico politica moderna genera il pensiero di un *ordine* prodotto dal movimento trascendente e performativo dell'agire rappresentativo. Un ordine che costituisce al tempo stesso il presupposto e la garanzia del mantenimento della sovranità e della forma politica. Conflitto e ordine, violenza e pace, forza e diritto oscillano dunque continuamente tra il

²³ Ivi, 200.

²⁴ Ivi, 200-201.

²⁵ Ivi, 200.

momento della costituzione e il momento della conservazione dello stato, interagendo costantemente sul bordo della relazione tra norma e *stato di eccezione*.

Dunque è a partire dalla relazione tra violenza – autorità – potere²⁶ che possiamo cominciare ad attraversare l'interazione tra sovranità – decisione – eccezione.

Eccezione: formula a “presa rapida”

Alcune tra le più recenti interpretazioni delle trasformazioni subite dalla politica occidentale dopo il 1989 attestano il dispiegarsi di uno “stato di eccezione permanente” che restringerebbe e svuoterebbe progressivamente gli spazi della politica democratica. Alla base di queste letture c'è la riflessione schmittiana sulla sovranità, se “sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione”, allora è nei momenti eccezionali che autorità politica sovrana si raccoglie in unità sospendendo gli istituti ordinari del pluralismo democratico²⁷.

Al ricorso a questa categoria “a presa rapida” si è accompagnato un intenso dibattito sulla possibilità di utilizzare l'eccezione come chiave di interpretazione privilegiata di un'attualità irriducibile agli schemi del passato. Al successo incontrato dalla formula, evidentemente sintomo della sua capacità esplicativa, si associa però il sospetto che quanto si guadagna in termini di suggestività e capacità classificatoria, si paghi in termini di semplificazione. Da qui è sorta l'esigenza di investigare più in profondità tale formula, chiamando in causa i suoi presupposti teorici, espliciti ed impliciti, e la costellazione concettuale che le ruota intorno.

L'autore che più ha contribuito a riportare il concetto di “eccezione” al centro del dibattito politico-filosofico contemporaneo è senz'altro, Giorgio

²⁶ Cfr. J. DERRIDA, *Forza di legge*, cit.

²⁷ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 33.

Agamben che, lungo una traiettoria sostanzialmente lineare che da *Homo Sacer* conduce a *Stato di eccezione*, giunge ad attribuire una progressiva centralità al ricorso a dispositivi di eccezione fino a ravvisare nel presente i sintomi di uno “stato di eccezione globale”²⁸. E’ proprio in *Stato di eccezione* che Agamben ricostruisce una *genealogia* individuandone l’origine nell’istituzione romana dello *iustitium* per approdare poi al confronto con gli autori novecenteschi che più hanno inciso nel dibattito sull’eccezione, Carl Schmitt e Walter Benjamin.

L’intento di Agamben non è solo storico-giuridico, ma si correla immediatamente ad una lettura del presente. L’autore ha infatti sostenuto che “la creazione volontaria di uno stato di eccezione permanente (...) è divenuta una delle pratiche essenziali degli Stati contemporanei, anche di quelli cosiddetti democratici” rendendo con ciò “lo stato d’ eccezione una soglia di indeterminazione fra democrazia e assolutismo”²⁹ se leggiamo “di fronte all’inarrestabile progressione di quello che è stata definita una guerra civile mondiale, lo stato di eccezione tende sempre più a presentarsi come il paradigma di governo dominante nella politica contemporanea”³⁰. E’ in questa *soglia* che le democrazie mostrano la loro natura più ambigua, mentre il diritto tenta di includere “la vita” nell’orizzonte dello Stato.

La tesi che Agamben sembra suggerire è quella di uno stato di eccezione generalizzato il cui correlativo oggettivo consisterebbe in una guerra civile globale. Tale cifra di lettura può trovare un’immediata conferma nel radicale processo di trasformazione che ha investito le forme del conflitto, in particolare la crisi della società internazionale e delle opposizioni su cui questa strutturalmente si fondava, vale a dire ordine interno esterno, pace, guerra etc., accelerata da una declinazione de-territorializzata delle politiche di sicurezza e contribuisce a delineare uno scenario in cui la guerra trascende la sua

²⁸ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 11. “La creazione volontaria di uno stato d’eccezione permanente (...) è divenuta una delle pratiche essenziali degli Stati contemporanei, anche di quelli cosiddetti democratici” rendendo con ciò “lo stato d’eccezione una soglia di indeterminazione fra democrazia e assolutismo”.

²⁹ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 11.

³⁰ *Ibidem*.

convenzionale forma interstatale per assumere una dimensione globale, che sembrerebbe prestarsi ad una lettura in termini di guerra civile³¹.

Pur tuttavia, persistono dei dubbi sulla pertinenza del discorso ad una teoria - quella di guerra - che più che alludere ad un superamento delle forme convenzionali del conflitto interstatale sembra a riprodurlo a livello infrastatale, suggerendo una continuità tutta da dimostrare con gli scenari della guerra civile europea che, come un basso continuo, avrebbe assegnato la storia del continente dalla fine della grande guerra agli anni della guerra fredda³². Il nucleo della tesi di Agamben, però, non è questo, dato che l'idea di guerra civile è in funzione immediata di una narrazione incentrata su una sospensione integrale tanto del diritto internazionale, tanto, ad intermittenza, dei singoli ordinamenti nazionali.

In questi termini lo stato di eccezione diventa chiave di lettura per rendere conto di tutta una serie di processi e fenomeni difficilmente inquadrabili sia in una griglia fondata sulla dicotomia nazionale - internazionale, sia nel lessico politico della liberal-democrazia.

In altre parole Agamben propone di leggere nel presente uno stato di eccezione globale e questo ci costringe ad uno sforzo di più stringente definizione dei termini "eccezione" e "stato di eccezione", perché se con essi intendiamo la sospensione dell'intero ordine giuridico in ragione di una decisione sovrana, troviamo pochi esempi, oggi, di una condizione propriamente eccezionale³³. Ma per fare ciò è necessario presupporre l'esistenza di una decisione sovrana unificata e, quindi, di una figura di sovrano globale di cui è davvero difficile ipotizzare l'esistenza.

Tuttavia nella grammatica dell'eccezione è implicita una nozione di sovranità necessariamente unitaria, sia in scala globale sia circoscritta in termini di pluralità di stati. La decisione riguardante la sospensione

³¹ Cfr. per tutti D. ZOLO, *Tramonto globale, la fame il patibolo, la guerra*, Firenze, 2010.

³² E. NOLTE, *La guerra civile europea 1917-1945. Nazionalismo e bolscevismo*, Milano, 2004. T. Traverso, *A ferro e fuoco. La guerra civile europea 1914-1945*, Bologna, 2007.

³³ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit, 11.

dell'ordinamento presuppone l'esistenza di un soggetto in grado di decretare tale sospensione. Al di là dell'articolazione dei poteri, della forma di regime, l'idea stessa di sovranità implica unitarietà ed esclusività, uno stato, un popolo, un territorio. La categoria dell'eccezione - come concetto limite - aderisce necessariamente a questa grammatica singolare: un sovrano sospende la legge per un tempo determinato all'interno di una porzione territoriale circoscritta, su cui insiste una popolazione politicamente organizzata in termini di popolo.

Disvelamento...

Per quanto circostanziata ed elegante, la genealogia dell'eccezione tratteggiata da Agamben appare più che altro un atto di fede nei confronti di un divinità neppure troppo secolare e comunque unica e singolare: la sovranità. L'istituto dell'eccezione diventa allora l'atto estremo e l'estremo punto di visibilità di questa divinità singolare, il momento di disvelamento in cui essa appare nella sua integralità, attraverso la sospensione dello stesso ordinamento su cui si fonda. Per questo l'eccezione è assunta come concetto limite di ogni ordine giuridico: "Lo stato di eccezione non è un diritto speciale, ma in quanto sospensione dello stesso ordine giuridico ne definisce la soglia o il concetto limite"³⁴.

Possiamo cogliere qui il senso di un atto di fede, la sua implicita dimensione totalizzante, per cui un concetto limite, la cui portata dovrebbe essere eminentemente euristica – ossia una funzione di per sé astratta ma utile nella misura in cui fornisce un punto di vista privilegiato su determinati fenomeni – finisce per sostanziarsi o ontologizzarsi. La legge, da specifico dispositivo normativo si trasforma in Legge che, tramite l'Eccezione, entra in relazione con altre essenze singolari, segnatamente la Violenza e il Sovrano, disegnando la trama sotterranea che agisce sotto la superficie dei fenomeni e

³⁴ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, 13.

dei processi storici³⁵. In tale prospettiva, la sospensione di una o più leggi diventa la sospensione della Legge.

Citando ancora Agamben “lo stato di eccezione non è una dittatura (costituzionale, incostituzionale, commissaria o sovrana), ma uno spazio vuoto di diritto, una zona di anomia in cui tutte le determinazioni giuridiche – innanzitutto la stessa distinzione tra pubblico e privato – sono disattivate”³⁶.

In questo universo al singolare non si possono dare mediazioni, o il tutto o il niente. La sospensione in un’ottica essenzialista, non può che configurarsi come integrale.

All’opera è un meccanismo metonimico, quello della sineddoche, in cui ogni singola deroga vale per il tutto e si configura necessariamente in termini di sospensione complessiva dell’ordinamento. Gli stati intermedi vengono quindi trasfigurati e proiettati in una dimensione totalizzante. Così, a rigor di logica, a un atto ascritto alla sfera dell’eccezione come il *Patriot Act* (se tale deve essere considerato, dal momento che esso è formalmente riconducibile ad un atto di legislazione ordinaria) si dovrebbe attribuire la cancellazione sul territorio degli Stati Uniti della distinzione tra pubblico e privato.

In seguito cercheremo di opporre alla presunta *integralità* dell’eccezione una fenomenologia più articolata e graduale delle molteplici forme a cui può far capo il ricorso a meccanismi derogatori o sospensivi; per il momento ci interessa insistere sul cortocircuito di cui Agamben sembra essere vittima: il processo per cui si finisce per credere nelle capacità performative di un particolare costrutto teorico, in quanto tale necessariamente fabbricato. Nel momento in cui scatta l’atto di fede, il linguaggio si ammanta di una sintesi essenzialista. Per questo Agamben non può evitare di ricorrere a tutta una serie di termini che gravitano più o meno direttamente nell’area del sacro, rivelandosi tanto suggestivi, quanto elusivi.

Innanzitutto l’eccezione si configura come un *vacuum*, “uno spazio vuoto di diritto”, che risulterebbe essenziale nell’ordine giuridico “come se per

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Ivi, 66.

fondarsi questo dovesse mantenersi necessariamente in rapporto con un'anomia, qualcosa di impensabile e allo stesso tempo di una rilevanza strategica decisiva³⁷. Ma il concetto di *anomia* – vedi Durkheim – non indica tanto un'assenza di leggi, quanto piuttosto un conflitto latente fra norme nell'intersezione/transizione tra solidarietà meccaniche e organiche³⁸. Non si tratterebbe quindi di un vuoto che dall'esterno penetra nell'ordine sociale, ma di un carattere immanente alle trasformazioni della vita sociale. Vorremmo provare a dimostrare che l'anomia, in altre parole, non è uno stato sottostante o preesistente all'ordine, non è lo stato di natura hobbesiano, ma è qualcosa di continuamente prodotto, il costo o il sottoprodotto dell'ordine che, anziché essere espressione di un vuoto giuridico, è semmai effetto di una superfetazione normativa.

Agamben, al contrario, suggerendo un'identità assoluta tra eccezione e anomia, ne restituisce una definizione solo diacritica, attribuendovi una funzione ontologica, nella misura in cui l'ordinamento presuppone il caos anomico dell'eccezione.

L'impressione è di trovarsi in una dimensione iperuranica, una foresta affollata di idee ed essenze (Diritto, Legge, Eccezione, Vuoto, Violenza, Sovrano) e una simile trascendenza finisce per assumere i tratti di un "principio magico"³⁹. Non a caso, per illustrare lo statuto ontologico dello stato di eccezione, ricalcato sul modello linguistico (l'idea di un significante fluttuante), Agamben ricorre alla classica figura antropologica con cui si designa la sfera magico-rituale, e cioè la categoria di *mana*: "E' come se la sospensione della legge liberasse una forza o un elemento mistico, una sorta di *mana* giuridico di cui tanto il potere costituito quanto il potere costituente cercano di appropriarsi"⁴⁰. Prendiamo alla lettera Agamben quando in modo allusivo suggerisce un'analogia funzionale tra lo stato di eccezione e il concetto levi-straussiano di "significante eccedente" o fluttuante⁴¹.

³⁷ Ivi, 66-67.

³⁸ E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Torino, 1999.

³⁹ Cfr. A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1979, 79-80.

⁴⁰ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 67.

⁴¹ Ivi, 50.

... della dimensione magica

L'esempio di significante eccedente a cui Lévi-Strauss ricorre per spiegare il concetto di *mana*, al centro dell'etnologia della magia di Marcel Mauss è volutamente prosaico: una parola tappabuchi a cui il francese parlato affida tante denotazioni quante sono le funzioni che una qualsiasi "cosa" può svolgere⁴². Si tratta del significante *truc* che ricopre quel ruolo vago ma essenziale che permette di indicare/designare senza dire. L'accostamento tra stato di eccezione e *truc* non può essere causale e, soprattutto non è privo di suggestioni: come a *truc* si ricorre tautologicamente, usando un significante multiuso, per denotare un attrezzo multiuso, una stessa tautologia può essere imputata al ricorso alla categoria eccezione: per indicare tutto quanto trascende una norma senza però definirne lo statuto.

Ma c'è di più. L'esempio del significante *truc* è in fondo tanto suggestivo quanto marginale e strumentale nel ragionamento di Lévi-Strauss, dato che il vero scopo dell'introduzione di Lévi-Strauss è il tentativo di venire a capo della categoria di *mana*. Suggestire, come fa genialmente Lévi-Strauss, che *mana* equivale a *truc*, oltre a indicare un significato eccedente, o comunque, altra rispetto ad un'integralità di significato che attende un significante disponibile, equivale anche a dire che *mana* come del resto *truc* indicano qualcosa di indicibile e di (letteralmente) magico per il fatto che significante, significato e funzione linguistica e sociale finiscono per coincidere. Se, come suggerisce Agamben, la dimensione magica insita nell'idea di *mana* vale anche per la categoria di eccezione, ciò oltre a indicare la trasfigurazione ultima di uno strumento "tecnico" in entità ontologica, suggerisce che eccezione è soprattutto un *gioco* di parole.

⁴² C. LEVI-STRAUSS, *Introduzione all'opera di Marcel Mauss*, in M. Mauss, *Teoria generale della magia*, Torino, 1991, XLVII-XLVIII.

Al di là della potenza magico-rituale di questo “*mana* giuridico”, della forza pura sprigionata dalla sospensione della legge, la funzione dello stato di eccezione, come pure, il nesso inestricabile che lo lega alla legge, sembra essere ricalcata integralmente sul modello strutturale del linguaggio, ridotta cioè a fenomeno linguistico, indicando lo iato tra un’integralità di significato che è sempre già data e un processo di significazione che invece è necessariamente parziale⁴³. Una tale dimensione, indefinita e provvisoria, caratterizza l’idea di un significante fluttuante, la cui funzione sarebbe quella di indicare una costellazione di significati (e una differenziazione al loro interno) su cui il linguaggio non esercita ancora piena sovranità, operando quindi prima di tutto come straordinario e convenzionale riduttore di complessità. Per questo Agamben può dire che il concetto di eccezione opera come un significante “fluttuante”.

Tuttavia, alla luce delle sue manifestazioni concrete, lo stato di eccezione sembrerebbe un moltiplicatore di complessità, in quanto opera per sovrapposizione e non per sottrazione, complicando e non semplificando la struttura di ordinamento giuridico. Al contrario nella prospettiva di Agamben, in cui l’eccezione riproduce il modello strutturale del linguaggio, è l’elemento di riduzione a prevalere, *componendo al singolare* una pluralità di attori, ordinamenti ed istanze che insistono su un determinato territorio.

E’ per evidenziare questa *reductio ad unum* che in proposito si potrebbe parlare di “monoteismo”. Rispetto ad una galassia di concetti che gravitano tutti intorno al campo semantico di una forma trascendente (l’idea di una decisione sovrana, di un Soggetto unitario di un atto unico e un tempo unico che investono un territorio delimitato), rispetto a questo universo singolare, è possibile avanzare una serie di dubbi. Davvero oggi è possibile concepire la sovranità e l’idea di una decisione sovrana in questi termini definiti e circostanziati, e cioè singolari? e davvero si può pensare a uno spazio che

⁴³ Cfr. J. L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole* (1962), Milano 1987; Il paradigma linguistico è però ampiamente utilizzato in un particolare contesto teorico anche da Habermas. Sul punto J. HABERMAS, *Teoria dell’agire comunicativo. II. Critica della ragione funzionalistica* (1984, 3^aed.) tr.it, Bologna, 1997, 379 ss.

preceda in qualche modo un ordinamento? o non bisogna vedere invece le interconnessioni tra ordinamenti e istanze sovrane pluralizzate e prendere atto della difficoltà sempre più acuta di isolare un qualche principio concepibile come origine, e come singolarità?

In sintesi, si tratta di passare da un “monoteismo” che, al di là delle diverse forme che assume, risulta tributario rispetto alla spazialità esclusiva dello stato, a prospettive “politeistiche” più aderenti al nostro tempo⁴⁴.

Ad Agamben va il merito di aver reagito alla perdita di peso e significato delle tradizionali categorie giuridiche e politiche della modernità non limitandosi a descriverne l’esaurimento, ma aprendo il campo alla ricerca di possibili percorsi teorici alternativi. Di qui la sua attenzione per lo stato di eccezione e il confronto con due autori Schmitt e Benjamin, che costituiscono il riferimento essenziale di qualsiasi riflessione sullo stato di eccezione.

Il nume tutelare

Parlando di eccezione il nome che viene immediatamente alla mente è quello di Carl Schmitt. Se l’eccezione è una categoria alla luce della quale interpretare le più diverse tendenze del presente, Schmitt appare come il candidato più autorevole al rango di autore di riferimento, di nume tutelare alla cui ombra legittimare o delegittimare il ricorso ad un paradigma sull’eccezione. In tale contesto una formula quale “il sovrano è *chi* decide sullo stato di eccezione” ha assunto uno statuto quasi proverbiale. Una simile fortuna, come inevitabile, sconta un certo livello di semplificazione e non pochi equivoci. La figura del profeta dell’eccezionalismo, nelle sue declinazioni di cinico realista o di scettico decostruttore, a uno sguardo più ravvicinato sembra tuttavia mal adattarsi all’opera complessiva di Carl Schmitt⁴⁵. Non è questa la sede per

⁴⁴ S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all’età globale*, Milano, 2008.

⁴⁵ C. GALLI, *Lo sguardo di Giano. Saggi su C. Schmitt*, Bologna, 2008.

procedere ad un'articolata ricostruzione del pensiero di Schmitt⁴⁶. Ci interessa invece soffermarci più specificamente su un singolo punto, cercando di collocare la nota formula “sovrano è chi decide *sullo* stato di eccezione”, troppo spesso citata come in sé auto evidente, nel suo contesto teorico e storico, per cogliere in termini generali il livello a cui si colloca la riflessione schmittiana su quella topica. In primo luogo, si deve sottolineare come l'esplicito interesse per l'eccezione caratterizzi non l'integralità dell'opera schmittiana ma un *corpus* di scritti cronologicamente e tematicamente perimetrato che da *La dittatura* (1921) giunge a *Il custode della costituzione* (1931) passando per i punti notevoli di *Teologia politica* (1922-1943) e *Dottrina della Costituzione* (1928)⁴⁷. Diversamente lo Schmitt di *Stato, movimento, popolo* e quello “internazionalista”, dagli scritti sui grandi spazi dei tardi anni Trenta fino al *Nomos della terra* e *Teoria del Partigiano* avrebbe chiamato in causa l'eccezione in maniera affatto sporadica⁴⁸.

Una prima considerazione si impone: l'eccezione è terreno privilegiato dell'indagine di Schmitt solo nel periodo weimariano; all'interno della produzione dell'epoca si possono individuare poi due tipologie di approccio al tema che, pur convergenti su molti punti, si sviluppano su differenti registri teorici: una più generalizzante ed eclettica, il cui esito sono le suggestive formulazioni di *Teologia politica*, un altro più tecnico, e immediatamente politico, rinvenibile negli scritti riguardanti la costituzione di Weimar e collocati a ridosso delle convulse dinamiche politico-istituzionali che segnano le vicende della Repubblica sorta sulle ceneri del secondo Reich. Partiamo dal secondo. Dopo aver simpatizzato negli anni Venti e Trenta per il Centrum

⁴⁶ G. DUSO (a cura di), *La politica oltre lo stato: C. Schmitt*, Venezia, 1981. C. GALLI, *Genealogia della politica*. cit. ID., *Lo sguardo di Giano*, cit.. H. HOFFMANN, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, Napoli, 1999.

⁴⁷ C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Bari, 1975. ID., *Teologia politica*, cit., 29-86; ID., *Il custode della Costituzione*, Milano 1981. ID., *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984.

⁴⁸ C. SCHMITT, *Stato, movimento e popolo*, in ID., *Principi politici del nazionalsocialismo*, Firenze, 1935; ID., *Il nomos della Terra nel diritto internazionale dello “ius publicum europaeum”*, Milano, 1991; ID., *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto di politico*, Milano, 2005.

cattolico, Schmitt a partire dagli anni Trenta si lega sempre più strettamente a circoli conservatori che pur non manifestando particolare entusiasmo per il regime weimariano sono propensi ad attivarsi per scongiurare una sua capitolazione in favore di una delle due “estreme”, in primo luogo quella comunista ma anche quella riconducibile all’estrema destra⁴⁹. In quella fase Schmitt esprime anche un atteggiamento di estraneità, se non di ostilità nei confronti degli ambienti, sia culturali sia politici, della destra legittimista, Völkish e organicista della “rivoluzione conservatrice”, per cui l’abbattimento di un regime identificato come decadente e antitedesco rappresentava la necessaria preconditione di una rinascita nazionale. In tal senso, risulta opportuno guardarsi dal proiettare, retrospettivamente, le posizioni assunte in un periodo successivo, ossia l’adesione al nazismo e la legittimazione della presa del potere da parte di Hitler, su una fase precedente. Ciò vale in termini generali, riguardo al pensiero schmittiano nel suo complesso, che non appare utile leggere come intrinsecamente nazista, in tutte le sue fasi, sulla scorta dell’evidente compromissione, a partire dal 1932, con il nazionalsocialismo⁵⁰. Ma vale anche nello specifico del tema che cerchiamo di affrontare in queste pagine, ossia l’eccezione.

In proposito, ci limiteremo a citare un esempio. In un volume dedicato al tema della “costituzionalizzazione dell’emergenza” Bruce Ackermann liquida in poche righe l’elaborazione schmittiana dichiarando con rincrescimento che la più autorevole trattazione dell’ “eccezione” sia attribuibile a un *nazista*, fatto che ne comprometterebbe qualsiasi utilizzabilità⁵¹. In verità, come si vedrà più in dettaglio, la fase in cui Schmitt concentra la sua attenzione sull’eccezione, precede la sua adesione al nazismo e, soprattutto, si colloca in una prospettiva politica affatto diversa, se non

⁴⁹ J.W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, Bologna, 1983; G. SCHWAB, *Carl Schmitt. La sfida dell’eccezione*, Roma-Bari 1986.

⁵⁰ Cfr., F. NEUMANN, *Behmoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Milano, 1999; J.C. ZARKA, *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt*, Paris, 2005; A. PREDIERI, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio*, Vol. 2, Firenze, 1998.

⁵¹ B. ACKERMANN, *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un’ epoca di terrorismo globale*, Milano, 2008.

antitetica. Il punto che ci interessa sottolineare non riguarda l'attendibilità degli esercizi di auto apologia distillati dallo stesso Schmitt nel corso del dopoguerra⁵². Diversamente, al fine di restituire un quadro più articolato della riflessione schmittiana sullo stato di eccezione, ci sembra opportuno da una parte collocarla nel contesto politico istituzionale rispetto al quale intende "prendere posizione", dall'altro considerarla nella sua complessità, inerente la pluralità di piani su cui si sviluppa, che eccede e sfida la forma sloganistica a cui è stata ridotta.

Come si diceva, a partire dalla fine degli anni Venti Schmitt opera attivamente negli ambienti politici favorevoli al "regime presidiato", ossia a una flessione presidenzialistica della costituzione weimariana a partire dai poteri che, in situazione di emergenza, quella stessa costituzione conferisce al presidente. Da qui l'interesse per l'articolo 48 (*Weimar Verfassung*), che rappresentava lo strumento costituzionale posto alla base di una simile opzione.

Riassumendo i termini di una vicenda assai complessa, si potrebbe affermare che, a fronte di un regime instabile, costantemente esposto al rischio di essere travolto dalla politica rivoluzionaria della sinistra e della destra eversiva, Schmitt individua nei poteri eccezionali concessi al presidente dall'articolo 48 un possibile strumento di salvaguardia dell'ordinamento vigente. Già negli anni Venti, Schmitt aveva a più riprese manifestato la sua contrarietà al ricorso a una revisione costituzionale basata sull'articolo 76 (*Weimar Verfassung*) al fine di creare le condizioni per un "governo forte" in grado di discriminare il nemico dall'amico e di affermare la superiorità dello stato rispetto ai partiti. In tal senso, *Dottrina delle Costituzione* postula l'inviolabilità del nucleo essenziale della costituzione, mettendo in guardia contro la possibilità che un'interpretazione formalistica aprisse la via a emendamenti costituzionali, votati a maggioranza qualificata, passibili di modificare "le decisioni politiche fondamentali che formano la sostanza della

⁵² C. SCHMITT, *Ex captivitate salus. Esperienze degli anni 1945-1947*, Milano, 1987; ID., *Risposte a Norimberga*, Roma - Bari, 2006.

costituzione”⁵³ (trasformando, per esempio, la repubblica in monarchia o stato dei soviet).

Il sovrano e il presidente

Diversamente, la risorsa a cui fare riferimento per superare l'*impasse* del regime weimariano viene individuata nella figura del presidente. Già nel 1919, Schmitt concludeva *La dittatura*, dopo un percorso iniziato con la Roma repubblicana, sostenendo il carattere di dittatura commissaria (volta cioè a difendere la Costituzione attraverso la sospensione di una sua parte) e non sovrana (ossia costituente, volta cioè a stabilire una nuova e diversa costituzione) del ricorso da parte del presidente Elbert alla dichiarazione dello stato di eccezione del 1919⁵⁴. È quindi in termini di dittatura commissaria che Schmitt si esprime quando identifica nel presidente un "*pouvoir neutre*", il tutore o il custode della costituzione, il portatore dell'interesse superiore in grado di elevarsi al di sopra della "policrazia". Questo ruolo, a suo parere, non poteva essere affidato alla Corte suprema, in quanto tale organo, oltre ad essere in grado di intervenire solo *post factum*, limitandosi a stabilire la già avvenuta violazione della costituzione da parte di una legge, risultava disarmata nei confronti di un eventuale emendamento di revisione costituzionale⁵⁵. Ma la considerazione fondamentale è un'altra: la Corte suprema, in quanto supremo organo giudiziario, manifesterebbe un *deficit* costitutivo di capacità di decisione politica, ossia di discriminazione dell'amico dal nemico, e inoltre non disporrebbe degli strumenti per rendere esecutive le sue eventuali decisioni. In sintesi, una legge non può essere protetta da un'altra legge. Il presidente, invece, in forza dei poteri attribuitagli dall'articolo 48, della sua funzione di capo delle forze armate, dei poteri di sciogliere il Reichstag e di

⁵³ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 45.

⁵⁴ C. SCHMITT, *La Dittatura*, cit., 212-217.

⁵⁵ C. ROSSIER, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, New York, 1948, *passim*.

indire un referendum, della legittimazione popolare derivante dall'elezione a suffragio diretto, appare a Schmitt come la figura dotata degli strumenti legali e politici per svolgere la funzione di potere neutro di salvaguardia nei confronti della costituzione e di garante dell'unità dello stato contro la sua dissoluzione provocata dal pluralismo degli interessi⁵⁶. La prospettiva è quella di una dittatura non sovrana, volta a stabilire una nuova costituzione, ma commissaria, responsabile nei confronti del Reichstag e vincolata al rispetto del nucleo sostanziale della costituzione, pur nella sospensione di un certo numero di disposizioni normative attraverso il quale tale nucleo trova attuazione. Nel corso della vicenda della Repubblica di Weimar il ricorso allo stato di eccezione, per indulgere ad un facile gioco di parole, non costituisce certo l'eccezione. Si calcola, infatti, che in poco più di un decennio Elbert e Hindenburg si siano avvalsi per più di 250 volte dei poteri loro concessi dall'articolo 48⁵⁷. Ciò chiarisce come per un giuspubblicista il tema, in quella congiuntura, in qualche modo si imponesse. All'interno del dibattito costituzionalistico e politico che si sviluppa intorno all'articolo 48, le posizioni espresse da Schmitt possono essere così compendiate, scontando l'ovvia approssimazione che comporta una sintesi sincronica di argomenti che si sviluppano, intrecciandosi a un convulso precipitare degli eventi politici, nel corso di più di un decennio. In primo luogo, Schmitt distingue fra un nucleo costituzionale, inteso in senso non formalistico, che costituirebbe la costituzione in senso proprio, non modificabile e sospendibile, e il complesso normativo attraverso il quale esso viene attuato, passibile invece di sospensione: «La Costituzione in senso proprio, cioè le decisioni politiche fondamentali sulla forma di esistenza di un popolo, ovviamente non può essere temporaneamente abrogata, ma – proprio nell'interesse del mantenimento di queste decisioni politiche – possono esserlo le normative legislative costituzionali generali emanate per la sua attuazione»⁵⁸. Il riferimento, in particolare, è alle “normative tipiche dello stato di diritto poste a protezione

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 154.

della libertà borghese”, che possono rappresentare, “in uno stato di pericolo della forma di esistenza dello stato come un intralcio all’autodifesa dello stato stesso”⁵⁹. Il secondo comma dell’articolo 48 (*Weimar Verfassung*) menziona sette articoli che, in situazione di emergenza, potevano essere sospesi. La maggior parte dei giuristi interpretava tale enumerazione come una chiara limitazione del raggio di azione dei poteri emergenziali a disposizione del presidente⁶⁰. Schmitt, da parte sua, assume un punto di vista opposto nell’enumerazione dei sette articoli come meramente esemplificativa⁶¹. Il carattere della situazione di emergenza a cui deve far fronte il presidente, ai suoi occhi, non è predeterminabile. Di conseguenza, per Schmitt sarebbe incongruo fissare dei limiti al raggio di azione dell’autorità chiamata a decidere “nello stato di eccezione”. In tali casi, il presidente resta vincolato al rispetto del nucleo sostanziale della decisione costituzionale, per difendere il quale ha il potere di sospendere le diverse disposizioni legislative attraverso cui si attua. Da ciò consegue l’opposizione, da parte di Schmitt, nei confronti di qualsiasi legge costituzionale che procedesse a una precisazione dei poteri a disposizione del presidente nella situazione del “caso di eccezione”.

Può risultare utile, a questo punto, richiamare l’altro livello lungo il quale si sviluppa la riflessione di Schmitt sull’eccezione, che abbiamo definito più generalizzante ed eclettico, che trova la propria sintesi, nel 1922 in *Teologia politica*. L’apertura è affidata alla celebre formula “Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione”, di cui il resto del testo costituisce, in qualche modo, una sorta di lunga e articolata glossa. Un primo rilievo riguarda lo statuto del discorso che Schmitt intende sviluppare. La definizione proposta risulterebbe appropriata solo nel caso in cui la sovranità venga assunta come “concetto limite”. Ne conseguirebbe che essa «non può applicarsi al caso normale, ma a un caso limite»⁶². Nessuna norma, per Schmitt può essere applicabile ad un caos e l’ordinamento giuridico ha senso solo dopo lo

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., 487 ss.

⁶¹ J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 103-115.

⁶² C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 33.

stabilimento dell'ordine, dopo la creazione di una situazione normale, e sovrano è appunto colui che decide, in modo definitivo, se questo stato di normalità regni davvero. La norma giuridica posta dallo Stato “vige soltanto fino a quando il rapporto di vita fattuale per il quale essa deve trovare applicazione è stabile e misurabile, il che equivale a dire che è al tempo stesso controllabile dal potere statale”⁶³. La sovranità quindi decide la norma, ma la decisione pone la questione relativa al soggetto della sovranità che “sta al di fuori dell'ordinamento normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione in toto possa essere sospesa”⁶⁴. Dunque, la sovranità è interna ed esterna all'ordine e in questa sua oscillazione stabilisce il nesso e lo spazio tra ordine ed eccezione, nel quale si governano i rapporti di vita fattuali stabili, e misurabili, strutturalmente normali. Il processo di autorizzazione che fonda e legittima la sovranità moderna nella lettura schmittiana è contraddistinto non tanto dal monopolio della sanzione o del potere bensì dal monopolio della decisione – sovrano è chi decide sullo stato di eccezione – e la sovranità si configura quindi come concetto limite, un concetto relativo alla sfera più estrema⁶⁵.

Subito dopo si aggiunge che l'altro termine chiave della definizione “caso di eccezione”, deve essere considerato nei termini non di un mero dato di fatto, ossia di una “qualsiasi ordinanza o stato d'assedio” ma di un concetto che «ha una paradossale centralità strategica rispetto all'ordine»⁶⁶. Un elemento liminale, quindi, l'eccezione come caso limite, attraverso un significativo spostamento topologico assume il ruolo di criterio fondamentale per la localizzazione della sovranità, vista come cerniera fra dimensione politica e giuridica, fra fatto e norma⁶⁷.

Il terzo termine della definizione è decisione. Per Schmitt è solo nella condizione dell'eccezione che la decisione è tale “in senso eminente”, in quanto,

⁶³ H. HOFFMANN *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, Napoli, 1999, 96-97.

⁶⁴ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 34.

⁶⁵ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 33.

⁶⁶ *Ibidem*. Cfr. C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., 335

⁶⁷ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 39.

in quel contesto essa non può essere fondata sulla norma⁶⁸. La decisione è quindi origine di ogni ordinamento giuridico, atto costituente, in quanto predispone le condizioni affinché sia possibile l'applicazione della norma. A fronte dello stato di eccezione, nei confronti del quale la norma è inefficace, il dispositivo si riattiva ponendo la questione decisiva riguardante chi giudica dell'esistenza di uno stato di eccezione e chi decide come agire in esso. Schmitt, in termini astratti, non si oppone pregiudizialmente alla definizione della sovranità in termini di "potere sovrano supremo e non delegato". Tuttavia una simile definizione risulterebbe teoricamente e operativamente inutile quando, a fronte del caso limite, della situazione eccezionale, si impone la questione di chi sia chiamato a decidere in cosa consista "l'interesse pubblico o statale, la sicurezza e l'ordine pubblico, la *salut public* e così via"⁶⁹. Il sovrano, quindi, "sta fuori dall'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione in toto possa essere sospesa"⁷⁰. Schmitt fornisce poi alcune esemplificazioni volte ad accreditare come la titolarità della sovranità, o il suo esercizio, sia inscindibile dalla decisione sul caso di eccezione. Da una parte si cita Bodin, il cui contributo più significativo è individuato non tanto nella formula spesso citata per cui «per sovranità si intende quel potere assoluto e perpetuo che è proprio dello stato», quanto nel fatto di porre la questione dell'individuazione dell'agente, principe o ceti, a cui spetti il potere indivisibile e incondizionato di agire, anche sospendendo tutti i "patti", nel caso in cui l'esistenza dello stato sia in pericolo. Procedendo, Schmitt sottolinea come nei regimi liberali siano operativi, di fatto, meccanismi e procedure volti a differire e oscurare il momento della sovranità. L'esempio avanzato, in questo caso, è quello dell'articolo 48 (*Weimar Verfassung*), in cui lo stato di eccezione viene dichiarato dal presidente, sotto il controllo del parlamento, che può chiederne la revoca: "tale regolamentazione corrisponde allo sviluppo alla prassi dello stato di diritto, che cerca di differire il più possibile il problema della sovranità,

⁶⁸ Le citazioni sono tratte da C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., 338-339

⁶⁹ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 34.

⁷⁰ *Ibidem*.

mediante una divisione delle competenze e grazie a controlli reciproci. Alla tendenza dello stato di diritto corrisponde però solo la regolamentazione del presupposto delle competenze eccezionali, non invece la regolamentazione del contenuto dell'articolo 48 che in realtà prevede una pienezza illimitata di potere e che perciò, se si decidesse intorno a esso senza controlli, finirebbe per attribuire una sovranità dello stesso tipo delle competenze eccezionali dell'articolo 14 della Carta del 1815, che facevano del monarca un sovrano”⁷¹.

In sintesi, l'articolo 48, per quanto riguarda le competenze concesse al presidente, che per Schmitt erano illimitate, avrebbe configurato l'attribuzione al presidente della funzione di sovrano analogamente a quanto la costituzione del Reich prevedeva per il Kaiser. La “regolamentazione del presupposto delle competenze eccezionali” ad opera del parlamento sarebbe però intervenuta, nel contesto della costituzione weimariana, a determinare una situazione diversa. A tal proposito ci si può chiedere, applicando il criterio proposto dallo stesso Schmitt, se ci si trovi di fronte a un semplice “differimento” che, pur introducendo una complicazione procedurale, non intacca nella sostanza la posizione sovrana del presidente o, piuttosto ad una *ridislocazione*, in cui i poteri di controllo esercitati dal parlamento equivalgono ad una rivendicazione, non solo formale della titolarità della decisione sovrana. In proposito, la funzione affidata da Schmitt al reagente “stato di eccezione” sembra suggerire due possibili letture: da una parte in termini di criterio ermeneutico, in cui il caso limite renderebbe esplicita una titolarità implicita in tempi di “normale amministrazione”; dall'altra, in termini di condizione critica che determinerebbe un conflitto, dagli esiti aperti fra istanze decisionali.

Se le vicende costituzionali della repubblica di Weimar rappresentano il principale sottotesto politico dell'elaborazione schmittiana sullo stato di eccezione è in tale contesto polemico che si definisce l'esigenza, per Schmitt, del recupero di un concetto forte di sovranità, in una declinazione che, come è stato notato da Pinna, sembra assolutizzare in termini teorici il dato

⁷¹ Ivi, 38.

costituzionale della monarchia francese della restaurazione⁷². Se per la dottrina pura del diritto, quella di sovranità è una nozione spuria, compromessa con prospettive inclini alla personalizzazione del diritto, è al massimo utilizzabile come formula per esprimere l'esigenza di unitarietà dell'ordinamento⁷³.

La decisione sovrana, in tal modo, si trova rubricata in ambito extra giuridico, così come l'eccezione, per quanto attiene al residuo di opacità e attualità non codificabile in termini normativi.

Diversamente, l'insistenza sulla sovranità e l'eccezione si configura, agli occhi di Schmitt, come passaggio necessario per non risolvere l'ordinamento giuridico in un sistema di norme, includendovi, in termini paradossali ciò che gli è irrimediabilmente esterno, ciò che può sospenderlo⁷⁴.

Ciò significa non dissociare l'elemento giuridico da quello politico. Si tratta di una posizione in cui la polemica contro il formalismo e la "spoliticizzazione del diritto" operata dal positivismo giuridico, pur condotta sul terreno della filosofia del diritto, si trova immediatamente correlata a preoccupazioni politiche contingenti. In gioco è la possibilità da parte dello stato di operare non come un semplice ordinamento giuridico ma di conservare un residuo, o una riserva, di politicità in grado di distinguere l'amico dal nemico. La discussione non riguarda solo opzioni metodologiche circa l'estensione degli oggetti di pertinenza delle scienze giuridiche ma ne va della natura dello stato come più recente incarnazione del *katechon*, l'autorità chiamata a ritardare l'apocalisse o, più terra terra, a tenere a bada le forze del caos e a scongiurare la guerra civile.

Se si assume il nesso sovranità-eccezione nei termini in cui è esposto in *Teologia politica* e lo si correla con la coeva elaborazione schmittiana sul presidente come "custode della costituzione" emerge immediatamente una contraddizione o, se si preferisce, un evidente sfasamento di piani. Il presidente, sulla base dell'art. 48 (*Weimar Verfassung*), a fronte del

⁷² P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, 8.

⁷³ H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano 1989.

⁷⁴ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 45-54.

l'*Ausnahmezustand* può assumere una serie di provvedimenti che possono passare per la sospensione di diverse di norme costituzionali. Detto altrimenti, decide sullo stato di eccezione, decide della sua esistenza e dei mezzi con cui farvi fronte. E tuttavia il carattere dei poteri dittatoriali del presidente viene definito *commissario* e non *sovrano*, a partire dal fatto che il loro esercizio è indirizzato al mantenimento della costituzione e non al suo superamento. In *Teologia politica*, tuttavia, non si trova alcuna clausola restrittiva che farebbe dipendere dall'intenzionalità di chi decide sullo stato di eccezione la titolarità della sovranità. Il presidente, inoltre, con riferimento a Constant viene definito un "*pouvoir neutre*", "*qui régné et ne gouverne pas*", e non come potere concorrente rispetto all'esecutivo, al legislativo, al giudiziario⁷⁵. Di conseguenza, come specifica Carlo Galli, Schmitt considera la repubblica di Weimar come uno stato misto "nel quale coesistono, con incertezze e reciproco intralcio, il momento della rappresentazione (appunto il potere presidenziale), quello dell'identità (la democrazia e la sovranità popolare), nonché quello liberal-parlamentare; è l'obsolescenza di quest'ultimo a esigere l'attivazione esplicita del potere neutro del presidente in difesa della costituzione democratica"⁷⁶.

Le ambivalenze registrate a proposito di *Teologia politica* – l'eccezione come criterio ermeneutico volto a esplicitare una titolarità già data o come singolarità che apre uno spazio in cui differenti istanze confliggono per l'esercizio della decisione – emergono quindi con chiarezza a contatto con una specifica congiuntura politico-istituzionale, con una vicenda costituzionale *in fieri* e non ancora consegnata alla storia, determinando un *orientamento* in cui il caso di eccezione, chiamando alla ribalta un *pouvoir neutre*, non esprime un chiaro verdetto sulla sovranità.

⁷⁵ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 203.

⁷⁶ C. GALLI, *Genealogia della politica.*, cit., 660.

Societas perfecta...e grandi spazi

La questione si complica ulteriormente se si considera lo Schmitt internazionalista, il teorico che registra la crisi dell'unità, lo stato, su cui si è retta la società internazionale, ma soprattutto il nostalgico rievocatore dei fasti del *ius publicum europeum*. Se negli scritti del periodo successivo all'abbandono della funzione di *Kronjurist* del terzo Reich l'eccezione passa in secondo piano, non così si può dire dell'altro termine della definizione posta in apertura di *Teologia politica*: la sovranità. A emergere, nello Schmitt internazionalista, è però un approccio non immediatamente sovrapponibile a quello delineato in precedenza. A mutare, per certi versi, è il quadro di riferimento istituzionale rispetto al quale considerare la sovranità. Se ragionando in termini di "logica giuridica", Schmitt finisce per l'assumere lo stato come una *societas perfecta* una totalità chiusa in se stessa e priva di un fuori, tranne in caso di minaccia o guerra, il confronto con tematiche di ordine internazionalistico impone la considerazione dello stato come per natura appartenente ad una molteplicità, come intrinsecamente giustapposto ad altri stati.

Si tratta di un dato ovvio, ribadito per esempio anche ne *Il concetto del «politico»*⁷⁷ che tuttavia l'impianto di *Teologia politica* per un verso, e il carattere esegetico degli scritti riguardanti la costituzione di Weimar per un altro, non potevano che mettere da parte. In quei contesti, il livello in cui si sviluppava il discorso presupponeva, e dava per scontata, una chiara demarcazione fra *interno* ed *esterno*, fra un *dentro* e un *fuori*. All'interno di confini chiaramente demarcati, che costituivano la "localizzazione" dell'ordinamento, la legge poteva essere sospesa dalla decisione di un sovrano, da una sorta di dio in terra, il cui potere unico e indivisibile non era turbato da alcun dio minore. Ben diverso è il quadro che invece emerge dalla rievocazione del *ius publicum europaeum*. In primo luogo, si può sottolineare come lo stato sia colto da Schmitt non in termini transtorici, come invariante dell'unità

⁷⁷ C. SCHMITT, *Il concetto di «politico»*, cit., 137-143.

politica, ma come forma storicamente localizzata, che pone fine alle guerre di religione all'interno delle proprie frontiere e si fa portatore della società internazionale incentrata sull'equilibrio europeo. Anche l'anarchia internazionale, che nel paradigma realista si presenta, in termini diagrammatici, come una situazione di "stato di natura" dedotto dall'assenza di un potere sovrano superiore alle unità coinvolte, non trova corrispondenza nell'analisi di Schmitt, volta a valorizzare le componenti istituzionali e giuridiche che caratterizzano i diversi ordinamenti internazionali succedutisi nel corso del tempo. In altre parole, «se da una parte Schmitt accoglie i principi di base dell'analisi realista vale a dire la centralità dello stato, l'equilibrio di potenza e la stessa anarchia internazionale», dall'altra «afferma che simili principi non sono meri assunti di base, ma istituzioni». Di conseguenza i «principali tratti attribuiti alla politica internazionale hanno il carattere di un'istituzione: dalla nozione di politica internazionale come fondamentalmente politica interstatale e dal concetto di confine sino alla distinzione fra politica interna e internazionale o fra la guerra interna (o civile) e internazionale»⁷⁸.

Schmitt, come si diceva, individua nello stato il "portatore" del *ius publicum europaeum*, di un ordinamento internazionale basato sulla distinzione fra terra e mare e fra territorio europeo ed extraeuropeo a cui viene ascritto il merito di aver promosso una efficace limitazione della guerra – sul suolo del Vecchio continente – attraverso la sua istituzionalizzazione come conflitto armato tra *iusti inimici*⁷⁹. Alla "guerra giusta" della tradizione scolastica si sostituisce il reciproco riconoscimento, da parte degli stati, dello statuto di "giusto nemico", ossia di unità politica autorizzata a ricorrere legittimamente allo strumento della guerra. Ciò presuppone, oltre a quelle già citate fra terra e mare e fra suolo europeo ed extraeuropeo, una serie di altre distinzioni: fra giusto nemico e criminale, fra interno ed esterno, fra militare e civile⁸⁰. In tal senso, l'ascesa agli estremi presentata da Clausewitz come orientamento

⁷⁸ A. COLOMBO, *The "Realist institutionalism" of Carl Schmitt*, London, 2007, 25.

⁷⁹ C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello "ius publicum europaeum"*, cit.

⁸⁰ A. COLOMBO, *La guerra ineguale. Pace e violenza nel tramonto della società internazionale*, Bologna, 2006, 73-210. Cfr. ZOLO, *Il tramonto globale*, cit..

connaturato alla guerra ideale viene controbilanciata da tendenze si segno opposto⁸¹. Per Schmitt lo stato, pur essendone il “portatore”, non è però l’unico agente dell’ordinamento internazionale del *ius publicum europaeum*: “E’ opportuno ricordare che il diritto internazionale intestatale è limitato a manifestazioni storiche, vincolate alla loro epoca, dell’unità politica e dell’ordinamento spaziale della terra e che, persino in quest’epoca interstatale, sono sempre state decisive, accanto a quelle puramente interstatali, anche relazioni, regole e istituzioni non interstatali⁸². E poco dopo viene sottolineato: “il carattere interstatale deve essere compreso solo a partire da un ordinamento spaziale complessivo che sorregge gli stati stessi”⁸³.

Ma anche per quanto riguarda l’interno, nello specifico del “diritto internazionale europeo” ufficialmente al riparo da qualsivoglia interferenza in forza del reciproco diritto-dovere di non ingerenza, si assisterebbe alla sovrapposizione di due differenti ordinamenti che fanno capo al dualismo, esistente all’interno di ogni unità, fra diritto pubblico e privato. Citando Hauriou, Schmitt dichiara che “ogni regime statale, nel senso storico del termine *stato*, poggia su una separazione tra centralizzazione pubblica ed economia privata”⁸⁴. In tal modo, la struttura dell’ordinamento interstatale, incentrato su una distinzione quanto più possibile netta fra interno ed esterno, si confronta con un’ulteriore distinzione, fra pubblico e privato, che la relativizza collocando il privato all’interno di una costituzione economica, il libero mercato e l’economia internazionale, che definisce il proprio ambito di vigenza prescindendo dal tracciato delle frontiere politiche. Nelle parole dello stesso Schmitt “sussisteva così nel diritto internazionale europeo del XIX secolo, accanto al diritto propriamente interstatale, distinto drasticamente fra interno ed esterno, un diritto economico comune un diritto privato internazionale il cui standard costituzionale comune (la costituzione nel senso di costituzionalismo) era più importante della sovranità politica dei singoli

⁸¹ A. COLOMBO, *La guerra ineguale*, cit., 73-210.

⁸² C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, cit., 265.

⁸³ Ivi, 263.

⁸⁴ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, 1916, 303-320.

ordinamenti territoriali chiusi (politicamente ma non economicamente)”⁸⁵. Certo, per Schmitt una simile condizione è non un’invariante della storia ma un dato di fatto territorialmente e cronologicamente circoscritto, di cui, fra l’altro, si accenna per sommi capi al declino, in riferimento alla svolta in direzione del protezionismo e dell’autarchia economica intraprese fra le due guerre da alcune fra le maggiori potenze europee⁸⁶. Al di là di tutto il resto, però, resta il fatto che nel momento in cui lo stato è sottratto a una dimensione autoreferenziale e collocato in giustapposizione ad altri stati, nel contesto di quella molteplicità che ne costituisce la “condizione di possibilità”, a perdere di “concretezza” è quell’idea di sovranità, in grado nel momento fatidico di sospendere la legge, incentrata su un esclusivismo decisionale che presuppone una perfetta coincidenza fra ordinamento giuridico e base territoriale. A determinare tale esito è una rappresentazione in termini istituzionali delle relazioni internazionali, in cui gli stati, pur in concorrenza con loro, restano vincolati alle esigenze di conservazione dell’ordinamento territoriale complessivo.

Ma decisiva è soprattutto l’osservazione in base alla quale, nel contesto del *ius publicum europaeum*, a intersecarsi siano due ordinamenti, uno incentrato sullo stato dotato di poteri esclusivi, per quanto con le riserve a cui si accennava, all’interno delle proprie frontiere, l’altro relativo alla costituzione economica, a una *lex mercatoria* che travalica i confini nazionali, a un privato che sfugge alla presa del pubblico. Si tratta di riflessioni riferite da Schmitt a un’epoca passata, a un ordinamento spaziale rievocato nostalgicamente, che tuttavia, sembrano acquisire, come si avrà modo di vedere, una paradossale attualità, a partire dal sempre maggior protagonismo, su scala globale, delle fonti giuridiche specializzate legate ad interessi privati⁸⁷.

Ritorniamo a Schmitt e alla situazione da lui descritta, in cui la distinzione pubblico-privato relativizza quella fra interno ed esterno, appare legittimo porre la questione, destinata a rimanere aperta, relativa a chi spetti la

⁸⁵ C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, cit., 266.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ A. PIZZORNO, *L’ordine giuridico e statale nella globalizzazione*, in D. Della Porta – L. Mosca, *Globalizzazione e movimenti sociali*, Roma, 2003, 221-237.

decisione, nel caso di eccezione, riguardo alla sospensione della *costituzione economica*, a chi, in sintesi, si ponga come sovrano rispetto a quell'ordinamento.

Una trama senza sovrano

Come si è visto, è possibile rintracciare una significativa riduzione della portata e della stessa idea di sovranità nella teoria internazionalista di Schmitt, effetto di una ridefinizione del peso e del potere dello stato all'interno del sistema internazionale. Rileggendo queste stesse pagine nel frangente storico e del dibattito specifico sulla costituzione di Weimar emerge la sensazione di un approccio più problematico. Questo non significa negare il senso ultimo dell'atto di fede nei confronti di un'idea forte di sovranità contenuto in *Teologia politica*⁸⁸. Significa invece riscoprire la tensione tra la rivendicazione di una forza extra giuridica incarnata in una decisione sovrana e la possibilità di rinvenire la realtà di tale figura e tale forza quindi di intervenire davvero nel contesto storico concreto. Si tratta di una tensione per lo più sotterranea, rintracciabile in diversi testi di Schmitt, che finisce di scaricarsi proprio sull'idea di eccezione. Schmitt, in altre parole, individua nello stato di eccezione il possibile antidoto alla degenerazione dell'ordine politico in una situazione di ingovernabilità o di indecidibilità. L'eccezione, da questo punto di vista, come concetto limite, è la formula attraverso la quale è possibile riaffermare il primato di un ordine politico⁸⁹. Più precisamente, esprime la volontà di recuperare un'idea (trascendente) di sovranità in una congiuntura storica, la crisi politica weimariana, in cui lo stato democratico avrebbe smarrito il proprio senso "autentico", perché minato dalla presenza di fazioni con interessi divergenti, e in cui il sistema politico così lacerato non sarebbe

⁸⁸ Si tratta di una polarizzazione parziale, che si complica alla luce di un'evoluzione interna al pensiero schmittiano, dove la rilettura dell'istituzionalismo giuridico e la categoria di ordinamento concreto si coniugano con l'adesione al nazismo. Sul punto C. Galli, *Genealogia della politica*, cit.

⁸⁹ C. Galli, *Genealogia della politica*, cit, 335.

più in grado di garantire certezza del diritto, unità e persistenza dell'ordinamento. Rispetto a tutto ciò, solo l'intervento "decisivo" di una forza che qualifica la figura sovrana come categoria liminale rispetto all'ordinamento, può opporre un argine. Ciò avviene attraverso una sospensione dell'ordinamento che, paradossalmente, lo preserva e lo riafferma nel momento stesso in cui lo interrompe. C'è, come è stato notato, qualcosa di paragonabile ad una tensione "messianica" nel gesto di appellarsi ad un intervento, sia pure catturato all'interno del diritto, che interrompa il corso degli eventi, che freni le dinamiche temporali attraverso l'irruzione di un atto, epifania di un soggetto sovrano.

"Nel tempo dell'eccezione, il potere della vita vera irrompe sulla superficie di una meccanica avvolta in una continua ripetizione"⁹⁰. È essenzialmente questo carattere di violenta irruzione, la volontà di spezzare la continuità di un tempo svuotato di ogni sostanza, che avvicina l'idea schmittiana di eccezione alla critica della narrazione "storicistica" elaborata da Benjamin, più precisamente alla sua idea di un presente integrale, un tempo dell'adesso (la *Jetztzeit*) da opporre a quello "omogeneo e vuoto" del discorso storico.

Molto è stato scritto⁹¹ sul rapporto apparentemente improbabile tra due figure decisamente lontane da un punto di vista sia politico, sia esistenziale: "il giurista del terzo Reich" e la figura più eterodossa del *milieu* intellettuale tedesco degli anni Venti e Trenta⁹². Si sa in ogni caso che i contatti tra i due

⁹⁰ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 31.

⁹¹ In particolare v. F. DESIDERI, *Walter Benjamin. Il tempo e le forme*, Roma, 1980, 161-164, G. SCHIAVONI, *Walter Benjamin. Il figlio della felicità*, Torino, 2001, 112-119, E. CASTRUCCI, *La forma e la decisione*, Milano, 1985, 67-127.

⁹² Atteggiamento dovuto, oltre che a stima personale, molto probabilmente anche alla necessità di stringere alleanze accademico-culturali da parte di un ebreo come Benjamin con un cattolico come Schmitt per tentare di fare breccia nella cittadella universitaria tedesca saldamente in mano ad un corpo accademico di confessione protestante. Oppure, come suggerisce Giulio Schiavoni, imputabile al tentativo da parte di Benjamin di ingraziarsi il prof. Schultz dell'Università di Francoforte di cui erano noti gli orientamenti politici conservatori (cfr. G. SCHIAVONI, *Walter Benjamin. Il figlio della felicità*, cit., 117). In ogni caso per ragioni accademiche il cui esito, come è noto, fu disastroso. Con "un'infame e sfrontata battuta" un professore universitario avrebbe commentato "All'intelligenza non si può conferire la libera docenza". Il

furono diretti e, come suggerisce Agamben, Schmitt deve essere stato molto colpito dalla lettura di un testo come *Per la critica della violenza* di Benjamin dove teorizza l'esistenza di una forma di violenza pura (*Gewalt*), al di fuori e al di là del diritto, il cui fine non consisterebbe nell'atto di porre o conservare il diritto ma di *deporlo*⁹³.

Per Benjamin parla, invece, in primo luogo una lettera indirizzata a Schmitt nel 1930 insieme ad una copia del suo libro si due anni prima su *Trauerspiel*, in cui il filosofo dichiara esplicitamente il proprio indebitamento nei confronti di *Teologia politica* e soprattutto del precedente *La dittatura*, cogliendo nella teoria dello stato elaborata dal giurista e nella specifica teoria dell'arte un modo di procedere sostanzialmente affine⁹⁴. L'affinità tra le due prospettive teoriche si rivela sotto certi aspetti innegabile e sembra trovare immediata conferma proprio nell'idea di eccezione. Entrambi individuano nella categoria il momento di disvelamento in cui irrompe un atto di decisione che diventa epifania di una forza sovrana, la possibilità di uno *schock* che si opponga a un tempo rappresentabile in termini di una continuità priva di eventi⁹⁵. Sembra quindi essere la specifica temporalità di cui l'eccezione è espressione, una temporalità altra rispetto ad ogni narrazione di continuità, il principale terreno di convergenza dei due autori.

Si tratta però di un convergenza tanto immediata quanto parziale. Nei fatti, aldilà del già citato saggio del 1921 sulla violenza (in cui peraltro il concetto di eccezione non è mai direttamente chiamato in causa), *Il dramma barocco tedesco* non è l'unico lavoro di Benjamin che contenga una riflessione e un confronto con la categoria "schmittiana". Se nel testo del '28 il riferimento a Schmitt è davvero esplicito, più tardi Benjamin tornerà sull'idea di eccezione in termini sostanzialmente diversi. Sarà infatti nelle tesi *Sul concetto di storia* e precisamente nell'ottava che Benjamin offrirà, sia pure con toni poco

giudizio è riferito in G. SCHOLEM, *W. Benjamin. Storia di un'amicizia*, Milano, 1992, 183.

⁹³G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 70

⁹⁴ H. BREDEKAMP, *From Walter Benjamin to Carl Schmitt, via Thomas Hobbes*, in *Critical Inquiry*, 1999., 254 ss.

⁹⁵W. BENJAMIN, *Sul concetto di storia*, Torino, 1977.

circostanziati, una visione sostanzialmente divergente rispetto alla formulazione schmittiana, definendo il particolare frangente storico che carica di urgenza il suo testo nei termini di una situazione di totale sovrapposizione tra norma ed eccezione.

L'impressione è che in Benjamin la riflessione sull'eccezione si modifichi: che esistano due ipotesi diverse e che queste due testimonino di un cambiamento significativo anche nei confronti del lavoro di Schmitt. Anche in questo caso si tratta di un'impressione di superficie e ad emergere è uno scenario più complesso e dinamico, soprattutto alla luce di due ulteriori considerazioni: da una parte infatti una problematizzazione della categoria di eccezione è già presente nelle origini sul lavoro di *Trauerspiel* e ciò suggerisce una sostanziale continuità nel discorso di Benjamin – la possibilità cioè di rileggere l'ottava Tesi alla luce di un vuoto “sovrano” già presente nel lavoro sul dramma barocco; dall'altra, come conseguenza immediata di quanto detto deriva una sostanziale divergenza rispetto alla posizione schmittiana, della quale si condivide una specifica idea di tempo da opporre a quello “omogeneo e vuoto” di una storia senza rotture, ma di cui invece *differisce l'interpretazione sul ruolo e il senso del soggetto* che dovrebbe decidere dello stato di eccezione, e cioè il sovrano. Si potrebbe supporre che sia proprio intorno alla figura del sovrano, al suo posto e al suo ruolo, che la distanza tra i due autori diventa davvero considerevole.

Il rappresentante della storia

Per comprendere appieno il rapporto che Benjamin istituisce con le tesi di Schmitt è necessario in primo luogo contestualizzare la scena in cui compare la citazione di *Teologia politica*, tenendo conto soprattutto che ci troviamo praticamente all'inizio del testo vero e proprio della sezione Dramma e Tragedia in cui Benjamin per tratteggiare il profilo politico della figura

principale del *Trauerspiel* ovvero la figura del sovrano, non esita a ricorrere a tesi coeve sulla sovranità moderna elaborate da Schmitt.

La prima questione che Benjamin pone è fra la tragedia attica e il *Trauerspiel* barocco intesi come i due estremi fra i quali si stende l'idea drammatica come idea storica-estetica. Il primo tratto attraverso il quale questa differenza si specifica e si articola riguarda, secondo Benjamin, il contenuto rispettivo della tragedia e del *Trauerspiel*. Utilizzando a suo modo la tesi del grande umanista seicentesco Martin Opitz che nel Libro della poesia tedesca aveva sostenuto che la tragedia, in quanto conforme al poema eroico, non sopporta l'introduzione sulla scena di “regali voleri colpi mortali, disperazioni, figli e parricidi, incendi, oltraggi di sangue, di guerra e di rivolta, di lamenti, di singhiozzi, di sospiri e simili”, Benjamin individua proprio in questa sfilza di abiezioni il contenuto specifico di *Trauerspiel*, che viene colto appunto nella “vita storica così come la sua (di Opitz) epoca se la rappresentava”. Se questa tesi è vera è posta anche la differenza fra il *Trauerspiel* e la tragedia “il cui oggetto, infatti non è la storia, bensì il mito e in cui le *dramatis personae* derivano il loro rango tragico non dal ceto – la regalità assoluta – ma dalla preistoria della loro stirpe, dal loro passato eroico”. “Agli occhi di Opitz, prosegue Benjamin non è la lotta col Dio o con il destino, o l'attualizzazione di un passato antichissimo quale cifra della comunità popolare, a fare del monarca il vero protagonista del dramma, bensì la conservazione delle virtù principesche e la messa in scena dei principeschi vizi, la gestione degli intrighi diplomatici e le manovre dell'alta politica”⁹⁶. Mentre il mito è un tempo ciclico e ripetitivo che incomincia a sgretolarsi non appena venga attualizzato nell'azione tragica, la storia è il tempo infinito e vuoto destinato ad una decadenza irreversibile; correlativamente, mentre la prestazione del protagonista della tragedia antica consiste nel promuovere, attraverso l'assunzione della morte come forma del proprio sé eroico, come rinuncia insomma al prestigio derivante dalle insegne regali, da un lato la scomparsa

⁹⁶ W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, in *Id*, Opere complete. II. Scritti, 1923-1927, Torino, 2001, 101-102.

dell'antico diritto per il quale l'uomo è sempre colpevole di fronte agli dei e dall'altro l'avvento di nuove ed emancipanti forme della vita comunitaria, quella del sovrano barocco è di essere *rappresentante* della storia, investito del compito di sottrarla a decadenza e prometterla ad un'impossibile salvezza. "Il sovrano rappresenta la storia. Tiene in mano l'accadere storico come uno scettro"⁹⁷.

Il rinvio alla posizione di Schmitt che compare poche righe dopo non può assolutamente prescindere da questa caratterizzazione del sovrano barocco tutta centrata sul rapporto privilegiato che questa figura intrattiene con la storia. Ricostruendo in breve il passaggio dalla teoria medievale dello stato ancora incentrata sul concetto di tirannicidio a quella moderna che si sviluppò durante il XVII secolo, Benjamin mostra come fra di essi si insinui una dottrina "estremistica" del potere sovrano di provenienza controriformistica nella quale si lega l'assoluta intangibilità del sovrano alla questione dello stato di eccezione. "Se il moderno concetto di sovranità, scrive Benjamin, porta al supremo potere esecutivo da parte del principe, quello barocco si sviluppa a partire da una discussione sullo stato di eccezione, e attribuisce al principe il compito di evitarlo (*auszuschliessen*).

Chi esercita il dominio è destinato fin dall'inizio a essere il detentore di un potere dittatoriale nello stato di eccezione, ove questo sia determinato dalla guerra, dalla rivolta e da altre catastrofi. Questa concezione è controriformistica"⁹⁸. Dopo il verbo "evitare" Benjamin inserisce la nota che rinvia a Schmitt facendo intendere che la teorizzazione del giurista sia la migliore concezione controriformistica della sovranità, ossia quella che si

⁹⁷ Ivi, 104. Cfr., B. MORONCINI, *Walter Benjamin e la moralità del moderno*, Napoli, 1984, 332-418

⁹⁸ Ivi, 105. Abbandonata la teoria del tirannicidio, secondo Benjamin, la curia avrebbe sposato questa teoria estremistica del potere sovrano: questa le poteva servire per opporsi ai principi ostili. Cfr. voce "sovranità" in *Dizionario di Politica* a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, 2004. L'acceso benjaminiano al "supremo potere esecutivo" potrebbe far pensare che il moderno concetto di sovranità sia per lui quello hobbesiano se è vero, come sostiene Matteucci nella voce citata, che della teoria della sovranità "Hobbes evidenzia, invece, il momento esecutivo, e cioè quello del potere coattivo, che solo è in grado di imporre determinati comportamenti e che è il solo mezzo adeguato allo scopo, quello di farsi obbedire."

fonda sul concetto di stato di eccezione. Ma è proprio così o c'è dell'altro? Agamben ha utilizzato il passo benjaminiano a sostegno della propria tesi: nel citare la celebre definizione schmittiana della sovranità "Sovrano è chi decide (*entscheidet*) sullo stato di eccezione, Benjamin, infatti sostituendo "escludere (*den auszuschliessen*)" a decidere, non si sarebbe limitato a ripeterne il senso, ma lo avrebbe, surrettiziamente, alterato, contrapponendo in tal modo una propria teoria dello stato di eccezione a quella schmittiana. Mentre Schmitt, usando il termine decidere avrebbe inteso l'inclusione dello stato di eccezione nell'ordinamento giuridico, Benjamin, dicendo "escludere" avrebbe optato per l'opposto: la decisione deve far restare "lo stato d'eccezione fuori dall'ordinamento". Ancora, siamo sicuri in altri termini che la sostituzione di "escludere" a "decidere" voglia significare solo escludere lo stato di eccezione dall'ordinamento e non sia da intendere invece in un senso più radicale, ossia come esclusione dello stato di eccezione in quanto tale, eliminazione pura e semplice e una volta per tutte dello stato di eccezione dall'orizzonte della vita umana? Ma più a monte: che cosa prova che "escludere" sia messo lì da Benjamin al posto di decidere e che tutta la frase sia da intendere come una correzione della definizione schmittiana della sovranità? Non potrebbe essere un'ulteriore aggiunta, un'ulteriore chiarificazione, nel senso che prima si "decide" sullo stato di eccezione, cioè lo si dichiara, se ne attesta l'esistenza, e poi una volta annunciatolo, condotto all'espressione, ci si prova ad escluderlo? Come si potrebbe escludere, vale a dire abolire, ciò di cui non si sa ancora se esiste oppure no?

Giacché il problema per la teoria della sovranità è esattamente questo: se è vero che la costituzione, quindi il diritto vigente, l'ordinamento giuridico in atto può, e forse deve, prevedere il caso di eccezione, potendone parlare tuttavia solo in modo generico, tutt'al più come caso di "emergenza esterna, come pericolo per l'esistenza dello stato o qualcosa di simile", e indicare anche chi sarebbe chiamato ad agire in questa contingenza, non può però descriverlo "in riferimento alla situazione di fatto"⁹⁹ cioè nulla ha da dire, né lo potrebbe,

⁹⁹ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 34.

sul come quando e dove si dia il caso eccezionale, posto che possa accadere in generale. Quest'ultimo *cade fuori*, è escluso dalla norma vigente, nel senso che non è deducibile da essa, nonostante il fatto che la norma debba prevederne l'eventualità, pena la sua stessa dissoluzione. Il punto, infatti è che la norma è di per sé costantemente a rischio di estinzione e che l'unico modo che è stato elaborato nella teoria politica occidentale per evitare la scomparsa è stato, come ha mostrato Deridda, il ricorso al suicidio autoimmunitario¹⁰⁰: lo scopo della decisione sovrana come decisione sullo stato d'eccezione è infatti la restaurazione definitiva della norma che proprio attraverso la sua sospensione momentanea può giungere alla fine al suo fondamento inconcusso e quindi non temere più di essere messa in discussione.

Anticipando sul conclusioni comunque provvisorie: bisogna dire che Benjamin prende sul serio la teoria schmittiana della sovranità: la norma da sola è impotente a scongiurare gli effetti devastanti della situazione eccezionale, essa non reggerebbe la forza d'urto rappresentata da una guerra, una catastrofe naturale, un'insurrezione. Solo l'esistenza di un'istanza, che proprio perché atta a decidere sullo stato di eccezione può sottrarsi al potere della norma, restituisce a quest'ultima, e in modo definitivo, la sua vigenza. Pertanto se di critica benjaminiana alla teoria di Schmitt si può parlare, essa non riguarda il suo scopo ultimo – eliminare lo stato d'eccezione –, ma soltanto il suo esservi *adeguata*: è in grado la decisione sovrana di abolire lo stato di eccezione? Se “il compito del Tiranno è la restaurazione dell'ordine nello stato d'eccezione”, l'instaurazione di “una dittatura, la cui utopia sarà sempre quella di porre, al posto dell'instabile divenire storico, la ferrea costituzione delle leggi di natura”¹⁰¹, sarà mai possibile espletarlo? La risposta di Benjamin è no.

Per affrontare questo punto, dobbiamo fare un passo indietro e ritornare a quella differenza fra tragedia e *Trauerspiel* che precede d'altronde tutto il discorso sulle teorie della sovranità e lo stesso rinvio a Schmitt; dobbiamo, in altri termini, ritornare a quel rapporto con la storia che caratterizza, secondo

¹⁰⁰ J. DERIDDA, *Stati canaglia*, Milano 2003, 60 ss.

¹⁰¹ W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, cit., 86.

Benjamin, la figura del sovrano barocco. Questo riferimento alla storia. Quale rapporto esiste fra la storia e lo stato di eccezione? In base alla descrizione dei tratti della storia che Benjamin offre quando articola la differenza tra tragedia e *Trauerspiel* e in riferimento al passaggio senza soluzione di continuità fra la definizione della storia e la figura del sovrano, l'unica conclusione che è possibile trarre è che la storia è lo stato di eccezione. E' la storia ad esser sempre fuori: espulsa da ogni norma, esposta alla catastrofe, in caduta libera. Ma allora se "il sovrano rappresenta la storia" e "tiene in mano l'accadere storico come uno scettro", bisognerà concluderne che lo stato di eccezione appartiene al suo concetto o, come scrive Benjamin, che fin dall'inizio egli è destinato a esercitare un potere dittatoriale in riferimento allo stato d'eccezione: come il destino, di cui è in fin dei conti un parente prossimo, anche lo stato di eccezione "è già sul posto"¹⁰².

Per Benjamin, la decisione sovrana non "crea" lo stato di eccezione, ne riconosce soltanto la presenza; rispetto a questa "non esiste – scrive Benjamin – alcuna escatologia barocca, ma un meccanismo che accumula ed esalta i frutti della terra prima di consegnarli alla morte. L'aldilà è svuotato di tutto ciò in cui spira il ben che minimo alito del mondo, e ad esso il Barocco strappa una quantità di cose che prima si sottraevano a ogni raffigurazione per portarle alla luce, al suo culmine, in forma drastica: resta così sgombro un ultimo cielo, un puro vuoto che potrà annientare dentro di sé, con catastrofica violenza, la terra"¹⁰³.

Vi sono epoche nella storia complessiva del mondo, epoche di decadenza le definiva Benjamin, epoche in cui il nesso che lega le cose fra di loro si è dissolto o, se esiste ancora, non è più visibile. Epoche in cui il tempo sembra uscito fuori dai suoi cardini.

¹⁰² W. BENJAMIN, *Destino e carattere*, in ID., *Il concetto di critica nel Romanticismo tedesco. Scritti, 1919-1922*, Torino, 1982, 117.

¹⁰³ Ivi, 106. Sul fatto che ci sia o meno un' "escatologia barocca" Cfr. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit. 73.

Quando l'eccezione diventa regola: la rivolta del tempo

«La tradizione degli oppressi ci insegna che “lo stato di eccezione” in cui viviamo è la regola. Dobbiamo giungere a un concetto di storia che corrisponda a questo. Allora ci sarà davanti, come nostro compito, di suscitare il vero stato di eccezione, migliorando così la nostra posizione nella lotta contro il fascismo. La cui chance sta, non da ultimo, nel fatto che gli oppositori lo affrontano in nome del progresso, come se questo fosse una norma della storia. Lo stupore perché le cose che noi viviamo sono “ancora” possibili nel ventesimo secolo non è filosofico. Non sta all'inizio di alcuna conoscenza, se non di questa: che l'idea di storia da cui deriva non è sostenibile»¹⁰⁴.

Districchiamo i diversi livelli sovrapposti nella tesi, facendo emergere dal tono quasi rapsodico dell'enunciazione un significato più stratificato e programmatico. Restando in superficie, quindi, perché sin dalle prime parole il senso dell'ottava *Tesi* (significativamente collocata tra l'anatema contro la storia narrata dai vincitori contenuto nella settima tesi e la più celebre, in assoluto, sull'Angelo della storia) è piuttosto esplicito e induce a rivedere criticamente, anziché estendere universalmente, il concetto di eccezione e la relazione che intrattiene con quello di norma. Quando l'eccezione diventa regola, semplicemente non è più tale: questo implicitamente sembra suggerire Benjamin. In questi termini il problema per Benjamin diventa quello di ridefinire o re-incorniciare l'idea di norma, o meglio di pervenire a un “concetto di storia” che sappia assumere l'eccezione come regola e soprattutto rinunciare ad un'idea universale e progressiva di norma. Si tratta di una costante sul concetto di storia. Contro l'idea di una storia progressiva, stadiale, espressione di un tempo “omogeneo e vuoto” concepito come la storia dei

¹⁰⁴ W. BENJAMIN, *Sul concetto di storia*, cit., 33. Il plesso violenza, mito, storia, diritto permane in Benjamin una questione cruciale sino alla compilazione di uno dei testi più enigmatici, complessi e per certi versi leggendari del Novecento, in cui davvero l'opera pare fondersi con la biografia: le tesi *Sul concetto di storia* del 1940, anno della morte di Benjamin, suicida sul confine franco-spagnolo in fuga dai sicari nazisti.

vincitori¹⁰⁵, Benjamin invita alla ricerca di un tempo continuamente interrotto, spezzato, irriducibile ad ogni rappresentazione lineare: un tempo che nel bene e nel male è scandito dalla norma dell'eccezione.

C'è però una preconditione alla perentoria sovrapposizione tra norma ed eccezione. Si tratta della prospettiva particolare di quella “tradizione degli oppressi” che, se immediatamente allude ai perseguitati del nazifascismo, dal tono e dalle successive parole di Benjamin è possibile caricare di un particolare transtorico – qualcosa di simile a ciò che si definisce *la politica dei governati* – permettendo di restituire, nell'esperienza di un'eccezione che diviene norma, una condizione tanto diffusa quanto politicamente e geograficamente situata. Si cercherà, più avanti, di chiarire quali implicazioni politiche comporti il fatto di essere governati e l'atto stesso di governare – se cioè entrambe le condizioni chiamino sempre in causa una forma di decisione sovrana. Per il momento conviene restare ancora ad un livello testuale, e sottolineare l'immediata contrapposizione suggerita da Benjamin tra due eccezioni, tra loro molto diverse e verosimilmente opposte. Si tratta della vera eccezione che, nelle parole di Benjamin, l'urgenza del momento storico impone di opporre ad una seconda e più convenzionale, segnata da quello stato di in-distinzione con la norma, di cui appunto, la condizione degli oppressi sarebbe testimone¹⁰⁶.

¹⁰⁵ “Spazzolare la storia contro pelo”. Mostrare come il tempo vuoto ed omogeneo della storia sia un tempo u-topico, che non si trova in nessun luogo dello spazio reale che è costituito, piuttosto, da tempi densi ed eterogenei, per raccontare i quali è necessario trovare forme altre da quelle della narrazione storica”. Nella critica benjaminiana lo storico dello storicismo si immedesima sempre con il vincitore, e coloro che dominano sono sempre gli eredi di tutti coloro che hanno vinto, e il loro bottino, il loro patrimonio culturale, è sempre un monumento alla barbarie, così W. BENJAMIN, *Sul concetto di storia*, cit, *Tesi VII*, 28-31. Sul concetto di documento/monumento, cfr J. LE GOFF, Documento/Monumento, in Id., *Storia e memoria*, Torino, 1982, 443-456

¹⁰⁶ Legando insieme l'urgenza della provocazione storica e la tradizione degli oppressi, Benjamin riflette il medesimo problema che lo occupa negli anni Venti: la costituzione di uno stato di annichilimento del diritto per affermare una dimensione di estrema alterità rispetto al potere lì dove la molteplicità delle disponibilità della vita, sia in grado di sbarazzarsi dell'ingiustizia. Preliminarmente, secondo Benjamin per pensare alla violenza *es lege*, bisogna considerare che il passato non è passato una volta per tutte, in modo che il tempo non costituisca il canale in cui si riverbera la colpa per cui nell'idea della rivoluzione non si è abbandonati dalla sua oppressione cfr., *Sul concetto di storia*, cit., 277.

La prima impressione è che questa “vera eccezione, come momento che disarticola ogni ordine stabilito, come violenza che *depone* il diritto”, intrattenga una relazione diretta, seppure di opposizione, con la decisione sovrana sull’eccezione invocata da Schmitt in *Teologia politica*: che cioè la “vera eccezione” si stagli contro l’eccezione schmittina (condividendone però l’intensità) e contro il suo svuotamento di senso, una volta divenuta indistinguibile dalla norma. Ma davvero è sufficiente affermare che le due idee di eccezione in Schmitt e in Benjamin si collocano su due polarità opposte? o esiste invece una solidarietà di fondo tra le due ipotesi, suggerendo l’idea di una relazione più complessa? Già lo si è visto, in entrambi i casi in gioco è la possibilità di interrompere la continuità storica attraverso un atto. Sia Benjamin sia Schmitt, infatti, fondano la propria concezione di eccezione sul presupposto di un intervento che disarticoli uno specifico piano temporale. Alla base, quindi, c’è la percezione condivisa di un momento di rottura che decide o depone, e pure la specifica qualità attribuita alla temporalità *sui generis* dell’eccezione, in grado di opporre il presente di un evento alla continuità indefinita, un gesto e una dinamica di ripetizione seriale. È però altrettanto evidente una differenza sostanziale. Se in un caso un tale atto o evento implica la possibilità di recuperare all’interno dell’ordinamento un’istanza sovrana che governi e freni, trattenendo il corso degli eventi, nell’altro, invece, ci si trova di fronte alla volontà di spezzare ogni continuità attraverso un tempo integrale e costituente, che sarà il tempo utopico della rivoluzione – quello in cui si rivelerà il “vero stato di eccezione, migliorando così la nostra posizione nella lotta contro il fascismo”. Ancora una volta, ciò a cui sembra appellarsi Benjamin è “quel tempo sospeso” della violenza di cui parla nel saggio del ‘21 inteso qui come una rottura in grado di interrompere, anche solo per un attimo, “il corteo trionfale dei potenti”.

La relazione va allora riformulata: se è lecito individuare nella categoria di eccezione una stessa discontinuità temporale da opporre a ogni declinazione lineare e progressiva del tempo storico, la direzione è essenzialmente divergente. Si potrebbe dire che l’eccezione in Schmitt e Benjamin è

rappresentabile nei termini di un vettore con una stessa intensità e analogo verso, ma con direzione opposta: un'istanza di conservazione nell'uno e rivoluzionaria nell'altro e soprattutto con un'origine diversa (o una diversa idea di origine) a cui ricondurre l'atto di interruzione: per Schmitt il sovrano (o il momento specifico di un atto che qualifica un soggetto), per Benjamin un evento. Occorre soffermarci ancora sulla diversa direzione attribuita ad un tempo che condivide la stessa intensità, nella misura in cui una tale differenza contribuisce a chiarire anche l'atteggiamento politico opposto che Schmitt e Benjamin hanno nei confronti dell'eccezione.

Se infatti Schmitt guarda indietro con una vena nostalgica rispetto ad una politica "in forma" che non si dà più e l'eccezione ha soprattutto la funzione di frenare il corso degli eventi, Benjamin non si permette questa attitudine nostalgica (basta qui citare la tesi successiva sull'Angelo che volta le spalle al futuro, risucchiato dal progresso) ma la destituisce di ogni vero fondamento, perché la vera eccezione è necessariamente proiettata in avanti.

Entrambi, in ogni caso sembrano condividere una più generale disillusione, l'assenza di quello stupore per lo stato delle cose che anziché svolgere la funzione di fonte di conoscenza diviene sintomo di vuoto ottimismo della ragione. In realtà, la critica dell'ottimismo che origina da una fede incondizionata nel progresso, e quindi da un'idea lineare del tempo storico, pur accomunando i due autori finisce per produrre effetti differenti. Se questa fiducia costituisce il bersaglio costante delle tesi *Sul concetto di Storia*, nel tentativo di fondare una "vera" opposizione al fascismo, in Schmitt, al contrario sarà proprio la progressiva sfiducia nei confronti dell'ordine politico democratico a determinare una sostanziale adesione alle *necessità* del terzo Reich, come *extrema ratio* rispetto ad una crisi parlamentare avvertita come irreversibile (e tale per cui lo stesso Schmitt avrebbe dovuto sottoscrivere la tesi benjaminiana di un'eccezione che diviene norma).

Ricapitolando è proprio la percezione della *crisi* l'elemento centrale che accomuna le due posizioni. E comune è pure l'identificazione della cornice temporale in cui la crisi si iscrive: un tempo omogeneo e vuoto, privo di

qualità e di sostanza. Su questi presupposti ci si può spingere fino a cogliere un analogo sentimento da opporre ad ogni interpretazione della storia come vettore progressivo – che in Schmitt diventa la catastrofe – rispetto a cui la decisione sovrana agisce da freno e in Benjamin è invece lo stato di indistinzione tra norma ed eccezione rispetto a cui la forza rivoluzionaria opera un salto in avanti. Se per Schmitt la degenerazione consiste in primo luogo nello smarrimento di un equilibrio, Benjamin contrappone a questo sguardo nostalgico e a ritroso la consapevolezza che lo scatenamento che ha portato all'assoluta indistinzione tra norma ed eccezione non lascia spazio per lo stupore, e che anzi è l'idea di storia che sta dietro a un tale stupore a non essere (più) sostenibile.

Schmitt aderisce al fascismo, come del resto aveva fatto nei confronti di Weimar, attraverso un tortuoso gesto di “obbedienza” attiva cogliendovi la possibilità di una risposta estrema alla crisi in grado di frenarne e interromperne il corso. Benjamin al contrario partendo da una analoga percezione della crisi, legge il fascismo come inscritto in quella stessa trama progressiva che della crisi costituisce la cornice. E afferma che affrontare il fascismo in nome del progresso significa essere destinati inesorabilmente a soccombere. La differenza rispetto a Schmitt quindi non riguarda tanto la percezione di una crisi legata indissolubilmente ad una trama storica e a un discorso di razionalità dispiegata, ma nel collocare o meno il fascismo all'interno di quella stessa trama, iscrivendola dentro un tempo lineare e moderno. Il fascismo è parte di quella stessa vicenda: non *eccezione*, ma svolgimento ineluttabile di quel percorso, in cui tra le altre cose norma ed eccezione si indeterminano¹⁰⁷.

È sufficiente ora suggerire come nella prospettiva secondo eccezione, che perlomeno a livello di senso comune rimane egemone, il ricorso a questa categoria permetta di istituire proprio questo tipo di barriera, di diga, ponendo i totalitarismi decisamente sull'altro *coté* della storia, e della modernità. Laddove l'ipotesi che Benjamin sembra avanzare è invece quella di spezzare il

¹⁰⁷ M. Lowy, *Segnalatore di incendi*, Torino, 2004, 74.

relais che attraverso l'eccezione suffraga la norma, sottolineando al contrario come la norma contenga l'eccezione e quindi non vi sia più norma e neppure eccezione ma uno stato di continua indeterminazione (o di continua emergenza).

L'aspetto che qui più interessa mettere in evidenza è in ogni caso quello che rinvia alle specifiche economie discorsive di Schmitt e Benjamin. Sì, perché rispetto alla comune percezione di una *catastrofe* inscritta nella trama moderna, la categoria dell'eccezione, oltre a svolgere una funzione molto diversa finisce per riflettere aspettative rovesciate. Se in Schmitt l'eccezione è *extrema ratio* che preserva l'ordine sospendendolo, e quindi rappresenta al limite qualcosa di possibile ma non necessariamente auspicabile, per Benjamin, invece, una volta divenuta regola, nell'impossibilità di discernere tra regola ed eccezione, la vera eccezione intesa come rottura, si definisce come qualcosa che è al contrario impossibile e necessaria. Ciò perché l'eccezione che diviene regola è quanto più lontano dall'idea di sospensione e, a maggior ragione, di una rottura. Qui allora anche la dimensione temporale sottesa all'eccezione diverge sostanzialmente: lo stato di eccezione "in cui viviamo" indica un tempo che non ha più nessuna qualità, in cui l'eccezione è perennemente inscritta e non riflette quel carattere di sospensione che le attribuisce Schmitt (come atto di interruzione), né tantomeno il tempo messianico a cui si appella Benjamin nel tentativo di definire la vera eccezione (come rivoluzione).

Agamben ha osservato che Schmitt, perlomeno quello di *Teologia politica* non avrebbe mai potuto sottoscrivere il senso dell'*ottava Tesi* sul concetto di storia¹⁰⁸. Il motivo appare evidente e ci riporta all'interpretazione immediata: quando l'eccezione diventa norma, non è più tale. Un simile stato di indeterminazione il giurista non lo poteva accettare perché avrebbe annullato ogni tensione simbiotica, di reciproca dis-identificazione tra norma ed eccezione, in cui per Schmitt è la seconda a giocare il ruolo di polarità fondamentale, che qualifica e dà origine alla prima. Ma l'aspetto ancora più inaccettabile per Schmitt è dato dal fatto che l'eccezione indistinta dalla norma

¹⁰⁸ G. AGAMBEN, *op. cit.*, 75.

non sembra più provenire da un atto specifico, da una decisione, da un soggetto, né tanto meno qualificarlo. Crediamo che le ragioni del dissidio sull'eccezione in *Teologia politica* e nell'*ottava Tesi* sul concetto di storia trovino una sintesi immediata in questo punto, e indichino pertanto qualcosa di più profondo, che oltre a chiamare in causa la direzione opposta attribuita all'eccezione, riguarda essenzialmente il soggetto che decide, e cioè l'idea di sovranità. Quindi l'eccezione per i due è una condizione che invita a guardare altrove: che decentra il soggetto per Benjamin, mentre per Schmitt lo accentra. Siamo quindi di fronte a una dimensione spazio-temporale molto diversa, che Schmitt mantiene rigorosamente all'interno di un contesto gerarchicamente istituito (perlomeno in *Teologia politica*, preludio di un decentramento che sarà alla base della geografia mobile de il *Nomos della terra*) e che Benjamin vincola invece ad una lettura dal basso, immanente e contingente, legata ad un tempo specifico (il tempo in cui viviamo) e a uno spazio specifico, quello definito dalla "tradizione degli oppressi".

Amleto o...Ecuba?

Gli oppressi a cui allude Benjamin sono immediatamente i soggetti perseguitati, vittime della violenza nazifascista. Il tono della *Tesi* è volutamente generico e la parola diventa per certi versi "accogliente". È possibile che Benjamin avesse in mente anche gli innumerevoli soggetti "in esubero" che popolavano territori europei saturi di frontiere nell'interregno tra le due guerre: gli apolidi in fuga tra le maglie troppo strette che definivano la forma dell'appartenenza politica nell'Europa degli anni Trenta, preludio a quella che Hannah Arendt definisce come il grande internamento¹⁰⁹. Si tratta delle decine di migliaia di individui che, avendo perduto una nazionalità venivano gestiti *oborto collo* dagli stati e "rimbalzati" continuamente tra i rispettivi confini nazionali come indesiderati, e che nel giro di poco tempo sarebbero stati

¹⁰⁹ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 1996, 372-420.

internati in centri di sicurezza, attraverso una serie di provvedimenti amministrativi *ad hoc* (e quindi tecnicamente eccezionali)¹¹⁰. Per tutti questi soggetti, nelle parole di Benjamin, la soglia tra eccezione e norma rappresenta davvero qualcosa di confuso e indeterminato. La categoria quindi si estende al di là della geografia specifica definita dalla drammatica realtà che travolse la repubblica di Weimar nel frangente a cui allude Benjamin (quando il regime nazista, applicando l'articolo 48 della Costituzione weimariana che ne prevedeva l'autosospensione, si affermò legalmente sotto forma di uno stato di eccezione permanente, e cioè normalizzato) e riguarda in primo luogo una condizione che finisce per eccedere uno spazio "discreto" in termini di ordinamento e statuto giuridico.

Vale la pena approfondire questa dimensione di eccesso, rintracciandovi una costante nella riflessione di Benjamin. Che cosa significa infatti eccedere, nel saggio *Per la critica della violenza* significa alludere all'irruzione di una forza, "la violenza pura", che si pone al di là del diritto e oltre ogni possibile ordinamento. Nell'*ottava Tesi* sul concetto di storia, significa invece vivere una condizione in cui ogni opposizione topologica tra norma ed eccezione viene trascesa, conducendo ad uno stato di indistinzione in cui non vi è più norma né eccezione. Nell'idea di una vera eccezione, significa, ancora una volta, eccedere le coordinate spaziali-temporali dell'ordinamento, attraverso l'irruzione di una forza rivoluzionaria che ne travolge la portata. Più avanti si cercherà di inquadrare anche la specifica interpretazione del dramma barocco, nei termini di un movimento che ecceda (una trama, un canone, un'unità di luogo, tempo e azione, un'idea di soggetto). Qui, per il momento, occorre concentrarsi sulla particolare condizione che definisce "la tradizione degli oppressi" e provare a rideclinare il campo, chiamando in causa un soggetto tecnicamente più definito, quello di "governato". Riformuliamo la domanda: chi sono i governati? Proviamo ad adottare, riattualizzando la

¹¹⁰ S. SASSEN, *Migranti coloni, rifugiati. Dall'emigrazione di massa alla fortezza Europa*, Feltrinelli, Milano, 1999.

categoria gramsciana di subalterni, l'espressione "coloro che si collocano oltre la cittadinanza"¹¹¹.

La storia coloniale diventa così la scena di un conflitto politicamente inarginabile tra le tecniche di governo coloniale e le pratiche politiche dei governati, dalla cui interazione nasce un insanabile dissidio, nel quale all'arsenale governamentale messo a disposizione dalla potenza coloniale, i sudditi rispondono con una costellazione di rivendicazioni, negazioni, negoziazioni. Il riferimento immediato è in questo caso al particolare *status* politico del suddito, di un soggetto, cioè non semplicemente escluso da un ordine politico, ma incluso *differenzialmente*, in base ad uno statuto *sui generis* che eccede lo spazio della cittadinanza e la pienezza dei diritti che definiscono il cittadino.

Nell'ottica di Chatterjee ciò significa in primo luogo opporre l'eterogeneità della società politica ai presupposti di omogeneità che definiscono l'appartenenza all'interno degli spazi nazionali¹¹². Sarebbe interessante approfondire lo specifico statuto politico dei sudditi, nel tentativo di definire meglio il significato di spazio in eccesso in cui ineriscono. Ci limitiamo a sottolineare come sia essenzialmente in questo spazio eterogeneo che ogni possibile distinzione tra eccezione e norma (che appare appannaggio esclusivo di uno spazio nazionale omogeneo) finisca per indeterminarsi. Se infatti la verticalità dell'idea schmittiana di eccezione accentra il soggetto della decisione e rimanda ad un territorio definito e perimetrato, la realtà degli oppressi e dei governati decentra questa narrazione restituendo una situazione

¹¹¹ P. CHATTERJEE, *Oltre la cittadinanza. Le politiche dei governati*, Roma, 2006, 51. La società politica che Chatterjee delinea "si contrappone all'idea normativa di una società civile per il fatto di agire aldilà di ogni spazio unitario di cittadinanza. La storia coloniale diventa così la scena di un conflitto politicamente inarginabile".

¹¹² P. CHATTERJEE, *Oltre la cittadinanza*, cit., 52: "La concezione classica della sovranità popolare, espressa nei fatti politico-giuridici dell'uguale cittadinanza, produsse la costruzione omogenea della nazione, mentre le attività governamentali richiedevano che la popolazione, obiettivo di molteplici azioni politiche, venisse colta secondo classificazioni multiple, trasversali e mutevoli – creando così una costruzione necessariamente eterogenea del sociale. Esiste quindi un'antinomia tra il maestoso immaginario politico della sovranità e la mondana realtà amministrativa della governamentalità: è l'antinomia tra l'omogeneo nazionale e molto dell'eterogeneo sociale".

in cui l'eccezione diviene la regola, e quindi non è più tale. Per inciso, nell'opposizione suggerita da Chatterjee tra eterogeneo ed omogeneo, tra una pluralità di cause e di effetti e un principio unificante, è possibile rintracciare un'eco della contrapposizione a cui si accennava in precedenza tra l'atteggiamento monoteista che caratterizza molta della riflessione sulla categoria di eccezione e la necessità di una declinazione al plurale o *politeista*, che sull'esperienza dei governati (o della tradizione degli oppressi) si potrebbe far risalire a Benjamin. Se questo è vero, la questione riguarda in primo luogo la reale possibilità di pensare in termini unitari il luogo e il soggetto della decisione sull'eccezione, e la principale domanda da porsi concerne il tipo di sovranità cui è sottoposto chi è governato. Definendo sinteticamente la storia indiana, nella transizione dal Raj al presente postcoloniale, come un "laboratorio governamentale", si inverte il rapporto tra metropoli e colonie o tra presunti centri e periferie. C'è quindi nell'idea di *laboratorio* un invito implicito a riscrivere la storia, a raccontarla su altre coordinate sovvertendo la narrazione egemone in base a cui tutto avverrebbe prima al centro e poi ai margini e far irrompere il racconto della densità ed eterogeneità¹¹³. Ma il ricorso al concetto di governamentalità vuole essere soprattutto un modo per segnalare la netta soluzione di continuità rispetto ad un'idea verticale di sovranità.

Chatterjee ribadisce come lo spettacolo "maestoso" di un potere e una decisione sovrana sia qualcosa di molto distante dall'esperienza quotidiana del governato. A emergere è quindi uno spazio investito da una serie di forme di governo a cui corrisponde una frammentazione della figura e della decisione sovrana: un caleidoscopio di decisioni prese a distanza che si ridefiniscono in loco. Ciò che definisce lo spazio politico dei governati come un vero e proprio laboratorio è pertanto una struttura ibrida, una *macchina mista* in cui un insieme di tecnologie e pratiche governamentali si sovrappone a istanze di sovranità e le ridefinisce. Il mondo dei governati è espressione di forme di poteri immanenti alla realtà sociale, che ridefiniscono e alla fine sovvertono il

¹¹³ P. CHATTERJEE, *Oltre la cittadinanza*, cit., 39.

senso e la dimensione associata alla figura della sovranità, come origine, presupposto che decide. Ed è in questo contesto ibrido, che come insegna la tradizione degli oppressi, ogni opposizione tra norma ed eccezione viene trascesa e l'eccezione diviene lo stesso della regola.

Ci sarebbe di più, perché di fronte all'assoluta indeterminazione e sovrapposizione tra norma ed eccezione che la tradizione degli oppressi testimonia, gli oppressi sembrano essere il solo soggetto in grado di affermare quella vera eccezione, al di fuori dell'ordinamento invocata da Benjamin. Chi se non gli oppressi, i governati in quanto soggetti che eccedono ogni ordine unitario, può sovvertire quel particolare ordine¹¹⁴? Questo implicitamente sembra chiedersi Benjamin.

Porre la tradizione degli oppressi come condizione preliminare per cogliere un'eccezione che diviene regola (e che quindi non è più tale) significa decentrare la narrazione convenzionale dell'eccezione come riflesso e momento di disvelamento di una decisione sovrana trascendente. E contemporaneamente significa far emergere una dimensione immanente che scompagina lo scenario implicito su cui una simile lettura si costruisce, mettendo in crisi ogni idea univoca di soggetto e di origine. Si potrebbe dire, a questo proposito, che ciò che la condizione degli oppressi o dei governati insegna è uno stato di eccezione che eccede l'eccezione e che quindi squalifica ogni idea di trascendenza.

Quindi eccezione che si confonde nella norma e ancor prima una specifica idea del barocco come forma che trascende la trascendenza della sovranità. In tutti i casi emerge un continuo sconfinamento che eccede la geografia dell'eccezione a cui invece si affida Schmitt (assumendola come qualcosa che viene catturato dentro l'ordinamento) e, contemporaneamente rivela lo spazio vuoto in cui si proietta una decisione sovrana, che qui vale soprattutto come *place-holder* (“una casella vuota che viene continuamente usurpata da un particolare storico che tenta di proporsi come universale”)¹¹⁵.

¹¹⁴ ID., *Sul concetto di storia, Tesi XV*, 46-49.

¹¹⁵D. CHAKRABARTY, *Provincializzare l'Europa*, Roma, 2000, 101

Seguendo una traiettoria regressiva, come l'Angelo della storia, occorre tornare al punto di partenza, al lavoro del 1928 sul *Trauerspiel* e alle riflessioni di Benjamin sul barocco, definito sibillinamente come il "tempo confuso che segue il moderno".

Creature sovrane

Trauerspiel, dramma del lutto, inteso sia come catastrofe sia come assenza. Forzando il discorso si potrebbe dire che il lutto e l'assenza celebrati nella specifica configurazione storico-letteraria del dramma barocco riguardino proprio una figura sovrana – cioè, in prima battuta, un *master* in grado di dominare e conferire unità alla rappresentazione. Benjamin riconosce di aver assunto la teoria schmittiana della sovranità come modello in base a cui sviluppare la propria personale ricostruzione delle origini e del significato del dramma barocco tedesco. In realtà, vi è una trama più complessa, un dialogo molto fitto che Agamben ricostruisce cronologicamente con grande efficacia, come fosse una partita a scacchi¹¹⁶.

In questa prospettiva, la categoria di eccezione al centro di *Teologia politica*, qualificando la sovranità nell'atto di sospendere l'ordinamento, ha essenzialmente il valore di risposta all'idea benjaminiana di una violenza pura che depone il diritto (che a sua volta spiazzava e decentrava la distinzione schmittiana tra violenza che pone il diritto e violenza che lo conserva contenuta nel saggio su *La dittatura*). Il dramma barocco tedesco quindi sarebbe la contromossa di Benjamin all'idea di eccezione attraverso cui Schmitt definisce l'atto di decisione sovrana. Ma come si organizza questa contromossa? Benjamin dichiara di rifarsi alla teoria schmittiana della sovranità "che emerge da una discussione sullo stato di eccezione" in cui, pur riferendosi al tiranno¹¹⁷,

¹¹⁶ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 68 ss.

¹¹⁷ "La teoria della sovranità, per la quale è esemplare lo stato di eccezione con le prerogative dittatoriali che ne conseguono, impone senz'altro di intendere il sovrano nel senso del tiranno"(W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, cit., 44).

è verosimile rintracciarci un'analogia urgenza, in quella di sottoporre un atto da sottoporre alla vuota continuità del tempo. Se in Schmitt quell'atto di rottura si materializza in una decisione che finisce per definire le prerogative della sovranità, Benjamin nel momento stesso in cui sembra parafrasare Schmitt, introduce una variante essenziale "Se il concetto moderno di sovranità riconduce ad un supremo potere esecutivo da parte del principe, quello barocco si sviluppa sullo sfondo di una discussione sullo stato di eccezione e implica che una delle principali funzioni del principe sia quello di evitarlo"¹¹⁸. Quindi se per Schmitt il sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione, per Benjamin è colui che lo elude. Benjamin pare dire che l'idea di sovranità è quella della necessità di scongiurare lo stato di eccezione, per cui il segno dell'epoca barocca non lo si trova né nella chiarezza e stabilità del diritto né nel momento della decisione sovrana, ma piuttosto nell'incapacità di decidere. Il riferimento implicito è in questo caso un'affermazione successiva di Benjamin, per definire una caratteristica peculiare del dramma e cioè (l'antitesi tra il potere sovrano e la reale facoltà di esercitarlo) la cui comprensione è possibile solo sullo sfondo della dottrina della sovranità: "si tratta della capacità di decisione del tiranno.

Il principe, per il quale la risoluzione si basa su uno stato di eccezione, mostra alla prima occasione che gli è quasi impossibile prendere una decisione"¹¹⁹. Ciò che agli occhi di Benjamin caratterizza il dramma barocco, quindi, è l'incapacità del sovrano di agire elevandosi a un punto archimedeo (dal quale decidere o scongiurare lo stato di eccezione) che ne confermi davvero il potere. L'esito è una situazione in cui la decisione risulta al contempo qualcosa di tanto imperativo quanto impossibile. Se il dramma barocco riflette un tempo in cui non è possibile né decidere né evitare l'eccezione, ciò significa che norma ed eccezione stanno già in una reciproca relazione di indeterminazione. Pertanto, secondo Benjamin, ci si trova oltre l'eccezione e che pertanto nel barocco l'eccezione è impossibile. La

¹¹⁸ Ivi, 52.

¹¹⁹ Ivi, 59.

contromossa di Benjamin è proprio questa: affermando di rifarsi alla teoria della sovranità di Schmitt, Benjamin finisce per riscontrarne una plateale smentita: in una situazione in cui l'eccezione è la norma, non c'è spazio né traccia di una decisione sovrana (che sospenda l'ordinamento o eviti l'eccezione). Ecco quindi che il sovrano barocco resta una *creatura* non un *creatore*¹²⁰: “Il piano creaturale, scrive appunto Benjamin, il terreno su cui si sviluppa il dramma barocco, condiziona inequivocabilmente anche la figura del sovrano. Per quanto egli troneggi sopra i sudditi e lo stato, il suo rango rientra nel mondo della creazione: egli è il signore delle creature, ma rimane creatura”. Anziché un soggetto che crea è un soggetto creato, anziché qualcosa che produce è prodotto. Ma da cosa? Benjamin dà una serie di indicazioni, prima però occorrerà definire lo specifico orizzonte del dramma barocco, lo spazio e il tempo in cui si inserisce la “creatura sovrana”.

Ed è qui il punto: il fallimento del sovrano chiude definitivamente l'epoca, la consegna all'impotenza, la destina al nulla? O questo fallimento può divenire il poco con cui anche l'epoca più barbara può cominciare a costruire un avvenire? Perché l'epoca continua ad essere affascinata dalla figura del sovrano e proprio nel momento in cui precipita in basso alla velocità di un fulmine? Che cosa l'attrae nello spettacolo della caduta del tiranno? Quel che l'attrae, scrive Benjamin non è altro che “il conflitto tra l'impotenza e l'abiezione della sua persona e la certezza del potere sacrosanto del suo ruolo”¹²¹; il conflitto, cioè, che alberga nello stesso individuo fra il suo *ruolo*, la parte che gioca nella recita, nell'ingranaggio del grande teatro del mondo, e la misera persona che effettivamente è. Quando sulla scena barocca resta esposto in piena luce il cadavere del sovrano, quale spettacolo (luttuoso) si offre al pubblico, ossia alla comunità in attesa di un finale, in uno scioglimento che dia il senso ad un intrigo altrimenti disperato) Non certo, scrive enigmi “una piatta soddisfazione moralistica”¹²². Se il sovrano è il rappresentante della storia e quindi agisce sulla scena in nome dell'intera umanità storica, ossia proprio di

¹²⁰ Ivi, 124.

¹²¹ Ivi, 112.

¹²² Ivi, 112.

quel pubblico che assiste alle sue vicissitudini, allora il suo fallimento non riguarda soltanto la sua misera persona, ma è un verdetto che colpisce anche i suoi sudditi¹²³.

Tuttavia il cadavere che resta sulla scena non è solo la spoglia di ciò che una volta era l'individualità sovrana: nel movimento della caduta catastrofica lo statuto della sovranità è cambiato. Attraverso il processo del divenire cadavere la sovranità mostra la sua natura doppia: sovranità è il *sovrano più il non sovrano*, il soggetto più l'assoggettato. Potremmo dire: la sovranità è diventata una singolarità, un'esistenza spaccata, contraddittoria ovvero multipla. Tale quindi da poter convocare sulla scena una miriade di cose singolari che mai prima erano state degnate di assurgere al rango di materie formate.

La nuda vita ha a disposizione per essere salvata solo il tempo dell'indugio del cadavere sovrano sulla scena barocca un attimo prima che la luce venga spenta, il sipario abbassato il teatro chiuso.

Si potrebbe comprendere così l'autentica prestazione della *sovranità* moderna secondo Benjamin: proprio in quanto *fallimento sullo stato di eccezione*, il sovrano barocco rappresenta veramente la storia, la rappresenta nel suo carattere centrifugo che frantuma l'uno e libera le singolarità.

E' una sovranità *ferita* quella di cui abbiamo bisogno, sembra dirci Benjamin.

Sovranità ferita

La controprova sarebbe nell'interesse dimostrato da Benjamin per la Torre di Hugo von Hofmannsthal, un interesse così forte da spingere Benjamin a ritornare sul lavoro di Hofmannsthal ben due volte, la prima in occasione della ripubblicazione del testo nel 1925, la seconda quando l'opera cominciò "il suo viaggio attraverso le scene tedesche"¹²⁴.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ W. BENJAMIN, *Ombre Corte. Scritti 1928-1929*, Torino, 1993, 56.

Come è noto *La Torre* è il rifacimento della *Vita è sogno* di Calderon della Barca: il re Basilio regna su di una fantasmatica Polonia. Ha avuto un figlio che dalla nascita si è rivelato una sventura la madre è morta nel darlo alla luce. Anche l'interpretazione del suo oroscopo fu triste: un giorno avrebbe spodestato il padre, uccidendolo. Non è ancora nato ed è già colpevole. Senza sapere chi è viene rinchiuso in una torre e trattato peggio di uno schiavo. Un giorno il re per tarda rescipiscienza o – più probabilmente – spintovi da una guerra perduta o dalla paura di un'imminente ribellione popolare decide di liberarlo e, dopo averlo fatto addormentare, lo fa riportare nella reggia dove al risveglio gli viene rivelato che lui è re e che ciò che ricorda – la sua vita precedente la torre – lo ha sognato. Come il sovrano barocco, anche l'infima creatura divenuta all'improvviso re, si perde nell'ebbrezza del potere, alza la mano contro il padre e, nuovo Edipo, compie, suo malgrado, ciò che gli era stato predetto. Non si può che drogarlo, riportarlo nella torre e convincerlo per la seconda volta che il suo ricordo – questa volta di essere stato re – è stato ancora un sogno. Sballottato dalla fortuna, impotente a decidere fra il sonno e la veglia, il principe medita sulle sue vicende e giunge alla conclusione “che sia sogno, sia verità” si deve sempre agire giustamente: “se verità perché lo è; se sogno, per conquistarmi degli amici, quando il tempo ci sveglierà”¹²⁵. Divenuto saggio, il principe è richiamato dal padre nella reggia ad occupare il trono e l'intrigo si scioglie, perché, come glossa Benjamin “la minaccia della natura demoniaca è stata sventata dalla provvidenza cristiana”¹²⁶. Fin qui Calderon. Ma noi sappiamo che non esiste un'escatologia barocca. Rifare Calderon per Hofmannstahl allora vuol dire riconoscere la vittoria delle potenze che negano la possibilità stessa del riscatto, sigillare la storia con la morte disperata del principe soffocato dall'autorità paterna. Ma questa necessaria *dislettura* a sua volta si svolta e produce due finali: nel primo assistiamo alla vittoria delle potenze demoniache della torre che si sono impossessate del principe conducendolo alla rovina. Il re bambino, che diventa l'erede di Sigismondo,

¹²⁵ W. BENJAMIN, *Hugo von Hofmannstahl, La Torre*, in Id., *Opere complete*, II, cit., 383.

¹²⁶ *Ibidem*.

come Fortebraccio lo è di Amleto, continua a partecipare del potere perverso dei padri, portatore di una violenza che non fa altro che ribadire la norma dispotica e cruenta. Nel secondo, invece, scomparsa la figura del re bambino, viene meno ogni futuro per la prosecuzione del potere se Sigismondo è ancora figura della sovranità lo è però come sovranità in via di sparizione¹²⁷.

Vorrei citare due passi della *Torre*. Nel primo, tratto dalla prima versione, Sigismondo incontra i signori suoi vassalli ed espone loro il suo programma di governo: “Ma comprendetemi bene! Io mi faccio carico di unire in questa vita entrambe le cose: porre ordine e uscire dal vecchio ordine. Per questo ho bisogno di voi: consenso è la parte che pretendo da voi, consenso che è più che sottomissione”! E alla loro richiesta di pace e di giustizia, replica: “Ciò che chiamate pace è il vostro poter sui contadini e la terra. Ciò che chiamate giustizia è il vostro privilegio, è che ci siano i lupi al posto dei cani. Non potete liberarvi da questa avidità? Non sapete far altro che restar seduti nel possesso e ambire alla preminenza? – Io ho in me l’anima del fondatore, non di chi possiede, e l’ordine che io intendo si erige sull’abnegazione e la rinuncia. Poiché io non voglio questo o quest’altro, ma il tutto in una volta sola, e così vogliamo essere tutti insieme cittadini del nuovo”¹²⁸. Il secondo, che appartiene alla parte non modificata, riguarda l’incontro fra il re Sigismondo dopo la prima liberazione dalla torre. Il re cerca nel figlio il suo erede, la pura prosecuzione del potere. Sigismondo resta muto. Allora il re, incominciando a temere il compimento della profezia, grida alterato: “sappi una volta per tutte, erede di Polonia! (...) Se avessimo posto sul ceppo, senza processo, la tua testa, questo sarebbe stato perché un potere sacro ci fu conferito, e nessuno quindi lo avrebbe accusato, perché noi eravamo prima di te – e Dio medesimo ti ha dato in mano nostra”. A questo punto, Sigismondo, dando a vedere a cenni, “di aver paura del potere, paura delle mani del re”, manda un gemito e dice: “Da dove – tanto potere?”.

¹²⁷ Sulle differenze fra le due stesure e le rispettive osservazioni di Benjamin v. B. MORONCINI, *W. Benjamin e la moralità del moderno*, cit., 414-418.

¹²⁸ H. VON HOFMANNSTHAL, *La torre*, Milano, 1978, 146.

E il re sorridendo: “Giova solo la pienezza del potere: in esso noi siamo come l’Unico, solitario. Così è il potere del re. Ogni altro è preso a prestito da questo ed è apparenza”.

E Sigismondo ancora: “Da dove tanto potere? Da dove?”¹²⁹.

¹²⁹ Ivi, 61.

CAPITOLO II

DALL'ECCEZIONE ALLE ECCEZIONI

Il sublime dell'eccezione

E' tutta una questione di atteggiamento: l'eccezione da concetto essenzialista si trasforma in una categoria convenzionale sotto la quale rubricare un complesso di dispositivi, fra loro eterogenei per struttura ed estensione, che condividono il fatto di articolarsi a partire da un meccanismo di deroga temporanea rispetto al dettato costituzionale o suoi specifici punti. Ne consegue un passaggio dall'eccezione al singolare, dove, in ottemperanza al principio della sineddoche, qualsiasi deroga assume il significato di una sospensione dell'ordinamento nel suo complesso, alle eccezioni in cui si ha a che fare, a differenti livelli, con una sospensione temporanea dell'ordinamento vigente per affrontare un'emergenza. Se l'eccezione si configura, nei termini di una morfologia elementare, come una sospensione temporanea di parte o della totalità di un ordinamento per fare fronte ad una minaccia, si possono individuare, diacronicamente, una pluralità di tipologie di *stati di eccezione* la cui fenomenologia dipende dalla natura della sospensione o della deroga, dalla sua durata, dall'ordinamento a cui si correla, dalla minaccia a cui reagisce, dalle forme di legittimazione a cui si appella¹³⁰. Assumendo una simile prospettiva, si pone in primo luogo il problema della tenuta di una categoria generale, quella dello "stato di eccezione", rispetto alla rubricazione al suo interno di un vasto spettro di fenomeni¹³¹. *State of exception* può essere

¹³⁰ P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiana*, cit., 18.

¹³¹ "Stato d' eccezione" che qui provo a declinare come momento critico durante il quale si verifica una compressione dei diritti individuali e la dilatazione dell'attività dell'esecutivo. Fase nella quale le autorità pubbliche si sentono per necessità legittimate a spezzare l'equilibrio tra norma e decisione a vantaggio di quest'ultima. Questo al fine, per certi versi paradossale, di *normalizzare* una realtà di fatto che nel

considerato sinonimo di *state of emergency*, come sembra incline ad affermare, almeno implicitamente, molta letteratura, specie anglosassone¹³², o invece risulterebbe più utile e corretto distinguere le due tipologie?¹³³ Inoltre si deve parlare di stato d'eccezione solo nei casi in cui una costituzione formale contempla esplicitamente tale istituto (per esempio, l'articolo 48 della Costituzione di Weimar o l'art. 16 di quella della Quinta repubblica francese)? Oppure è lecito assumere una prospettiva più ampia, facendovi rientrare tutti i casi in cui il principio della necessità conduce ad una deroga temporanea dai normali funzionamenti della costituzione o una sospensione della legge o delle consuetudini?

Se si opta per la prima ipotesi, lo stato di eccezione diventa un oggetto raro, analizzabile solo all'interno degli specifici contesti giuspositivi in cui è esplicitamente contemplato. Diversamente, se si privilegia una prospettiva "morfologica" a partire dalla definizione triadica cui si è più volte fatto riferimento (dichiarazione dell'emergenza – sospensione temporanea della norma a fronte di una minaccia – *communis utilitas*), si apre la possibilità per un più ampio quadro comparativo fra differenti meccanismi derogatori collocati in diversi contesti spaziali e temporali.

Aderendo alla prospettiva morfologica a cui si è prima accennato, la massima medievale *necessitas legem non habet* può costituire il filo rosso lungo cui articolare un'indagine di carattere storico sullo stato di eccezione.

suo tragico divenire produce un'aperta sfida all'ordine costituito. Cfr. F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, Paris, Puf, 2001; M.A. CABIDDU, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, n. 2, 2010, 167-179. La categoria, suggestiva e utile, spinge ad una più stretta definizione dei termini eccezione e stato di eccezione, perché se con essi intendiamo la sospensione dell'intero ordine giuridico in ragione di una decisione sovrana troviamo pochi esempi, oggi - come già anticipato -, di una condizione propriamente eccezionale (G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 11).

¹³² *Ex multis*, B. ACKERMANN, *The emergency Constitution*, in "Yale Law Journal", 2004, 113, 1029-1091, tr.it, 2005. P. GUDRIDGE, *The Anti-emergency Constitution*, in "Yale Law Journal", 2004, 113, 1801-1870; O. GROSS, *What "emergency Regime"?* in "Constellations", 2006, 13,1, 74 ss.

¹³³ R. CICCARELLI, *Norm/Exception: Exceptionalism and Govermental Prospect in the Shadow of political Theology*, in A. DAL LAGO, S. PALIDDA (cur.) *Conflict, security and the Reshaping of Society. The civilization of war*, Routledge, London-New York 2010, 57-69.

È il caso dello studio di Saint Bonnet che partendo dalla dittatura e dal *senatus consultum ultimum* della Roma repubblicana, passando per le istituzioni della *respublica* cristiana, l'affermazione dello stato regio e le convulse vicende costituzionali della rivoluzione francese, disegna un itinerario che giunge fino ai dibattiti giurisprudenziali sulle circostanze eccezionali che attivano dispositivi giuridici dello stato moderno¹³⁴. L'indagine di Saint Bonnet, attraverso l'ampia messe di spunti che offre, fornisce l'occasione per riconsiderare una serie di snodi concettuali fondamentali: per esempio, il nesso sovranità-eccezione. Il riferimento in particolare è alla transizione dalla costituzione feudale all'assolutismo monarchico o, per utilizzare un lessico legato alla storia costituzionale francese, dalla *souzerranité* alla *souveranité*¹³⁵. In proposito, Saint Bonnet sottolinea il ruolo svolto dalla triade stato di necessità – circostanze eccezionali – *communis utilitas* nel sedimentare la capacità di imposizione fiscale, di esproprio e di statuizione normativa della corona capetingia¹³⁶. L'eccezione, in tal senso, appare come momento non derogatorio ma costituente, tanto da suggerire a Saint Bonnet l'ipotesi secondo cui lo stato moderno, con le prerogative che lo caratterizzano sarebbe stato operativo fin dall'età medievale, anche se in maniera intermittente, ossia

¹³⁴ Non è questa la sede per soffermarsi sulle possibili perplessità di carattere storiografico o metodologico che può suscitare la costruzione di un oggetto euristico ("lo stato di eccezione") che, calibrato sullo stato di diritto otto-novecentesco viene proiettato su epoche anteriori e contesti costituzionali radicalmente differenti. L'avviso di metodo implica la ricostruzione delle differenze per quelle semantiche di eccezioni che derivano da azioni pratiche dispositivi del mondo antico, con particolare riferimento al diritto romano (v. *exceptio*); procurando però di sottolineare, per un altro versante, la perdita della centralità giuridica da parte di questa categoria a partire dall'epoca delle pratiche di organizzazione comunitaria secondo gli ordinamenti di sovranità. Alla radice dei processi di civilizzazione e razionalizzazione posti in essere nei tempi più aspri delle guerre religiose e civili nell'occidente cristiano, agiscono forme paradigmatiche diverse, non riconducibili alla centralità del modello di sovranità. Per un rilievo critico alla storiografia giuridica costituzionale ottocentesca e primo novecentesco, v., O. BRUNNER, *Terra e potere. Strutture prestatuali e premoderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, Milano, 1983, 157-187. Cfr. G. BORRELLI, *Oltre i percorsi di sovranità: il paradigma moderno della conservazione politica* in S. Chignola – G. Duso, *Sui concetti giuridici e politici della costituzione d'Europa*, Milano, 2000, 302-323.

¹³⁵ M. BLOCH, *La società feudale*, Torino, 1999, 177.

¹³⁶ F. SAINT BONNET, *op.cit.*, 146-180, 239-260.

soltanto nei periodi in cui la guerra o qualche altra minaccia avrebbe fornito alla Corona la possibilità di invocare la *ratio necessitatis* per la *communis utilitas*. Ciò consentiva alla volontà legiferante del sovrano di affermarsi a scapito della concezione che lo vincolava a una funzione di custodia e garanzia di un diritto preesistente (divino, naturale o consuetudinario). Lo stesso vale per quanto riguarda uno dei punti di snodo fondamentali nella costruzione della statualità, ossia la trasformazione dell'omaggio feudale in diritto d'imposizione, a lungo intermittente, della corona sui sudditi¹³⁷. Alla *ratio necessitatis*, infatti, si coniugò a lungo il principio secondo cui *causa cessante effectus cessat*. Ciò significava che, una volta venute meno le circostanze che imponevano di adottare la *ratio necessitatis*, le misure che ne discendevano, per esempio la possibilità da parte della corona di levare imposte, divenivano illegittime e si doveva ritornare alla *ratio communis*. Si assisterebbe così ad una sorta di ribaltamento, in base al quale “le prerogative eccezionali del potere medievale sarebbero diventate il fondo minimo delle competenze dello stato moderno”¹³⁸. In tal senso, quindi “quando Bodin o Hobbes fondano la sovranità sul bisogno di sicurezza altro non fanno che affermare come prioritario e permanente ciò che in precedenza si dava in termini intermittenti”¹³⁹. A complicare ulteriormente il discorso interviene il consenso delle istituzioni cetuali e dei parlamenti feudali, ritenuto in linea di principio indispensabile affinché il sovrano potesse derogare dal diritto vigente in materia legale o fiscale. A tal proposito, va sottolineato come non si debba guardare a tali istituzioni come a istanze di limitazione dei poteri sovrani, proiettando retrospettivamente gli schemi tipici della monarchia costituzionale. Diversamente, il consenso del paese rimanderebbe non ad una forma di opposizione diarchica ma a un dispositivo di contrattazione e costruzione del consenso, al quale non è certo estranea la tradizione del consiglio, dovuto, unitamente all'aiuto, dal soggetto al signore feudale.

¹³⁷ J. KRYNEN, *L'Empire du roi. Idées et croyances politiques en France, XIIIè-XVè siècles, Médiévales*, 1995, vol. 14, n° 28, 268-281.

¹³⁸ F. SAINT-BONNET, *op.cit.*, 145.

¹³⁹ *Ivi*, 148.

In tale contesto, rileva Saint Bonnet, la dichiarazione dello stato di eccezione deve essere vista non come manifestazione della volontà legiferante della Corona, ma nei termini di una necessità che si impone dall'esterno, che il sovrano, insieme alle altre componenti del regno, si limiterebbe a riconoscere e constatare¹⁴⁰. La necessità, come si è visto, costituisce una delle componenti fondamentali della morfologia dello stato di eccezione. Ma la necessità se è tale, si impone da sé, escludendo, in linea di principio, ogni dimensione che abbia a che fare con la scelta o la volontà. Essa, se assunta nel suo significato più pieno, non può che avere un carattere inequivocabilmente imperativo. Si potrebbe avanzare, in proposito, l'esempio della legittima difesa, ultimo residuo dell'istituto dell'autodifesa, presente nelle moderne legislazioni.

Si tratta, di fatto, dell'unica deroga al monopolio statale della violenza legittima. Per appellarsi ad essa, tuttavia, l'agente deve dimostrare di aver operato in condizioni di necessità, ossia di non avere avuto scelta, e di conseguenza, di non aver potuto decidere in senso pieno. Nel caso si dimostrasse la disponibilità di altre opzioni, infatti, la "legittima difesa" verrebbe di fatto a decadere. Il discorso, a questo punto, travalica ampiamente la questione dei processi di strutturazione dello stato regio e del superamento della costituzione feudale e chiama in causa, in termini generali, l'articolazione fra eccezione e decisione sovrana. Si tocca qui l'aspetto più interessante, dal punto di vista teorico, dell'analisi di Saint Bonnet che rivela come lo stato di eccezione chiami in causa una specifica modalità di azione, qualificabile in termini "estetici" irriducibili all'opposizione fra decisionismo e normativismo. L'indagine, a questo punto, intreccia la storia costituzionale con la storia delle idee e della filosofia politica. Se nei termini del positivismo lo stato di eccezione diverrebbe incomprensibile, e non potrebbe essere che proiettato al di fuori dell'ambito giuridico, nel regno della politica o della attualità, si rivelerebbe egualmente inadeguata «anche l'idea di Schmitt che considera a contrario che il caso eccezionale esalti la decisione. Se è evidente che si deve

¹⁴⁰ P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale* (1100-1433) Milano, 1969. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, 1995.

agire, propriamente parlando non ci si trova di fronte a una decisione, la quale presuppone un'alternativa (agire in un determinato modo o non agire) (...) l'evidente necessità spinge ad agire al di fuori di ogni scelta deliberata, sulla base di un riflesso improvviso e immediato. Simili atti, compiuti d'istinto (di conservazione) non possono essere assimilati a decisioni, agli atti di *bon plaisir* di epoca moderna. Si ha quindi a che fare con azioni di una natura particolare di cui non rendono né il normativismo né il decisionismo»¹⁴¹. In proposito, si potrebbe chiamare in causa anche l'istituzionalismo di Santi Romano, autore non considerato da Bonnet, per il quale la necessità si pone come una vera e propria fonte del diritto, «di quel diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali da non permettere che tra i bisogni sociali stessi che determinano la norma giuridica e il rinvenimento e la dichiarazione di quest'ultima si frapponga l'attività razionale degli organi competenti a questa dichiarazione».¹⁴²

Al fine di delineare una lettura dell'eccezione alternativa all'opposizione normativismo/decisionismo, Saint Bonnet propone un itinerario che dopo un serrato confronto con un classico del liberalismo come Locke chiama in causa le riflessioni a caldo su due «strane» rivoluzioni da parte di Burke e Guizot.

Se partiamo da una concezione assoluta, incondizionata e indivisibile della sovranità come quella proposta da Hobbes¹⁴³, il problema dello stato di eccezione ovviamente non si pone, in quanto nulla vincola il Leviatano, nessuna legge positiva o diritto naturale, nell'azione volta a garantire la conservazione della comunità politica che ne costituisce la ragion d'essere¹⁴⁴. In tale prospettiva, a svanire è la stessa distinzione tra norma ed eccezione.

¹⁴¹ F. SAINT-BONNET, *ivi*, 315.

¹⁴² S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislative del diritto italiano*, in ID., *Scritti minori*, Milano, 1950, 194.

¹⁴³ TH. HOBBS, *De cive, Elementi filosofici sul cittadino*, VI, 14, tr. it, 80. Vedi anche in seguito § XII, 4, tr. it, 131.

¹⁴⁴ N. BOBBIO, M. BOVERO, *Società e stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegeliano - marxiano*, Milano, 1979, 34 ss.

Diversamente un autore come Locke non può evitare di porre la questione sulla possibilità, nel caso sia in gioco la salvezza del *commonwealth*, di derogare alla divisione dei poteri (esecutivo, legislativo, federativo) o di violare i diritti naturali dell'individuo. In forza di quella che definisce "prerogativa", Locke ritiene che l'esecutivo, visto che la *salus populi est suprema lex*, può e deve intervenire, per il bene pubblico, anche violando le prescrizioni della legge e gli equilibri istituzionali operanti nei tempi normali. La prerogativa, però, è esposta al rischio di presentarsi come il viatico per la tirannia. Ciò avviene quando l'esecutivo agisce non sulla base degli imperativi della necessità, ma della propria volontà. A quel punto, il popolo non può che rimettersi al cielo e, nel caso i numi non risolvano la questione, esercitare il diritto di resistenza, in quanto il patto fondativo è stato violato.

A discriminare fra legittimo esercizio della prerogativa e la tirannia, quindi, sarebbe l'evidenza di uno stato di necessità che impone all'esecutivo (o al principe) di agire, eventualmente *contra legem*, per tutelare il bene comune. Il criterio di legittimità non può essere stabilito in senso normativo, in quanto la tutela del bene comune fa emergere un diritto naturale, superiore al diritto positivo, relativo all'autoconservazione del *commonwealth*, condizione necessaria per non riprecipitare nello stato di natura. E nemmeno il richiamo ad un'istanza superiore può risolvere il problema: "chi giudicherà quando di questo potere si fa un retto uso? Rispondo: fra un potere positivo in atto, dotato di siffatta prerogativa, e un legislativo che dipende dalla volontà di esso per le proprie convocazioni, non ci può essere nessun giudice sulla terra, così come non ce ne può essere nessuno fra il legislatore e il popolo, se l'esecutivo o il legislativo, quando abbiano il potere nelle loro mani, progettano o cercano di rendere schiavo o distruggere il popolo". Di conseguenza per Locke a stabilire la legittimità del ricorso al meccanismo derogatorio della prerogativa è "l'evidenza" che l'esecutivo agisce non per propria volontà, ma su spinta della necessità, al fine di tutelare il bene comune. D'altra parte la stessa evidenza, questa volta del fatto che il sovrano decide *pro domo sua*, costituisce il criterio che autorizza i cittadini a ricorrere al diritto di resistenza. Come rileva Saint

Bonnet, le espressioni a cui ricorre Locke per concettualizzare la legittimazione e la contestazione del ricorso alla prerogativa da parte dell'esecutivo, rimandano ad un lessico più percettologico ed emotivo (*to see, to feel*) che giuridico o politico.

Un analogo atteggiamento sembra emergere se si considerano le riflessioni a proposito di due rivoluzioni senza rivoluzioni, la *Glorious Revolution* inglese e l'ascesa al potere di Luigi Filippo, rispettivamente di Burke e Guizot. Per quanto riguarda il secondo, gli eventi del 1830 possono essere visti come una temporanea sospensione della legalità, in termini di violazione dei diritti dinastici dei Borboni, al fine non di instaurare una nuova costituzione ma di preservare quella vigente messa a repentaglio dall'azione del sovrano e dei suoi ministri. Per Guizot, l'insediamento della monarchia orleanista è legittimo in quanto non avvenuto in conformità di una decisione politica ma scaturito dalla "ragione pubblica e della necessità". Gli attori in campo, popolo e parlamentari, nonché il duca di Orleans, percepiscono che di fronte al rischio incombente del caos una sola è l'opzione possibile. L'azione si fonda sull'imperiosa necessità, e il popolo che compie il passo sembra operare "più come una macchina che come un organismo dotato di volontà"¹⁴⁵. Guizot individua nella *Glorious Revolution* un precedente significativo degli eventi del 1830. E per molti versi sono analoghe alle sue le considerazioni che riguardo al cambio dinastico del 1688, avanza E. Burke, sottolineando come l'atto di attribuire la corona a Guglielmo d'Orange discendesse non da una "scelta propriamente detta" ma fosse dettata dalla "necessità"¹⁴⁶. E proprio in quell'autore Saint Bonnet individua la chiave di lettura adeguata per la modalità di azione a cui allude lo stato di eccezione. Il riferimento è *A Philosophical Enquiry into the Origin of Our Ideas of the Sublime and Beautiful* (1759 *Inchiesta sul bello e il sublime*) in cui Burke definisce il sublime come una specifica tipologia di esperienza estetica, in cui la

¹⁴⁵ F. SAINT-BONNET, *L'Etat d'exception*, cit., 330.

¹⁴⁶ E. BURKE, *Riflessioni sulla Rivoluzione in Francia e sulle relative deliberazioni di alcune società di Londra in una lettera indirizzata a un gentiluomo di Parigi dell'onorevole E. Burke*, a cura di M. Respinti, Roma, 1998.

percezione di qualcosa di smisurato induce una reazione emotiva particolare, in cui a un sentimento iniziale di dolore ne succede immediatamente uno di piacere.¹⁴⁷ Si ha così a che fare con un misto di terrore e piacere distinto dal piacere positivo del bello¹⁴⁸. Mentre quest'ultimo produce rilassatezza, il sublime suscita tensione¹⁴⁹. In tali condizioni, il *terror* crea una paralisi dell'anima che impedisce ogni riflessione o decisione¹⁵⁰. A prevalere è dunque una disposizione in cui il dato emotivo ed emozionale prevale su quello razionale. In proposito, si potrebbe citare ancora una volta Santi Romano, quando afferma, contrapponendola alle norme razionali del diritto naturale, che “la necessità (...) si impone in modo più stringente, si concreta, non come un'esigenza della ragione, ma come un comando del tutto pratico”¹⁵¹. Ci troviamo così di fronte a una condizione che, a parere di Saint Bonnet,

¹⁴⁷ E. BURKE, *Inchiesta sul bello e il sublime*, tr. it, Palermo, 2002.

¹⁴⁸ L'associazione del sublime ad una forza incontrollabile, che “scorre” nelle pagine dell'*Enquiry*, è attribuita in primo luogo a Longino, il cui trattato *Peri Hypsous* aveva reintrodotta la nozione di sublime nei dibattiti ottocenteschi di filosofia estetica. Longino considera la violenta deprivazione della libertà specifica del sublime. Il sublime ci priva della libertà: è “potere e irresistibile violenza” che non persuade ma “reign[s] supreme over every hearer”. Riferendosi a Longino, egli osserva che “the ideas of the sublime and beautiful were frequently confounded”, e che “both were indiscriminately applied to things greatly differing, and sometimes of natures directly opposite”, in *Enquiry*, I.

¹⁴⁹ Cfr., L. M. BROOKS, *The Menace of the Sublime to the Individual Self: Kant, Schiller, Coleridge and the Disintegration of Romantic Identity*, Lewiston, N. Y., 1995, 14-18. “(In this Kantian account) of Burke the sense of a boundless force provokes an initial “terror” in the subject, and an “astonishment” in which “all motions are suspended” in an “unnatural tension of the nerves”. Although painful, such terror, is “tinged with tranquillity” and “delight”. Ma leggere Burke attraverso la prospettiva kantiana, come fa l'autrice, non riconosce di fatto che Burke minimizza il ruolo della razionalità nell'esperienza del sublime, caratterizzato appunto “as a natural force that is by its very definition beyond man's ability to control”.

¹⁵⁰ E. BURKE, *Enquiry* (53) “The passion caused by the great and sublime in nature, when these causes operate most powerfully, is Astonishment; and astonishment is the state of the soul, in which all its motions are suspended, with some degree of horror. In this case the mind is so entirely filled with its object, that it cannot entertain any other, nor by consequence reason on that object which employs it. Hence arise the great power of the sublime, that far from being produced by them, it anticipates our reasonings, and hurries us on by an irresistible force. Sul punto cfr. anche F. FERGUSON, *Solitude and the Sublime*, 45, che sottolinea la paralisi della nostra capacità razionale prodotta dalla paura quale reazione paradigmatica al sublime.

¹⁵¹ S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in Id., *Scritti minori.*, cit, 363.

presenta notevoli analogie la descrizione offerta dallo stesso Burke dei “parlamentari che, incapaci di volere e ragionare in quanto terrorizzati dalle esazioni di Giacomo, intronizzarono Guglielmo III”¹⁵². O con quello che Guizot propone a proposito delle “rivoluzioni senza rivoluzione”. Lo stesso schema potrebbe essere applicato al sovrano che convoca le istituzioni cetuali per condividere la percezione dello stato di necessità o, su un registro ancora differente, alla discussione lockiana riguardante quell’ “evidenza” su cui si legittima sia l’esercizio della prerogativa da parte dell’esecutivo, sia il diritto di resistenza alla tirannia. L’elemento fondamentale, in tal senso, appare collocarsi sul piano non tanto deliberativo o dimostrativo ma su quello della comunanza sensitiva di un’evidenza, di una necessità che non contempla scelte. Con il corollario di un’unanimità nella condivisione di una *percezione* della realtà che non può essere ridotta a somma algebrica di consensi individuali o al gioco a geometria variabile fra maggioranza-minoranza ma evoca un *idem sentire* che sembra rimandare alla *coscienza collettiva* di Durkheim. Il tutto in una dimensione di assoluta pubblicità, preconditione necessaria affinché possa realizzarsi l’aggregazione empatica d’intorno all’evidenza dello stato di necessità, del tutto opposta a quella del segreto tipica della ragion di stato¹⁵³. In definitiva, quando è in gioco lo stato di eccezione si entrerebbe in un ambito essenzialmente sensitivo ed emozionale. Per questo Saint Bonnet propone come appropriata a coglierne la specificità una lettura in termini non giuridici e politici, ma estetici. Qui ci interessa sottolineare come la proposta interpretativa di Saint Bonnet permetta di gettare lo sguardo, cogliendo un ampio spettro di conseguenze, su un ulteriore aspetto del dispositivo denominato stato d’eccezione, ossia la connessione con la “necessità”. Invocando una simile condizione, l’immagine di una decisione libera e sovrana entra immediatamente in crisi. Allo stesso tempo, però, per postulare un’adesione generale, emotiva e irriflessa all’evidenza è necessario presupporre un’immagine organicistica del corpo politico: le membra dello

¹⁵² F. SAINT-BONNET, *L’Etat d’exception*, cit., 333.

¹⁵³ Cfr. M. STOLLEIS, *Stato e ragion di Stato nella prima età moderna*, tr. it., Bologna, 1998, 31- 68.

stato-persona, il popolo di Locke, la Francia di Guizot, la patria dei nazionalismi. In tale ottica lo stato di eccezione sembra assumere il profilo di quei *riti laici* ai quali sempre Durkheim affidava la restituzione, nelle condizioni della società a solidarietà organica, della coscienza tipica delle società a solidarietà meccanica¹⁵⁴. Come una simile impostazione risulti difficilmente compatibile con approcci di tipo politico o sociologico meno olistici o più inclini a considerare la valenza costitutiva delle dinamiche conflittuali, che siano fra individui, interessi, élite, gruppi, classi o rappresentazioni del mondo è facilmente intuibile.

Emergency powers

Specie dopo l'11 settembre, come più volte sottolineato, il tema dello stato di eccezione, spesso intrecciato e sovrapposto a quello dello stato di emergenza ha acquistato una indubbia centralità nel dibattito politico e giuridico internazionale. Sul piano dell'intervento più a ridosso dell'attualità si possono citare contributi, come per esempio quello di Bernard Manin, volti a dimostrare come lo stato di eccezione, per definizione circoscritto temporalmente, risulti uno strumento del tutto inadeguato a far fronte a una minaccia come quella del terrorismo di cui, analogamente ad ogni minaccia di matrice criminale, è difficilmente immaginabile una piena estinzione¹⁵⁵. La preoccupazione per la tenuta delle istituzioni democratiche e del *rule of law* nelle democrazie avanzate ha anche suscitato vari tentativi per costituzionalizzare, attraverso il ricorso a nuovi strumenti, l'eccezione. In tale prospettiva si muovono le proposte formulate da Bruce Ackemann, il cui punto

¹⁵⁴ E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 1999.

¹⁵⁵ Nell'ampissima letteratura, mi limito a citare B. MANIN, *The emergency Paradigm and the New terrorism. What if the end of terrorism was not in sight?*, in S. Baume, B. Fontana (a cura di) *Les Usages de la separation des pouvoirs, Michel Houdiard*, Paris 2008, 135-171. Esempio, per antonomasia, ad indicare la centralità del tema è la riedizione nel 2002 dello studio di Clinton ROSSITER, *Constitutional Dictatorship* (1948).

di partenza è rappresentato non tanto da una particolare fiducia nella concreta efficacia del ricorso a nuovi dispositivi d'eccezione, quanto dalla consapevolezza di come, a fronte di un attacco terroristico (o di qualsiasi altro evento tragico che sconvolga l'opinione pubblica), i decisori politici per rassicurare gli elettori e offrire un segno tangibile della loro determinazione, faranno ricorso agli *emergency powers*¹⁵⁶. A quel punto anziché lasciare loro la briglia sciolta o confidare nell'azione di contrasto dei tribunali, si punta su una costituzione dell'emergenza¹⁵⁷ che, previo voto del Congresso, offra all'esecutivo la possibilità di sospendere alcuni diritti (riguardanti l'arresto e la detenzione), pur sotto il controllo dei tribunali, per un periodo di tempo limitato (quaranta giorni). Scaduto tale periodo, l'esecutivo può richiedere la proroga dei poteri concessi, sempre per un periodo determinato, ma per ogni approvazione da parte del Congresso è richiesta una maggioranza sempre più qualificata. Questo dispositivo di "scala mobile" delle maggioranze, come viene definito, dovrebbe da una parte fornire all'esecutivo la possibilità di mostrare all'opinione pubblica la propria fermezza con strumenti di intervento immediato e dall'altra scongiurare che i dispositivi emergenziali si stabilizzino, facendoli dipendere da un consenso parlamentare sempre più unanime¹⁵⁸. La

¹⁵⁶ B. ACKERMANN, *La Costituzione di emergenza. Come salvare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Roma, 2005. Secondo l'autore la principale conseguenza negativa degli attentati terroristici non è la minaccia diretta al regime politico (la cd "minaccia esistenziale"), ma il crescente pericolo (reale o percepito) che essi creano per l'incolumità fisica dei cittadini, i quali giustamente si attendono risposte forti ed efficaci da parte del pubblico potere. Ciò indurrebbe i governi ad adottare misure ritenute necessarie in base alla "motivazione di rassicurazione" che dovrebbe implicare per Ackermann anche la revisione delle previsioni costituzionali sull'attuazione dello stato di emergenza (*ivi*, 24).

¹⁵⁷ *Ivi*, 35: "piuttosto che lasciarsi andare a melodrammatiche invocazioni di minacce esistenziali i costituzionalisti liberali dovrebbero concepire lo stato di emergenza come un fondamentale strumento che consente che il pubblico venga rassicurato nel breve periodo senza provocare danni di lungo periodo ai valori costitutivi della libertà e dello stato di diritto".

¹⁵⁸ B. ACKERMANN, quindi, sintetizza la sua proposta di regolamentazione del regime di eccezione con i tre principi di "maggioranze qualificate, indennizzo, decenza" (*ivi*, 79). Questi tre principi, assieme ai loro corollari, non si limitano a garantire una protezione sostanziale a coloro che incappano nella rete del sospetto. Nel loro insieme, forniscono un quadro dello stato di emergenza come regime sottoposto a limiti precisi, tollerato soltanto come una necessità incresciosa ed inevitabile e, pertanto, sempre precario, temporaneo e costantemente precario, temporaneo e costantemente passibile

volontà di preservare la costituzione e gli equilibri istituzionali da infiltrazioni ad opera di dispositivi eccezionali può generare anche proposte di tipo opposto a quelle avanzate da Ackermann. Oren Gross, per esempio, chiamando in causa la prerogativa di Locke e l'argomento di Carl Schmitt secondo cui la norma non può essere applicata all'eccezione, raccomanda l'attribuzione di uno statuto extra legale ai dispositivi emergenziali¹⁵⁹. Non manca però anche chi come David Dyzenhaus, in esplicita polemica sia con Ackermann sia con Gross, ritiene lo "stato di eccezione" incompatibile con lo stato di diritto inteso in senso sostantivo o con un ordinamento orientato al "rule of law project".¹⁶⁰ Dyzenhaus sviluppa il proprio discorso in riferimento al regime quasi monocratico, incentrato sulla sovranità del potere legislativo. L'intervento *contra legem* da parte dell'esecutivo o di altri soggetti per fronteggiare una minaccia viene letto, in conformità alla *common law*, non come derivante da una sospensione della costituzione o di sue parti significative, quanto nei termini di una serie di azioni dettate dalla necessità, sulla cui legittimità sarebbe poi chiamato a decidere il parlamento emanando eventualmente un *Bill of Indemnity* volto a cancellare le conseguenze penali degli atti illegali commessi per "conservare la pace del re".

di revoca immediata. Cfr M. GOLDONI, *La costituzione rassicurante: nota critica sulla teoria dei poteri d'emergenza di Bruce Ackermann*, in *Teoria politica*, n. 3/2007, per il quale la teoria di Ackermann "sottrae il discorso sull'emergenza ad una certa enfasi retorica per consegnarlo ad una discussione costituzionale. In tal modo, si impedisce che il richiamo alla categoria della "guerra" permetta di rifarsi ad alcuni pericolosi precedenti ed apra così la strada ad una comoda quanto minacciosa delega di poteri all'esecutivo" e consente di effettuare una "precisa ricostruzione delle peculiarità che contraddistinguono l'emergenza terrorismo e nell'affermazione dell'importanza del principio di separazione dei poteri nella gestione di una crisi" (*ibidem*). Tuttavia, occorre chiedersi se la costituzione d'emergenza proposta da Ackermann non miri ad indurre un effetto rassicurante in termini di *percezione* da parte della società piuttosto che a costituire misure di sicurezza *sostanziali*. E cioè a *far sentire* i cittadini più sicuri piuttosto che a *renderli* veramente tali.

¹⁵⁹ O. GROSS, *Chaos and Rule. Should Responses to Violent Crisis Always Be Constitutional?* In "Yale Law Journal", 112, 5, 2003, 101-223. Sull'attualità dei richiami alla prerogativa lockiana nel dibattito contemporaneo statunitense in relazione agli "emergency powers" v. L. C. FELDMAN, *Judging Necessity: Democracy and Extra-Legalism*, in «Political Theory», Vol. 36, n.4, 550-577.

¹⁶⁰ D. DYZENHAUS, *Schmitt vs Dicey: Are States of emergency inside or outside the legal Order?*, in *Cardozo Law Review*, 2008, vol. 27, 2005-2040.

Il ritorno in auge della categoria dello stato di emergenza ha suscitato anche tentativi volti a stabilire le differenti tipologie che essa ha storicamente assunto. Sul punto si possono citare i contributi di Ferejohn e Pasquino, nei quali si propone una griglia di classificazione degli “*emergency powers*”¹⁶¹. Si individua così un modello romano, ricalcato sulla figura della dittatura di età repubblicana, il quale prevede, in situazioni di emergenza, la concentrazione in capo ad un solo soggetto di poteri distribuiti fra più organi. Lo stato di eccezione viene stabilito dal senato, che incarica i consoli di nominare un dittatore a cui vengono concessi i pieni poteri per un periodo delimitato. La dichiarazione dello stato di emergenza, la scelta del dittatore e l’esercizio dei poteri dittatoriali, quindi, sono affidati a tre differenti istituzioni. Inoltre la magistratura, chiamata a esercitare poteri eccezionali, è creata *ad hoc* ed è assente nei periodi di “ordinaria amministrazione”. Diversamente, il modello definito neoromano con riferimento all’articolo 48 della costituzione di Weimar e al 16 della costituzione della Quinta repubblica francese, vede una singola figura, il presidente, investita delle tre funzioni. Ferejohn e Pasquino, soffermandosi sulle costituzioni contemporanee, sottolineano come alcune prevedano esplicitamente disposizioni che regolano l’attribuzione di poteri eccezionali, mentre altre comprenderebbero meccanismi impliciti attivabili allo scopo di sospendere determinati diritti e promuovere una diversa distribuzione dei poteri per fronteggiare una minaccia. Ne deriverebbe l’idea di una dualità costituzionale, in cui ad una costituzione per i tempi normali se ne affiancherebbe una attivabile in tempi eccezionali, che non ha mancato di suscitare critiche¹⁶². Assai più articolato appare il quadro tipologico proposto da Giuseppe Marazzita, che in primo luogo distingue tra modello monistico e dualistico. Nel primo caso, “la risposta al caso di emergenza viene ricercata

¹⁶¹ J. FEREOHNS - P. PASQUINO, *The Law of Exception. A typology of Emergency Powers*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, 210-239; ID., *The Emergency Powers*, cit.; P. PASQUINO, *Urgence et État de droit. Le gouvernement d’exception dans la théorie constitutionnelle*, in *Cahiers de la Sécurité Interieure*, 51, 2003, 9-27.

¹⁶²J. ELSTER, *Comments on the paper by Ferejohn and Pasquino*, in “*International Journal of Constitutional Law*”, 2, 2 2004, pp.223-40; D. DYZENHAUS, *Schmitt vs, Dicey*, cit., 2007-2010.

all'interno dell'ordinamento vigente, il quale è dotato di norme attributive di competenze straordinarie parzialmente sospensive e/o derogatorie della disciplina ordinaria¹⁶³; nel secondo, “la risposta al caso straordinario viene individuata al di fuori del sistema delle competenze, che viene interamente sospeso, così da creare una frattura nel continuum giuridico”¹⁶⁴. In seguito Marazzita distingue fra un modello conservativo, in cui la violazione di determinati diritti è “funzionalizzata” a ristabilire le condizioni necessarie al normale funzionamento dell'ordinamento, e uno evolutivo, in cui le misure eccezionali conducono a un nuovo ordine. In quest'ultimo caso, il dispositivo dell'eccezione “si sovrappone e si confonde con un processo costituente o para-costituente, in genere non proclamato”¹⁶⁵. Procedendo, Marazzita propone una tipologia tripartita, che amplia quella bipartita elaborata da Pinna¹⁶⁶, in cui ad un estremo si colloca la crisi costituzionale, attraverso la quale si afferma un nuovo potere costituente, e, all'altro l'eccezione relativa, ossia “quei fenomeni che pur costituendo una deviazione provvisoria rispetto al diritto normalmente vigente, sono ricollegabili al sistema giuridico attraverso norme di competenza presenti in esso”¹⁶⁷. In posizione intermedia si colloca l'ibrido dell'eccezione assoluta (o crisi costituzionale conservativa) in cui, pur a fini conservativi e non costituenti, un soggetto politico opera *contra legem* assumendo competenze non previste e regolate dall'ordinamento positivo.

A parere di Marazzita, tuttavia, solo la tipologia dell'eccezione relativa è passibile di analisi giuridica, in quanto “l'unico stato d'eccezione concepibile all'interno di un ordinamento giuridico è quello che trova fondamento nelle norme del diritto positivo e nei sistemi attraverso i quali l'ordine giuridico cerca di colmare eventuali lacune”¹⁶⁸. Diversamente, nel momento in cui i poteri emergenziali vengono assunti al di fuori delle previsioni costituzionali e si entra nell'ambito dell'eccezione assoluta o del potere costituente, il

¹⁶³ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 140.

¹⁶⁴ *Ivi*, 139.

¹⁶⁵ *Ivi*, 144.

¹⁶⁶ P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 77.

¹⁶⁷ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 155.

¹⁶⁸ *Ivi*, 156.

riferimento all'ordinamento positivo, alla norma rispetto a cui si definisce l'eccezione, essendo solo teleologico non può costituire il fondamento di considerazioni di ordine giuridico. Distinguere l'eccezione assoluta da quella relativa e individuare nella seconda l'unica tipologia passabile di analisi giuridica contribuisce non solo ad elaborare una griglia maggiormente sensibile nei confronti delle spiccate differenze che manifestano fenomeni assai diversi da loro, ma anche a fornire un antidoto nei confronti della tendenza ad attribuire i tratti caratteristici del caso estremo, prossimo più alla crisi costituzionale o al potere costituente, a ogni situazione emergenziale oppure a leggere in termini di "eccezione" qualsiasi tensione fra politica e diritto. In tal senso, lo stato di eccezione, da concetto limite si trasforma in istituto di diritto positivo, almeno per quanto riguarda l'attribuzione delle competenze, dotato di specifiche caratteristiche ma passibile di plurime declinazioni. Marazzita colloca lo stato di eccezione all'interno di un dispositivo più generale, l'emergenza giuridica, che contempla: il fatto eccezionale, un giudizio di necessità e lo stato di eccezione stesso. I tre termini possono essere correlati nella proposizione sintetica: "a fronte del fatto emergenziale si ritiene necessario lo stato di eccezione"¹⁶⁹. Lo stato di eccezione viene definito, a sua volta, come un "sottosistema di atti e norme che si innesta sulla parte ancora vigente dell'ordinamento giuridico (...) caratterizzato dalla natura antinomica dei suoi precetti, dalla loro temporaneità e dalla funzionalizzazione dei poteri in cui si estrinseca"¹⁷⁰. I requisiti salienti che emergono dalla definizione sono il carattere relazionale rispetto al diritto vigente, l'antinomicità e la provvisorietà. Sul primo punto, basti rimandare al fatto che i casi considerati pertengono all'eccezione relativa. L'antinomicità, invece, riguarda il fatto che lo stato di eccezione, per essere tale, non può che procedere per deroga e sospensione rispetto a parti dell'ordinamento vigente, altrimenti si avrebbe a che fare con una funzione legislativa vera e propria. A definire lo stato di eccezione, tuttavia, non basta la natura derogatoria o sospensiva dei

¹⁶⁹ *Ivi*, 161.

¹⁷⁰ *Ivi*, 216.

provvedimenti adottati, ma è necessario che essi abbiano carattere temporaneo e provvisorio¹⁷¹. Diversamente si avrebbe a che fare con norme speciali (antinomiche ma non provvisorie). Ma anche la provvisorietà, in assenza di un carattere antinomico, condurrebbe ad una situazione non di eccezione ma di norme ordinarie a termine ¹⁷². L'isolamento della tipologia dell'emergenza relativa permette anche una riconsiderazione del nesso necessità-eccezione. In proposito, come si è visto, l'assunzione dell'eccezione in termini più ampi (che unificano i casi assoluto e relativo, sconfinando nella crisi costituzionale) suggeriva l'adozione, come strumento esplicativo in grado di rendere conto anche dei "casi estremi", di un modello di impronta estetica, il sublime invocato da Saint Bonnet, indissociabile da una concezione organicistica e consensuale del corpo politico. Nel caso dell'eccezione relativa, invece, il riferimento a specifiche previsioni costituzionali in termini di attribuzione di competenze di controllo politico o giurisdizionale, permetterebbe, a parere di Marazzita, di concepire la necessità, ossia il punto di articolazione fra il fatto emergenziale e lo stato di eccezione, in termini di causalità non meccanica, che implicherebbe l'assenza di una possibilità di scelta fra una pluralità di opzioni, ma specificamente giuridica e quindi sindacabile sia giurisdizionalmente sia politicamente¹⁷³.

Il percorso intrapreso ci ha condotto a distinguere una serie di tipologie di stato di eccezione, nonché a definirne meglio la fisionomia circoscrivendo nella fenomenologia rispetto a situazioni adiacenti quali la crisi costituzionale o il potere costituente da una parte, e a istituti di legislazione ordinaria come le leggi speciali o le norme ordinarie e a termine dall'altra.

Attribuendo implicitamente alla legislazione ordinaria un carattere rigidamente universalista e un orientamento linearmente assiologico, si finisce per essere costretti a rubricare in un fuori, lo stato di eccezione, quanto contrasta con quella percezione. Simili considerazioni sono confortate dalla constatazione, condivisa da numerosi analisti, secondo cui nelle democrazie

¹⁷¹ P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 58.

¹⁷² G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit, 214-220.

¹⁷³ *Ivi*, 185-206.

stabili, per utilizzare un'espressione cara ai politologi, di fatto oggi si ricorra assai raramente allo stato di eccezione nelle sue forme più organiche anche nei casi in cui sia specificamente previsto dall'ordinamento costituzionale (come nel caso dell'art. 78 della Costituzione italiana)¹⁷⁴.

Già negli anni Sessanta G. Camus sottolineava come negli ordinamenti democratici il ricorso ai tradizionali strumenti di emergenza liberali tendesse a cadere in desuetudine a vantaggio di “tecniche sostitutive”, ossia di atti ordinari posti in essere dall'organo normalmente competente, come nel caso della legislazione di emergenza¹⁷⁵. Più recentemente, Thomas Poole ha sottolineato come gli sviluppi politici e legali innestati dall'11 settembre per i quali più frequentemente viene proposta una lettura secondo eccezione, per esempio il *Patriot Act* negli Stati Uniti o l'*Anti Terrorism, Crime and Security Act* in Gran Bretagna, in realtà siano atti di legislazione ordinaria¹⁷⁶. Il carattere di eccezionalità che li caratterizzerebbe sarebbe quindi di natura sociologico-politica e non giuridico-costituzionale e risiederebbe nella rapidità con cui sono stati approvati, in assenza di un reale dibattito e con una sospetta unanimità bipartisan.

Come non vedere in ciò un'incarnazione contemporanea di quella situazione “sublime” di paralisi attiva, in cui la dimensione deliberativa cede il passo a quella emozionale, a cui ci hanno introdotto le analisi di Guizot e Burke? Poole rileva come simili sviluppi in Gran Bretagna datino da ben prima dell'11 settembre come dimostrerebbero il *dangerous Dogs Act* – approvato nel 1991 in tempi rapidissimi e non senza forzature procedurali sulla scia di un'ondata di panico morale – volto ad introdurre un regime differenziale per quattro specie canine. D'altra parte quegli stessi elementi di anomalia in termini di iter accelerato e approvazione consensuale non appaiono necessariamente presenti in tutti i casi che si è soliti rubricare sotto l'etichetta

¹⁷⁴ J.FERAJOHN-P.PASQUINO, *The Emergency powers*, cit., 339-340; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*; P. BONETTI, *Terrorismo emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006.

¹⁷⁵ G. CAMUS, *L'état de nécessité en démocraties*, Paris, 1965, 31.

¹⁷⁶ T. POOLE, *Constitutional Exceptionalism and the Common Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2, 2009, 222-262.

dell'eccezione, come dimostrerebbe la normativa antiterrorismo emanata, sempre dopo il 1991, in Gran Bretagna. Di conseguenza si potrebbe affermare che «nonostante possano essere giustificati in maniera differente rispetto alla “legislazione ordinaria”, attualmente i poteri di emergenza trovano la loro fonte nella maggior parte dei casi nella normale prassi normativa»¹⁷⁷: a parere di Poole, ciò implicherebbe da una parte una progressiva dismissione di quei residui di prerogativa, in senso lockiano, che le costituzioni liberali riservavano all'esecutivo per fare fronte ai casi di necessità (con significative eccezioni, basti pensare ai poteri del Presidente degli Stati Uniti in quanto Commander in Chief)¹⁷⁸ dall'altra la tendenza del normale e dell'eccezionale ad indossare analoghe vesti costituzionali, da cui una crescente difficoltà a stabilire fra essi una chiara linea di demarcazione. Un processo, questo, rafforzato anche dal fatto che le giustificazioni tradizionalmente associate allo stato di emergenza – paura, rischio, insicurezza – sempre più spesso si presentano come motore della legislazione ordinaria¹⁷⁹. Compendiare simili tendenze nell'assunto secondo cui si profilerebbe uno scenario improntato allo stato di eccezione permanente appare però una semplificazione allo stesso tempo fuorviante, che in ultima istanza tende ad appiattire su una tipologia di emergenza assoluta una serie di fenomeni eterogenei che vanno dall'eccezione relativa a specifiche

¹⁷⁷ T. POOLE, *op.cit.*, 262.

¹⁷⁸ Dal punto di vista costituzionale, la rivendicazione di potere da parte del Presidente degli Stati Uniti veniva ancorata all'art. II, sec. 2, cl. 1 della Costituzione Usa, il quale attribuisce al vertice dell'esecutivo la funzione di *Commander in Chief* ma sostanzialmente giustificata in base alla teoria dello *strong unitary executive*, secondo la quale nessun freno potrebbe essere opposto al Presidente nell'esercizio delle sua funzione costituzionale di salvaguardia della sicurezza nazionale e di conduzione degli affari esteri, ed anzi qualsiasi tentativo al riguardo, ad esempio da parte del Congresso, dovrebbe considerarsi illegittimo. Sul punto, cfr. J. Yoo, *The Power of War an Peace: the Constitution and Foreign affairs After 9/11*, Chicago, 2004.

¹⁷⁹ La forma *politica* emergenziale, tenderebbe – mi si consenta di sostenere – a mantenere la società in una condizione di costante percezione di pericolo, precarietà, vulnerabilità al fine di ottenere il massimo di “delega” rappresentativa, quasi mai accompagnata dalla necessaria *accountability*, cioè della propensione a rendere conto del proprio operato e in particolare della congruità tra i mezzi impiegati e gli obiettivi effettivamente conseguiti. Non potrebbe essere interpretata come una vera e propria “tecnica alternativa” di conservazione del potere?

manifestazioni di legislazione ordinaria nei confronti dei quali si possono nutrire riserve dal punto di vista sostanziale e politico.

Per il momento vorrei soffermarmi su alcune proposte analitiche che insistono sulla relazione fra norma ed eccezione, ordinario e straordinario. John Ferrajohn e Pasquale Pasquino, per esempio, ragionando a partire dalla storia costituzionale statunitense, individuano un superamento della centralità del dualismo tra regime ordinario ed eccezionale a favore di un ulteriore dualismo, fra esecutivo e legislativo da una parte e controllo giurisdizionale dall'altro¹⁸⁰. Tale prospettiva recepisce l'assunto in base al quale la *common law* costituirebbe il codice della legalità ordinaria e costituzionale, mentre la decisione di agire al di fuori di essa, da parte dell'esecutivo o del legislativo, equivarrebbe a una situazione di eccezione. La questione della distinzione fra normale ed eccezionale, quindi, dal piano politico-legislativo slitta a quello giurisdizionale. Corti e tribunali in tale prospettiva divengono i depositari del *common law*, i cui principi informano il controllo giurisdizionale, a partire da un nucleo individuato come indisponibile, esercitato sugli atti dell'esecutivo o sulle disposizioni legislative assunte per rispondere a una determinata emergenza. Si prospetta così un sistema di controllo che, diversamente da quello neoromano, volto a regolare *ex ante* la titolarità dei poteri di eccezione, opera *ex post*, vagliando le decisioni assunte dai decisori politici, ma anche *in interim* e, per certi versi, *ex ante*, in forza dell'influsso esercitato dai precedenti sulla valutazione delle opzioni disponibili. In sede critica, si potrebbe sottolineare come un simile modello, in conformità ad un'impostazione liberale, si proponga di fornire risposte in termini soprattutto di garanzie dei diritti individuali, lasciando scoperto il fronte delle eventuali modifiche nell'organizzazione dei poteri pubblici e delle relazioni fra essi¹⁸¹. Anche l'idea di spostare l'accento dalle questioni formali a quelle sostanziali, scontando una concezione astorica e orientata ai valori della *common law*, non può mancare di suscitare perplessità¹⁸². Tutta da dimostrare resta poi la capacità dei tribunali

¹⁸⁰ J. FERREJOHN, P. PASQUINO, *The Emergency Powers*, cit., 34-347.

¹⁸¹ P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 6.

¹⁸² T. POOLE, *Constitutional Exceptionalism and the common law*, cit., 256-261.

nello svolgere in maniera efficace di controllo nei confronti dell'esecutivo e del legislativo. In riferimento agli Stati Uniti, le posizioni assunte dalla Corte suprema in determinate circostanze, per esempio sul caso *Korematsu*, riguardante la deportazione e l'internamento dei cittadini di origine giapponese durante la seconda guerra mondiale o, in tempi più recenti, sui casi *Hamdy o Padilla*, non predispongono all'ottimismo¹⁸³. Non è certo un caso, quindi, che la diffidenza nei confronti delle capacità delle corti di svincolarsi dalle pressioni, dirette o indirette, dell'esecutivo e del legislativo facendosi garanti di un nucleo sostanziale di diritti individuali sia il punto di partenza dei tentativi di riattivare i poteri di prerogativa che, in forme diverse e per molti versi opposte, caratterizzano le proposte di Bruce Ackermann e Oren Gross. Altre perplessità possono essere nutrite circa la possibilità di generalizzare un modello, quello del cosiddetto "nuovo dualismo", a realtà costituzionali diverse da quella degli Stati Uniti, pur ovviamente tenendo conto dei meccanismi di aggiudicazione costituzionale presenti in molte delle carte fondamentali approvate nel dopoguerra nonché delle competenze, per i paesi della Ue, della Corte di giustizia europea.

Il dibattito che si è cercato di riassumere per sommi capi risulta interessante in quanto permette di evidenziare, con riferimenti a specifiche questioni legate ad un ordinamento positivo, le difficoltà di inquadrare le dinamiche del presente alla luce dell'opposizione norma/eccezione o stato di emergenza/legislazione ordinaria, giungendo ad un'impasse non risolvibile attraverso l'evocazione suggestiva dello stato di eccezione globale. Proseguendo si potrebbe cogliere una suggestione di Gianfranco Borrelli, che interrogandosi sull'esigenza di cogliere la "complessità del fenomeno emergenziale rispetto al vero e proprio stato di eccezione" e di articolare una "teoria delle eccezioni più adeguata ai processi di mondializzazione in atto" propone un ampliamento di prospettiva volto a considerare l'incrocio e le sovrapposizioni fra due tipologie di atti e pratiche: da una parte le "procedure

¹⁸³ B. ACKERMANN, *Prima del prossimo attacco*, cit., 27-57; D. DYZENHAUS, *Schmitt vs. Dicey*, cit., 2221-2028.

proprie degli ordinamenti di sovranità” e, dall’altra, “le modalità proprie delle procedure governamentali”¹⁸⁴. Da una parte si avrebbe il livello della prerogativa e della sovranità, tendente ad “attribuire fattispecie giuridica a interventi di natura discrezionale” attraverso strumenti quali i poteri di emergenza, la decretazione d’urgenza, le norme di secretazione, la concessione di grazia, i poteri regolamentari”¹⁸⁵. Dall’altra, invece, abbiamo le tecniche di governo, quel complesso di pratiche discrete, silenziose e occulte legate alla gestione della macchina statale e all’esercizio del potere politico che in determinate occasioni derogano dal quadro legale, lo sospendono in più punti, lo mettono in tensione in nome dell’opportunità e dell’efficacia.

Ci troveremmo così nel campo della ragion di stato, intesa sia come uno stile di precettistica politica sia come un insieme di tecniche di governo che se da una parte condivide con lo stato di eccezione il riferimento legittimante alla “necessità”, se ne dissocia profondamente per l’intrinseco carattere di opacità, segretezza, omissione e dissimulazione che ne definisce i tratti¹⁸⁶.

Alla pubblicità dello stato di eccezione, che sancisce *coram populo* una rottura con la normalità costituzionale, si contrappone uno sdoppiamento di piani in cui all’ossequio formale nei confronti dell’ordinamento giuridico e delle sue procedure si accompagna il dispiegamento di tattiche e strategie di governo volte a riconfigurare l’equilibrio dei poteri, le modalità di riconoscimento di esercizio di diritti e privilegi, le condizioni di applicazione della legge¹⁸⁷. In qualche modo ci troviamo nei pressi delle tecniche e delle

¹⁸⁴ G. BORRELLI, *Oltre i percorsi di sovranità: il paradigma moderno della conservazione politica*, in S. CHIGNOLA – G. DUSO, *Sui concetti giuridici e politici della costituzione d’Europa*, Milano, 2000, 303.

¹⁸⁵ *Ivi*, 17.

¹⁸⁶ G. MEINECKE, *Idea della ragion di stato nella storia moderna*, Firenze, 1977.

¹⁸⁷ Nella lettura del “caso Italia”, ad esempio Giovanni Fasanella e Claudio Sestrieri hanno mostrato quanto a lungo siano stati attivi due livelli nel corpo dello stato: “un primo ufficiale, regolato secondo i principi della democrazia parlamentare e quindi accessibile a tutti; e un secondo livello, segreto (...)” (in G. FASANELLA e C. SESTRIERI con G. PELLEGRINO, *Segreto di Stato. La verità da Gladio al caso Moro*, Torino, 2000, VII). Si ripropone, in altri termini quel rapporto complesso tra pubblico e segreto che nella riflessione di Norberto Bobbio registrava i maggiori insuccessi della democrazia, e che da solo, l’equilibrio istituzionale tra i poteri non sembra mai essere riuscito a comporre (N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Id.*, *Il Futuro della*

strategie plurali e anonime verso le quali M. Foucault ipotizzava dovesse indirizzarsi, in rottura con i modelli politico-giuridici incentrati sulla sovranità e la legge, l'attenzione di quella che definiva "l'analitica del potere"¹⁸⁸. La precettistica della ragion di stato aveva però un referente unitario, il *principe*, a cui si suggerivano i modi per coniugare rispetto nei confronti delle norme (divine, consuetudinarie, positive, morali) che lo vincolavano ed efficacia. Non a caso, quindi, Foucault invitava a disfarsi della "centralità del principe", che attribuiva ad un singolo attore, individuale o collettivo, la titolarità della razionalità strategica della ragion di stato, per cogliere l'operatività di pratiche e tecniche, di relazioni fra saperi e poteri, di cui il principe stesso è non fonte ma risultante¹⁸⁹.

All'immagine di un sovrano che sospende la legge si sostituisce così quella di una molteplicità di pratiche che coinvolgono attori a più livelli, coniugando interventi *ad hoc* e neutralizzazioni tecniche, atti istituzionali e strategie informali, procedure amministrative e decisioni politiche, in un contesto in cui conflittualità e cooperazione si alternano a geometria variabile.

Tra decreti...e giudiziose manifestazioni di buona volontà...nelle quali non solo manca lo schizzo sommario del quadro ma manca anche la

democrazia, Torino, 1984, 85-113).

¹⁸⁸ M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, Torino, 1977; ID., *La volontà di sapere*, Milano, 1978; ID., *Bisogna difendere la società*, Milano, 1998, 19-36.

¹⁸⁹ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, Corso al College de France (1977-1978), Milano, 31 (Lezione dell'11 gennaio 1978).

cornice; viene indicato soltanto il muro dove in futuro il quadro verrà appeso

190

Il passaggio dall'eccezione alle eccezioni trova ulteriore articolazione nel fatto che i dispositivi emergenziali relativi, essendo riconducibili alle specifiche previsioni che li regolano e all'ordinamento a cui si correlano, appaiono un fenomeno "tanto vario quanto gli ordinamenti costituzionali"¹⁹¹. A riprova di ciò si può portare non solo il fatto che quanto regolato da previsioni eccezionali in determinati ordinamenti in altri pertiene al regime ordinario e viceversa, ma anche le difficoltà nell'estendere ad ambiti costituzionali diversi i termini di alcuni dibattiti su cui ci siamo soffermati, calibrati in riferimento alla situazione costituzionale inglese o statunitense. Per concludere, quindi, sarà utile sostare, al fine di entrare nel concreto di uno specifico contesto costituzionale, sull'attuale ordinamento italiano. Come si vedrà, nel nostro paese il ricorso al cd. *stato di eccezione*, in particolare nel corso delle ultime legislature, appare talmente frequente da rendere più che plausibile la tesi dello *stato di eccezione* continuo e generalizzato, anche se da intendersi con significato assai diverso da quello che gli viene attribuito.

Il costituente, lungi dall'ignorare l'esigenza di disciplinare l'emergenza e il conseguente stato di necessità, ha predisposto un vero e proprio modello costituzionale per farvi fronte contemplabile nelle previsioni contenute negli artt. 77, 78 e 126 Cost. In particolare gli artt. 78 e 126 rappresenterebbero delle situazioni straordinarie speciali e quindi meritevoli di una disciplina ad *hoc*. L'art. 78, prevedendo che le Camere deliberino lo stato di guerra e conferiscano al governo i "poteri necessari"¹⁹² si presenta come un caso

¹⁹⁰ Felice metafora di G. SILVESTRI, in "Questa o quella per me pari sono"... *Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in *Costituzionalismo. it*, 2009.

¹⁹¹ P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 72.

¹⁹² L'attribuzione dei pieni poteri nello stato di guerra, che ha radici nell'ordinamento monarchico, può essere considerato, quanto alla forma, uno strumento riconducibile alla delegazione legislativa ordinaria tanto da far dubitare che possa configurarsi come strumento straordinario. Cfr., L. ROSSI, *Pieni poteri*, in *Nuovo. dig. it.*, XVII, Torino, 1939, 1122, ss; P.G. GRASSO, *Pieni poteri* in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1976, 611 ss.

classico, di “stato di eccezione”. In consonanza con una tendenza generale più volte sottolineata, nel corso della storia repubblicana non si è mai fatto ricorso a tale strumento¹⁹³. Del resto, la possibilità di concedere poteri straordinari al Governo, determinando una radicale alterazione nell’equilibrio dei poteri stessi, è condizionata alla dichiarazione di guerra, un’istituzione della società internazionale a cui si ricorre sempre più raramente e comunque mai utilizzata nelle tipologie ad intervento armato a cui l’Italia ha partecipato con sempre maggior frequenza a partire perfino alla guerra fredda¹⁹⁴. Diversamente il tema dello stato d’eccezione come norma acquisisce una marcata plausibilità se si considera la decretazione d’urgenza¹⁹⁵ disciplinata dall’art. 77 della Costituzione, “centro di riferimento delle emergenze innominate”¹⁹⁶, in forza della previsione di una “norma attributiva della competenza straordinaria” all’esercizio provvisorio della funzione legislativa¹⁹⁷.

¹⁹³ A. CASSESE, *Commento all’art. 11*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla costituzione, art. 1-12. Principi generali*, Bologna–Roma, 1975, 569 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e attuazione della Costituzione*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 2002. Cfr. A. BENAZZO, *L’emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004, 14.

¹⁹⁴ G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, 17-69.

¹⁹⁵ M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del governo. Dalla Francia d’Ancien Régime all’Italia liberale*, Milano, 2009, 177, riferisce che nella vigenza dello Statuto albertino tale evenienza era stata prevista dalla l. 2 agosto 1849, n. 759, che investiva il Governo “di tutti i poteri legislativi ed esecutivi” così da “fare tutti gli atti che saranno necessari per la difesa della patria e delle nostre istituzioni”, e dalla l. 25 aprile 1859, n. 3345, che così disponeva: “in caso di guerra coll’impero d’Austria, e durante la medesima, il re sarà investito di tutti i poteri legislativi ed esecutivi, e potrà, sotto la responsabilità ministeriale fare per semplici decreti reali tutti gli atti necessari alla difesa della patria e delle nostre istituzioni”.

¹⁹⁶ G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*, cit., 323 ss. Id. *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *forumcostituzionale.it*.

¹⁹⁷ C. ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Enc dir.*, IX, Milano, 196, 835; L. PALADIN, *Commento all’art. 77*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1994, 52 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, vol. I, 704 ss.

Il decreto legge si pone, pertanto, come istituto emergenziale generale¹⁹⁸ la cui disciplina determinerebbe una vera e propria riserva di decreto legge in casi straordinari di necessità ed urgenza¹⁹⁹. Se questo è il modello costituzionale di riferimento per la regolazione dell'emergenza e dello strumento adeguato a fronteggiarla, allora è agevole annoverare il decreto-legge tra quegli istituti costituzionali che nella prassi applicativa hanno registrato una più vistosa deviazione rispetto alla loro costruzione teorica²⁰⁰. Come noto, specie a partire dagli anni ottanta, l'uso e l'abuso della decretazione d'urgenza è divenuto ormai prassi comune per i diversi esecutivi che si sono succeduti²⁰¹. Che ciò implichi un semplice processo di razionalizzazione del sistema politico oppure sia da riferire a un vero e proprio processo di silenziosa trasformazione costituzionale²⁰², contestualizzabile nell'ambito dell'infinita *transizione* che dagli anni del "craxismo" caratterizza le istituzioni repubblicane²⁰³, tendente ad erodere i poteri del Parlamento a vantaggio di un esecutivo forte e di una figura del premierato, per lo più informale, a base plebiscitaria, è questione aperta e rientrante, in termini più

¹⁹⁸ C. ESPOSITO, *Decreto legge*, cit., 835; L. CIAURRO, voce *Decreto-legge* in *Enc giur*, X, Roma, 1988, 1 ss.; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 205. A. PACE, *Divagazioni sui decreti legge non convertiti*, in *Pol. dir.*, 1995, 402, il quale considera il decreto legge "l'unico strumento costituzionalmente previsto per affrontare tutte le situazioni straordinarie di necessità ed urgenza, quale che ne sia il grado e l'intensità".

¹⁹⁹ Con la conseguenza che al Governo sarebbe preclusa la facoltà di intervenire a disciplinare fatti emergenziali con strumenti diversi da quanto previsto in disposizione e al contempo qualunque norma tesa ad attribuire, al Governo, nella sua collegialità o all'amministrazione, poteri *extra ordinem*, sarebbe da considerarsi costituzionalmente illegittima perché tesa ad alterare la disciplina costituzionale dell'emergenza e, di conseguenza, la forma di governo.

²⁰⁰ La più vistosa deviazione rispetto al modello costituzionale delineato dall'art. 77 cost., e cioè l'emanazione di decreti legge al di fuori dei requisiti di necessità ed urgenza, si è realizzata con la "condiscendenza di tutti gli attori istituzionali" compresi gli organi di garanzia, come sottolineato da A. CELOTTO, *Ormai è crollato anche il requisito costituzionale della "immediata presentazione" del decreto legge alle Camere (prendendo spunto dal D.L. n. 98 del 2011)* in *Associazione deicostituzionalisti.it*.

²⁰¹ M. COTTA- L. VERZICHELLI, *Il sistema politico italiano*, Bologna, 2008, 149-151

²⁰² M. CALISE, *La costituzione silenziosa. Geografia dei nuovi poteri*, Roma – Bari, 2000.

²⁰³ G. CRAINZ, *Il Paese mancato: dal miracolo economico agli anni Ottanta*, Roma, 2003.

generali in una crisi del parlamentarismo²⁰⁴ di più lungo periodo che coinvolge quasi la totalità dei regimi liberal-democratici. Ci interessa però sottolineare come all'interno del sistema politico una serie di materie riceva ormai da decenni, dal punto di vista formale, un trattamento emergenziale così che il paradigma dell'eccezione troverebbe una palese conferma del "tasso strutturale" nella prassi dei governi dell'ultimo trentennio. Sennonché, se consideriamo gli ambiti in cui interviene la decretazione d'urgenza, ben difficilmente ci si trova di fronte alle pratiche a cui solitamente si pensa quando si evoca lo stato di eccezione permanente, dalla detenzione amministrativa alle *extraordinary renditions* (detenzioni segrete), passando per gli interventi armati in giro per il mondo o le espulsioni collettive e individuali di stranieri. Per esempio, una scorsa ai decreti legge emanati durante la XIV legislatura ci riporta ad atti riguardanti l'abolizione dei tribunali delle acque, il fermo temporaneo della pesca, la prevenzione degli incendi, le accise sui tabacchi, la nomina dei vertici della Croce Rossa²⁰⁵. Certo non mancano provvedimenti riguardanti materie più scottanti, come la prosecuzione delle missioni militari in Macedonia, Kosovo e Albania²⁰⁶. Ciò che può provocare una qualche sorpresa è che il progressivo accentramento delle iniziative di governo dell'emergenza si apprezza anche con riferimento ad alcune funzioni che erano aliene dalla configurazione originaria del decreto legge e che esclusivamente la prassi degli anni precedenti aveva fatto rientrare nella dimensione tecnica²⁰⁷. Ci si riferisce essenzialmente alla funzione di "manutenzione legislativa", attraverso cui il Governo adegua il contenuto prescrittivo delle norme generali ed astratte poste dal legislatore alle esigenze concrete che via via si determinano quando la norma deve trovare applicazione alle singole situazioni²⁰⁸. Anche in questo caso, tuttavia, l'impressione è quella di trovarsi di fronte

²⁰⁴ Cfr. R. PERNA, *Tempi della decisione ed abuso della decretazione d'urgenza*, in *Quad. costituzionali*, 1, 2010, 63 ss.

²⁰⁵ A. CELOTTO, *Decreto-legge e attività di governo (nella XIV legislatura)*, in A. Simoncini, *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006, 73-105.

²⁰⁶ G. MARAZZITA, *Lo stato d'emergenza diretto a fronteggiare l'esodo dall'Albania*, in *Giur. cost.*, 1997, 2099 ss.

²⁰⁷ E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano 1967, 460.

alla doppia natura che avrebbe assunto il decreto legge: da un lato procedura abbreviata per interventi che solo in termini contingenti, per ragioni di opportunità e tempistica, passano attraverso la decretazione d'urgenza anziché ricorrere alle vie della legislazione ordinaria; dall'altro vera e propria formazione d'urgenza con istituto straordinario²⁰⁹. Oggi però sotto questo secondo profilo che coincide con l'originaria previsione delle fonti di produzione del diritto in questione, sembra essere scomparsa del tutto, in ragione di "un'usurpazione" da parte di un modello legislativo dell'emergenza (introdotto dalla legge 2 febbraio 1992, n. 25) di gran lunga differente rispetto a quello delineato dal Costituente²¹⁰. Infatti, si è determinato un trasferimento della normazione *extra ordinem* dal livello legislativo a quello dei poteri dell'amministrazione, deviando dal disegno costituzionale e dando vita, al contempo, ad un sistema di diritto amministrativo parallelo a quello ordinario²¹¹. Ciò è avvenuto attraverso molteplici previsioni legislative che disciplinano in modo sporadico e disomogeneo il potere di emanare ordinanze di necessità e urgenza (*ordinanze d'urgenza*), cioè una serie di provvedimenti di dubbia collocazione nel sistema delle fonti e che segnano una deroga ai principi di tipicità e nominatività degli atti amministrativi, caratterizzati invece da una

²⁰⁸ N. LUPO, *Decreto-legge e manutenzione legislativa: i cd. Decreti-legge «milleproroghe»*, in A. SIMONCINI (a cura di) *L'emergenza infinita*, cit., 173 ss.

²⁰⁹ L. CIAURRO, *op. cit.*, 5. A. PREDIERI, voce *Parlamento*, in AA.VV., *Il parlamento nel sistema politico italiano*, a cura di A. PREDIERI, Milano, 1975, 80, sua l'espressione che definisce il decreto legge "disegno di legge rinforzato ad urgenza garantita"; ID., *Il Governo colegislatore*, in AA.VV., *Il decreto legge tra Governo e parlamento*, a cura di F. CAZZOLA - A. PREDIERI - G. PRIULLA, Milano 1975, parla di una funzione colegislativa dell'esecutivo attraverso lo strumento del decreto legge.

²¹⁰ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1976, 704 ss. L. PALADIN, *Art. 77*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, 52 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 80.

²¹¹ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubb.*, 2007, 377.

peculiare atipicità contenutistica²¹². Tale “sottosistema di emergenza”²¹³, non previsto dalla Costituzione, per i primi decenni della storia repubblicana si è basato sulla concessione di poteri straordinari a istanze amministrative quali prefetti e sindaci sulla scorta di una normativa precedente al 1948²¹⁴. Assumono, invece, una posizione del tutto peculiare le ordinanze di protezione civile, disciplinate - una vera e propria svolta - dalla legge 24 febbraio 1992, n. 225 istitutiva del servizio nazionale della protezione civile²¹⁵, il cui art. 5, comma 1, attribuisce al Presidente del Consiglio il potere di emanare ordinanze, anche in deroga alle disposizioni di legge vigenti, in presenza di un presupposto formale rappresentato dalla deliberazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei ministri e di un presupposto sostanziale consistente nel verificarsi dei casi di cui all’art. 2, comma 1, lettera c): “in presenza di calamità naturali, catastrofi, o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari” il Consiglio dei ministri delibera il passaggio, cronotipicamente delimitato, a una situazione di eccezione e attribuisce (comma 4) al Presidente del Consiglio dei ministri la possibilità di avvalersi di commissari per l’attuazione dei provvedimenti di emergenza previa delega che circoscriva il contenuto dell’incarico, i tempi e i

²¹² R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Roma, 2010, 62, i quali giustificano la deroga al principio di tipicità in ragione della “elasticità di manovra che l’ordinamento riconosce alla P.A. al fine di permetterle di fronteggiare in modo adeguato situazioni eccezionali non predeterminabili normativamente; A. ROMANO TASSONE, *La formazione secondaria*, in AA.VV. *Diritto amministrativo*, I, a cura di MAZZAROLLI-PERICU-ROVERSI MONACO-SCOCA, Bologna 2001, 51, riconosce nella mancanza di un contenuto predeterminato il dato comune dei provvedimenti di ordinanza, che trovano nella legge autorizzativa unicamente l’indicazione dei presupposti di necessità e d’urgenza e dal fine perseguito; V. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, 402 ss., afferma che la norma attributiva del potere di ordinanza assolve al compito di individuare in un unico organo tutti i poteri che la legge ha attribuito alla P.A. depurandoli di tutti gli enunciati.

²¹³ G. MARAZZITA, *Emergenza costituzionale*, cit., 420-458.

²¹⁴ In riferimento ai primi studi V.E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1917, 224 ss.; S. ROMANO, *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, Modena, 1901; A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell’emergenza*, cit., 49 ss.

²¹⁵ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell’amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2007, 377.

modi del suo esercizio²¹⁶. Già nei primi anni di vigenza della disciplina, quando il fenomeno delle ordinanze di protezione civile era lungi dall'assumere l'ampiezza attuale²¹⁷ era stato sottolineato che l'elusione dell'art. 77 si stesse realizzando attraverso il conseguimento di quattro risultati sul piano giuridico istituzionale: a) predisposizione della disciplina per far fronte alle emergenze demandata ad un'autorità diversa dall'organo di vertice dell'indirizzo politico amministrativo; b) sottrazione al sindacato della Corte costituzionale delle norme poste mediante ordinanze di protezione civile, poiché prive del requisito della forza di legge; c) elusione del controllo parlamentare; d) esclusione del Presidente della Repubblica dalla vicenda²¹⁸.

Qui preme per ora sottolineare come un'ulteriore conferma del carattere alternativo che le ordinanze hanno assunto rispetto allo strumento del decreto-legge sia rappresentato dalla “destrutturazione della forma amministrativa del potere contingibile e urgente”²¹⁹ e da un contenuto sempre più improntato alla presenza di norme generali ed astratte che mal si conciliano con la loro natura non normativa. A ciò si aggiunge quello che è forse il sintomo più evidente di un modello legislativo alternativo a quello costituzionale che si radica nell'interpretazione estensiva dei presupposti di fatto che legittimano il ricorso

²¹⁶ Già le poche norme citate sono un indizio della volontà di creare un sistema di regolazione dell'emergenza alternativo rispetto a quello delineato dal Costituente. Basti solo riflettere sulla singolarità di affidare al Governo l'emanazione delle ordinanze in questione. Ossia allo stesso organo a cui la Costituzione attribuisce lo strumento del decreto legge, il quale, sin dalle sue origini è stato ideato per far fronte in modo tempestivo agli stessi eventi che la legge individua (genericamente) quali condizioni necessarie per l'esercizio dei poteri in materia di protezione civile.

²¹⁷ A. CARDONE, *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI legislatura. La dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo*, in *osservatoriosullefonti.it*

²¹⁸ G. U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2189, il quale, pur denunciando l'elusione della disciplina costituzionale da parte delle ordinanze di protezione civile, riconosce che la previsione legislativa contenuta nella legge n. 225/1992 rappresenti il tentativo più ambizioso per razionalizzare casi e procedure dell'emergenza tenendo in considerazione i principi e i criteri enunciati dalla corte costituzionale e dai giudici comuni in materia di ordinanza e di necessità e urgenza.

²¹⁹ A. CARDONE, *Le ordinanze di necessità e d'urgenza del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, a cura di P. CARETTI, Torino, 2007, 236.

al potere di ordinanza e nella relativa prassi attuativa. Infatti a fronte di un'individuazione legislativa alquanto generica (calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari") che lascia un ampio margine di discrezionalità all'amministrazione, nel corso del tempo è stata registrata una sorta di proliferazione esponenziale delle ordinanze di protezione civile, nei settori più disparati di intervento. Il fatto che il dispositivo della legge 24 febbraio 1992, n. 225 faccia riferimento, oltre alle calamità naturali e alle catastrofi, a non meglio precisati altri eventi ha posto le condizioni, unitamente ad un decreto (7 settembre 2001, n. 343²²⁰) che ampliava la casistica dei grandi eventi (per i quali si devono intendere incontri pubblici, manifestazioni sportive o religiose, summit politici internazionali etc.²²¹) per un'ipertrofica delega di poteri eccezionali al servizio nazionale di protezione civile, con un raggio d'azione che va dall'emergenza rifiuti in Campania, al terremoto in Abruzzo²²². In concreto, all'amministrazione vengono attribuiti pieni poteri, per agire a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, ossia alla legislazione riguardante (ad esempio) la sicurezza sul lavoro, la disciplina ambientale e i procedimenti di espropriazione, gli appalti, la pianificazione territoriale, per

²²⁰ Il d.l. 343/2001 convertito con legge 400/2001 ha stabilito che "le disposizioni di cui al presente art. 5 si applichino anche con riferimento alla dichiarazione dei grandi eventi rientranti nella competenza del dipartimento della protezione civile e diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza". Non si può tacere inoltre la singolarità di una norma introdotta con gli art. 2, 3 comma 1, del d.l. 245/2002 che autorizza il Capo del dipartimento della protezione civile a ricorrere al potere di ordinanza "anche prima della dichiarazione dello stato di emergenza di cui all'art. 5, comma 1" della legge n. 225/1995, "qualora per l'eccezionalità della situazione emergenziale da valutarsi in relazione al grave rischio di compromissione dell'integrità della vita (...) il presidente del Consiglio dei ministri disponga, con proprio decreto, su proposta del Capo del Dipartimento della protezione civile, sentito il Presidente della Regione interessata, il coinvolgimento delle strutture operative nazionali del Servizio nazionale di protezione civile per affrontare l'emergenza" dalla previsione della norma si evince una procedura di intervento ancora più celere rispetto a quella delle l.225/1992 in situazioni che determinino emergenze eccezionali, quasi a dire una *emergenza rinforzata* meritevole di una disciplina ancora più tempestiva e snella di presupposti formali.

²²¹ Come rileva G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 57.

²²² G. MARAZZITA, *Conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *forumquaderni costituzionali.it*.

costruire parcheggi, strade, piscine, strutture alberghiere, inceneritori, siti di stoccaggio per rifiuti; altre *emergenze* (tra cui affollamento carceri, comunità nomadi) senza che sia sempre riscontrabile una vera e propria contingenza caratterizzata da imprevedibilità e temporaneità (si pensi alla cd. emergenza rifiuti-emergenza immigrazione)²²³, molto spesso intervenendo per rimediare ad inefficienze causate da una cattiva amministrazione o per fronteggiare fatti di amministrazione che non si riesce a gestire con metodi e poteri ordinari²²⁴, con il risultato di dare vita ad un modello di “amministrazione dell'emergenza permanente”²²⁵.

Il potere di ordinanza in materia di protezione civile concorre quindi con il decreto legge, ma la tensione tra i due dispositivi provoca un forte stress all'intero sistema delle fonti e ai principi costituzionali su cui esso si fonda. Al riguardo è sufficiente soffermarsi su come la l. 225/1995 abbia determinato la creazione di un sistema delle fonti “parallelo” a quello delineato in Costituzione ed assistito da una propria gerarchia interna al vertice del quale si pongono le norme costituzionali e quelle comunitarie (che rappresentano l'unico limite alla capacità derogatoria delle ordinanze in questione²²⁶). In

²²³ Sul punto V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 365 ss., nello specifico nota 20, il quale individua in particolare quattro principali settori normativi oggetto di deroga: quello degli appalti di lavori, servizi e forniture e altri contratti pubblici”, quello di conformazione e pianificazione di beni immobili o del territorio” quello del “rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni” e quello residuale delle “altre discipline di settore”; A. CARDONE, *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI legislatura*, cit., 1 ss., il quale indica i principali casi di deroga alla disciplina vigente operati con le ordinanze di protezione civile; A. CARAPPELLUCCI, *Il potere di ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento “extra ordinem”*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 328 ss.

²²⁴ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 367.

²²⁵ A. FIORITTO, *Una nuova emergenza: l'alluvione delle ordinanze di protezione civile*, in osservatoriosullefonti.it, 1/2011; S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in ID., (a cura di) *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del “Gruppo di Pisa”, Capri, 3-4 giugno 2005, Torino, 2006, 659.

²²⁶ I primi si pongono come una vera e propria cornice entro cui può legittimamente esercitarsi il potere contingibile e urgente, ma al contempo risentono della loro indeterminatezza che lascia all'interprete di turno il compito di individuarli e quindi di stabilire, con evidenti margini di incertezza, quando il potere sia stato esercitato nel rispetto o meno di detti principi. V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri*

posizione immediatamente inferiore, in luogo di leggi, regolamenti e atti amministrativi generali, si trova l'ordinanza collegiale sullo stato di emergenza, sulla quale si incista quella monocratica del Presidente del Consiglio, che a sua volta sarà presupposto di legittimità delle ordinanze poste in essere dai Commissari straordinari, nominati ex art 5 comma 4, che essi stessi saranno delegati ad emanare sulla base dell'ordinanza madre del capo del Governo²²⁷.

L'ultimo fenomeno, in ordine cronologico, di snaturamento del ruolo delle ordinanze è però rappresentato dalla prassi di utilizzarle per dare attuazione ai decreti legge. In genere sempre come sostegno ortopedico a settori estranei all'emergenza e con finalità a loro non pertinenti²²⁸.

Una siffatta disciplina si pone in antitesi anche rispetto al disegno del legislatore costituzionale che ha voluto circondare di numerose garanzie il potere del Governo di emanare atti aventi forza di legge: ciò emerge palesemente dalle parole dell'on. Ruini, secondo cui occorre limitare l'arbitrio "con freni e prescrizioni così rigorosi, che il Governo non adotti

dell'amministrazione, cit., 380. Un'importanza del tutto peculiare riveste invece il limite rappresentato dal diritto comunitario. Al riguardo basti solo pensare che gran parte delle ordinanze investe materie oggetto di disciplina europea, primo tra tutti il settore degli appalti di opere e servizi pubblici. Le frequenti eccezioni alla normativa comunitaria hanno indotto la Commissione europea ad avviare numerose procedure di infrazione contro l'Italia, argomentando che "solo situazioni caratterizzate da imprevedibilità e non imputabilità allo Stato membro facultizzino interventi in deroga al diritto europeo". La giurisprudenza, dopo qualche prima e d isolata pronuncia di segno contrario (TAR Puglia, Bari, n.208/1997 ove si riteneva legittima la deroga alla disciplina comunitaria operata con ordinanze emanate ex art 5 legge 225/1992) ha riconosciuto l'inderogabilità della normativa comunitaria delle ordinanze di protezione civile. Cfr. C. cost 80/2011.

²²⁷ S. AGOSTA, *Il potere di ordinanza contingibile e urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, in gruppodipisa.it, il quale parla di un rapporto del tipo ordinanza madre-ordinanze figlie esistente tra l'ordinanza del Presidente del Consiglio e le ordinanze emanate dai commissari straordinari che traggono la loro legittimazione dalla prima, che si limita ad indicare norme derogabili, mentre le seconde operano in concreto la deroga alla legislazione vigente. Cfr. CARAPELUCCI, *op cit.*, 331ss; SATTA, *Ordine ordinanza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXII, 1990, 3.

²²⁸ G. ALBANESI- G. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile "per l'attuazione dei decreti legge" (ed altri scostamenti dalla L. n.225/1992)*, in *Giur. cost.*, 2009, 2245.

l'inevitabile male dei decreti-legge, se non in casi di vera e assoluta necessità”

229

Nel caso delle ordinanze di protezione civile, pur trattandosi di provvedimenti idonei a derogare alla legislazione vigente (indicando le principali norme a cui si intende derogare e ottemperando all'obbligo di motivazione), l'unica forma di controllo è rappresentata dalla possibilità di impugnazione davanti al giudice amministrativo²³⁰. Il decreto legge n. 90/2008, convertito in legge n. 123/2008 (emergenza rifiuti in Campania) aveva persino sottratto i provvedimenti in parola al sindacato della Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità²³¹. Ma preme qui evidenziare soprattutto la

²²⁹ Vd. seduta del 17 ottobre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'assemblea costituente*, IV, Roma, 1970, 3341.

²³⁰ Il giudice in primo grado è il Tar del Lazio, alla cui competenza funzionale inderogabile va ascritto il sindacato sulle ordinanze di protezione civile e sui consequenziali provvedimenti commissariali secondo quanto già previsto dall'art. 3, comma 2-bis, del d.l. 30 novembre 2005, n. 245 e ora dagli artt. 14 e 135 c.p.a. Questa scelta del legislatore di accentrare il sindacato sui provvedimenti *extra ordinem* del Governo presso il giudice del Lazio ha destato non poche perplessità negli stessi giudici amministrativi che hanno sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3, 24, 25, 125 ed 11 Cost. ed anche rispetto all'art. 23 dello statuto siciliano. La Consulta con la sent. n. 237/2007 ha dichiarato infondate le censure mosse nei confronti delle norme affermando che la *ratio* della disciplina derogatoria vada ricercata nella peculiarità del regime che caratterizza le situazioni emergenziali, nonché nel carattere ultraregionale delle misure chiamate a fronteggiarle prescindendo dal loro ambito geografico di incidenza. Ulteriori perplessità sulla competenza del Tar Lazio sono state sollevate soprattutto in relazione al sindacato sulle ordinanze di protezione civile emesse dai commissari nominati *ex lege* 225/1992. In questi casi infatti non è sempre possibile affermare che la gestione dell'emergenza abbia carattere nazionale, come sostiene invece la Corte costituzionale. Al riguardo, F. DE LEONARDIS, *La Corte costituzionale accresce la competenza territoriale del Tar Lazio: verso un nuovo giudice centrale dell'emergenza?*, in *Dir proc. amm.*, 2008, 491 ss., il quale propone di operare, nei casi di situazioni emergenziali, una “valutazione in concreto mediante ragionevolezza” della competenza in considerazione del rilievo territoriale dell'interesse, cioè a seconda che questo abbia o meno base nazionale.

²³¹ La scelta solleva delle perplessità perché attenua ulteriormente le garanzie di cui è rivestito il potere contingibile e urgente del Governo in relazione alla tempestività con cui fronteggiare le emergenze oltre che presentare seri dubbi di legittimità costituzionale rispetto all'art. 100, comma 2, Cost. Ma sulla necessità di tale controllo preventivo è da registrare la novità rappresentata dal decreto legge 225/2010 (c.d. decreto milleproghe), convertito con l. 26 febbraio 2011, n. 10, che ha apportato a sua volta quattro rilevanti modifiche alla legge n. 225 sulla protezione civile. Innanzitutto è stato reintrodotta il controllo preventivo di legittimità da parte della Corte dei conti sui provvedimenti commissariali adottati in attuazione delle ordinanze del Presidente del Consiglio dei ministri emanate ai sensi dell'art. 5, comma 2, della

totale *marginalizzazione* del ruolo del Parlamento che, pur potendo attivare i tradizionali strumenti di informazione e controllo, è totalmente estraneo alla determinazione del contenuto dell'ordinanza che potrà derogare a qualunque norma (con i soli limiti dei principi generali dell'ordinamento), senza che le Camere siano in qualche modo chiamate, in via preventiva o successiva, a rivestire un qualche ruolo in merito alla verifica della sussistenza dei presupposti per emanarla o rispetto all'individuazione delle norme da questa derogate²³². In questo caso sembrerebbe che le ordinanze rappresentino un *escamotage* tecnico non più solo in alternativa al decreto legge, ma anche ai regolamenti di esecuzione, a motivo delle minori garanzie formali e sostanziali che assistono i provvedimenti contingibili e urgenti rispetto alle fonti regolamentari²³³. Necessaria è tuttavia anche una riflessione ulteriore, che si interroghi sugli attuali assetti costituzionali di distribuzione del potere. Stefano Agosta parlando di sistema “parallelo” ci restituisce «la sgradevole sensazione di aver assistito alla messa in opera, nel corso degli ultimi anni, di uno smisurato, tentacolare marchingegno normativo con cui l'Esecutivo (...) e con la omissiva complicità di un Parlamento grigio ed afasico gioca circolarmente a rilanciare, ad ogni occasione sempre di più, le proprie “eccezionali” e “straordinarie” competenze»²³⁴.

legge 24 febbraio 1992, n. 225. Da aggiungersi la pronuncia da parte della stessa giurisprudenza contabile: si tratta della deliberazione n. 213/2011 della sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Calabria, depositata lo scorso 24 maggio 2011.

²³² Da segnalare, in controtendenza, lo studio del Comitato per la legislazione presentato il 23 novembre 2010, che rappresenta un segnale di attenzione del Parlamento nei confronti di procedure, strutture e poteri dell'amministrazione dell'emergenza e la volontà di considerare in chiave problematica la prassi del proliferare di ordinanze a seguito di dichiarazione dello stato di emergenza. Fin dalla Premessa si afferma che il documento si muove in continuità ideale con il processo di approfondimento e riflessione sulla crisi della legge e sulla progressiva riduzione dei margini d'intervento parlamentare (cfr. Comitato per la legislazione, resoconto della seduta del 23 novembre 2010, 67-68).

²³³ Le ordinanze, infatti, sono caratterizzate dall'assenza di una predeterminazione legislativa del loro contenuto che invece non può mancare, anche se solo nelle vesti della legalità formale, per le fonti emanate ex art. 17, comma 1, lettere a) e b) della legge n.400/1988.

²³⁴ S. AGOSTA, *Il potere di ordinanza con tingibile e urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, in *gruppodipisa.it*.

La legge 225 svolgerebbe un ruolo di supplenza, rappresentando così di fatto, una risposta “impropria” a problemi reali, se si riconosce la problematicità insita nei procedimenti di sostituzione del Governo nei confronti delle Regioni, con riguardo alle materie di competenza concorrente²³⁵, svalutata dalla “necessità” di far valere l’interesse nazionale, nonostante la sua scomparsa dal diritto costituzionale positivo. Ma anche sul versante dell’approvazione del Governo e del loro procedimento di adozione si riscontra una cedevolezza di controlli rispetto alla disciplina dell’art. 77 Cost.; se spetta al Consiglio dei ministri la dichiarazione dello stato di emergenza e i suoi limiti spaziali e temporali, spetta al Presidente del Consiglio (e al capo dipartimento della protezione civile) e quindi ad un organo monocratico, l’adozione delle ordinanze e soprattutto l’individuazione delle norme da derogare o derogabili. Si tratta quindi di una funzione amministrativa affidata ad un organo di natura politica, in deroga al principio di separazione tra attività di indirizzo politico e amministrazione sancito dall’art. 4 del d.lgs. n. 165/2001²³⁶.

Ulteriore punto controverso in ordine alle garanzie, o meglio in assenza di garanzie, in tema di ordinanze e che amplifica il *deficit* di controlli in materia, è quello della totale esclusione del Presidente della Repubblica dal circuito del potere contingibile e urgente²³⁷, anche se è poco credibile che la previsione di un potere presidenziale di emanazione delle ordinanze o di dichiarazione dello stato d’emergenza sia in grado di arginare l’alluvione di

²³⁵ Cfr. Cons. Stato n. 3502/2011 e Corte cost. n. 165/2011 che censura il potere sostitutivo previsto da una legge dello stato in capo ad un commissario straordinario, precisando la differenza tra potere sostitutivo di cui all’art. 120 Cost e attrazione in sussidiarietà di cui alla stessa giurisprudenza costituzionale nella sent. n. 303/2002. Per una mappatura, *ex multis*, Corte cost. nn. 418/1992, 335/1993, 116/1994, 127/1995, 284/2006.

²³⁶ A. FIORITTO, *L’amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, 243, il quale giustifica la deroga al principio di separazione tra politica e amministrazione con la necessità di prendere decisioni rapide, e soprattutto con il fatto che l’amministrazione dell’emergenza, caratterizzata dall’esercizio di poteri con forte contenuto autoritario, non può che impegnare la P.A. in tutte le sue componenti, tanto quelle politiche, quanto quelle amministrative.

²³⁷ A. CARDONE, *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI legislatura*, in *osservatoriosullefonti.it*, 18. G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*, cit, 47. S. AGOSTA, *Il potere di ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio a cielo aperto*, in *gruppodipisa.it*.

provvedimenti contingibili e urgenti di protezione civile. Ipotizzando infatti la modifica della l. n. 225/1992 nel senso di prevedere tale competenza del Capo dello Stato, si tratterebbe comunque di un'altra delle numerose funzioni amministrative attribuite al Presidente della Repubblica e in quanto tale totalmente attratta nell'area degli atti sostanzialmente governativi²³⁸. D'altronde al riguardo è paradigmatica l'esperienza della decretazione d'urgenza, il cui abuso non è stato certamente arginato del potere presidenziale di emanazione, pur costituzionalmente previsto²³⁹. Semmai attraverso il controllo del Presidente si è riuscito ad evitare, anche se non sempre²⁴⁰, che venissero adottati decreti aventi forza di legge palesemente in contrasto con la Carta²⁴¹. Il controllo di proporzionalità forse riveste un ruolo centrale quale limite al potere di ordinanza e al contempo quale strumento per valutare il legittimo esercizio del potere contingibile e urgente. Assunto al rango di principio generale dell'ordinamento giuridico, presuppone l'esistenza di un nesso ragionevole e controllabile tra le misure adottate e l'evento da fronteggiare. Tale giudizio epistemico si atteggierebbe in modo più penetrante rispetto al semplice sindacato sull'*eccesso di potere*, perché non si limita a valutare la logica-congruità delle scelte compiute dall'amministrazione nell'esercizio dei poteri attribuiti dalla legge per la cura di interessi determinati, ma attraverso un'indagine trifasica²⁴², si spinge a sindacare l'idoneità della misura, cioè la sua minore invasività rispetto agli interessi coinvolti e la sua

²³⁸ G. MOTZO – E. DE MARCO – M. FRANCHINI – U. ROSSI MERIGHI, *Le competenze amministrative del Presidente della Repubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cura di G. SANTANIELLO, Padova, 1990, 106.

²³⁹ R. ROMBOLI, *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro*, in *astrid-online*, sottolinea come la Corte abbia dichiarato privi “in maniera evidente” dei presupposti di necessità e urgenza decreti legge firmati dal Capo dello Stato. Cfr., S.M. CICONETTI, *Decreti legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Diritto e società*, 1980, 559 ss; S. GALEOTTI - B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Dig. pubbl.*, XI Torino, 1996, 466.

²⁴⁰ V. decreto legge “salva liste”.

²⁴¹ S. STAMMATI, *Breve nota sui problemi suscitati dal caso Englaro* in *astrid-online.it*.

²⁴² M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2005, 677 ss., per il quale il principio di proporzionalità svolge la funzione di consentire ulteriori deroghe a quelle norme che, poiché emanate per disciplinare o prevenire situazioni emergenziali, non dovrebbero consentire ulteriori margini per una loro derogabilità.

adeguatezza, da intendersi in termini di bilanciamento rispetto al fine, ossia proporzionalità tra situazione, atto e interesse perseguito²⁴³. Vi è infatti la necessità di concentrarsi sulla concreta situazione fattuale in modo da valutare l'idoneità della misura rispetto ad essa e la sua capacità di arrecare il minor sacrificio possibile al cittadino²⁴⁴. La praticabilità di una siffatta situazione si scontra, però, con i limiti che il giudice amministrativo incontra nel rapportarsi con la discrezionalità del legislatore e con quella dell'amministrazione²⁴⁵. Limiti che risultano particolarmente degni di indagine, soprattutto se si guarda al fenomeno delle ordinanze di protezione civile nel progressivo passaggio dal decreto legge al potere contingibile e urgente dell'esecutivo finalizzato alla regolazione dell'emergenza. Il che inevitabilmente determina un passaggio dalle sedi di controllo della Corte al giudice comune, che viene gravato, così, del sindacato su atti di espressione di un potere che si colloca al confine tra politico e amministrativo²⁴⁶.

In riferimento alla dichiarazione dello stato di emergenza ad opera del Presidente del Consiglio dei ministri, il cui presupposto legittimante è rappresentato dalla generica formula "calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità o estensione devono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari", ampia è la discrezionalità dell'amministrazione, per la quale l'unico criterio direttivo è rappresentato dalla valutazione politica, per sua stessa natura contingente e mutevole; rispetto alla quale si smarrisce il sindacato da parte del giudice amministrativo²⁴⁷. Trattandosi di un atto ad alto contenuto di politicità, la mente corre all'affascinante categoria dell'atto

²⁴³ L. D'ANDREA, *La discrezionalità amministrativa come doppio vincolo*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, 624 ss e Id., *Brevi considerazioni sui limiti dei poteri emergenziali nel sistema costituzionale*, in *gruppodipisa.it*.

²⁴⁴ In questo modo si evitano limitazioni alla sfera privata che non sino imposte da una stretta necessità, coerentemente con il fine cui è rivolto il principio di proporzionalità nel diritto comunitario ed ora, anche in quello interno (art. 1, comma 1, l. 241/1990).

²⁴⁵ A. SAITTA, *Distorsioni e fratture nell'uso degli atti normativi del Governo: qualche riflessione di ortopedia costituzionale*, in *gruppodipisa.it*.

²⁴⁶ A. FIORITTO, *Una nuova emergenza: l'alluvione delle ordinanze di protezione civile*, cit., 4.

²⁴⁷ M. DI RAIMONDO, *Voce Protezione civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII; Milano, 1988, 507 ss.

politico²⁴⁸, a maggior ragione se si considera come questa sia stata recentemente riproposta, sul piano legislativo, con l'art. 7 del c.p.a. il cui ultimo inciso riproduce il contenuto dell'art. 31 T.U. n. 1054/1924²⁴⁹. Nella caso di specie, la dichiarazione dello stato di emergenza, pur provenendo da un organo costituzionale o di governo, sembra carente “nell’aver riguardo alla costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione”²⁵⁰. Il dubbio sorge invece in relazione alla giustificazione dell’insindacabilità dell’atto politico in ragione della sua inidoneità ad incidere in via diretta ed immediata su situazioni soggettive²⁵¹. Infatti la dichiarazione dello stato di emergenza, quale atto presupposto rispetto all’ordinanza di protezione civile da parte del Presidente del Consiglio, non si presterebbe *a ledere direttamente* la sfera giuridica del singolo, cosa che invece si realizza mediante le susseguenti ordinanze presidenziali o commissariali autonomamente impugnabili. L’atto politico, in quanto diretta espressione di una funzione di governo è privo di parametri giuridici alla cui stregua verificarne la legittimità ad eccezione delle norme costituzionali che ne rappresentano, quindi, l’unica limitazione²⁵². La dichiarazione dello stato di emergenza, invece, trova il proprio limite nel rispetto dei presupposti, seppur generici, di cui all’art. 2, comma 1, lett. c) e nell’art. 5, comma 1, della legge n. 225/1992, ossia nella legislazione ordinaria.

Pertanto, scartata l’ipotesi che la dichiarazione adottata dal Consiglio dei ministri si configuri come atto politico non resta che indagarne la natura richiamando il consolidato orientamento giurisprudenziale che qualifica la deliberazione dello stato d’emergenza, così come la scelta del Presidente del

²⁴⁸ C. DELL’ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, 1983, 4 ss.

²⁴⁹ Dapprima in via giurisprudenziale con le note vicende della revoca dell’assessore comunale, di alcuni vertici e di Manager pubblici, nonché con la famosa controversia concernente l’ampliamento della base americana di Vicenza. Vedi C. CARUSO, *I casi “speciale”, “Petroni”, “Sgarbi”, sindacabilità dell’atto politico?*, in *Quad cost.*, 2009, 381 ss.

²⁵⁰ P. BARILE, voce *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc dir.*, IV, 1959, 221.

²⁵¹ R. GAROFOLI - G. FERRARI, *op. cit.*, 769. G. PEPPE, *Atti politici, atti di alta amministrazione, leggi-provvedimento: forme di controllo e tutela del cittadino*, in *giustamm.it*.

²⁵² G. PEPPE, *op.cit.*

Consiglio dei ministri o del ministro per il coordinamento della protezione civile di avvalersi di commissari straordinari, quali atti espressione di indirizzo politico-amministrativo, ampiamente discrezionali e che trovano il loro unico limite nel principio di ragionevolezza, il cui scrutinio è affidato al giudice amministrativo²⁵³. Si appalesa dunque la difficoltà, se non l'impossibilità di una classificazione, a riprova del *continuum* politica-amministrazione, di cui le ordinanze di protezione civile, e soprattutto gli atti che rappresentano il legittimo presupposto per la loro emanazione sono un esempio. Lungi dall'essere confortante, tutto ciò mette in evidenza le zone d'ombra formatesi dall'abbandono del modello costituzionale, che oltre ad incidere sui rapporti tra esecutivo e legislativo e sul principio di separazione dei poteri determina delle implicazioni anche in ordine al grado dei controlli. Infatti nei riguardi del decreto legge la Corte ha la possibilità di esercitare un sindacato più ampio rispetto a quello del giudice amministrativo sul rispetto dei presupposti delle ordinanze. Questo sia in virtù della sua nuova giurisprudenza in materia di verifica della sussistenza dei requisiti sanciti dall'art. 77, sia in considerazione dell'ampiezza dello scrutinio di ragionevolezza da questa operato, che tende a scivolare in un controllo sul merito, nel senso di una valutazione sui "metodi o criteri" utilizzati dal legislatore per giungere alla produzione della disposizione²⁵⁴. Così facendo, la valutazione dell'esistenza dei presupposti per ricorrere al potere *extra ordinem* si concentrerebbe nella sede del raccordo tra esecutivo e legislativo, e cioè in Parlamento. Nel caso in cui quest'ultimo si spogliasse delle proprie prerogative costituzionali a discapito della divisione dei poteri e del sistema delle fonti, spetterà alla Corte costituzionale far vincere la ragioni della Costituzione. Ovviamente il presupposto perché ciò possa avvenire è che la Corte proceda, in tema di decretazione d'urgenza, sulla via

²⁵³ C. VENTIMIGLIA, *Un' emergenza da inefficienza: poteri di ordinanza extra ordinem in materia di protezione civile*, in *Cons. St.*, 2004. Da sottolineare la rilevante modifica introdotta dal decreto mille proroghe (art 2 *octies*, l. n. 10/2011) che tra l'altro non interessa solo i commissari di protezione civile, ma anche tutte le altre categorie di commissari che introduce l'obbligo di rendicontazione.

²⁵⁴ L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 25 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 2008, 545 ss.

dell'accertamento dei requisiti senza che questo si risolva in una clausola di stile come in passato²⁵⁵.

Catastrofi: all'alba di un secolo mondiale

La fine dell'Ottocento è spesso raffigurata come un'epoca dorata. Quella *fin de siècle* effettivamente era portatrice di mille speranze, tutte proiettate nel nuovo secolo e il ballo dell'Excelsior con cui si inaugura festosamente il Novecento alla Scala è un inno ai sogni del secolo passato niente affatto un'intuizione del futuro: si rivelerà – a breve – il “mondo di ieri”²⁵⁶.

La cesura si darà in maniera drammatica nell'agosto del 1914 con lo scoppio della “grande guerra”. Uno scoppio che sembra un evento fatale, un disastro naturale: è infatti in buona sostanza “immotivato”, e “automatico”, che accade e si sviluppa al di là delle intenzioni di tutti gli attori in *gioco*.

Per alcuni altri è un altro evento ad anticipare l'inizio del secolo terribile dei massacri e delle ideologie. Accade solo due anni prima: si tratta dell'affondamento del *Titanic*, la nave passeggeri più moderna e più lussuosa, fino ad allora mai vista. Il fatto scuote e commuove fortemente l'opinione pubblica occidentale. Ed è una tragedia dai marcati tratti simbolici. Abbiamo nel *Titanic* un manufatto industriale che è l'orgoglio della tecnica più avanzata, un mezzo all'avanguardia, un mezzo che esaltava la realtà in quel momento all'apogeo della prima globalizzazione.

In quel momento – “il mondo di ieri” – il mito del libero commercio è assai potente, come lo è quello della macchina, e il *Titanic* è una macchina avanzatissima per il tempo. Nei suoi saloni di prima classe durante i pochissimi giorni di viaggio prima della catastrofe si raccoglie una società opulenta, cosmopolita, liberale, civilissima, per quanto nelle classi inferiori e ai piani

²⁵⁵ A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. soc.*, 1/2007, 38 ss.

²⁵⁶ S. ZWEIG, *Il mondo di ieri. Ricordi di un europeo*, tr. it., Milano, 1994, 3.

bassi si faccia sentire la pressione delle masse dei poveri e dei diseredati²⁵⁷. Ma ai piani alti tutto è “civiltà”. Ma all’improvviso la nave urta contro un ostacolo imprevisto e passato inosservato nella sua rotta: tutto cambia, rapidamente e drasticamente. La nave affonda e la gente, disperata, vuole salvarsi. La tecnica non basta più, è fallita, o comunque si rivolta contro l’apprendista stregone che credeva di controllarla nel dettaglio. Quando i soccorritori arrivano, il dramma si è già consumato e i sopravvissuti sono come reduci di una guerra. Lo stato di natura, per qualche ora ha dimostrato di essere latente, e all’occorrenza più potente della “società civile”. Il sacrificio del Titanic è come un’anticipazione ed una premonizione della guerra: un brivido e un avvertimento muto vibrano in Occidente, e posteriori questi vengono confermati dal rombo di cannoni scaricati su schiere di soldati.

La domenica 27 dicembre 1908 era trascorsa assai tetra nella vaga Reggio: massime il pomeriggio, ininterrottamente piovoso, era stato uggiosissimo – Demain n’exist pas

Qualche anno prima, siamo alla fine del 1908, accade qualcosa che turba l’Europa e il cosiddetto mondo civile quanto e più dell’affondamento del *Titanic*. E’ un qualcosa, nonostante tutto, di assolutamente inatteso, di *eccezionale*. E’ un sommovimento terribile della terra e un’ondata feroce di mare che si abbatte, cogliendola nel sonno, su una popolazione inerme, scarificati da una natura che si rivela niente affatto benigna, e troppo densa e oscura per essere attraversata dalla luce del progresso. Il 28 dicembre la “lumière” non illumina in quel di Messina né dirige gli esseri umani coinvolti in quel moto di energie naturali, sprigionatesi dal suolo, senza riguardo alcuno per l’uomo. Questo soccombe. La natura colpendo forte riconduce l’essere umano al suo stato di essere tutto fisico, tutta carne, tutto privato: la sua sfera

²⁵⁷ J. C. CLARY, *The Last True Story of Titanic*, Port Huron, Maritime History in Art, 2006, 3.

pubblica si dissolve in pochi minuti. Per chi è colpito da una sofferenza estrema, il mondo si contrae in un punto, nel dolore l'essere si riduce a sensazione, e finalmente trionfa Berkeley: *esse est percipi*. Il disorientamento dei sopravvissuti non è solo spaziale. La città quale contesto condiviso d'azione collettiva è come un universo comune, di essa siamo prodotto e portatori. Opportunamente nella Grecia classica si distingueva la *asty*, la città di muri e di case, l'aggregato urbano, dalla *polis*, la città fatta di regole e di una sfera comune di aspettative e pretese reciproche di un discorso condiviso²⁵⁸. Ma col terremoto a Messina la fine della città dei muri e delle case sancisce anche la morte della seconda, la città della "cosa pubblica". Ciò la dice lunga su cosa sia o cosa ci possa aspettare dallo *stato di eccezione* – se intesa quale matrice del diritto e della situazione giuridica – illustrato nel rapporto tra politica – diritto – violenza; quest'ultima sempre produttrice o conservatrice di diritto. Ma non vi è violenza più inaudita di quella di un terremoto e quello di Messina è distruttivo come pochi. Il sisma è simile ad una guerra; o meglio i suoi effetti suscitano questa impressione – che è la prima che ci offre un testimone d'eccezione, Giuseppe Antonio Borgese, che arriva con un piroscafo a Messina il giorno stesso della scossa micidiale: "dissipatesi le nebbie crepuscolari, apparve la costa di Sicilia, tutta diroccata, come avesse subito nella notte l'assalto di una flotta spietatamente precisa, che avesse bombardato, senza una sola eccezione, i palazzi, i tuguri e le fortezze. Ciaschedun edificio era crollato in ginocchioni. S'erano polverizzati i fianchi, lasciando diritto fra l'uno e l'altro mucchio di sterro un altissimo triangolo, che indicava come un'immensa pietra sepolcrale il posto dove una casa fu. Il mare formicolava di barche sperdute; la riva era deserta"²⁵⁹.

Peggio di un campo di battaglia, ma le vittime sono innocenti, sorpresi nel sonno. Arrivano i soccorsi, si salvano le vite. Si impone la legge di guerra e lo stato d'assedio, all'inizio solo di fatto, il più assoluto. Tra i cadaveri si

²⁵⁸ Cfr. E. CANTARELLA, *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta e diritto*, Milano, 2007, 97 ss.

²⁵⁹ G. A. BORGESSE, *Con la testa riversa e le palme protese*, in "Il Mattino", 1-2 gennaio, 1909.

rovista e si ruba, si uccide anche. La città sembra dissolta dalla forza naturale²⁶⁰. Con le case sono cadute anche le norme. Come ricordava Salvatore Pugliatti, ancora nella sua ultima lezione di diritto, “tutti i rifugi, tutte le forme, tutti i rapporti che avevano sostenuto la vita operosa e civile di una vasta collettività erano cancellati, alterati, sconvolti e l’uomo sentiva affiorare entro di sé istinti e sentimenti primordiali in opposte direzioni”²⁶¹ ed allora si corre ai ripari: la “norma” più appropriata all’assenza di norme sembra essere la rivendicazione di un potere anch’esso senza norme. E’ per l’appunto lo stato d’assedio²⁶². Alla natura brutta e al disorientamento esistenziale e morale si risponde con la forza e le fucilate²⁶³. E’ il potere politico “nudo”, quello che qui si manifesta, che proprio perché è nudo è più che politico, *senza politica*, senza cioè condivisione di regole, senza controllo.

All’analogia con una situazione di guerra si richiama il Re nel d.r. 3 gennaio 1909 con il quale si dichiara lo stato di eccezione. E la somiglianza con lo stato di guerra è ribadita da Santi Romano che sui decreti legge e lo stato d’assedio in occasione del terremoto scrive: “la situazione creata dal cataclisma era per certi versi identica e per altri più grave di quella che si verifica nei territori in stato di guerra”²⁶⁴.

Santi Romano tuttavia vede nel terremoto qualcosa di più di una situazione di guerra, e lo stato d’assedio che si impone per decreto reale – ma

²⁶⁰ J. DICKIE, *Una catastrofe patriottica. 1908: il terremoto di Messina*, Roma - Bari, 2008, cap.III.

²⁶¹ S. PUGLIATTI, *Il diritto ieri oggi domani. Ultima lezione* (Aula Magna dell’Università di Messina, 19 dicembre 1973) Milano, 1993, 3.

²⁶² G. ARANGIO RUIZ affermava che come i popoli liberi in casi eccezionali, per difendere le proprie libertà, potevano ricorrere alla rivoluzione, anche i governi, per garantire la sicurezza dello stato potevano derogare alle basi stesse dell’ordinamento. I concetti di rivoluzione e stato d’assedio, pur politicamente agli antipodi, giuridicamente trovavano la stessa giustificazione: “l’un e l’altro fatto non possono essere considerati come *diritto*, ma come uno *stato di fatto* cui la legalità viene dopo il fatto compiuto” (in *Assedio politico (stato di)*, in *Enc. giur. it.*, 168-217).

²⁶³ Dichiarazione di stato d’assedio proclamato – uno dei rari casi – per eventi naturali e non per ragioni di ordine pubblico. Cfr., M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del governo*, cit., 186.

²⁶⁴ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d’assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, ora in Id., *Scritti minori*, a cura di G. ZANOBINI, Milano, 1, 1950, 290.

già in precedenza grazie alla *forza normativa del fatto* – gli serve per discutere del rapporto tra diritto e necessità. Romano innanzitutto contesta la tesi del Ranelletti, tra i maggiori studiosi di diritto pubblico del suo tempo, secondo il quale lo stato d'assedio civile rientrerebbe nella figura dello “stato di guerra” e sarebbe dunque governato dal codice penale militare²⁶⁵. Ciò che Romano contesta è l'idea che lo stato d'assedio sia un'applicazione dell'esimente dello stato di necessità. Per Ranelletti certe disposizioni a prima vista *contra legem* si giustificano per l'appunto per rispondere ad una situazione di necessità. Questa legittima in certe occasioni la violazione della legge, e là dove lo stato di necessità si presenti come una situazione di certa durata e per così dire collettiva, anche l'emanazione di disposizioni aventi piena forza normativa. Questa però sarebbe riflessa, trattandosi in buona sostanza di una eccezione. La formula stato di eccezione segnalerebbe proprio la qualità di eccezione alla regola, di “caso speciale”, del fatto di specie, ma non una capacità normativa *extra ordinem*²⁶⁶. L'eccezionalità qui non abrogerebbe la vigenza della legge ordinaria, che si vedrebbe invece confermata dal carattere per l'appunto eccezionale della situazione e della normativa ad essa applicata. Lo stato di necessità sarebbe un'eccezione alla regola e niente altro. Romano ritiene invece che il rapporto tra diritto e necessità sia ontologico, nel senso che nel diritto vi sia un fondamento primigenio che rinvia allo stato di necessità²⁶⁷. E' la necessità, non il fatto la vera “levatrice” dell'obbligatorietà e della validità giuridica. Pertanto, “che la necessità possa vincere la legge deriva dalla sua stessa natura”²⁶⁸.

²⁶⁵ O. RANELLETTI, *La Polizia di sicurezza*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, Milano, Vol. IV, 1904. In particolare, si veda *Misure straordinarie adottate con atto di governo*, 1154 ss.

²⁶⁶ O. RANELLETTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, 46 ss.

²⁶⁷ S. ROMANO, *Sui decreti legge*, cit., 362. Cfr. Considerazioni di Agamben, in *Stato di eccezione*, 34 ss.

²⁶⁸ “Perché essa rimanga nel campo del diritto positivo basta soltanto che si manifesti (...) nel senso di una forza che difende e protegge l'ordinamento vigente e si traduca in comandi dello Stato (...) la necessità può dar luogo a provvedimenti giuridici, anche quando siano contrari alla legge” (S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., 299).

Lo stato di necessità per il Romano *non sarebbe uno spazio vuoto di diritto*, bensì il momento più pieno di questo. Non “sospensione”, ma compimento e “perfezione” del diritto. Ma non è contraddittorio “difendere e proteggere l’ordinamento” mediante provvedimenti contrari alla legge? Qui si dà il paradosso che - come nota Agamben - “per applicare una norma occorre (...) sospendere la sua applicazione”²⁶⁹. “Lo stato di eccezione separa, cioè, la norma dalla sua applicazione, per rendere quest’ultima possibile”²⁷⁰. Ciò forse serve più ai fini del potere che a quelli del diritto. «Ciò che “l’arca” del potere contiene al suo centro è lo stato di eccezione²⁷¹. Per cui ricadremmo in un altro paradosso: che quanto più il “potere politico” (di cui lo Stato è la massima espressione ottocentesca) si approssima al suo nucleo originario e rivela propria essenza, tanto più deve rispingere la politica (come momento convenzionale, relazione intersoggettiva) *ai margini* della propria esperienza, e rendersi così impolitico, fatto “bruto”.

Il massimo potere politico sarebbe quello meno “politico”, meno capace di azione collettiva e razionalità comunicativa²⁷². Anche ad Agamben non sfugge questo esito abbastanza fatale e infatti è costretto a concedere che “vera politica è (...) soltanto quell’azione che recide il nesso tra violenza e diritto”²⁷³. Con una conclusione siffatta dalla provincia del decisionismo schmittiano - per cui paradigmaticamente si passa al campo della politica come dimensione non dell’emergenza, bensì dell’azione collettiva e pubblica. La decisione, come riaffermazione esistenziale cede qui il passo alla *novità* che è intrinseca nella condizione umana e la sottrae all’ontologia deterministica e identitaria. Nella convivenza umana dotata di senso in quanto ambito politico si pone la questione della vicissitudine che è circostanziale al nuovo, il quale ultimo risulta dal fatto banale che nella sfera esistenziale umana *si danno sempre nuovi individui*. In questa prospettiva il disastro naturale, il terremoto, più che

²⁶⁹ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 54.

²⁷⁰ *Ivi*, 49.

²⁷¹ *Ivi*, 110.

²⁷² H. ARENDT, *Crisis of the Republic* (per la distinzione tra Gewalt, violence, forza o violenza e Macht, power, potere politico).

²⁷³ AGAMBEN, *op. cit.*, 122.

“un nuovo radicale” sembra invece segnare la reiterazione della legge naturale per la quale non vi è novità, rottura della catena causale.

L'emergenza è anche un barometro con cui testare la tenuta delle istituzioni in una fase storica in cui la costruzione di un'identità nazionale fu messa a dura prova. Del resto, proprio quei luoghi colpiti dal terremoto d'inizio Novecento, sia per la brutalità dell'evento, sia per le profonde inquietudini sociali da questo portate alla luce, assunsero - come sottolinea John Dickie - un peculiare “sovraccarico semiotico”²⁷⁴.

²⁷⁴ J. DICKIE, *Una catastrofe patriottica. 1908: il terremoto di Messina*, Roma-Bari, 2008.

CAPITOLO III

A PARTIRE DAI MARGINI

Il campo come forma

“Il nostro tempo è il tempo dei rifugiati, dei profughi, dell’immigrazione di massa”. In sintesi il *displacement* che in tono vagamente elegiaco si definisce esilio. Parole per soggetti fuori-posto diversamente nominati *internally displaced* o *asylum seekers*, *temporary refugees*, fino ai migranti, “economici o meno”, “regolari o meno”. Oggi, infatti, lo statuto dei soggetti fuori posto viene ricondotto a categorie totalizzanti, che nel lessico della politica sono raggruppate in un pugno di truismi: *internally displaced* e *asylum seekers* (a seconda che la dispersione avvenga all’interno o all’esterno dei territori di pertinenza), *temporary refugees* o rifugiati di *prima facie* (individui perseguitati cui è assegnato uno statuto umanitario *pro tempore*).

Esercizi nominalistici, si dirà, niente altro che parole. In realtà queste definizioni finiscono per produrre ciò che indicano, classificando soggetti la cui esistenza è sintomo di una condizione che eccede qualsiasi forma unica di appartenenza. Il solo modo per definire questo eccesso consisterà allora nell’azzerare ogni elemento singolare ascrivendolo a categorie cumulative e sulla base di queste classificazioni, operare scelte e decidere della sorte degli individui in questione. Occorre però tener presenti due ulteriori considerazioni. La prima riguarda l’arbitrarietà di tali distinzioni, che possono anche sovrapporsi in una sola biografia. E’ possibile, cioè, dopo essere stati costretti a sfollare (ricadendo quindi nella definizione di *internally displaced*), riuscire ad oltrepassare i confini nazionali e chiedere asilo in un paese terzo (diventando *asylum seekers*). Può succedere, ma qui si entra in un campo di possibilità infinitesimali, che la domanda di asilo venga accolta, sia pure

temporaneamente (diventando così immigrati di *prima facie*). Va detto che le domande recapitate ai consolati o alle polizie di frontiera restano quasi sempre lettera morta, e il rifiuto si configura come decreto che impedisce di ripresentare domanda in altri paesi determinando una vera e propria *messa al bando*²⁷⁵. Il diritto di asilo, in ogni caso ridefinito in termini di generica protezione umanitaria, è concepito come strumento a termine legato alla presunta normalizzazione della situazione nel territorio di provenienza²⁷⁶. Una volta scaduto, si presuppone un ritorno spontaneo nel paese di origine; in alternativa incomberà un decreto di espulsione che resterà per lo più potenziale, sussumendo l'esistenza degli *ex internally displaced*, poi *asylum seekers* e quindi *temporary refugees* in quella condizione precaria che precipita nella definizione di clandestino. Il punto, allora, non riguarderebbe tanto presunte differenze oggettive tra individui che condividono una condizione di *displacement*, quanto piuttosto l'arbitrarietà di tali definizioni e gli effetti politici che queste determinano. Tra tali effetti, che si sovrappongono ridisegnando nuove perentorie divisioni di *status*, uno in particolare merita di essere analizzato.

Passiamo così alla seconda considerazione, che chiama in causa l'oggetto con cui queste pagine si confrontano. A ogni tappa della carriera morale degli individui in questione corrisponderà infatti un campo, un centro temporaneo più o meno attrezzato. Anche in questo caso il lessico ufficiale abbonda di formule eufemistiche. Tra giochi di parole in cui l'accento potrà cadere sul carattere detentivo o umanitario, si susseguono definizioni che ribadiscono ossessivamente la provvisorietà di tali luoghi: *Emergency temporary locations* o *Temporary protected areas* per gli *internally displaced*; *Transit processing centres* o "centri di identificazione" a seconda che siano collocati nei paesi di transito o di destinazione per gli *asylum seekers*; più banalmente centri di permanenza temporanea (ribattezzati più esplicitamente di

²⁷⁵ J. VALLUY, *La nouvelle Europe politique des camps d'exilés*, in "Culture et Conflits", 57, 2005.

²⁷⁶ UNCHR, *Draft Directive on temporary protection in the event of a Mass Influx*, Geneve, 2006.

identificazione ed espulsione), per i migranti irregolari. In termini meno eufemistici, se è teoricamente possibile che uno stesso individuo attraversi tutte le definizioni riportate in precedenza, è politicamente costante che a ognuna di esse corrisponda uno di questi centri, di queste zone definitivamente temporanee: luoghi di transito la cui assoluta provvisorietà entra in collisione con l'altrettanta perentoria inesorabilità, epifanie materiali dei confini deterritorializzati del presente.

La matrice campo: il grado zero

È a partire da questa costanza, da questo transitare permanente per luoghi temporanei, che prende corpo l'ipotesi di una forma campo, una matrice comune in grado di rendere conto di tutte le diverse fenomenologie con cui i campi fanno irruzione nel presente²⁷⁷. I campi emergono innanzitutto come solo territorio "possibile" cui ricondurre l'umanità in movimento tra confini e appartenenze univoche. L'impressione, quindi, è che sia lo statuto deficitario dei soggetti a dare un senso ai campi: luoghi "a perdere" per "soggetti a perdere" risposta che eccede per i soggetti che eccedono. Questa tesi si rivela però riduttiva, troppo meccanica e formale, finendo per rimuovere la dinamica che investe i campi. Per questo, oltre allo *status* occorrerà considerare la vita di chi è costretto a transitare per un campo: il suo intervento sul luogo, le forme di azione e di ribellione che attraversano ogni campo. E' in questa prospettiva, per esempio che Michel Agier individua nei campi uno spazio politico in permanente tensione, per certi versi aperto che non consente di liquidare i campi come semplici luoghi a perdere²⁷⁸. Recuperare la dinamicità dei campi tuttavia significa anche rendere conto della sinistra complementarietà che salda luoghi e soggetti, e dunque della particolare dimensione produttiva che investe tali dispositivi. In quest'ottica, non si può trascurare il modello in cui le

²⁷⁷ F. RAHOLA, *Zone definitivamente temporanee. I luoghi dell'umanità in eccesso*, Verona, 2003.

²⁷⁸ M. AGIER, *Gérer les indésirables*, Flammarion, Paris, 2008.

condizioni di vita degli “ospiti” si svolgono nel tempo nel tempo – in termini di precarietà - e nello spazio in termini di *confinamento*. Ogni riflessione sui campi deve allora misurarsi con molteplici quesiti: che cosa significa essere designati come soggetti sul cui destino incombe un campo? Che ruolo gioca un dispositivo come il campo nel produrre questa condizione? A quale dimensione di potere e a quale spazio politico riconduce? L’idea di una forma-campo si colloca nel solco tracciato da tali domande. Indica la necessità di rendere conto di tutti i campi del presente e pure un percorso per rileggere la storia di questo dispositivo di *confinamento*²⁷⁹. Un punto di partenza, in questo caso, lo forniscono le “profezie” di Hanna Arendt che già alla fine della seconda guerra mondiale avvertiva che, in un paese di tradizione democratica come gli Stati Uniti, la denazionalizzazione dei cittadini apriva a una nuova trasformazione della forma campo²⁸⁰, “surrogato del territorio nazionale” dove confinare individui che non appartengono²⁸¹. L’impressione è che Arendt, sia pure in poche righe, intendesse assumere il campo di internamento come matrice per costruire un percorso storico complesso, in grado di dire qualcosa anche delle manifestazioni più estreme. Proprio questa “matrice”, che incombe su soggetti a diverso titolo “fuori posto”, continua ad apparire elemento decisivo. Migranti e profughi condividono una condizione di *displacement* che è innanzitutto

²⁷⁹ A. PETTI, *Arcipelaghi e enclave. Architettura dell’ordinamento spaziale contemporaneo*, Milano, 2006, 118, si chiede “come sia possibile che la costruzione dei campi, un evento centrale nella cultura delle modernità, non abbia contagiato, oltrepassato, invaso gli spazi della *polis*. E, in particolare, quali conseguenze un esperimento di tale portata politica e spaziale abbia avuto sulla nozione di spazio pubblico”.

²⁸⁰ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, cit., 329 “C’è da temere che i campi di concentramento e le camere a gas che rappresentano indubbiamente la soluzione più sbrigativa del problema del sovrappopolamento, della superfluità economica e dello sradicamento sociale, rimangano non solo di monito, ma anche di esempio. Le soluzioni totalitarie potrebbero sopravvivere alla caduta dei loro regimi sotto forma di tentazioni destinate a ripresentarsi ogni qual volta appaia impossibile alleviare la miseria politica dell’uomo”.

²⁸¹ “Ogni tentativo, da parte di conferenze internazionali, di istituire uno *status* giuridico per gli apolidi è fallito perché nessuno *status* internazionalmente garantito poteva sostituire il territorio dove cacciare uno straniero indesiderato (...) l’unico surrogato pratico del territorio nazionale di cui è privo sono sempre stati i campi di internamento. Già negli anni trenta questa era l’unica patria che il mondo aveva da offrire all’apolide”. H. Arendt, *ivi*, 389.

azione, trasgredendo l'imperativo politico che fissa un individuo ad un luogo e reclamando altre forme di (non) appartenenza. Si tratta però di una "eccedenza" che allo stesso tempo diviene sintomo evidente, qualitativo più che quantitativo, di un punto di non ritorno, mettendo in crisi tutto ciò che ancora si rappresenta come "al proprio posto". Una frase di Stephen Castles e Alistair Davidson fotografa l'implosione, sia verso l'esterno, sia verso l'interno, delle forme in cui è organizzata l'appartenenza politica nel corso della modernità: "Milioni di persone sono privati di diritti poiché non possono divenire cittadini nel paese in cui risiedono. Ancora più numerosi, tuttavia, sono coloro che hanno lo *status* formale di membri dello stato nazionale ma mancano di molti dei diritti che si è soliti pensare discendano da questa condizione (...). Ci sono sempre più cittadini che non appartengono, e questa circostanza mina a sua volta la base dello stato nazionale come luogo centrale della democrazia"²⁸². Parole che puntano il dito sulla crisi complessiva di un sistema inclusivo, di un rapporto dialettico tra inclusione ed esclusione in cui quest'ultima sia riassorbita all'interno di un'idea di diritto, di stato e di democrazia. L'ipotesi che si intende avanzare è che l'esistenza dei campi sia di volta in volta l'indizio più immediato di tale crisi, alludendo ad uno spazio "altro", che eccede i confini dello stato stesso²⁸³. Esiste una letteratura piuttosto cospicua che descrive i campi in termini di eccezione. Agamben, per esempio, rileggendo la vicenda della sovranità moderna in base alla coppia dialettica biopotere²⁸⁴ e nuda vita²⁸⁵, a partire dalla genealogia di *iustitium* assume il campo come luogo paradigmatico in cui il potere sovrano e la vita si

²⁸² S. CASTELS, A. DAVIDSON, *Citizenship and Migration. Globalization and the Politics of Belonging*, London, 2000, VIII.

²⁸³ Per un'interpretazione analoga dei campi, come sintomo di un più generale processo di moltiplicazione e autonomizzazione dei confini: S. MEZZADRA - B. NEILSON, *Il confine come metodo della moltiplicazione del lavoro*, in *Università globale. Il nuovo mercato del sapere*, Roma, 2008.

²⁸⁴ Si veda M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano, 2005, 13, il quale definisce il biopotere come "L'insieme dei meccanismi grazie ai quali i tratti biologici che caratterizzano la specie umana diventano oggetto di una politica, di una strategia politica, di una strategia generale di potere".

²⁸⁵ G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995.

confondono sospendendo ogni mediazione e in cui il sistema di inclusione-esclusione torna a funzionare tanto da essere l'elemento fondante dello stesso potere sovrano. Quello di Agamben è un tentativo di riflettere su ciò che si produce come "fuori" rispetto ad un dato ordinamento e che può essere catturato "preso fuori" (questo il significato di *excipere*)²⁸⁶, sospendendo gli strumenti ordinari del diritto e ricorrendo ad un'idea trascendente di sovranità, come istanza che decide dello stato di eccezione. A tale lettura si può opporre una prospettiva diversa, più vicina all'idea di governamentalità, concentrata su una serie di luoghi e pratiche che definiscono e governano soggetti senza necessariamente appellarsi alla trascendenza di una decisione sovrana, la quale al contrario si inverte nei gesti e negli effetti immediati che tali luoghi e tali pratiche producono²⁸⁷. Detto in altri termini, si tratta di assumere il dispositivo "campo" per la sua specifica capacità "positiva" e cioè produttiva. Proprio da questa "positività" origina l'idea di una forma campo. Forma in questo caso, anziché nell'accezione immediata di cornice neutra, priva di segno e di direzione, va intesa nel significato dialettico di un "principio che concretizza". Questa idea di forma associata alla matrice di campo isolata da Arendt permette di cogliere qualcosa che "produce una differenza", che quando irrompe segna un superamento rispetto a ogni esperienza di esclusione, ratificando una differenza radicale. Qualcosa che ha a che fare con un eccesso e definisce l'esistenza di individui che eccedono il senso di un luogo²⁸⁸.

Da Arendt in poi, si è accreditata l'idea del carattere di superfluità che accomunerebbe i campi e l'umanità destinata a trovarvi una casa. L'ipotesi arendtiana tradisce una certa idiosincrasia nei confronti di tutto quanto non si collochi lungo il confine politico assoluto che separa chi appartiene e chi no, il

²⁸⁶ "Esso è un pezzo di territorio che viene posto fuori dell'ordinamento giuridico normale, ma non è, per questo, semplicemente uno spazio esterno. Ciò che in esso è escluso è, secondo il significato etimologico del termine eccezione, *preso fuori*, incluso attraverso la sua stessa esclusione. Ma ciò che, in questo modo, è innanzitutto catturato nell'ordinamento è lo stesso stato di eccezione (...) Il campo è, cioè, la struttura in cui lo stato di eccezione, sulla cui possibile decisione si fonda il potere sovrano, viene realizzato *normalmente*". *Ivi*, 189-190.

²⁸⁷ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 16.

²⁸⁸ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, cit., cap. IX.

cittadino e l'apolide. Ma non appartenere non significa non produrre. Né è vero che i campi siano necessariamente luoghi improduttivi. La loro, però, è una produttività che non risponde a logiche immediatamente economiche (con l'eccezione dei campi di lavoro forzato), né risponda a criteri "funzionali" (se è vero, per esempio, che la maggioranza dei migranti reclusi nei centri di detenzione viene rilasciata come clandestina, anziché espulsa). Si tratta, invece, di una produttività inscritta nel gesto di ratificare una differenza radicale, decretando l'esistenza di soggetti passibili di internamento e gestendoli, cioè amministrandoli, disciplinandoli, clandestinizzandoli. La produttività dei campi, in altre parole, si riflette nella particolare condizione eccedente di chi vi è confinato, come pure nella specifica produttività che caratterizza tale eccedenza. Certo definire "produttiva" la condizione di uno sfollato pare inverosimile. Se si escludono specifiche economie "umanitarie", la drammaticità delle deportazioni e degli spostamenti forzati sembra al contrario restituirci il senso desolato di qualcosa fuori dai calcoli, che Dirlik invita a dilatare globalmente: "i *basket case*, tutti quelli che non hanno nulla da perdere e si rivelano non essenziali – i quattro quinti della popolazione mondiale, stando alle stime dei manager "globali" – non devono neppure essere colonizzati: basta marginalizzarli. La nuova produzione flessibile ha reso obsoleto il ricorso a forme coercitive e disciplinari nei confronti del lavoro vivo, tanto a casa, quanto all'estero nelle colonie. Le persone e i luoghi che non rispondono alla necessità del capitale (...) finiscono semplicemente per trovarsi fuori dai suoi calcoli"²⁸⁹.

Ci si potrebbe trovare così di fronte ad uno scarto assoluto. Tale, per esempio, può apparire la condizione dell'umanità che affolla un campo profughi, per cui non vale neppure il linguaggio corrente dello sfruttamento. E, tuttavia, la drammatica realtà dei *basket case* non autorizza a leggere l'eccedenza come esclusivamente superflua in quanto improduttiva²⁹⁰. Del resto, anche le migrazioni contemporanee rispondono a logiche decisamente

²⁸⁹ A. DIRLIK, *The Postcolonial Aura*, in "Critical Inquiry", autunno 1994, 351.

²⁹⁰ L. PEPINO, *Dalla guerra alla povertà alla guerra ai poveri*, in *Diritto di welfare* a cura di M. Campedelli, P. Carozza, L. Pepino, Bologna, 2010, 511 ss.

produttive: un'umanità sfruttata perché non riconosciuta (o riconosciuta su basi rigorosamente differenziali?), perché clandestinizzata, perché in eccesso. Il fatto è che distinguere tra un'eccedenza produttiva ed una, invece, residuale e astrattamente politica ratifica differenze arbitrarie e *partages* legati a strategie di governo tra *forced* ed *economic migrations* o tra migranti, profughi e sfollati, smarrendo così un *continuum* (anche biografico, come si è cercato di dimostrare) che è cifra di fondo dell'eccesso contemporaneo nella misura in cui esso rientra nel più generale circuito della mobilità. In altre parole, il significato dell'eccedenza, come condizione che rivendica un diritto e una pratica di mobilità e si colloca al di fuori di ogni forma esclusiva di appartenenza, si definisce materialmente nella possibilità spettrale di un lavoro separato da ogni diritto, rendendo opaca ogni distinzione tra produttività e improduttività, sfruttamento e abbandono. E', quindi, intorno alla frattura profonda tra lavoro e diritti e tra la vita ed ogni contesto riconosciuto che si costruisce il vero confine dell'eccedenza: un confine politico che è anche economico, che riarticola ogni relazione tra economico e politico. E da cui emerge, come *fil rouge*, un'immagine deformata di precarietà che definisce l'esistenza tanto delle non persone, gli apolidi di oggi, quanto dei milioni di cittadini che non appartengono o la cui appartenenza diventa ombra di ogni sostanza.

E' su questa umanità in eccesso che incombe lo spettro di un campo, come solo "territorio possibile". I campi, in questo senso, segnalano il modo in cui si riarticolano globalmente nuove differenze, che sanciscono una condizione che eccede ogni idea di esclusione e, piuttosto, viene "inclusa" su logiche radicalmente differenziali, di vero e proprio *apartheid*²⁹¹.

Campi: una storia che viene da lontano

²⁹¹ E. BALIBAR, *Europa paese di frontiere*, Lecce 2007.

Se i campi disegnano una storia a parte, questa storia nasce lontano dall'Occidente. L'ipotesi entro cui mi muoverò è che la loro origine sia da rintracciare nel laboratorio coloniale europeo di fine Ottocento²⁹². E' infatti nelle colonie europee che il campo è utilizzato per la prima volta come strumento di "regolazione della popolazione". Questa prospettiva globale e coloniale²⁹³ consentirà di far meglio interagire la forma campo originaria con quella contemporanea.

Diversi lavori hanno evidenziato come il ricorso alla detenzione amministrativa di "civili" abbia origine in quel particolare laboratorio che sono state le colonie, Cuba²⁹⁴, Sud Africa²⁹⁵, inaugurando quello che davvero può essere considerato come il secolo dei campi. Quest'origine si potrebbe retrodatare alle riserve in cui vennero confinati i nativi nord americani e, tuttavia, se si estende "gramscianamente" verso l'interno l'idea di colonizzazione, la matrice coloniale sembra confermata. Esiste però una lacuna solo parzialmente imputabile ad Arendt, che al contrario denuncia con forza i "massacri amministrativi" del colonialismo: riguarda la capacità di interrogarsi sul senso di questa origine, senza limitarsi a prenderne atto come dato storico²⁹⁶.

²⁹² Cfr. A. Loomba, *Colonialismo e postcolonialismo*, Roma, 2000; M. Mellino, *La critica postcoloniale. Decolonizzazione, capitalismo e cosmopolitismo nei postcolonial studies*, Roma 2005.

²⁹³ Prospettiva che si ritrova nello studio genealogico della forma campo condotta da F. RAHOLA in *Zone definitivamente temporanee. I luoghi dell'umanità in eccesso*, cit.

²⁹⁴ Il primo campo di concentramento appare a Cuba nel 1896, allestito dagli spagnoli. Il contesto è un'insurrezione coloniale e il ricorso alla reclusione della popolazione civile viene giustificato in base a motivi di *sicurezza*, per separarla e non confonderla da chi invece diventa obiettivo delle rappresaglie spagnole. L'ordine perentorio del governatore spagnolo sull'isola è che "entro il termine tassativo di otto giorni, tutti i contadini che non desiderano essere trattati come insorti si concentrino sui campi fortificati" (A. KAMINSKI, *I campi di concentramento dal 1896 ad oggi. Storia, funzioni, tipologia*, Torino, 1997).

²⁹⁵ Sui "provvedimenti d'emergenza" presi dal comandante delle truppe inglesi consistenti nell'internamento massiccio e "preventivo" di civili per isolare i gangli della resistenza boera v. O. RAZAC, *Storia del filo spinato. La prateria, la trincea, il campo di concentramento*, Verona, 2001.

²⁹⁶ Arendt tanto nel nono capitolo e poi in tutto il percorso delle *Origini del totalitarismo*, cit., individua nei campi i luoghi preposti a contenere individui che a diverso titolo "non appartengono" e probabilmente è la prima che fa dialogare la storia delle "metropoli occidentali" con le colonie. Meno giustificabile, come osserva

Va detto che i campi non sono l'unico dispositivo che nasce nelle colonie e poi si accentra, rovesciando la narrazione per cui la storia sarebbe accaduta sempre prima in Europa. Carlo Ginzburg ha ricostruito l'origine bengalese delle impronte digitali, pratica a cui la popolazione ricorreva per collocare gli individui nel sistema familiare, che venne poi mutuata dal Raj come strumento di identificazione²⁹⁷. Importate nelle metropoli, le impronte presidieranno un fondamentale confine interno, tra classi "laboriose" e "pericolose", nella sovrapposizione tra tecniche disciplinari e di controllo. Sempre in questa prospettiva, che vede i margini farsi centro e diventare essenziali per capire le vicende "metropolitane", Aimé Césaire invitava a leggere i totalitarismi come l'importazione di pratiche coloniali nel cuore dell'Europa, una volta esaurito lo spazio vitale delle colonie. E suggeriva che il tabù infranto del nazismo consistesse anche nel fatto di poter riversare sui "cittadini" delle metropoli una violenza concepibile solo per i sudditi delle colonie, per quell'umanità in eccesso la cui vita e la cui morte risultavano opzioni indifferentemente praticabili²⁹⁸.

Questo particolare *sconfinamento*, collocando l'Olocausto in una dimensione già post coloniale, impone di ripensare la violenza assoluta del colonialismo e soprattutto di riflettere su una condizione, quella dei sudditi, con cui è essenziale confrontarsi per comprendere il significato della forma campo nella trama moderna. In fondo una genealogia dei campi è necessariamente una genealogia dell'eccedenza, di cui la figura del suddito rappresenta la matrice, volendo il punto di non ritorno.

Le traiettorie della forma campo disegnano un movimento che, dalle colonie, è destinato ad accentrarsi "provincializzando" l'Europa stessa, per poi sfociare nel problematico scenario postcoloniale del presente. I campi verranno

giustamente F. RAHOLA, *Zone definitivamente temporanee*, cit., 48 "il modo in cui liquida la genesi coloniale dei campi e, più in generale, ridimensiona la sua riflessione a ciò che oggettivamente oggi appare e cioè un'intuizione politica forte (...) ma non sviluppata.

²⁹⁷ C. GINZBURG, *Spie: radici di un paradigma indiziario*, in ID., *Miti emblematici, spie*, Torino, 1986.

²⁹⁸ A. CÉSAIRE, *Discorso sul colonialismo, seguito dal Discorso sulla negritudine*, Verona, 2010.

importati in occidente a ridosso della prima guerra mondiale come strutture detentive e di lavoro per prigionieri di guerra e come luoghi per internare civili di nazionalità “straniera” e sudditi coloniali. Sarà poi nell’Europa satura di frontiere degli anni Trenta che essi dilagheranno, in un quadro ancora coloniale e prossimo alla catastrofe. Dopo l’abisso dei *lager* e dei campi di sterminio, la loro presenza si dirada ma non scompare, assecondando i confini bipolar del dopoguerra: precipita nell’inferno dei *gulag* sovietici e dei campi di lavoro forzato in Cina e nell’Est europeo; e continua a infestare un intero mondo in via di decolonizzazione²⁹⁹.

La cifra di dispositivi amministrativi e di “spettrali surrogati di patrie” si riafferma verso la fine degli anni Ottanta, disseminandosi nella superficie apparentemente liscia del presente. Questi i principali snodi della storia a sé disegnata dai campi, da cui interessa qui isolare tre elementi di riflessione strettamente intrecciati. La prima questione, di metodo, riguarda la direzione che un *percorso genealogico* chiama in causa. Seguendo Foucault, si tratta di un movimento anacronistico che, risalendo all’indietro, restituisce il presente come appesantito dalla sua stessa ombra proiettata sul passato³⁰⁰. E’ infatti a queste condizioni, di un presente che si ridefinisce attraverso il passato complicandone la trama, che è possibile recuperare la “storia a sé”, che appartiene ai campi. Una storia che ci dice che quanto è successo nei campi può non essere spiegabile in assoluto, ma sicuramente origina dal fatto che un giorno si è deciso che potessero esistere dei campi e che degli esseri umani potessero esservi confinati, diventando qualcos’altro. Ora, il fatto che quel giorno sia geograficamente collocato nelle colonie, oltre a identificare nella figura del suddito coloniale (per inciso una figura “inclusa differenzialmente” nella geopolitica coloniale) il primo soggetto internabile e deportabile, riconduce ogni discorso sui campi a uno specifico ordine spazio temporale e al confine su cui quell’ordine si fondava.

²⁹⁹ F. RAHOLA, *Zone definitivamente temporanee. I luoghi dell’umanità in eccesso*, cit., 49-50.

³⁰⁰ M. FOUCAULT, *F. Nietzsche la storia e la genealogia*, in ID., *Microfisica del potere*, cit.

Antiche segregazioni

Che cosa significa oggi, quindi, nel tempo di Guantanamo Bay e Abu Grahib interrogare i dispositivi coloniali?

Più in generale da più parti si assiste negli stessi spazi metropolitani al venir meno del confine tra “normalità” e “stato di eccezione” in un tempo in cui il pieno dispiegamento delle logiche della governamentalità “rianima lo spettro della sovranità”³⁰¹. Si può intanto notare che, sotto il profilo storico, lo studio del potere e del diritto coloniale non cessano di interrogarci nella grande ricostruzione della storia dello *ius publicum europaeum* offerta da Schmitt nel *Nomos della terra* per ragionare sulla spazialità giuridica e politica dell'età moderna, al cui interno, entro un orizzonte reso già globale dall'esperienza coloniale, si sono dispiegati la concettualizzazione e l'operare del potere e del diritto. E, al tempo stesso, per cogliere qualche elemento di continuità nelle discontinuità tra quella storia e il nostro presente, guardando in particolare alla figura che sta assumendo oggi, con il procedere dell'integrazione, la cittadinanza europea.

Si tratta qui di comprendere, ancora il nesso tra l'eccezione e il diritto, ovvero di sottolineare come l'ubiquità del terrore si legasse a doppio filo, nell'esercizio della governamentalità coloniale, a quella che Sammadar definisce una specifica volontà di legiferare: appunto all'esigenza stringente di combinare il terrore con il diritto e la legge (fin da principio in ogni caso, anche per la grande influenza che ebbero in India autori come J. Bentham e James Mill)³⁰². Permanentemente abitata da “fantasmi” del terrore, titolari di una sovranità esercitata per via sostanzialmente *amministrativa*, la governamentalità coloniale al pari del discorso coloniale si mostra strutturalmente squilibrata in tutte le sue varianti, non ultima quella giuridica

³⁰¹ J. BUTLER, *Vite precarie. Contro l'uso della violenza in risposta al lutto collettivo*, Roma, 2004, 85.

³⁰² R. GUHA, *Dominance without Egemony: History and Power in Colonial India*. Harvard, 1998.

che vi svolge un ruolo costitutivo³⁰³, dall'operare di imperativi contraddittori: stabilire confini intransitabili per delimitare gli spazi in cui si muovono, nella colonia, i cittadini e i sudditi, delineare strategie di "incorporazione" degli stessi sudditi coloniali.

Così come oggi, nelle gabbie di Guantanamo Bay in questione è la definizione dell'umano³⁰⁴, nelle colonie dell'età moderna è in questione, in primo luogo, la definizione del *soggetto*. Meglio di un soggetto che, mentre indossa le vesti del cittadino in Europa, si dispone ad occupare la posizione del *suddito* nel mondo coloniale. Si tratta di un doppio movimento di cui è necessario sottolineare con forza la contemporaneità logica e storica.

Fin dalle fondamentali pagine dedicate da Locke nel secondo trattato, alla "proprietà di sé" come baricentro di quella "antropologia politica"³⁰⁵, quest'ultima è del resto definita anche in contrapposizione con le attitudini proprie degli indigeni del "nuovo mondo", contrasto che Locke utilizza per legittimare la conquista attuata dagli europei, considerato che, a suo giudizio, nelle società amerinde la mancanza di un'agricoltura sedentaria e di un'attività di sistematico *improvement* della natura, renderebbe impossibile parlare di un diritto di proprietà, che sarebbe appunto stato violato dagli europei³⁰⁶.

Mi interessa una considerazione di carattere generale: insistere sul lavoro concettuale che produce l'antropologia politica, implicita nel moderno discorso dell'individuo come cittadino, e che consente di definire il rapporto tra il cittadino metropolitano e il suddito coloniale in termini più complessi di quelli che sarebbero ad esempio suggeriti dalla categoria di "esclusione". Il punto è che l'altro da sé (il suddito coloniale) è *implicato* nello spazio in cui prende forma, attraverso il lavoro concettuale a cui si è fatto riferimento, il sé, il cittadino metropolitano. E' anzi esso stesso prodotto attraverso un movimento che, con categoria lacaniana, potremmo definire di *forclusione*.

³⁰³ N. THOMAS: *An Approach to Political Philosophy: Locke in Context*, Cambridge, 1993, 142.

³⁰⁴ J. BUTLER, *Vite precarie*, cit., 97 s.

³⁰⁵ P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, I, 1999, 285 ss.

³⁰⁶ S. MEZZADRA, *Diritto di fuga. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione*, Verona, 2006.

Vale ancora qui il discorso fatto da G. Chakravorty Spivak (a proposito della critica del giudizio di Kant), la quale, mostrando la funzione costitutiva di un riferimento agli aborigeni australiani e agli abitanti della Terra del Fuoco nell'analitica di quel *sublime* che è “per l'uomo rozzo semplicemente terribile”, ha insistito sul fatto che il soggetto in quanto tale appare in Kant “geopoliticamente differenziato”, sporgendosi tuttavia sul bordo di un mondo che non può in alcun modo limitarsi all'Europa, abitato da uomini e donne che “non possono essere soggetti di discorso e di giudizio nell'universo della Critica” e che sono però in esso strutturalmente implicati. Il moderno spazio coloniale europeo viene svolgendosi all'interno di questo spazio, già globale nella misura in cui la definizione delle categorie che ne organizzano il centro si determina attraverso un processo, materiale ed epistemico, di progressiva inclusione dell' “esterno”³⁰⁷.

Il cittadino metropolitano e il suddito coloniale appaiono fin dall'inizio della storia moderna figure che si muovono in un'unica scena, pur recitando in atti distinti. Quello che prende “forma” all'interno dell'esperienza coloniale moderna è cioè un modello di “inclusione differenziale”, che nello stesso momento in cui produce spazi politici e giuridici unitari, stabilisce anche una linea di confine teoricamente invalicabile tra la metropoli e le colonie. E' un problema di cui, come vedremo, erano ben consapevoli i giuristi europei che si cimentavano con il diritto coloniale, trovandosi di fronte a una pluralità di *status*, di posizioni soggettive e di “fonti” che minacciava di mettere in discussione la stessa unità dell'ordinamento giuridico.

E' opportuno insistere sulla situazione per certi versi paradossale determinata dall'assunzione di una linea di confine³⁰⁸ intransitabile tra la metropoli e le colonie come “cardine” di un progetto che, nei fatti, stava determinando un movimento di unificazione del pianeta.

E' qui infatti che sembrerebbe all'opera, declinato sulla dimensione del tempo e della storia, piuttosto che su quella dello spazio, quello che abbiamo

³⁰⁷ D. CHAKRAVORTY SPIVAK, *Subaltern studies. Modernità e postcolonialismo*, Verona, 2002.

³⁰⁸ Cfr. F. FANON, *I dannati della terra*, tr.it. Torino, 2000, 5.

definito come modello di “inclusione differenziale”. Esemplare in questo senso è l'affermazione di John Stuart Mill per cui, a differenza di quel che valeva per l'America del Nord e per l'Australia, l'India e le altre colonie abitate in prevalenza dalle popolazioni non bianche (questa è in realtà la differenza decisiva con il Nord America e l'Australia) “richiedono di essere governate dal Paese dominante o da qualche suo delegato”³⁰⁹, poiché *non sono ancora pervenute* al livello di sviluppo sociale e culturale della metropoli.

Dipesh Chackrabarty si è soffermato nel libro “provincializzare l'Europa” sul significato di quel “non ancora” che gioca un ruolo così importante nel testo di Mill e lo ha elevato a paradigma di una concezione della storia, da lui definita sulle tracce di Benjamin, “storicismo”, che relega i popoli sottoposti a dominio coloniale in un perenne ritardo rispetto a quegli standard europei a cui essi non possono che ambire di adeguarsi, in “una sala di attesa della storia” di cui in realtà sono destinati a rimanere prigionieri. Le conseguenze che possiamo trarre sono di due tipi. In primo luogo acquisisce un particolare significato l'enfasi sull'adesso, sul *now* contrapposto al *not yet*, che condusse in un paese come l'India, all'indomani della colonizzazione, all'adozione immediata del suffragio universale contro le “ragionevoli” obiezioni di quanti raccomandavano la necessità di un lavoro di educazione politica e di alfabetizzazione delle masse subalterne. Ma, più in generale, l'intera storia delle rivolte anticoloniali, a cominciare da quella dei “giacobini neri” di Haiti negli anni Novanta del Settecento, si presta ad essere riletta come una sfida incessante all'architettura del tempo storico che sosteneva il moderno progetto coloniale: come la rivendicazione da parte di *storie* fino a quel momento “considerate inesistenti, estranee e comunque subordinate a quelle dell'uomo bianco” del diritto di porsi “immediatamente al grado più alto del suo procedere”³¹⁰.

In secondo luogo, ricostruendo le principali categorie politiche e giuridiche forgiate nel campo d'esperienza della dominazione coloniale,

³⁰⁹ J. S. MILL, *Considerazioni sul governo rappresentativo* (1861), tr.it, Roma, 1997, 241.

³¹⁰ M. RICCIARDI, *Rivoluzione*, Bologna, 2001, 83 ss.

convorrà prestare particolare attenzione alla struttura, alla stratificazione temporale di quelle categorie. Un solo esempio, tratto da uno dei principali manuali di diritto coloniale pubblicati in Italia prima del fascismo, il *Corso di diritto coloniale* di Santi Romano³¹¹. Il problema che il giurista italiano si pone è in fondo proprio quello di giustificare la contemporanea coesistenza, nella metropoli e nelle colonie, del cittadino e del suddito coloniale³¹². Decisiva, per Romano, non meno che per J. Stuart Mill, è certo in primo luogo la differenza di “razza” e di “civiltà” tra gli europei e gli indigeni, che fanno ad esempio sì che per questi ultimi le condizioni della “naturalizzazione” siano più gravi che per i cittadini di altri paesi europei: “per gli stranieri della medesima razza”, si legge infatti nel Corso, “la loro incorporazione nello Stato è più facile”³¹³.

Ma, ancor più significativo, ai fini del nostro discorso, è il fatto che la condizione di suddito coloniale, secondo un prospettiva ancora non dissimile da quella che abbiamo incontrato in J. Stuart Mill, sia ricondotta da Santi Romano al fatto che la specifica arretratezza storica in cui versano le colonie impone di costruire il rapporto tra la potestà statale e coloro che ad essa sono soggetti non secondo il modello dello Stato costituzionale, cui corrisponde appunto la figura della cittadinanza, ma secondo quello “dello Stato patrimoniale, che vigeva prima dello Stato costituzionale”³¹⁴. Ordinare, secondo un principio unitario, una pluralità di tempi e una pluralità di spazi; affermare un confine assoluto e contemporaneamente disciplinarne l’attraversamento in modo tale che esso rimanga rigidamente unidirezionale (dalla metropoli alla colonia); disciplinare una *normalità* sempre sospesa sull’*eccezione*; produrre un’integrazione tra posizioni e fonti giuridiche che mantengono intera la loro

³¹¹ SANTI ROMANO, *Corso di diritto coloniale impartito nel R. Istituto di scienze sociali C. Alfieri di Firenze. Appunti raccolti dal dott. Domenico Biscotti*, V.I, Parte generale, Roma, 1918. Si veda in proposito anche P. COSTA, *Civitas*, 3, Roma- Bari, 2001, 490; ID., *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33-34, 2004-2005, 1, 169-257, 196 ss.

³¹² Già in *Diritto pubblico italiano*, Romano precisa che i “sudditi coloniali sono una categoria a sé di sudditi dello Stato, distinti da tutti gli altri e specialmente dai cittadini”. SANTI ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, 438.

³¹³ SANTI ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, Roma, 1918, 126.

³¹⁴ Ivi, 31.

irriducibilità e che corrispondono, in ultima istanza, a diverse modalità di costruzione della soggettività: sono questi alcuni dei problemi che, indipendentemente dalla differenza anche radicale tra i modelli di colonizzazione ed amministrazione, il “diritto coloniale” europeo si trovò complessivamente ad affrontare tra Ottocento e Novecento.

“*Le conformazioni statali ad unità imperfetta*” sono paragrafi che Jellinek dedica anche ai territori delle colonie. L’assunzione di questa affermazione ha il senso di mettere in evidenza la necessità di affrontare lo studio del “diritto coloniale” (anziché dei diritti coloniali) proprio per investigare il nodo teorico dello spazio giuridico che esso disegna. Prendendo in considerazione il sistema di una specifica metropoli nel suo rapporto con l’ordinamento dei territori delle colonie, si vuole ragionare sull’ammissibilità o meno di norme o principi che non sono compresi nell’“unità generale dell’ordinamento” metropolitano.

Il colonialismo e l’ordinamento coloniale rappresentano la frattura – spesso rimossa – dell’unitarietà dello stato che, in termini giuridici – nel suo stato ordinamento – si manifesta nella imprescindibile unità di territorio e legge: ovvero del principio di territorialità della legge. I giuristi della prima metà del secolo sceglievano ancora, per i loro trattati sull’argomento, il titolo di Corso di diritto coloniale (Romano, 1918), Giurisprudenza e colonie (Del Vecchio, 1937) o Diritto coloniale (Quadri, 1950), per fermarsi al solo caso italiano. Se questo approccio esprime una concezione monolitica e statuale del diritto che ha informato di sé la cultura giuridica continentale fino a qualche decennio fa, essa riflette, tuttavia, precisamente, il problema che abbiamo precedentemente definito dell’“inclusione differenziale”: mostra cioè come la questione della continuità dello spazio giuridico – o delle sue soluzioni – si ponga quale problema proprio nel momento in cui viene rapportata all’unità dello spazio giuridico statale e alla sua espansione.

Scegliere questo approccio significa riconoscere come lo spazio giuridico del diritto coloniale sia il medesimo del diritto europeo, che si è dato pragmaticamente nella misura in cui l’espansione del continente si è fatta, da

commerciale, territoriale, ovvero, quando l'area prospettica dell'Europa ha abbracciato il mondo intero. Non vi è un incontro tra ordinamento metropolitano e ordinamenti tradizionali.

Rolando Quadri ha efficacemente sottolineato questo punto affermando che la dottrina, quando “parla di "riconoscimento" del diritto indigeno da parte dello stato, usa un'espressione impropria: infatti non si tratta di riconoscere, ma di nazionalizzare, per così dire di trasformare il diritto indigeno in diritto statale o meglio di produrre diritto statale conforme, quanto al contenuto, al diritto indigeno”³¹⁵. D'altro canto, acconsentire ad una visione che riconosce la persistenza di una pluralità di ordinamenti, anche se gerarchicamente ordinati, non libera certo spazi per una minore istituzionalizzazione dei soggetti che si muovono e agiscono all'interno di quegli stessi spazi, sia che essi facciano parte dei conquistatori sia che essi facciano parte dei dominati. Essa è perfettamente funzionale ad un'istituzionalizzazione uguale e contraria a quella che vede nel soggetto un soggetto di diritto che nasce, comunque, come si è detto, geopoliticamente differenziato al suo interno nella contrapposizione tra cittadino e suddito. Nel momento stesso in cui istituisce una linea di divisione tra gli spazi giuridici in cui si muovono cittadino e suddito, tale visione autorizza tuttavia l'idea che quest'ultimo possa riacquistare una sorta di autonomia originaria in uno spazio giuridico che si *riconosce – e quindi allo stesso tempo si istituzionalizza* – come differente³¹⁶. Soprattutto, una simile visione finisce per disconoscere un'attenzione e una contraddizione che insidiano dall'interno e strutturalmente il diritto coloniale: ovvero il fatto – come ha sottolineato J. P. Plamenatz – che la peculiarità del dominio coloniale è consistita anche nell'aver innescato un processo che i dominati “non desiderano più invertire ma che aspirano a controllare”³¹⁷. Un'istanza, questa, che i conquistatori paradossalmente non possono rigettare proprio perché gioca gli stessi ideali occidentali contro l'Occidente, dal momento che “la libertà,

³¹⁵ R. QUADRI, *Diritto coloniale*, Padova, 1950, 17.

³¹⁶ L. WILDER, *Local Futures? From denunciation to revalorization of the indigenous other*, In G. TEUBNER, *Global Law without a State*, Aldershot, 1997, 215 ss.

³¹⁷ J. P. PLAMENATZ, *On Alien Rule and Self Government*, London, 1960, 16.

come essi (gli europei occidentali) la concepiscono, è qualcosa di più che assicurare il godimento di diritti consuetudinari e autonomie; è il diritto di ogni uomo di mettere in questione ogni cosa, non importa fino a che punto questo sia consentito dalla tradizione, è il suo diritto di scegliere come vivere”³¹⁸.

Lo spazio giuridico coloniale è lo spazio giuridico europeo ed è irreversibilmente tale sia per i conquistatori sia per i dominati, dal momento che è anche lo spazio politico dove gli uni e gli altri si muovono. Per gli europei l’espansione del proprio diritto è stata dettata da una necessità di *sicurezza*: dalla necessità di fornire sicurezza ai propri commerci e alle proprie attività, assicurando quella normalità che solo poteva essere fondata respingendo ai margini dell’ordinamento (e in fondo traducendo nel riconoscimento di una pluralità di posizioni giuridiche) quella *eccezione permanente* su cui lo stesso progetto coloniale si fondava e da cui deriva la sua stessa declinazione giuridica. E’ questo il medesimo concetto che Rolando Quadri definirà come ordine pubblico coloniale, “la *preservazione* cioè delle condizioni minime necessarie all’attuazione dell’opera colonizzatrice”³¹⁹. E che Bentham, nei suoi scritti sul colonialismo, aveva già individuato nei principi di sicurezza ed economia che reggono l’ordine sociale concreto³²⁰. Così osserva ancora Plamenatz, la sicurezza “diventò dipendente dalle corti di giustizia e dalle pratiche di governo che facevano osservare fattispecie europee di contratti e applicavano nozioni europee di diritti”³²¹. Costatare come lo spazio giuridico coloniale sia lo spazio giuridico europeo non significa, però, sostenere che al suo interno siano mancate soluzioni di continuità.

L’unità dello spazio giuridico statale coincide classicamente (Jellinek) con quella dei suoi elementi, del suo popolo, del suo potere e del suo territorio, fino al punto che ogni incrinatura, anche solo di uno di essi, pregiudica la perfezione, nel senso qui di compimento dell’intero. Il “problema” degli ordinamenti giuridici coloniali consiste proprio nel rappresentare una *crepa*

³¹⁸ *Ivi*, 18.

³¹⁹ R. QUADRI, *Diritto coloniale*, cit. 18.

³²⁰ P. SCHOFIELD (a cura di), *The collected works of Jeremy Bentham*, 1995.

³²¹ PLAMENATZ, *On Alien Rule*, cit., 39. E’ il caso, ad esempio, dell’imposizione dei *Permanent settlements* in India.

all'interno – non di certo all'esterno – di questo spazio. Ne dà conto Quadri quando sostiene che, nei sistemi coloniali, il rapporto tra ordinamenti non poteva essere rappresentato né come rapporto tra insiemi concentrici, né come rapporto tra spazi giuridici adiacenti ma separati. Il diritto coloniale e il diritto metropolitano devono essere rappresentati come due cerchi distinti, ma situati nel quadro dell'ordinamento generale dello Stato, “come due cerchi cioè ciascuno dei quali comprende una sfera di rapporti completamente distinta da quella compresa nell'altro. Tuttavia non si può parlare a questo riguardo di ordinamenti territoriali”³²². E' il principio di territorialità della legge che non riesce a trovare compimento nello spazio giuridico coloniale, determinandone l'unità imperfetta. E questo dipende non tanto dalla mancanza di contiguità con il territorio della metropoli, ma dal fatto che nell'“ordinamento coloniale (...) vi sono norme le quali esplicano un'efficacia in base ad altri criteri, in base ad esempio alla qualità delle persone e che vigono ovunque le persone vengono a trovarsi. Così, ad es., i sudditi coloniali hanno un loro statuto personale, sulla cui appartenenza al diritto coloniale ogni discussione sarebbe assurda, che segue i sudditi stessi ovunque vengano a trovarsi, anche nella metropoli, dunque”³²³.

In quale modo i sistemi coloniali rappresentino una frattura nel principio di territorialità della legge è intuibile facendo il percorso che, in direzione inversa, ha portato alla coincidenza tra diritto e territorio nello stato moderno. Tale percorso, è utile richiamarlo, è stato delineato dai lavori di Otto Brunner che ha individuato l'elemento costitutivo del principio di territorialità non tanto nel criterio di efficacia spaziale delle norme, quanto nella coincidenza, su base territoriale, delle funzioni di governo con quelle del giudice: “il signore territoriale è giudice del tribunale territoriale”³²⁴. Quello che Brunner esprime nei termini di una personificazione del sovrano nella figura del giudice, nello stato moderno si è dato come progressivo accentramento, su

³²² R. QUADRI, *Diritto coloniale*, cit., 14.

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ O. BRUNNER, *Terra e potere: strutture prestatuali e premoderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, tr.it, Milano, 1983, 512.

base esclusiva, dell'amministrazione della giustizia su di un determinato territorio e come sottoposizione ad essa di tutte le persone presenti su quel territorio.

E' in questo doppio significato, che riconduce ad unità gli elementi dello stato comprendendovi anche il popolo nel suo rapporto "subiettivo" con il potere, che bisogna intendere la clausola di territorialità secondo la quale "su di un medesimo territorio soltanto un unico Stato può spiegare il proprio potere"³²⁵. E questo potere è qualificato proprio dalla figura dell'"avvocazia" nel senso più ampio del termine, "cioè come signoria che esercita protezione", che, secondo Brunner, "è l'elemento autenticamente dinamico della storia costituzionale" nella misura in cui è qualcosa di più di un semplice rapporto giuridico: "per essere efficace essa ha bisogno di esistere di fatto e, come tale, di venire esercitata"³²⁶. Il principio di territorialità della legge è, dunque, da ricondurre all'accentramento e all'esclusività dell'amministrazione della giustizia.

Ma negli ordinamenti coloniali sarà proprio *differenziando* l'amministrazione della giustizia che diventerà possibile determinare, per i sudditi e per i cittadini, uno statuto giuridico personale distinto che li segue "ovunque vengano a trovarsi". Abbiamo già visto come l'espansione europea, dopo aver configurato un vero e proprio spazio giuridico ordinamentale nei territori d'oltremare, si sia trovata di fronte il problema – uguale e opposto allo stesso tempo – di dover differenziare la posizione delle proprie genti da quelle delle popolazioni indigene, distinguendo i cittadini dai sudditi. Il "principio di personalità della legge", ovvero di norme che esplicano la loro efficacia in base alla qualità delle persone, era un codice generalizzato nei sistemi coloniali³²⁷. Esso assolveva alla doppia funzione, centrale come si è visto nella "governamentalità coloniale", di mantenere lo *status quo* nei territori conquistati, legittimando le differenze sociali o di casta interne ai sudditi, e di

³²⁵ G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi* (1892), tr. it. 1919.

³²⁶ O. BRUNNER, *Terra e potere*, cit., 516.

³²⁷ SANTI ROMANO, *Corso* cit; QUADRI, *Diritto coloniale*. M. B. Hooker, *Legal pluralism. An introduction to Colonial and new colonial laws*, Clarendon Press, 1975.

escludere in origine una loro equiparazione ai cittadini”³²⁸. Gli statuti giuridici differenziati non erano però fondati solo su presunte e pre-esistenti qualità personali, ma anche giuridicamente costruiti. In uno studio sulla giustizia penale nelle colonie italiane, Luciano Martone descrive lo sviluppo delle politiche giudiziarie dirette ai sudditi coloniali mettendo in luce come la giustizia “penale differenziale” oltre che per *status* personali, passasse attraverso la costituzione di corti amministrative *ad hoc*, che rappresentavano il fallimento dei principi codicistici che si volevano esportare³²⁹. Il modello differenziale, anche quando ispirato ad una “giustizia mite”, non può che andare a detrimento delle garanzie stabilite dal complesso dei principi penalistici e, quindi, entrare in tensione con l’ordinamento giuridico stesso.

Come sottolineato, infatti, nel caso del diritto coloniale gli statuti giuridici personali non rimandano a ordinamenti giuridici distinti – ma a norme e principi che minacciano di scomporre l’unità generale dell’ordinamento. La proliferazione di statuti giuridici differenziati produce dunque una discontinuità nello spazio giuridico nel momento in cui all’unità del sistema viene attribuito il significato – non puramente formale – che emerge dalla prospettiva del rapporto giuridico subiettivo. Negli ordinamenti coloniali la costruzione di *status* giuridici differenziati non era rilevante tanto per la distinzione tra cittadini e stranieri, quanto per quella tra cittadini e sudditi³³⁰ in quanto la soggezione dei sudditi implicava uno *status* il cui contenuto poteva cambiare all’interno dello stesso sistema giuridico. E’ questo il significato quasi costitutivo che emerge dall’affermazione di Jellinek sull’unità giuridica degli elementi dello stato come condizione di sviluppo del concetto stesso di cittadinanza. Unità in questo senso, assume il significato di “uniformità giuridica” che si contrappone all’ “ordinamento dello Stato a ceti e feudale”.

³²⁸ G. ALPA, *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma- Bari 1993, 127-128.

³²⁹ L. MARTONE, *Diritto d’oltremare. Legge e ordine per le Colonie del Regno d’Italia*, Milano, 2007, 3 ss. e L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, voll. 2, 513.

³³⁰ SANTI ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., 124.

L'effetto a *tromp-l'oeil* era quello di un mondo dicotomico, spaccato lungo il confine "fisico ed epistemico" che separava metropoli e colonie, sancendo la coesistenza di sudditi e cittadini su un tempo unificato e una geografia polarizzata. Le colonie, in altre parole, rappresentavano uno spazio che rimetteva in discussione ogni immagine dialettica dei confini nazionali, ogni logica-dentro fuori, e che per questo veniva governato da un diritto coloniale che "eccedeva", anziché eccepire, l'ordinamento giuridico delle singole potenze coloniali³³¹. Proprio su questa dimensione eccedente – la cui tradizione discorsiva confluiva nell'idea di uno "spazio vitale" investito ma distinto – agiva il principio di *confinamento*, l'artificio in virtù del quale lo spazio coloniale poteva coesistere a distanza con quello delle metropoli all'interno di un tempo "moderno".

Che lo spazio-tempo delle colonie e il Confine su cui si fondava siano definitivamente superati è argomento che non cessa di suscitare dibattiti.

Per questo, da quell'area eterogenea di studi che si chiama post colonialismo è utile recuperare il senso di una transizione avvenuta, tutt'altro che risolta, problematizzando il significato del *post*. In estrema sintesi, si tratta di vedere nel presente le tracce ancora vive di un passato di dominazione e sfruttamento che non passa, senza però poterle ricondurre più linearmente a quel confine assoluto. E' questo, in fondo, il particolare movimento a ritroso che impone una genealogia: dove il passato incombe sul presente e il presente continua a stravolgere la trama del passato.

Il che significa, tra le altre cose, che quel confine oggi si disloca virtualmente dappertutto e va a dirimere i centri metropolitani delle *banlieues*, la reclusione agita nelle *gated communities*, da quella subita negli *slums* globali. Cosa più importante, significa che il fantasma di quel confine ancora si proietta sui soggetti che oggi lo eccedono: migranti, profughi, *asylum seekers*. Individui che, come i sudditi di ieri, risultano perennemente fuori posto allorché continuano a superare, violare e trasgredire quel confine infranto.

³³¹ L. MARTONE, *Diritto d'oltremare*, cit., 7. Cfr. anche S. MEZZADRA, *La condizione postcoloniale. Storia e politica nel presente globale*, Verona, 2008, 23-38.

Infine è sempre il fantasma di quel confine infranto che fa sì che la forma campo si dissemini nella superficie *apparentemente liscia del presente*, popolando di campi le ex metropoli e le ex colonie³³².

Vi è poi un secondo elemento di merito, su cui occorre riflettere: si tratta della relazione che salda il ricorso ai campi, come dispositivi *legittimati da ragioni di sicurezza*, allo stato di guerra: una guerra tuttavia non dichiarata né riconosciuta, e soprattutto radicalmente asimmetrica. Tracciando una storia dei campi ci si imbatte di continuo in insurrezioni, rivolte, confini violati (vedi Cuba, Sud Africa, Namibia, Libia, Vietnam, Algeria) ma non solo, perché anche le masse di “senza parte” che popolavano l’Europa degli anni Venti e Trenta destinata a riempirsi di campi hanno espresso in modi molto diversi un analogo potenziale “sovversivo”: contestando un principio di inclusione che si fondava su perentori confini di razza, nazione e classe; ovvero, più semplicemente, attraversando confini perché in fuga dai ghetti in cui erano stati secolarmente costretti. In un caso, come nell’altro, queste presenze impossibili hanno rivelato la crisi irreversibile di un modello inclusivo fondato sulla loro “differenza”³³³, provocando una reazione che radicalizzerà questa differenza attraverso il ricorso ad un dispositivo detentivo, le cui origini non riconducono all’interno degli ordinamenti nazionali, ma a uno spazio, quello coloniale, che eccede il raggio di azione di quegli ordinamenti.

Ecco allora i campi in Occidente, la cui introduzione, più che indicare la possibilità della sospensione del diritto all’interno degli stati di diritto, è sintomo di una condizione che, come già per i sudditi coloniali, va oltre l’esclusione nella misura in cui allude a uno spazio che eccede ogni logica “dentro-fuori”, ogni figura di confine: uno spazio in cui pace e guerra risultano opzioni assolutamente reversibili.

³³² Cfr. S. MEZZADRA, *Diritto di fuga. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione*, cit., 79 ss.

³³³ TH. W. ADORNO, *Minima moralia. Meditazioni sulla vita offesa*, Torino, 1979; W. BENJAMIN, *Strada a senso unico. Scritti 1926-1927*, Torino, 1983, 43-44; H. ARENDT, K. JASPERS, *Carteggio*, Milano, 1989, 119. Si veda, più in generale, H. ARENDT, *Ebraismo e modernità*, Milano, 1993.

In un certo senso, dietro la figura deterritorializzata del “terrorista”, del nemico disumanizzato, passibile di deportazioni straordinarie e di tortura, si nasconde quella situata dal suddito che si ribella: un soggetto il cui gesto di violenza, per definizione asimmetrico, sarà sempre ascritto alla categoria interdotta dell’*illegal enemy combatant*.

Ciò, tra le altre cose, significa che luoghi come Abu Ghraib, Bagram o Guantanamo, anziché essere eccezioni, sembrano rientrare a pieno titolo nella matrice (post coloniale) della forma campo, in quello spazio che eccede ogni ordinamento e ogni dimensione di confine: la proiezione deformata e globale, una volta venuta meno la geografia polarizzata dal *colonial divide* dei tanti centri speciali dove venivano concentrati e torturati quei particolari soggetti “differenziali” che erano i sudditi. Guantanamo Abu Ghraib e Bagram, sono metonimie delle politiche di sicurezza e della geografia de territorializzata della *war on terror*. Ed è proprio sulla specificità di tale geografia che occorre interrogarsi. Che tipo di spazialità definisce questi luoghi?

Lo spazio dei campi

Si è accennato al fatto che, in una logica d’eccezione, i campi sarebbero il dispositivo attraverso cui la sovranità può catturare l’esterno al proprio interno. Così, per esempio, si spiegherebbe il modo in cui i centri di detenzione per i migranti possono essere ricondotti all’interno di un determinato ordinamento giuridico, sospendendo quello stesso ordinamento. Il fatto è che, oltre alla questione formale di una presunta sospensione dell’ordinamento, e quindi agli elementi di a-legalità propri dell’istituzione dei campi, occorre misurarsi con la geografia specifica e, soprattutto, con gli effetti materiali che il ricorso ad un simile dispositivo indica e produce. Inoltre, lo stesso assioma per cui lo spazio dei campi sarebbe sintomo sempre e soltanto di una sospensione del diritto (effetto a sua volta di una decisione sovrana) si rivela opinabile. Anche un luogo estremo come Guantanamo, continuamente evocato come

bucio nero o abisso giuridico, alla luce dei passaggi che ne hanno presieduto l'istituzione come misura di emergenza, risulta semmai caratterizzato da una proliferazione normativa. La mole di decreti governativi e atti amministrativi su Guantanamo forse non rimuove l'ipoteca di una decisione sovrana, ma di certo la offusca, e soprattutto la rideclina in una molteplicità di soggetti diversi, a vario titolo "sovrani" che gestiscono e rispondono delle misure estreme adottate in quel luogo. Come afferma Fleur Johns "il campo di Guantanamo è soprattutto il frutto di un continuo lavoro di rappresentazione e classificazione giuridica. E' uno spazio dove il diritto e le sue procedure operano in eccesso"³³⁴. L'eccesso riguarda qui la proliferazione normativa che investe Guantanamo e il modo in cui il diritto, anziché sospendersi, opera al di là di se stesso e dei propri limiti. Ma può estendersi polisemicamente fino a comprendere lo statuto dei soggetti internati (che eccedono la figura del nemico e ogni figura di appartenenza), la molteplicità dei poteri anonimi e di nuove "legalità" che si producono (eccedendo ogni idea unica di sovranità)³³⁵ e l'extra territorialità stessa di Guantanamo, che riproduce forme coloniali al di là della geografia coloniale. Uno stesso carattere di eccesso, come si è visto, vale su gradi diversi per ogni manifestazione "più discreta" e seriale di campo. Di conseguenza, anziché in termini di eccezione e sospensione del diritto, l'esistenza dei campi va interpretata come qualcosa che piega il diritto, che crea nuove figure giuridiche, nuovi *status*, al limite nuovi dispositivi di effettività³³⁶.

³³⁴ F. JOHNS, *Guantanamo Bay and the Annihilation of the Exception*, in *European Journal of International Law*, 16, 2005, 615.

³³⁵ J. BUTLER, *Detenzione infinita*, in *Vite precarie. Contro l'uso della violenza in risposta al lutto collettivo*, cit., 18, interpreta Guantanamo come espressione di una forma ibrida che sovrappone istanze sovrane e strategie governamentali, ricreando strumentalmente le prime in base alla logica immanente delle seconde.

³³⁶ L'ipotesi di una *trasformazione del diritto* anziché una sospensione è avanzata da Aradau che, sulla base dell'implicita geografia coloniale suggerita dal *nomos* schmittiano, interpreta Guantanamo come espressione di una eccezione altra, non più riconducibile a una decisione sovrana e piegata invece alle necessità imposte dal governo dello spazio e della società sotto l'imperativo della sicurezza: C. ARADAU, *Law transformed, Guantanamo and the 'other exception'*, *Third World Quarterly*, 28(3), 489-501.

E' cioè il sintomo di qualcosa che eccede nella misura in cui produce "differenze". In questo caso si tratta della differenza radicale che si determina quando un individuo diviene "internabile" e, quindi, dell'istituzione materiale di un regime differenziale attraverso i campi. In altre parole, più vicine all'idea di governamentalità, quando si parla di potere occorre tener presente che gli effetti sono spesso più importanti delle cause, nella misura in cui la sovranità stessa, anziché presupposta, è concepita come qualcosa che si produce e che producendosi istituisce differenze. Al contrario, una lettura secondo eccezione – che tende sempre ad anteporre il potere che istituisce i luoghi agli effetti di potere che si producono sui soggetti – finirà per collocare l'istituzione dei campi all'interno di una storia destinata ad avvolgersi su se stessa, ribadendo continuamente una logica di sovranità inalterata, indistruttibile, onnivora. Una logica che insiste e rimbalza dentro a confini nazionali certi e cioè all'interno di quella dialettica binaria dentro-fuori in cui l'idea di sovranità si è sviluppata. Rispetto a questa trama, i campi sembrano invece indicare una spazialità diversa: sono luoghi deterritorializzati, che riproducono isomorficamente la deterritorializzazione di quelle stesse pratiche di mobilità che ingabbiano e riterritorializzano – come dimostra *ex post* il movimento che li vede allontanarsi dai confini nazionali e assumere una sempre più marcata dimensione extraterritoriale. E il caso di Guantanamo o Bagram, come delle centinaia di centri "preventivi" di detenzione e identificazione che si disseminano a migliaia di chilometri di distanza dai confini che si dovrebbero presidiare; o ancora dai campi umanitari che, confinando preventivamente *in loco*, negano la possibilità di chiedere asilo in paese terzo.

A quali confini certi è possibile ricondurre queste forme di campo? Quale tipo di sovranità le istituisce e vi si esercita? Davvero la risposta la si può trovare ricorrendo a confini tradizionali ed eccezioni al loro interno, a decisioni che rimandano a un soggetto sovrano unitario? O bisogna piuttosto rivolgersi altrove, verso uno spazio che eccede tali confini e verso confini che eccedono una tale univocità?

Lo si sarà capito, qui si è suggerito di guardare altrove, motivo per cui, alla trama che legge i campi come riflesso di un principio di sovranità che decreta lo stato di eccezione (e quindi come qualcosa che viene incluso “attraverso l’esclusione”), se ne è preferita un’altra, diversa nella misura in cui mette in discussione i confini al cui interno i campi sarebbero istituiti e l’esclusione inclusa. Del resto, l’idea di Césaire secondo cui i totalitarismi avrebbero importato in Europa ciò che era “normale” nelle colonie non indica solo la possibilità di vedere continuità dentro una storia, leggendola con altre coordinate. Certo, si potrà sempre obiettare che, proprio nelle colonie, l’eccezione fosse la regola. Ma dalle colonie emerge soprattutto una diversa “qualità” dello spazio politico – e una diversa forma di sovranità - che sarebbe quantomeno riduttivo ricondurre a quella nazionale attraverso la categoria *pass partout* di eccezione. Lo spazio delle colonie ha sempre ecceduto e rimesso in discussione ogni logica binaria (dentro-fuori, amico-nemico) e ogni rappresentazione convenzionale dei confini³³⁷. Volendo, era uno spazio caratterizzato da una “guerra permanente”, a “bassa intensità”, e quindi da politiche di sicurezza tese a governare un territorio e una popolazione³³⁸. Per questo le colonie sono stati straordinari “laboratori governamentali”, il campo di applicazione di tecniche di governo che riflettevano il più generale confine di *status* tra sudditi e coloni³³⁹. Non quindi aree di abbandono, di “sospensione del diritto”, ma luoghi eccedenti: nel senso di spazi che eccedono la portata dell’ordinamento giuridico “nazionale” e che, nondimeno, vengono investiti da una proliferazione di decreti amministrativi e politiche di sicurezza. Proprio a questo territorio governamentalizzato, dove la sicurezza diviene fine ultimo dell’atto di governo, appartengono i campi.

L’origine coloniale della forma campo indica quindi una traiettoria diversa e più “lontana”, per cui non si tratta tanto di vedere come i campi possono essere inclusi in un ordinamento giuridico, quanto piuttosto di cogliere

³³⁷ Per l’alterità nello spazio coloniale, v. R. J. WALCHER, *Inside/Outside: International Relations as political Theory*, New York, 1993.

³³⁸ Per un’analisi del *continuum* di violenza che caratterizza le colonie e la ferrea dicotomia spaziale delle colonie v. F. FANON, *I dannati della terra*, Torino, 2007.

³³⁹ P. CHATTERJEE, *Oltre la cittadinanza. Le politiche dei governati*, Roma, 2006.

come sanciscano il limite del raggio d'azione di quell'ordinamento eccedendolo, segnalando più prosaicamente un confine tra esclusione e inclusione, tra un dentro e un fuori che non si dà più. Assumere fino in fondo questa matrice e, quindi, scrivere una genealogia dei campi, significa allora ricollocarli in un territorio che eccede ogni rappresentazione dei confini nazionali moderni e ne indica al contempo la spettrale artificialità e l'intrinseca debolezza. I campi, in questa prospettiva, sono il sintomo di uno spazio che ha sempre trasceso quello discreto delle nazioni, da cui è stato storicamente investito, colonizzato, ma mai assorbito del tutto. Uno spazio che (questo il senso del postcoloniale del presente globale?), ogniqualvolta penetra dentro a quello degli Stati, violandone i confini, sovvertendo ogni distinzione tra interno ed esterno, produce buchi e voragini. E in ognuno di questi buchi, in ognuna di queste voragini si insedia una campo.

CAPITOLO IV

PER ORDINE E PER SICUREZZA

Ordnung Ordnung Nomos come ordinamento e come orientamento

Come è noto, la sovrapposizione di *Ordnung* e *Ortnung* o la localizzazione spaziale si colloca alla base della riflessione del tardo Schmitt sul *nomos* e gli ordinamenti concreti³⁴⁰. Andando oltre l'esegesi della formula

³⁴⁰ *Nomos*, al contempo, principio e misura di ordinamento e suddivisione dello spazio, secondo una prospettiva che sarebbe stata l'unica suscettibile di impiego nei rapporti di convivenza fra i popoli dell'intero pianeta, almeno nella logica del *ius publicum Europaeum*. Cfr., C. SCHMITT *Nomos – Nahme – Name* (1959), ora in Id., *Staat, Grossraum, Nomos, Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin 1995, 577ss., 581 (dove si parla del *nomos* come *nomen actionis* che designerebbe la “divisio primaeva”). Id., *Le categorie del «politico»*, cit., 253 ss.; 297 ss., 2003 passim, spec. 54 ss., 267 ss. Al riguardo si veda anche E. CASTRUCCI, Postfazione. *La ricerca del nomos in Carl Schmitt*, in Id., *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello “ius publicum Europaeum”*, Milano, 3^a ed. 2003, 435 ss. In merito alla teoria schmittiana del *nomos* come “ordinamento concreto”, G. MARRAMAO, *Passaggio ad Occidente. Filosofia e globalizzazione*, 2003, 139 ss.; Uno stretto confronto con quella dottrina si trova in N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2^a ed., 2006, spec. 25ss., 50 ss., 116 ss., 154 ss., il giurista che più ha insistito sulla nozione di geo-diritto, e Id. *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, 125 e ancora – in merito al nuovo geo-diritto che oggi si prospetterebbe, senza più “*nomos*, fondamento terrestre che generi e nutrisca diritto – Id., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, 14. Toni simili, a proposito della percezione già schmittiana della tendenza che, dopo la seconda guerra mondiale, “lungi dal costituirsi come nuovo *Nomos*” si rivela solo come “il nichilistico, u-topico sradicamento da ogni *Nomos*, l'inquietante annichilimento di ogni differenza, la violenta *reductio ad unum* di ogni molteplicità”, sono in E. RESTA, *Stato mondiale o nomos della terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*, Roma, 1999, 10). Cfr anche C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, cit., 877ss.; S. ORTINO, *Il nuovo nomos della terra. Profili storici e sistematici dei nessi tra innovazioni tecnologiche, ordinamento spaziale, forma politica*, cit., 23 ss.); ulteriori rilievi in M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, 2006, 12 ss.; D. ZOLO, *La profezia della guerra globale*, Prefazione a Schmitt, 2008, XIII ss); E. CASTRUCCI, *La dottrina dello stato dello ius publicum Europaeum, fine di un modello e ipotesi per un “oltre”*, in «Studi Senesi», 2008, 193 ss); A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, 2008, 143 ss); G. GALLI, *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Bologna, cit., 42, 129 ss. 140, 154 ss.). Circa la tripla valenza che il *nomos* assumeva anche agli occhi di Schmitt (quale insieme

“sovrano”, ossia colui che decide sullo stato di eccezione, si tenta di spostare, ora, l’attenzione su l’ultima opera schmittiana di respiro, un libro di fatto ignorato da Agamben in *Stato di eccezione* e in cui, altrettanto significativamente il termine eccezione, non appare mai. Ma si può approcciare quel testo anche a partire da interrogativi di altro tipo. In esso la categoria del *nómos* viene utilizzata, oltre che per rendere conto di una lunga sequenza storica³⁴¹, anche per evidenziare come un ordinamento non sia mai riducibile alla sua struttura giuridica in termini di campi di forza e disposizione spaziale. Nella tarda modernità, secondo Schmitt, a entrare in crisi sarebbe la componente locale della localizzazione³⁴², con l’emergere di un ordinamento

dei processi di appropriazione, distribuzione e produzione; unità di consuetudine e regole di condotta; sistema di norme positive e di leggi) P.P. PORTINARO, *Vico e il diritto come «Nomos»*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1980, 456 ss.); Id. 1982, 93 ss. Cfr. anche U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma-Bari, 2007, spec. 101 per una rilettura critica di Schmitt, nel senso che l’archetipo da lui inseguito sarebbe da rintracciare nel tema “reg” più che in *nomos/nemein*. Ancora sull’idea dell’irriducibilità del *nomos* a legge cfr. M. CACCIARI, *Icone della legge*, 4ª ed., Milano, 2002, 48 ss; Id., *Geofilosofia dell’Europa*, Milano, 4ª ed., 2003, 105 ss. che invita a leggere sincronicamente (come opere che reciprocamente si spiegano e si illustrano per antitesi) *Der Nomos der Erde* con *Der Stern der Erlösung* di Franz Rosenzweig, ove ancora il *Nomos* si oppone alla legge (Torah), tanto inestricabilmente ancorato alla terra e localizzato in essa, operativo entro precisi confini fisici, quanto la seconda redime nel privare di dimora, impone l’esodo del popolo che vi è soggetto, è al contempo radice e sradicamento. V. E. RESTA, *Stato mondiale o Nomos della terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*, it., 21 ss.

³⁴¹ C. SCHMITT, *Nomos – Nahme – Name* (1959) cit., 1995, 577, 587, n.10; Id., *Le categorie del «politico»*, cit., 298; F.M. DE SANCTIS, *Tra antico e moderno. Individuo eguaglianza comunità*, Roma, 2004, 28). Un’interpretazione almeno in parte diversa della posizione hobbesiana è in P. PORTINARO (1980, 476, n.42) e in Agamben (1995, 41 s). Si veda anche Resta (2006), 125 s) che peraltro si sofferma su un passo del *Leviathan* (II, 24) ove è proposta, almeno in apparenza, una piena corrispondenza fra quanto gli antichi indicavano come *nómos* pur rilevando a proposito di questo termine “that is to say Distribution”).

³⁴² E’ evidente nell’eco di Schmitt la particolare rilettura della nozione di *nomos*, la cui stessa etimologia (*némein*) rivela il significato di localizzazione: disciplina dei comportamenti e al tempo stesso distribuzione e appropriazione della terra (il che consente di guardare anche al *lager* nella sua peculiare connotazione spaziale e non solo nella dimensione temporale dello stato di eccezione e dell’atto comunque giuridico, che determina la sospensione della norma nel tempo). Sul secondo versante è altrettanto chiara la compatibilità dell’immagine nazionalsocialista del Führer con la concezione del sovrano come legge incarnata e vivente (*nomos empsychos*), da intendersi non nella forma in cui ciò potrebbe essere riscontrabile per qualsiasi monarca assoluto, bensì proprio nei termini in cui la biopolitica nazista lo ritrasse – quale esistenza di per sé stessa politica (contemporaneamente *zoé e bios*, secondo

astratto privo di un reale “portatore” e pertanto inabilitato a imporre un principio di territorialità. In primo luogo, quindi, si ha l’individuazione di una soglia, nella misura in cui all’ordinamento non corrisponde più un principio di spazialità. A tale constatazione seguirebbe un principio nostalgico, incentrato sulla rievocazione del mito del *ius publicum europaeum*, inteso come argine e freno nei confronti della tendenze centrifughe che investono il nuovo assetto globale, a cui si accompagna, però, la consapevolezza dell’impossibilità di fare “macchina indietro”.

La parola finale dovrebbe perciò spettare a un nuovo *nomos* della terra, che resta più un’invocazione di principio che una dottrina positiva. Il *nomos* della terra può essere letto come uno sforzo di immaginazione geografica volto a rispondere a un interrogativo di natura giuridico-politica. Che sia un testo di geografia lo dimostra l’attenzione costante dedicata a una serie di dispositivi territoriali: *in primis* i confini, a cui viene affidata una funzione frenante nei confronti delle tendenze entropiche che investono ogni possibile principio di ordine. Si tratta di un’indicazione di metodo particolarmente utile, nella misura in cui anche il presente appare segnato dal ricorso generalizzato a nuovi e vecchi dispositivi di confine, senza però che a un tale investimento territoriale corrisponda un possibile *nomos*, un principio di spazialità univoco e sovraordinante. Wendy Brown analizza la proliferazione di muri che, accanto ad altri “segnali di confine”, materiali o meno (*fences*, palizzate, *checkpoint*), definisce contrappuntisticamente lo spazio all’apparenza liscio dei flussi globali, conferendogli una particolare striatura³⁴³. Il muro eretto sul *limes* tra due territori nazionali evoca un *monumento* che ipostatizza in modo imponente la forza fisica di un principio di territorialità, di una pretesa territoriale. Erigere un *muro*, infatti, significa affermare immediatamente il proprio monopolio sullo spazio ricorrendo alla dimensione più visibile e ostentata di confine, come perentoria linea di discontinuità tra due diversi ordini territoriali e di sovranità.

l’accezione in cui i due termini sono impiegati da Agamben) ogni espressione della quale ha rilievo politico e assume forza di legge (G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 193 ss., 205 ss.).

³⁴³ W. BROWN, *Walled States, Warning Sovereignty*, New York, 2010.

Brown, tuttavia, smonta piuttosto agevolmente la presunta graniticità dei muri che affollano il presente, la cui funzione non è quella di arginare né tantomeno bloccare i regimi di circolazione. Al contrario, un muro permette – non è poco – di convogliare, indirizzare e modificare le condizioni di mobilità, *in primis* di quella merce particolare che è la forza lavoro, dirottando i “flussi” su altri canali e altri varchi (non casualmente irregolari). L’epifania di questa forma primitiva e monumentale di confine, quindi, è sintomo a contrario di una geografia porosa, ridisegnata da flussi e reti, a cui si sovrappongono tentativi di riaffermare “fuori tempo massimo” un ordine in grado di imporre un orientamento. Da questo punto di vista, allora, la funzione dei muri è soprattutto performativa, quasi una messa in scena, e finisce paradossalmente per tradire la fragilità dell’ordine di cui i muri sono manifestazione diretta, l’assenza di un principio territoriale univoco. Non diversamente dal *katekon* evocato da Schmitt, al muro è assegnata una stessa anacronistica azione frenante, il tentativo di governare, accettandone però la spinta deterritorializzante, una deriva avvertita come inesorabile.

Un simile scenario, in ogni caso non avvala l’idea di una “fine dei territori”³⁴⁴. A emergere è piuttosto un’indicazione di segno opposto, pure sorprendentemente condivisa, che registra la persistenza e la rinnovata centralità della matrice territoriale come interfaccia materiale dello spazio dei flussi, mezzo e fine, posta in palio e “arma” dei processi contraddittori e non lineari comunemente iscritti alla globalizzazione³⁴⁵. Se, dunque, i territori continuano a rappresentare un fattore cruciale, a venir meno è però la possibilità di rapportare la loro problematica centralità a un singolo principio ordinatore, in ultima istanza a un’idea univoca di sovranità³⁴⁶. Su questi

³⁴⁴ B. BADIEU, *La fine dei territori. Saggio sul disordine internazionale e sull’utilità sociale del rispetto*, Trieste 1996, 75.

³⁴⁵ Si veda in particolare H. LEFEBVRE, *La produzione dello spazio*, Milano, 1975.

Per quanto riguarda la centralità della matrice spaziale nei processi globali, D. HARVEY, *Spaces of Capital. Towards a Critical Geography*, Routledge, New York-London, 2001. D. MASSEY, *For Space, Sage*, London, 2005.

³⁴⁶ G. MARRAMAIO, *Passaggio ad Occidente. Filosofia e globalizzazione*, cit., 2003, 44 “altato l’anello intermedio dell’ordine internazionale moderno, rappresentato dallo Stato-nazione e dalla struttura che finora lo sorreggeva: l’isomorfismo tra *popolo*,

presupposti, risulta veramente difficile rintracciare i luoghi e i tempi di una decisione sovrana, assumendo l'eccezione come categoria esplicativa. In alternativa, e sulla scorta del *nomos* schmittiano, vale forse la pena dedicarsi a un esercizio di immaginazione geografica, a partire proprio dalla persistenza dei territori e dalle profonde trasformazioni che investono la figura del confine.

Mappamondi

Prendiamo una mappa, in scala, con contorni definiti e i territori degli stati indicati con colori diversi. A questa carta convenzionale sovrapponiamo quella dell'Unione Europea: estesa a nord fino ai baltici, a est fino a Slovacchia e Romania e delimitata, a sud, dal mediterraneo e, a ovest, dalla coste atlantiche. In questa mappa ritroviamo un'entità politica che, per quanto ancora in gestazione, occupa un territorio chiaramente definito, dotato cioè di confini lineari e certi.

Se, nel corso della modernità, la mappa è stata non solo uno strumento di orientamento, ma il mezzo attraverso il quale si è appreso e definito un territorio, se cioè è stata la mappa a determinare il territorio e il modo in cui ne abbiamo fatto esperienza (verrebbe da dire "la mappa è il territorio"), ne dovrebbe conseguire che alla nitidezza di una simile carta non possa che corrispondere un'organizzazione del territorio altrettanto perentoria³⁴⁷.

Le cose però non stanno così. Oggi non è più possibile alcuna mappa e del resto anche l'istituto De Agostini ha smesso di produrne. Questo, essenzialmente perché i territori si rivelano sempre più refrattari a una messa in forma cartografica.

territorio e sovranità" è venuto meno "il sistema di relazioni internazionali imperniato (...) sulla figura dello Stato-nazione sovrano territorialmente chiuso", "non emerge una nuova forma di sovranità, bensì una nuova dimensione del *politico*, il cui prevedibile sblocco istituzionale potrà essere rappresentato da un sistema multilivello di governo caratterizzato dalla paradossale compresenza (...) di una *pluralità di potestà sovrane*".

³⁴⁷ F. FARINELLI, *La crisi della ragione cartografica*, Torino, 2009; K. SCHLÖGEL, *Leggere il tempo nello spazio. Saggi di storia e geopolitica*, Milano, 2009.

Innanzitutto occorre premettere che un confine di per sé costituisce un dispositivo *inerte*, che si attiva solo quando attraversato. E' il movimento di merci, capitali etc. la condizione di possibilità dell'esistenza di confini. Di fatto, per chi si muove e intenda entrare nello spazio dell'Unione europea, l'incontro con i suoi confini non coincide più con le linee astratte che ne delimitano formalmente il territorio. Un tale incontro, infatti, può avvenire già nei paesi di partenza o di transito, per esempio nel consolato di qualsiasi stato membro dell'Unione. In questo caso, il limite da oltrepassare è costituito da "una frontiera di carta", ricorrendo ad un'espressione coniata da Didier Bigo e Elspeth Guild per definire il precipitato materiale del visto Schenghen³⁴⁸. Ma la frontiera da valicare può anche essere fisica (un deserto o un mare), e quindi, da linea, trasformarsi in fascia o zona, in spazio esteso. Anche all'interno di "Schenghenlandia", tuttavia, i confini possono manifestarsi in ordine sparso: nella forma di un visto che scade, di un fermo per identificazione, di una detenzione amministrativa. Punto-linea-superficie: a venire via via affossato nel presente sembra essere il termine mediano. Se quella che emerge è una superficie tendenzialmente aperta, lo spazio in essa si definisce come letteralmente pervaso da una proliferazione di confini o, meglio, per riprendere un'immagine proposta da Ratzel, da "manifestazioni sparse di confine"³⁴⁹. Si tratta di qualcosa di molto simile a ciò che lo stesso Ratzel definiva come *Grenzaum*: uno spazio frontiera, oggi globale, in cui i confini tradiscono la loro originaria matrice lineare divenendo zone o punti³⁵⁰.

Affermare che i confini si trasformano in zone o punti, oltre a segnalarne la rinnovata e problematica territorialità, significa anche indicare la crisi in cui precipita la funzione tradizionalmente assegnata a ogni manifestazione lineare di confine e cioè la capacità di distinguere in modo univoco tra un dentro e un fuori³⁵¹.

³⁴⁸ D. BIGO, E. GUILD, *Le visa Schenghen: expression d'une stratégie de «police» à distance*, in "Culture&Conflicts", 49-50, 2003.

³⁴⁹ F. RATZEL *Geografie dell'uomo, (Antropogeografia). Principi d'applicazione della scienza geografica alla storia*, Milano-Roma-Torino, 1914, 271.

³⁵⁰ P. CUTITTA, *Segnali di confine*, cit.

In altre parole, a vacillare è la possibilità stessa di una distinzione chiara, in termini vuoi politico-concettuali vuoi cartografici, tra ambito nazionale e internazionale. Le frontiere lineari, infatti, ritagliavano specifiche spazialità politiche, economiche, militari e giuridiche: si poteva parlare di un mercato interno (sia pure organicamente inserito nel più ampio contesto del mercato internazionale), di un diritto di cui lo stato costituiva di fatto la fonte unica ed esclusiva, di una violenza di cui rivendicava il monopolio all'interno delle proprie frontiere. Era questo in fondo lo scenario rimpianto da Schmitt nel segno del *ius publicum europaeum*. Come geografia ordinata: la soglia individuata da Schmitt sembra quindi protrarsi sino all'oggi nel segno di una vacanza, del venir meno della funzione frenante e ordinativa dello stato. Più in generale, l'immagine di una *Grenzsraum* globale sintetizza questa complessiva "redistribuzione delle prerogative", imponendo di confrontarsi con la spazialità che definisce la cartografia politica del presente. Vale quindi la pena provare a sondare questo particolare "frangente geografico", concentrandosi sul modo in cui si rifrange in diversi ambiti politici e contribuisce a riarticolari e ridefinirli radicalmente. L'inadeguatezza di ogni mappa e la più generale confusione tra interno ed esterno diventano evidenti se si prende in considerazione la presenza strutturale sul territorio europeo dei migranti e il campo cumulativo delle c.d. "politiche di sicurezza".

"L'Unico re ha due, tre quattro ...numerosi corpi"

La stretta connessione tra politica e sicurezza non è certo una novità. Risalendo alle origini della modernità politica, si può rilevare come lo scambio obbedienza-sicurezza (in termini di incolumità fisica si collocasse alla base del

³⁵¹ G. ZANINI, *Significati del confine. I limiti naturali, storici, mentali*, Milano, 1987, 39-50.

percorso che conduceva alla costruzione dell'artificio del Leviatano). I termini dello scambio, nel corso dei secoli, si sono arricchiti di determinazioni, con la sicurezza che da mera garanzia dell'autoconservazione del cittadino, si è riempita di contenuti positivi riguardanti prima la proprietà, poi la sfera della riproduzione (diritti e garanzie sociali).

Si tratta del processo che dallo stato liberale conduce al Welfare State o *État Providence*³⁵².

A partire dagli anni Ottanta, come è noto, si registra una chiara inversione di rotta. Da una parte, le garanzie sociali, da monopolio dello stato, si trasformano in terreno su cui competono soggetti e agenzie private, nazionali e non³⁵³. L'esempio della sempre più massiccia presenza dei privati in ambito previdenziale, sanitario e scolastico – tre polarità intorno alle quali si era qualificato l'intervento pubblico del dopoguerra – testimonia chiaramente di tale esito. Dall'altra, si manifesta una tendenza incrementale alla rideclinazione in termini regressivi dell'idea di sicurezza, che la riporta all'originaria formulazione hobbesiana di incolumità fisica dei beni e delle persone³⁵⁴. Anche in questo campo, tuttavia, sebbene si abbia a che fare con la spada, ossia con il più tipico attributo della sovranità, si assiste ad una progressiva erosione del monopolio statale sull'esercizio legittimo della violenza. Come afferma lo stesso Foucault in una conversazione del 1977 con Lefort, il patto territoriale del sovrano con il suo popolo è superato: “Quel che lo stato propone come patto al suo popolo è *sarete protetti*. Protetti da tutto ciò che può essere incertezza, incidente, danno, rischio (...). Di colpo la legge non è più adatta; improvvisamente sono necessarie queste specie di interventi, il cui carattere eccezionale, extralegale, non dovrà apparire come segno arbitrario di un eccesso di potere, ma al contempo come di un'attenzione premurosa”³⁵⁵.

³⁵² G. RITTER, *Storia dello stato sociale*, Roma - Bari, 1996.

³⁵³ M. R. FERRARESE, cit.

³⁵⁴ L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Milano, 2000.

³⁵⁵ M. FOUCAULT, *La sicurezza e lo stato*, in. Id. *La strategia dell'accerchiamento. Conversazioni e interventi 1975-1984*, a cura di S. Vaccaro, Palermo 2009, 71-72.

Il riferimento è, in primo luogo, al proliferare di servizi di sicurezza che alimentano il mercato di una gamma sempre più differenziata di “prodotti”. Il cittadino ha così la possibilità di integrare e “personalizzare” il livello di sicurezza fornito dal pubblico attraverso merci e servizi dalle *gated community*³⁵⁶, passando per le diverse tipologie di *bodyguard*, assunte al rango di *status symbol* ad alto carattere distintivo.

Ma c'è di più. Molte delle minacce, reali o presunte, a cui reagisce il discorso sulla sicurezza, si sviluppano in una dimensione non più riconducibile alla scala nazionale³⁵⁷. Da più parti, infatti, si manifesta la necessità di rivolgere l'attenzione agli aspetti organizzazionali e pluralistici del diritto.³⁵⁸ Il diritto globale si manifesta, infatti, attraverso un intreccio imprevedibile di “reti di interlegalità”: diversi ordini normativi – regionali, statali, transnazionali – operano, intersecandosi a più livelli, in modo discontinuo e provvisorio. L'analisi di Sousa Santos riproduce un approccio territorialista, spaziale, alle problematiche legate al diritto, nel momento in cui appare evidente come venga meno, oggi, almeno in parte, quella connessione diretta e imprescindibile con lo spazio che aveva nella modernità contrassegnato gli ambiti di azione del diritto e delle sue istituzioni.

E' l'idea della “differenziazione funzionale” di Teubner che sposta l'attenzione da una dimensione più strettamente territoriale alla interpretazione della differenziazione del diritto odierno basata su criteri funzionali: “la differenziazione giuridica nazionale – afferma Teubner – è stata superata da una frammentazione settoriale”³⁵⁹. E' noto, infatti, come l'idea della “policontestualità” del diritto si concretizzi, nell'analisi del giurista tedesco,

³⁵⁶ A. PETTI, *Arcipelaghi e enclave*, cit., 59.

³⁵⁷ U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

³⁵⁸ “L'ordinamento giuridico sovrano e unitario (...) era servito per dare sistematicità almeno formale, all'intera materia del diritto, cioè al mondo delle norme e delle decisioni giuridiche. Ma si infittiscono, oggi, i segnali della necessità di affiancare a questo modello ordinamentale altre prospettive sul giuridico che possano cogliere meglio il mondo globale e, in esso, la funzione del diritto”, così A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, 2008, 7.

³⁵⁹ G. TEUBNER, A. FISCHER LESCANO, *Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale* in G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Roma, 2005, 149.

nella presa d'atto di una serie di sistemi normativi, dall'economia alla politica, dalla scienza ai sistemi di comunicazione, che si sovrappongono e si intersecano, rendendo ormai impossibile qualsiasi forma ricompositiva e unitaria: "l'Unico re ha due, tre quattro ... numerosi corpi"³⁶⁰. Il diritto pertanto appare non più strutturato in un sistema gerarchicamente ordinato, ma in un "insieme eterarchico di norme" espressione di "un diritto senza unità giuridica, un diritto che viene creato e mantenuto da sistemi sociali differenti caratterizzati da razionalità proprie e contraddittorie"³⁶¹. Il ruolo di garanzia e di neutralizzazione delle conflittualità in atto, nella visione di Teubner, non è più ricoperto, e non potrebbe essere altrimenti, dalle istituzioni giuridiche – lo stato in primo luogo – ma è collocato nei nodi (provvisori) della rete in cui si intersecano, e si limitano a vicenda, le decisioni dei diversi sistemi³⁶².

Continuando in quest'ottica (ambivalenze), potrebbe apparire addirittura superfluo sottolineare come oggi si delinei una crescente pervasività di potenti dispositivi (anche extragiuridici) di repressione: le politiche di controllo rappresentano il tratto caratterizzante della nostra epoca (politiche di tolleranza zero, sistemi di *law and order*, le questioni relative alla sicurezza globale) in cui, di fronte alle continue dichiarazioni dello stato di emergenza, che attanaglia le società occidentali, attaccate, dall'interno e dall'esterno, da sempre maggiore insicurezza – generata da conflitti globali e locali e in particolare dalla presenza destabilizzante e *perturbante* degli stranieri³⁶³ -. si afferma un "nuovo senso penale"³⁶⁴.

La sicurezza, quindi, oltre a declinarsi in termini semplificati di mera incolumità, non può più essere considerata un bene pubblico e tantomeno nazionale. Se le minacce sono rappresentate dal terrorismo internazionale, da

³⁶⁰ G. TEUBNER, *I molteplici corpi del re: l'autodecostruzione della gerarchia del diritto* in ID. *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, Napoli, 1999.

³⁶¹ *Ivi*, 9.

³⁶² G. TEUBNER, A. FISCHER LASCANO, *Scontro tra regimi*, cit, 160.

³⁶³ Z. BAUMANN, *La società dell'incertezza*, Milano, 1999, 70.

³⁶⁴ L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. Le trasformazioni dello stato penale nella società neoliberale*, Milano, 2000.

catastrofi ecologiche, dagli hacker, dalle migrazioni³⁶⁵, un'efficace azione di contrasto sconfinerà necessariamente dalla sfera statale e potrà-dovrà assumere le forme della guerra. Si tratterebbe di “guerra come prosecuzione dell'assenza di politica con altri mezzi”³⁶⁶.

La vera chiave di volta dello stato di polizia globale è la guerra contro il terrorismo: in un mondo globalizzato, il nemico dichiarato è il terrorista capace di de-localizzarsi sul luogo che vuole colpire³⁶⁷. Il terrorista non è più – o meglio non è più solo – per dirla con Schmitt, il partigiano “ultima sentinella della terra”, la propria³⁶⁸.

A questa proiezione esterna che deforma lo Stato nel momento stesso in cui si prefigge di conservarne l'integrità, si accompagna poi un movimento opposto di erosione del monopolio statale all'interno del suo stesso territorio. Per certi versi, si potrebbe dire che le politiche di sicurezza disaggregano i poteri dello stato e li riassemblano al di là della cornice nazionale³⁶⁹. Questi continui sconfinamenti determinano la creazione di *networks* al cui interno gli stati giocano un ruolo centrale ma i cui nodi sono rappresentati da apparati (per es. Frontex) che entrano in connessione “a geometria variabile”, sovrapponendosi e intricandosi ai poteri dello stato e disarticolando i presupposti unitari della sovranità.

³⁶⁵ *Conditio humana*.

³⁶⁶ J. BAUDRILLARD, *Lo spirito del terrorismo*, in Aa.Vv., *La guerra dei mondi. Scenari d'occidente dopo le Twin Towers*, Roma, 2002, 21 ss.

³⁶⁷ Cfr. A. GIARDINA, *Diritto internazionale e uso della forza, Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, 361 ss. Lo squilibrio, come strategia di sviluppo che in termini militari si trasforma nell'asimmetria dei conflitti favorisce la diffusione di forme terroristiche che “universalizzano” il conflitto, facendo cadere ogni distinzione tra civili e militari, e che “globalizzano” lo scenario di guerra, rendendo ogni singolo spazio possibile obiettivo: con la delocalizzazione dell'atto terroristico si consuma il passaggio dal proprio territorio occupato al territorio dell'occupante.

³⁶⁸ C. SCHMITT, *Teoria del partigiano*, cit., 128. Il carattere “tellurico del partigiano” anche se ne coglieva “la direzione centrale internazionale e sovranazionale” divenendo “strumento manipolato da un'aggressività che mira alla rivoluzione mondiale”, 104.

³⁶⁹ V. C. MARTELLINO, *Eurojust e il modello investigativo continentale*, in M. BARILLARD (a cura di) *Terrorismo e crimini contro lo stato. Legislazione attuale e azioni di contrasto*, Milano, 2005, 99-112.

La frontiera addosso

L'abolizione delle frontiere interne ha rappresentato uno degli obiettivi più importanti perseguiti dalla Comunità europea al fine di raggiungere un livello sempre più elevato di integrazione fra gli Stati membri. La creazione del mercato unico ha comportato la soppressione dei controlli ai confini interni per in saturare uno spazio europeo di libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali. Libertà di movimento interna accompagnata dalle c.d. "misure compensatorie" dirette a rafforzare il controllo alle frontiere esterne dell'unione europea, logica conseguenza del progetto avviato con l'accordo di Schenghen³⁷⁰. Ulteriori sforzi sono stati compiuti, da un lato, tramite lo spostamento dei controlli ai confini esterni, attuato con l'introduzione dei sistemi dei visti, insieme ad una maggiore cooperazione politica e operativa con i Paesi terzi; dall'altro, con la *centralizzazione* delle politiche relative alle frontiere esterne – mediante la creazione dell'agenzia per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne e (Frontex)³⁷¹, istituita con il regolamento CE 2007/2004 e operativa dal maggio 2005 (il *Rapid Border Intervention teams* c.d. RABIT). Quest'ultimo è stato creato con regolamento Ce n.63/2007 che ha predisposto un sistema di intervento per le forze di polizia nazionale, posto alle dipendenze dell'agenzia europea per la gestione delle frontiere, al fine di controllare, riconoscere e impedire l'accesso agli immigrati clandestini.

Tali misure, insieme all'espansione e alla centralità che ha assunto l'*acquis* di Schenghen scontano il paradosso per cui oggi la libertà di circolazione è accompagnata da un crescente e rigido sistema di controlli e di sorveglianza su coloro che vivono o provengono dall'Unione europea. Sulla base di una logica diversa dal passato, quale è la *guerra al terrore*, le misure adottate hanno indotto ad un drastico cambio di direzione: da un sistema di

³⁷⁰ Cfr. EU, *Council Information Sheet, Enlargement of the Schenghen Area*, Rev, 1 Bruxelles 8 novembre 2007.

³⁷¹ Per un commento sull'istituzione di Frontex, si rinvia a S. TREVISANUT, *L'europa e l'immigrazione clandestina via mare FRONTEX e diritto internazionale*, in *Dir. un. Europea*, 2008, 2, 367 ss.

controlli alle frontiere, rivolto originariamente *solo* agli extracomunitari, si è passati ad un meccanismo di *sorveglianza generalizzata su tutti i cittadini*, giustificato alla luce del nuovo concetto di “sicurezza delle frontiere” che, dopo l’11 settembre, ha sostituito quello di “controlli alle frontiere”³⁷². Quindi, ad un livello superficiale, il venire meno delle frontiere interne tra gli stati membri ha creato uno spazio comune di circolazione che ha ampliato la gamma dei soggetti potenziali in grado di godere di una libertà di movimento transnazionale. A un livello più profondo, tuttavia, la responsabilità reciproca tra gli stati, implicata da un concetto “comunitarizzato” di confine, ha trasformato ogni frontiera interna ed esterna in un confine appartenente a ognuno degli stati membri. Di conseguenza anche le nozioni di ordine pubblico e sicurezza nazionale elaborate in ciascuno stato membro sono state trasferite in ognuno degli altri. Ai sensi dell’art. 5, al fine di essere ammesso sul territorio, uno straniero “non deve essere considerato pericoloso per l’ordine pubblico, la sicurezza nazionale e le relazioni internazionali di” *uno* degli Stati membri. A causa della responsabilità reciproca tra gli stati membri implicata nel sistema Schengen i concetti di *ordine pubblico e sicurezza nazionale* che trovano applicazione nello spazio di libertà giustizia e sicurezza non sono quindi il frutto di una elaborazione autonoma, ma la somma delle restrizioni stabilite in ogni paese.

Quindi, la creazione di uno stato comune di “libertà, sicurezza, giustizia” dell’Unione europea ha generato le condizioni perché idee come quelle di *ordine e sicurezza* fossero svincolate dalla sovranità degli stati nazione. Il prevalere dell’ordine pubblico nazionale come *limite* di diritti riconosciuti a livello sopranazionale, o anche solo nazionale e qui esemplificato come con la questione dei limiti alla circolazione nello spazio europeo, in realtà riguarda il discorso più generale dei diritti, quali regole comuni che riflettono il potenziale inclusivo di una comunità giuridica.

³⁷² A. BALDACCINI, *Counter Terrorism and EU Strategy for Border Security: framing Suspects with Biometric Documents and Databases*, in *European Journal of Migration and Law*, 2008, 10, 32.

Per comprendere come i confini possano fungere da strumento di appropriazione della mobilità, indipendentemente da una relazione immediata con lo spazio geografico, è utile partire dal rovesciamento di prospettiva che la dottrina moderna di sovranità ha operato rispetto alla relazione tra legge e territorio. Donato Donati nota come tale rivoluzione concettuale possa essere riassunta nella formula della “territorialità” della sovranità, da utilizzare in luogo di quella di “sovranità territoriale”³⁷³. Una volta espunto dalla seconda il significato di *un diritto sul territorio*, dal quale far derivare la potestà di imperio dello stato sulle persone, il carattere territoriale della sovranità si risolve nel segnare, da un lato, il limite della sovranità stessa, dall’altro la sua esclusività³⁷⁴. Donati mostra, tuttavia, come limitazione ed esclusività della potestà di imperio, giocando di concerto nel definire l’ambito della sovranità, assumano il carattere di eccezioni e non di regole. In altre parole, lo spazio dove viene esercitata la sovranità non corrisponde all’ambito segnato dal territorio ma si estende, di regola, fin a dove non incontra un potere uguale e contrario che lo esclude³⁷⁵. Se, da un lato, questo non corrisponde ad altro che al sistema globale del potere statale ripartito sulla base di una reciproca esclusione, dall’altro Donati mostra come il rapporto tra eccezione e regola si rovesci anche rispetto alla potestà di imperio esercitata su cittadini e sugli stranieri³⁷⁶. La rappresentazione dello spazio giuridico che ne risulta, quindi, è una rappresentazione opposta a quella che se ne ottiene partendo, come si fa abitualmente, dall’ambito territoriale. E proprio partendo da questa rappresentazione delle partizioni tra gli spazi giuridici che il potere di imperio dello stato sulle persone si mostra svincolato dall’ambito geografico. E’ interessante notare però che il diritto a cercare sicurezza e il correlativo dovere dello stato ad offrire protezione, tradizionali fondamenti del diritto di asilo, si risolvono in quello che appare come un vero e proprio paradosso per la teoria dello stato: ovvero presupponendo *ex lege* una sicurezza al di là dei

³⁷³ D. DONATI, *Stato e territorio*, 1924, 96.

³⁷⁴ H. KELSEN, 1945, cit., 213.

³⁷⁵ H. KELSEN, cit.

³⁷⁶ D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., 97 ss.

propri confini nazionali³⁷⁷. Allo stesso tempo questa presunzione trasforma l'istanza di protezione, legittima se presentata nel paese di transito dichiarato sicuro e spesso confinate, in una minaccia per l'ordine e la sicurezza interni.

Anche i richiedenti asilo interni espulsi e in seguito al rigetto della loro istanza vanno, infatti, ad ingrossare le fila di stranieri indesiderati che definiscono, in negativo, l'ordine e la sicurezza interni. Tra i nuovi attori risulta particolarmente interessante annoverare tutte quelle figure che svolgono questo ruolo sulla base di uno schema privatistico di responsabilità. E' il caso per esempio di alcune disposizioni tradotte in Italia catalogate come sanzione ai vettori. Se si guarda al governo delle migrazioni come a quell'insieme di politiche che garantiscono e al contempo controllano la mobilità sul territorio, ovvero il diritto al soggiorno sul territorio che rischia di assumere forme contrattate, ci si abbandona in definitiva a riemergere di rapporti potestativi, non tanto sul territorio in quanto tale, ma sulla relazione tra migranti e il territorio medesimo, che diventa l'oggetto immediato di un nesso tra *potere e cosa*. E' interessante esaminare come la crescente proceduralizzazione del diritto invada e dequalifichi la tutela giuridica.

In questo modo vengono delegate a soggetti privati funzioni tipicamente attribuite allo stato. Tutti questi esempi che portano la letteratura sull'argomento a parlare di una *detritorializzazione* dei confini potrebbero essere spiegati con l'efficacia del territorio fuori del territorio.

Confine come sovranità condivisa

Raramente viene messo in luce che il confine non è mai già presente nello spazio, ma viene attivato quando lo si attraversa.

E oggi sono i *migranti* ad attivare i confini dello spazio, di uno spazio che, come si è mostrato, non è solo rivendicazione di uno spazio in quanto tale, ma di un'istanza soggettiva che si agita nella forma di una mobilità, che non è

³⁷⁷ TH. HOBBS, 1651.

mai meramente spaziale, ma anche sociale. Il problema annoso, e mai univocamente risolto, di identificare l'oggetto e il fondamento del potere nella potestà di imperio esercitata alternativamente sul territorio o sulle persone, si rovescia qui nel suo contrario. Nel problema, cioè, di *appropriare* su base esclusiva un'istanza soggettiva di mobilità: un'attività "che tocchi o riguardi il territorio che di quel diritto è oggetto"³⁷⁸. E ancora un'attività che deve la sua qualificazione alla volontà che la sostiene.

Non si vede infatti in quale altro modo si potrebbe distinguere un comportamento che, anche senza un necessario contatto con il territorio, integri un' "attività che riguardi quest'ultimo"³⁷⁹. E' stata la diffusione globale dei confini, quali linee di delimitazione reciproca, a conferire loro la centralità politica che hanno assunto nella modernità e in forza della quale l'identità politica può essere definita in base ad una semplice esclusione. Se si rovescia – come fa Donati – il rapporto tra eccezione e regola della limitatezza ed esclusività della potestà di imperio, non sono più gli stranieri a venire definiti per esclusione, ma i cittadini stessi, nella misura in cui il potere esercitato su di essi incontra il limite di un rapporto stabile con un altro stato, ovvero del riconoscimento della cittadinanza altrui. Fino al punto da legittimare l'affermazione per cui "la potestà di imperio, in quanto come potestà di comando possa appunto in via generale, svolgersi nel territorio altrui, si comporta diversamente nelle sue diverse manifestazioni: riguardo ai cittadini essa incontra nel territorio altrui determinate limitazioni, riguardo agli stranieri essa non incontra alcuna limitazione" (Donati, 1924, 105).

Le conquiste degli stati moderni non sono state caratterizzate solo dalla demarcazione di confini che hanno tracciato differenze tra gli individui. In altre parole, da confini di "status". Due questioni risultano però rilevanti oggi, come allora: in primo luogo ogni status contiene al suo interno una domanda di protezione giuridica; in secondo luogo status differenziati generano tensione rispetto ai principi dell'*universalismo* giuridico. Questa tensione, in conflitto

³⁷⁸ D. DONATI, 109.

³⁷⁹ M. FOCALTY, 1978.

soprattutto con la giustizia penale, nei sistemi coloniali veniva riconciliata delegando l'amministrazione della giustizia a corti amministrative, o derogando ai principi generali sulla base di criteri di personalità della legge. Creando, insomma, non solo un diritto separato, ma anche un differente sistema processuale³⁸⁰. La costruzione di corti amministrative *ad hoc* (invece che penali) viene utilizzata per legittimare la deroga dai principi generali, adducendo come giustificazione la necessità di espletare in modo più celere ed efficiente le procedure giudiziarie³⁸¹.

Il confronto con istituti tipici della colonialità non intende tracciare problematiche di continuità, ma mira, piuttosto, a chiarire in quale senso i confini siano stati qui definiti come *legge e persona* e come *legge e territorio*. In questa sede sono stati intesi come "luogo di produzione" di strumenti di relazione, che non possono essere schiacciati sulla "relazione con il territorio". Nondimeno essi mantengono una relazione spaziale che consente la possibilità di riprodurre, attraverso le differenziazioni di *status*, una precisa "ri-collocazione" delle posizioni giuridiche degli stranieri rispetto allo spazio giuridico. L'espulsione si configura come l'istituto giuridico che consente di rilocizzare i trasgressori dell'inviolabilità dei confini rispetto allo spazio giuridico. Anche quando la sanzione formale per i migranti che fanno ingresso o risiedono illegalmente sul territorio è di natura penale, l'espulsione continua infatti a rappresentare la punizione tipica riservata ai non cittadini.

A partire dagli anni Novanta si può sottolineare come anche il processo di illegalizzazione dei movimenti migratori divenga evidente il carattere residuale, e spesso simbolico delle sanzioni penali a favore di una gestione amministrativa sempre più accentuata delle posizioni giuridiche degli stranieri, improntata ad una maggiore efficienza e celerità della giustizia, ma non per questo, di minor grado repressivo. I confini che seguono i migranti, rispetto

³⁸⁰ Romano, 1918, 197

³⁸¹ Cfr. L. MARTONE, 2002. Cfr. S. ROMANO, 1917-1918. "L'ordinamento giudiziario della colonia non può essere uguale a quello della *metropolis*, non solo rispetto agli indigeni, ma neppure per i cittadini e gli stranieri residenti nella colonia (...) tale ordinamento è di regola duplice: un ordinamento per gli indigeni, ed un altro per i cittadini e gli stranieri" (p. 196).

all'interno dello spazio europeo, sono quindi confini in primo luogo di giurisdizione: una funzione che era considerata di particolare importanza negli ordinamenti coloniali, poiché proprio nella giurisdizione “i popoli primitivi vedono infatti la manifestazione più alta e concreta dell'autorità”³⁸². E, tuttavia, una funzione che viene amministrata sulla base del fatto di trovarsi “fuori posto” rispetto all'ordine giuridico. Le punizioni ordinarie non possono rendere giustizia di questo crimine perché sono finalizzate a ristabilire un “ordine” e una “sicurezza” a cui gli stranieri non appartengono. L'unica punizione possibile è l'espulsione, nella misura in cui rappresenta, da un lato, il *bando* dall'ordine costitutivo della società – e indipendentemente dal fatto che venga o meno eseguita - e dall'altro, rende manifesta non la legge, ma l'autorità. E' per questa ragione che perfino il principio di legalità può essere disatteso al fine di ricostituire l'*ordine minacciato* da coloro che non ne fanno parte.

Ci si è soffermati sulla funzione di appropriazione dei confini, bisogna passare, ora, al momento produttivo. Come ogni *lex mercatoria*, lo spazio giuridico non può più farsi largo verso l'esterno, ma deve farsi largo verso l'interno: sia in riferimento ai soggetti ammessi a parteciparvi, che in riferimento alla gamma dei diritti loro riconosciuti

Confinare la mobilità

La disciplina del controllo dell'immigrazione evidenzia un profilo ulteriore che preoccupa sul piano delle garanzie, in quanto il controllo dei flussi migratori sul piano amministrativo pone la questione dei livelli di garanzia, come ha da tempo evidenziato la dottrina che si è soffermata sui problemi sollevati dalle politiche di depenalizzazione³⁸³. Rispetto agli immigrati extracomunitari irregolari si assiste alla progressiva svalutazione del significato della libertà personale sulla quale incidono sanzioni penali

³⁸² S. ROMANO, 1918, 96.

³⁸³ M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, 151 ss. Rispetto agli immigrati extracomunitari irregolari si assiste alla svalutazione del significato della libertà personale.

detentive, meccanismi espulsivi e di internamento nei centri di identificazione ed espulsione (CIE). Però è soprattutto con riferimento alla disciplina amministrativa che il legislatore mostra di svilire la libertà personale del migrante attraverso, appunto, l' "amministrativizzazione dei diritti fondamentali"³⁸⁴.

Intendo poi richiamarmi al meccanismo paradossale che prevede l'incontro planetario tra domanda e offerta di lavoro: tra un lavoratore all'estero e un lavoratore in Italia questo meccanismo – come noto – non funziona affatto, perché è del tutto in effettivo, in quanto l'incontro tra domanda di lavoro avviene, di fatto in Italia, imponendo agli stranieri, un periodo di permanenza illegale³⁸⁵. Quindi il significato assunto dalle ricorrenti sanatorie è duplice: da un lato, la loro frequenza incentiva l'immigrazione irregolare, nella speranza di una regolarizzazione ex post; dall'altro lato, essi decretano l'inefficacia della gestione ordinaria dell'immigrazione, che continua ad essere affrontata come fenomeno "eccezionale" e non come fenomeno normale prodotto dalla globalizzazione e dai nuovi disequilibri politico-economici, da disciplinare con strumenti "normali".

La logica dell'esclusione

Il doppio binario di potenziamento delle misure di sicurezza nei confronti degli stranieri appare in controtendenza rispetto alla generale recessione nell'applicazione delle misure di sicurezza personali nel nostro ordinamento. Al contempo il legislatore ha potenziato il ricorso alla sanzione penale, sempre meno rivolta ad un fatto e sempre più rivolta ad un autore. I due interventi non sono distonici, ma si muovono all'interno di una logica di potenziamento del doppio binario in funzione di controllo della pericolosità sociale. Il sistema del doppio binario, che formalmente persiste nella disciplina penale, accentua i profili della difesa sociale e si colloca in quello di logica di

³⁸⁴ A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali (una guida alla lettura)*, in *Quest. giust.*, 2009, 85.

³⁸⁵

esclusione nella quale si muove il testo unico dell'immigrazione. Il diritto penale vien così a perdere il ruolo di intervento sussidiario per svolgere quello "servente di potenziamento dell'effettività delle disposizioni amministrative"³⁸⁶. Se però l'espansione del diritto penale negli interventi del 2008-2009 non ha contenuto l'immigrazione irregolare, allora, il diritto penale è strettamente correlato alla stigmatizzazione dello status di immigrato regolare. Il diritto penale si fa qui portatore della funzione simbolica che gli è connaturata ma che, quando è disgiunta dall'efficace tutela del bene, si riduce a puro simbolismo: l'obiettivo è *marcare la differenza* tra noi e loro³⁸⁷. E' la specialità del diritto penale, aggravante geopolitica (come ha scritto Massimo Donini) fondata sulla distinzione tra aree politiche-economiche del pianeta e sulla conseguente valutazione negativa dei flussi migratori come espressione di una maggiore pericolosità dell'autore di un qualunque reato³⁸⁸. La specialità riflette in ogni caso la logica dell'alterità: lo straniero diventa il nemico³⁸⁹, questa volta diventa il *nemico interno*³⁹⁰. Ecco che ritorna il limite che separa il noi da loro che non è linea di confine che permette di capire anche chi siamo noi, ma è la linea di esclusione che rafforza un'identità che si alimenta di una propria tradizione culturale concepita come monade, refrattaria ad ogni influsso

³⁹¹

Massimo Donini ha evidenziato un parallelismo tra la recente legislazione penale sull'immigrazione e l'involuzione del diritto tedesco nei confronti degli ebrei, qualificando senza mezzi termini la detenzione amministrativa nei CIE, "la via italiana ai *lager*"³⁹². Vorrei segnalare un parallelismo non meno tranquillizzante: quello con la legislazione razziale

³⁸⁶ A. CAPUTO, *Diseguali*, cit., 85.

³⁸⁷ G. NALETTO, *La legittimazione normativa delle discriminazioni e del razzismo*, in G. Naletto (a cura di), *Rapporto sul razzismo*, 95.

³⁸⁸ M. DONINI, *Il cittadino*, cit., 113 e 117; ID. *Il terrorista straniero*, cit., 1714.

³⁸⁹ L. PEPINO, *Le migrazioni il diritto il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*.

³⁹⁰ V. A. BURGIO, *Nonostante Auschwitz. Il ritorno del "razzismo in Europa"*, Roma, 2010, 178.

³⁹¹ F. REMOTTI, *Contro l'identità*, Bari, 2008, 28.

³⁹² M. DONINI, *Il cittadino*, cit., 127.

italiana, un capitolo, purtroppo trascurato, della politica criminale del regime fascista³⁹³. Se oggi i tempi sono mutati, se il discorso non è più condotto in nome della tutela della razza, ma di tutela dell'identità nazionale dai flussi migratori, il trattamento degli stranieri come nemici o, al più come soggetti subordinati, sta nel fatto che costoro abbiano preteso di accedere al nostro spazio nazionale³⁹⁴. Il diritto penale dell'immigrazione diventa così il “piano inclinato di una razionalità orientata alla disuguaglianza”³⁹⁵.

Ma ritroviamo nello statuto dell'immigrato irregolare tutto il bagaglio delle misure di prevenzione, perché, anche nei confronti dello straniero, lo stereotipo dell'immigrato autore di reati ed in quanto tale potenzialmente pericoloso gioca a favore del rafforzamento degli strumenti coercitivi. Quel mutamento dallo stato di diritto allo stato di prevenzione, evidenziato da molti rispetto alla gestione dei rischi ed alla prevenzione del terrorismo, trova un'ulteriore conferma anche nel diritto dell'immigrazione. Nella società globalizzata gli stranieri sono *i nuovi oziosi vagabondi*, ben noti al sistema penale che nei loro confronti era intervenuto con sanzioni penali dapprima e con misure di prevenzione poi (vedi Foucault). Si tratta questa volta di *vagabondi oltre confine*, accomunati da una povertà rifiutata da un mondo che della povertà fa una colpa e da una presunzione di pericolosità per l'assetto sociale.

Da quanto si è detto emerge come tra i due termini di cui si compone la formula “stato di eccezione” il più problematico sia il primo.

Ed è problematico, sia in quanto declinato al singolare, a indicare una situazione spazialmente e temporalmente data, sia in quanto riferito a un'entità stabile e politicamente definita a cui si attribuisce una funzione sovrana (della storicità dello stato, peraltro, già né Schmitt né Kelsen, né Santi Romano sembra abbiano dubitato). In altri termini la domanda da porsi non riguarda cosa sia lo stato nell'epoca della “globalizzazione” e dell’ “emergenza

³⁹³ G. NEPPI MODONA, M. PELISSERO, *La politica criminale durante il regime fascista*, in L. Violante (a cura di), *La criminalità. Annali della storia d'Italia*, Torino, 1996, pp. 797 ss.

³⁹⁴ V. A DAL LAGO, *Non-persone*, cit., 43.

³⁹⁵ A. CAPUTO, *Immigrazione e politiche del diritto*, 104.

permanente”, se guadagni o perda potere, quanto piuttosto che cosa, nei nuovi contesti, *nello* stato guadagna potere e capacità di azione e che cosa invece vede delle proprie prerogative diminuire o svanire.

Conclusioni

Finora si è delineato il processo di disaggregazione che di quel particolare “contenitore di potere confinato”, chiamato stato.

Allo stesso tempo si sono tracciate, facendo leva su alcuni casi concreti, alcune linee lungo le quali quegli stessi segmenti, che abbiamo visto “disincapsularsi” dalle sequenze istituzionali in cui trovavano collocazione, si ricalibrano e si concatenano trasversalmente. Si tratta di processi lenti di crisi della sovranità, anche globale. A questo punto, però, riteniamo che occorra compiere un ulteriore passo e chiedersi se, alla luce delle dinamiche che investono e riassemblano ogni assetto politico unitario, sia ancora possibile appellarsi alle categorie di sovranità nei termini convenzionali di un’invariante rintracciabile, come principio ordinatore, a qualsiasi latitudine spazio-temporale. In realtà, alcuni punti notevoli del dibattito giuridico-politico novecentesco avevano già posto il problema dell’opportunità di liberarsi di un concetto considerato, allo stesso tempo, arcaico, in quanto riferito a una specifica fase di sviluppo, e ingombrante, in quanto l’inerzia degli schemi della statualità finiva per ipotecare la concettualizzazione del presente³⁹⁶.

Il riferimento è a Kelsen e Preuss, che a partire da prospettive radicalmente diverse convergevano nell’invito a lasciarsi alle spalle una simile categoria.

Il loro invito ci pare da cogliere: in fondo, il concetto di sovranità può essere considerato un programma politico, circoscrivibile storicamente, fatto proprio e teorizzato via via da una sequenza di autori che da Bodin e Hobbes

³⁹⁶ M. BASCIU (a cura di), *Crisi e metamorfosi della sovranità*, Milano, 1966; N. Mc CORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel Commonwealth europeo*, Bologna, 2001. Cfr. poi D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Bari-Roma, 2004.

giunge alla contemporaneità. E' a partire dall'interazione fra questo duplice livello, pratico e teorico (se non ideologico), che si definisce la tendenza all'ipostatizzazione dell'idea di sovranità, ossia alla sostanzializzazione che trasforma un progetto di giuridificazione di rapporti di forza in una figura animata e antropomorfa, che rovistando all'interno di qualsiasi ordinamento è sempre possibile rintracciare. Sugerendo di dismettere tali lenti ci si colloca nel solco tracciato dall'analitica del potere. Essa, infatti, origina dall'esigenza di rendere conto dei processi di costruzione dei rapporti di potere e dominazione in base a una prospettiva opposta a quella incentrata sulle figure sovrane del Leviatano o del Principe. Ciò conduce Foucault non tanto a una perimetrazione della sovranità a una serie di ambiti che le apparterebbero, quanto a un ribaltamento di scala e di senso, di "lenti", quindi, in cui la trama verticale della narrazione sovrana viene destituita da un altro racconto.

Resta però un problema, legato alla spazialità, nella misura in cui l'analitica del potere, così come il successivo riaggiustamento sulla "governamentalità", rimane ancorato all'interno di un territorio confinato.

Ora sembra opportuno suggerire alcuni "sostituti" terminologici per smarcarsi da un lessico che, pur relativizzandola, finisce per reiterare l'ipotesi di un'istanza sovrana. Anziché continuare a diluire il concetto o rideclararlo in termini aggettivali, forse è più utile cambiare prospettiva, proponendo un diagramma che, facendo leva sull'efficacia di pratiche e reti, restituisce un piano operativo in cui alla sovranità spetta il ruolo non tanto di motore quanto di legittimazione *ex post*. Così, potremmo definire gli assemblaggi e i concatenamenti su cui abbiamo richiamato più volte l'attenzione nei termini di una macchina contingente che opera sul piano dell'effettività mettendo in sequenza componenti eterogenee. A questo piano orizzontale, a cui potremmo riferirci nei termini di "dispositivi di effettività", si sovrappone un piano verticale che potremmo definire come percorso da "apparati di legittimazione", il quale interviene *ex post* ripristinando uno schema volto a ratificare, in termini di decisione e sovranità, il fatto compiuto dei "dispositivi di effettività".

L'interrogativo che si pone, a questo punto, riguarda le capacità esplicative di un concetto come quello di stato di eccezione per rendere conto di tutta una serie di dinamiche del presente. Il sospetto è che il ricorso a questa categoria possa apparire come un *escamotage* teorico, intrinsecamente fuorviante, in base al quale si utilizza il riferimento ad un dispositivo formale per rubricare unitariamente atti e iniziative che, in termini sostanziali, sono stati percepiti, spesso a ragione, come derogatori o sospensivi rispetto alle formule di legittimazione e autorappresentazione dei regimi liberal democratici.

Attribuendo implicitamente alla legislazione ordinaria un carattere rigidamente universalista e un orientamento linearmente assiologico, si finisce per essere costretti a rubricare in un fuori, lo stato di eccezione, quanto contrasta con quella percezione. Simili considerazioni sono confortate dalla constatazione, condivisa da numerosi analisti, secondo cui nelle democrazie stabili, per utilizzare un'espressione cara ai politologi, di fatto oggi si ricorra assai raramente allo stato di eccezione nelle sue forme più organiche anche nei casi in cui essa sia specificamente previsto dall'ordinamento costituzionale (come nel caso dell'art 78 della Costituzione italiana)³⁹⁷. Già negli anni sessanta G. Camus sottolineava come negli ordinamenti democratici il ricorso ai tradizionali strumenti di emergenza liberali (...) tendesse a cadere in desuetudine a vantaggio di "tecniche sostitutive", ossia di atti ordinari posti in essere dall'organo normalmente competente, come nel caso della legislazione di emergenza. Più recentemente, Thomas Poole ha sottolineato come gli sviluppi politici e legali innestati dall'11 settembre, per i quali più frequentemente viene proposta una lettura di ordine eccezionalista, per esempio il *Patriot act* negli Stati Uniti o l'*Anti terrorism, Crime and security act* in Gran Bretagna, in realtà siano atti di legislazione ordinaria. Il carattere di eccezionalità che li caratterizzerebbe sarebbe quindi di natura sociologico-politica e non giuridico-costituzionale e risiederebbe nella rapidità con cui sono

³⁹⁷ J. FERREJOHN-P. PASQUINO, *The emergency poweras*, cit., 339-340; G DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2001; P. SONETTI, *Terrorismo emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006.

stati approvati, in assenza di un reale dibattito e con una sospetta unanimità bipartisan. Come non vedere in ciò un'incarnazione contemporanea di quella situazione "sublime" di paralisi attiva, in cui la dimensione deliberativa cede il passo a quella emozionale, a cui ci hanno introdotto le analisi di Guizote Burke? Poole rileva come simili sviluppi in Gran Bretagna siano addirittura precedenti l'11 settembre (lo dimostrerebbe il *Dangerous Dogas Act*, approvato nel 1991 in tempi rapidissimi e non senza forzature procedurali sulla scia di un'ondata di panico morale, volto ad introdurre un regime differenziale per quattro specie canine).

D'altra parte quegli stessi elementi di anomalia, in termini di iter accelerato e approvazione consensuale non appaiono necessariamente presenti in tutti i casi che si è soliti rubricare sotto l'etichetta di eccezionalismo, come dimostrerebbe la normativa antiterrorismo emanata, sempre dopo il 1921 in Gran Bretagna. Di conseguenza si potrebbe affermare che "nonostante possano essere giustificati in maniera differente rispetto alla "legislazione ordinaria", attualmente i poteri di emergenza trovano la loro fonte nella maggior parte dei casi nella normale prassi normativa".

A parere di Poole, ciò implicherebbe, da una parte, una progressiva dismissione di quei residui di prerogativa, in senso lockiano, che le costituzioni liberali riservavano all'esecutivo per fare fronte ai casi di necessità (con significative eccezioni, basti pensare ai poteri del Presidente degli stati uniti in quanto commander in chief); dall'altra, la tendenza del normale e dell'eccezionale a indossare analoghe vesti costituzionali, da cui una crescente difficoltà a stabilire fra essi una chiara linea di demarcazione. Un processo, questo, rafforzato anche dal fatto che le giustificazioni tradizionalmente associate allo stato di emergenza – paura, rischio, insicurezza – sempre più spesso si presentano come motore della legislazione ordinaria. Compendiare simili tendenze nell'assunto secondo cui si profilerebbe uno scenario improntato allo stato di eccezione permanente appare però una semplificazione allo stesso tempo abusivo e fuorviante, che in ultima istanza tende ad appiattire su una tipologia di emergenza assoluta una serie di fenomeni eterogenei.

Come si è ribadito, il ricorso a provvedimenti sospensivi o derogatori, oppure a regimi speciali di vario tipo, non deve passare necessariamente per il dispositivo tecnico dello stato di eccezione.

A suscitare perplessità, inoltre, è il presupposto implicito di una lettura sbilanciata in termini “eccezionalistici” del venir meno di ogni chiara demarcazione fra regime ordinario ed eccezionale, ossia l’assunzione di un modello di sovranità ricalcato sulla monarchia della restaurazione, che attribuisce al sovrano un potere latente di prerogativa attivabile in situazioni di crisi, attraverso le previsioni di istituti, come, per esempio, lo stato d’assedio fittizio, che si lasciano difficilmente inquadrare all’interno di simili schemi.

In tal senso, la scarsa propensione, da parte delle democrazie stabili a ricorrere ai dispositivi emergenziali tipici delle costituzioni liberali può essere vista come un giudizio interessante. Tale tendenza, infatti, può essere letta come risultante non solo della diffidenza verso un simile istituto connaturata ai regimi democratici ma anche, forse soprattutto, dalla scarsa adattabilità di un dispositivo di prerogativa rispetto ai contesti politici e decisionali che caratterizzano la crisi del sistema nazionale-internazionale e le dinamiche che, convenzionalmente, si è soliti porre all’insegna della globalizzazione.

Il venir meno di chiari limiti fra norma ed eccezione rimanda a dinamiche più articolate di quelle, ricalcate su figure politico-giuridiche del passato, cui implicitamente o esplicitamente lo stato di eccezione permanente fa riferimento.

John Ferrajohn e Pasquino, per questo, ragionando a partire dalla storia costituzionale statunitense, individuano un superamento della centralità del dualismo tra regime ordinario ed eccezionale a favore di un ulteriore dualismo, fra esecutivo e legislativo da una parte e controllo giurisdizionale dall’altro.

Rispetto a questa tesi, la perplessità scaturisce in primo luogo da un’interpretazione totalizzante della categoria di eccezione, sia pure all’interno di una ricostruzione dettagliata concepita come sospensione integrale dell’ordinamento e quindi come dato cumulativo a cui ricondurre una molteplicità di situazioni, atti e soggetti disposti su piani differenti. In altre

parole, la sensazione è di aver a che fare con un'operazione difficilmente inquadrabile entro cartografie politiche convenzionali, se non al prezzo di riproporre una dimensione stilizzata, e cioè monolitica, unitaria e univoca di sovranità. Per inciso, l'impressione di una *reductio ad unum* trova conferma anche nella raffinata genealogia dello stato di eccezione tracciata da Agamben, le cui prime manifestazioni – come anticipato – sono fatte risalire al dispositivo repubblicano del *iustitium*³⁹⁸, laddove proprio la Roma repubblicana sembra caratterizzarsi per una molteplicità di sedi e soggetti potestativi che è difficile ricondurre ad un'unica fonte³⁹⁹. Agamben sembra professare un atto di fede essenzialmente monoteista nei confronti di una figura sovrana unitaria e trascendente cui si attribuisce la facoltà di sospendere la vigenza complessiva di un dato ordinamento. A questo universo declinato al singolare si vorrebbe opporre una lettura diversa, segnatamente plurale o “politeista”, rintracciandone i *sintomi* proprio nei due autori che Agamben assume come riferimenti obbligati. A Carl Schmitt e Walter Benjamin, infatti, fa capo il “fondo testuale” a partire dal quale, a differenti livelli di elaborazione, si è sviluppata negli ultimi decenni ogni riflessione sullo “stato di eccezione”.

Nel contesto di questa che, programmaticamente, si presenta come un'inchiesta genealogica su *iustitium*⁴⁰⁰, la ricerca agambeniana si apre sul senso delle diverse impostazioni che rintracciamo nella storia della storiografia relativa a *senatus consultum ultimum e iustitium*⁴⁰¹, vuoi sui problematici

³⁹⁸ Si trattava – scrive G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 55 – di un arresto o sospensione del diritto, che avrebbe avuto luogo tramite l'emanazione di un *senatus consultum ultimum*: proprio il meccanismo in cui si può scorgere l'autentico archetipo del *Ausnahmezustand*, e ove è dato registrare la produzione di una soglia di indecidibilità in cui *factum* e *ius* sfumano l'uno nell'altro. Circa l'interpretazione di Agamben e il suo riferimento al *iustitium* cfr. A. CATANIA, *Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, 2008, 143 ss., 197.

³⁹⁹ A. SUPLOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano 2006, 177.

⁴⁰⁰ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, 66.

⁴⁰¹ G. AGAMBEN, *ivi*, 57 ss. Mi riferisco soprattutto alla dibattuta natura del *senatus consultum ultimum*, alla sua stessa controversa nomenclatura, alla discussa possibilità di individuarvi una ben delineata istituzione giuridica – possibilità decisamente respinta da chi, a più riprese, ha parlato di “mito” o costruzione storiografica, estranea alle fonti antiche. Così A. GUARINO, “*Senatus consultum ultimum*”, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21.*

scenari del rapporto tra violenza e diritto⁴⁰², per tornare quindi a figure e momenti della storia giuridica romana – dal ruolo assunto dal *iustitium* dopo la fine della repubblica (allorché esso passò a indicare il lutto pubblico conseguente alla morte dell'imperatore o di un suo stretto congiunto, così da illustrare chiaramente “il tentativo del principe di appropriarsi dello stato di eccezione, trasformandolo in un affare di famiglia”)⁴⁰³ e allo stesso configurarsi del sovrano, ormai, in termini di “nomos vivente”, la cui morte era da ritualizzare trasformando lo stato di eccezione in lutto pubblico e quest'ultimo in *iustitium*⁴⁰⁴.

Riprendendo le fila, ciò significa non solo ritornare su alcuni passaggi ormai irrigiditi in slogan, ma anche soprattutto tentare di ridefinire la portata e problematizzarne la perentorietà attraverso una più ampia platea di testi.

August 1970, Berlin, spec. 281 ss.; ID., “*Nemico della patria*” a Roma, in “*Labeo*”, 18, 95 ss., discutendo i difformi orientamenti espressi nella monografia dedicata al medesimo tema da Ungern-Sternberg; A. GUARINO, “*Extremum atque ultimum*”, in *Labeo*, 37, 1991, 6 ss. In direzione diversa – convinto che il nostro *Senatus consultum* e la conseguente dichiarazione di *hostis rei publicae* non possano essere relegati “nel limbo delle istituzioni politico-sociali” e che essi siano stati oggetto di una vera e propria istituzionalizzazione sul piano giuridico-, per tutti U. VINCENTI *Brevi note in tema di “senatus consultum ultimum”*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, Napoli, IV, 1984, 1941 ss., spec 1951 ss.; La partecipazione del Senato all'amministrazione della giustizia nei secoli III-VI d.C (Oriente e Occidente), Padova, 1992, 29 ss. Cfr. Anche C. MASI DORIA, “*Salus populi suprema lex esto*”. *Modelli costituzionali e prassi del “Notstandrecht” nella “Res Publica” romana*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, III, 2008, 1254, ss.

⁴⁰² Con particolare risalto al dibattito fra Benjamin e Schmitt in relazione allo stato di eccezione: con lo sforzo, da parte del primo di porre la violenza fuori dal diritto e, da parte del secondo, di ricondurla entro il diritto stesso, pressoché in questi termini G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, 68 ss. Sul nesso stringente che fra violenza e diritto si instaura nella riflessione di Benjamin, fra gli altri cfr. E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma - Bari, 2004 4^a ed., 64 e ID., *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Roma-Bari, 3^a, 2006, spec VII, 4 ss., 26 ss.; D. GENTILI, “*Soluzioni finali*”. *Critica della Gewalt e critica del potere in Walter Benjamin*, in M. PONZI e B. WITTE (a cura di), *Teologia politica. Walter Benjamin e un paradigma del moderno*, Torino, 2006, 183 ss., che insiste, opportunamente, sulla significativa doppiezza semantica della “Gewalt” oggetto della *Kritic* di Benjamin: “violenza” ma - ripetiamo - anche “autorità legittima”, 185.

⁴⁰³ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 88.

⁴⁰⁴ G. AGAMBEN, *ivi*, 90, che poi precisa: “anche qui lo stato di eccezione è la vita – segreta e più vera – della legge”.

Da una diversa lettura di due classici come Schmitt e Benjamin, quindi, è emersa la necessità di decostruire e cioè di declinare al plurale, decentrando ed estendendo il campo e la narrazione fondata su un soggetto unitario a cui il lessico dell'eccezione fa convenzionalmente riferimento. Si tratta di un movimento che determina una serie di destabilizzazioni successive degli assunti di fondo del discorso su eccezione, richiedendo pertanto una sua ridefinizione minimale. Per questo, facendo un passo indietro, si è cercato di individuare una morfologia dello stato di eccezione e di valutare le conseguenze a cui conduce, a livello sia pratico, sia teorico, il suo nesso con la necessità. Se a fronte della necessità non può darsi scelta ma solo una reazione obbligata, a entrare in crisi è uno dei momenti chiave del dispositivo dell'eccezione, ossia la decisione.

Sulla scia dell'analisi di Sain Bonnet e recuperando alcuni spunti dell'impostazione di Santi Romano, si può sottolineare come lo stato di eccezione rimandi ad un orizzonte non tanto decisionista, come oggi si è inclini a sostenere, quanto emotivo-sensoriale. Il riferimento al sublime, a un contesto emozionale in cui la disattivazione della dimensione razionale e deliberativa spinge verso l'adesione a una necessità percepita come ineluttabile, appare, da questo punto di vista la chiave di lettura che meglio rende conto non solo dell'elaborazione sullo stato di eccezione di autori come Locke e Burke, ma anche di quella sospetta unanimità che costituisce il tratto saliente di decisioni parlamentari come il *Patrioct Act* o la legislazione britannica contro il terrorismo.

BIBLIOGRAFIA

B. ACKERMAN, *La Costituzione di emergenza. Come salvare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Roma, 2005.

B. ACKERMAN, *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'epoca di terrorismo globale*, Milano, 2008.

B. ACKERMAN, *The emergency Constitution*, in *Yale Law Journal*, 2004, 1029-1091.

G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995.

G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003.

M. AGIER, *Gérer les indésiderables*, Paris, 2008.

S. AGOSTA, *Il potere di ordinanza contingibile e urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, in *gruppodipisa.it*.

G. ALBANESI - G. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile "per l'attuazione dei decreti legge" (ed altri scostamenti dalla L. n. 225/1992)*, in *Giur. cost.*, 2009, 2245 ss.

V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986.

C. ARADAU, *Law transformed, Guantanamo and the 'other exception'*, in *Third World Quarterly*, 28(3), 489-501.

H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1951), trad. it., Torino, 1999.

J. L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole* (1962), trad. it., Genova, 1987.

B. BADIEU, *La fine dei territori. Saggio sul disordine internazionale e sull'utilità sociale del rispetto*, Trieste, 1996.

E. BALIBAR, *Europa paese di frontiere*, Lecce, 2007.

Z. BAUMANN, *La società dell'incertezza*, Milano, 1999.

P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico) (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959.

- A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004.
- J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich* (1983), trad. it., Bologna, 1989.
- W. BENJAMIN, *Opere complete. II. Scritti, 1923-1927*, Torino, 2001.
- W. BENJAMIN, *Destino e carattere*, in ID., *Il concetto di critica nel Romanticismo tedesco. Scritti, 1919-1922*, Torino, 1982.
- W. BENJAMIN, *Ombre Corte. Scritti 1928-1929*, Torino, 1993.
- W. BENJAMIN, *Strada a senso unico. Scritti 1926-1927*, Torino, 1983.
- W. BENJAMIN, *Sul concetto di storia*, Torino, 1977.
- D. BIGO - E. GUILD, *Le visa Schenghen: expression d'une stratégie de «police» à distance*, in *Culture & Conflicts*, 49, 2003.
- M. BLOCH, *La società feudale*, Torino, 1999.
- BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in ID., *Il Futuro della democrazia*, Torino, 1984.
- N. BOBBIO - M. BOVERO, *Società e stato nella filosofia politica moderna: modello giusnaturalistico e modello hegel - marxiano*, Milano, 1979.
- P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006.
- G. BORRELLI, *Oltre i percorsi di sovranità: il paradigma moderno della conservazione politica* in S. CHIGNOLA – G. DUSO, *Sui concetti giuridici e politici della costituzione d'Europa*, Milano, 2000.
- L. M. BROOKS, *The Menace of the Sublime to the Individual Self: Kant, Schiller, Coleridge and the Disintegration of Romantic Identity*, Lewinston, N. Y., 1995.
- O. BRUNNER, *Terra e potere. Strutture prestatuali e premoderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, Milano, 1983.
- E. BURKE, *Inchiesta sul bello e il sublime* (1756), trad. it, Palermo, 2002.
- E. BURKE, *Riflessioni sulla Rivoluzione in Francia e sulle relative deliberazioni di alcune società di Londra in una lettera indirizzata a un gentiluomo di Parigi dell'onorevole E. Burke* (1790), trad. it., Roma, 1998.

J. BUTLER, *Vite precarie. Contro l'uso della violenza in risposta al lutto collettivo*, Roma, 2004.

M.A. CABIDDU, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, 2, 2010.

M. CACCIARI, *Geofilosofia dell'Europa*, Milano, 4^a ed., 2003.

M. CACCIARI, *Icone della legge*, Milano, 4^a ed., 2002.

A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio extra ordinem del governo*, Torino, 2011.

A. CARDONE, *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI legislatura. La dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo*, in *osservatoriosullefonti.it*, 1, 2011.

A. CARDONE, *Le ordinanze di necessità e d'urgenza del Governo*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 2007.

C. CARUSO, *I casi "speciale", "Petroni", "Sgarbi", sindacabilità dell'atto politico?*, in *Quad. cost.*, 2009, 381 ss.

G. CAMUS, *L'état de nécessité en démocratie*, Paris, 1965.

E. CANTARELLA, *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta e diritto*, Milano, 2007.

A. CARAPELUCCI, *Il potere di ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento "extra ordinem"*, in *Foro amm.*, TAR, 2010, 328 ss.

S. CASTELS, A. DAVIDSON, *Citizenship and Migration. Globalization and the Politics of Belonging*, London, VIII, 2000.

E. CASTRUCCI, *La dottrina dello stato dello ius publicum Europaeum, fine di un modello e ipotesi per un "oltre"*, in *Studi Senesi*, 2008, 193 ss.

E. CASTRUCCI, *La forma e la decisione*, Milano, 1985.

A. CASSESE, *Commento all'art. 11*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla costituzione, art. 1-12. Principi generali*, Bologna - Roma, 1975.

A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma - Bari, 2008.

V. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990.

A. CÉSAIRE, *Discorso sul colonialismo, seguito dal Discorso sulla negritudine*, Verona, 2010.

A. CELOTTO, *Decreto-legge e attività di governo (nella XIV legislatura)*, in A. SIMONCINI, *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006.

A. CELOTTO, *Ormai è crollato anche il requisito costituzionale della "immediata presentazione" del decreto legge alle Camere (prendendo spunto dal D.L. n. 98 del 2011)*, in *associazione de i costituzionalisti.it*.

V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2007, 377.

D. CHAKRABARTY, *Provincializzare l'Europa*, Roma, 2000.

P. CHATTERJEE, *Oltre la cittadinanza. Le politiche dei governati*, Roma, 2006.

E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967.

L. CIAURRO, *Decreto-legge (voce)*, in *Enc giur*, X, Roma, 1988.

M. CICONETTI, *Decreti legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Diritto e società*, 1980, 559 ss.

A. COLOMBO, *La guerra ineguale. Pace e violenza nel tramonto della società internazionale*, Bologna, 2006, 73-210.

P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 1, Roma-Bari, 1999.

P. COSTA, *Civitas, Storia della cittadinanza in Europa*, 3, Roma-Bari, 2001.

P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)* Milano, 1969.

M. COTTA - L. VERZICHELLI, *Il sistema politico italiano*, Bologna, 2008.

V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984.

L. D'ANDREA, *Brevi considerazioni sui limiti dei poteri emergenziali nel sistema costituzionale*, in *gruppodipisa.it*.

L. D'ANDREA, *La discrezionalità amministrativa come doppio vincolo*, in A. CONTIERI – F. FRANCIARIO – M. IMMORDINO – A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Atti del convegno di Cassino, 26-27 marzo 2009, Napoli, 2010, 624 ss.

L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, 1983.

J. DERRIDA, *Forza di legge*, Torino, 2003.

J. DERRIDA, *Stati canaglia*, Milano, 2003.

F. DESIDERI, *Walter Benjamin. Il tempo e le forme*, Roma, 1980.

F. M. DE SANCTIS, *Tra antico e moderno. Individuo eguaglianza comunità*, Roma, 2004.

G. DE VERGOTTINI, *Guerra e attuazione della Costituzione*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 2002.

G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2001.

A. V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna, 2003.

M. DI RAIMONDO, *Protezione civile (voce)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988.

A. DIRLIK, *The Postcolonial Aura*, in *Critical Inquiry*, 1994, 351.

D. DONATI, *Stato e territorio*, Roma, 1924.

E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale* (1893), trad. it., Torino, 1999.

G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Milano, 2007.

G. DUSO (a cura di), *La politica oltre lo stato: C. Schmitt*, Venezia, 1981.

D. DYZENHAUS, *Schmitt v. Dicey: Are States of emergency inside or outside the legal Order?*, in *Cardozo Law Review*, , vol. 27, 2008, 2005-2040.

J. ELSTER, *Comments on the paper by Ferejohn and Pasquino*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, 223-40.

C. ESPOSITO, *Decreto legge (voce)*, in *Enc dir.*, XI, Milano, 1962.

F. FANON, *I dannati della Terra*, Torino, 2007.

G.FASANELLA - C. SESTRIERI - G. PELLEGRINO, *Segreto di Stato. La verità da Gladio al caso Moro*, Torino, VII, 2000.

J. FEREJOHN - P. PASQUINO, *The Law of Exception. A typology of Emergency Powers*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, 210-239.

M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, 2006.

M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del governo, Dalla Francia d'Ancien Régime all'Italia liberale*, Milano, 2009.

A. FIORITTO, *Una nuova emergenza: l'alluvione delle ordinanze di protezione civile*, in osservatoriosullefonti.it.

A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008.

L. FONTAINE, *Pouvoirs exceptionnels vs garantie des droits*, in *Revue droit public*, 2, 2009, 351 ss.

M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, Milano, 1998.

M. FOUCAULT, *La sicurezza e lo stato*, in. ID., *La strategia dell'accerchiamento. Conversazioni e interventi (1975-1984)*, Palermo, 2009.

M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, Milano, 1978.

M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, Torino, 1977.

M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, Corso al College de France (1977-1978), Milano, 2005.

M. FOUCAULT, *Spazi altri*, Milano, 2001.

C. GALLI, *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Bologna, 2008.

- S. GALEOTTI - B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana (voce)*, in *Dig. pubbl.*, XI, Torino, 1996.
- R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010.
- G. GIRAUDI – M. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma-Bari, 2002.
- M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 677 ss.
- P. G. GRASSO, *Pieni poteri (voce)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1976.
- O. GROSS, *What "emergency Regime"?* in *Constellations*, 13,1, 2006, 74 ss.
- P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, 1995.
- A. GUARINO, "Senatus consultum ultimum", in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August*, Berlin, 1970.
- A. GUARINO, "Extremum atque ultimum", in *Labeo*, 37, 1991.
- P. GUDRIDGE, *The Anti-emergency Constitution*, in *Yale Law Journal*, 113, 2004, 1801-1870.
- J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo. II. Critica della ragione funzionalistica* (1984, 3^aed.), trad. it, Bologna, 1997.
- M. HARDT - A. NEGRI, *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, 2000.
- M. HAURIU, *Principes de droit public*, Paris, 1916.
- T. HOBBS, *De cive. Elementi filosofici sul cittadino* (1642), trad. it., Torino, 2002.
- H. VON HOFMANNSTHAL, *La torre*, Milano, 1978.
- H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità. La filosofia di C. Schmitt*, Napoli, 1999.
- N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.

- N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, 2^a ed., Roma-Bari, 2006.
- N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004.
- A. KAMINSKI, *I campi di concentramento dal 1896 ad oggi. Storia, funzioni, tipologia*, Torino, 1997.
- H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, 1989.
- H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Milano, 1989.
- J. KRYNEN, *L'Empire du roi. Idées et croyances politiques en France, XIIIè-XVè siècles, Médiévales*, vol. 14, 1995, 268-281.
- J. LE GOFF, *Documento/Monumento*, in Id., *Storia e memoria*, Torino, 1982, 443-456.
- C. LÉVI-STRAUSS, *Introduzione all'opera di Marcel Mauss*, in M. MAUSS, *Teoria generale della magia*, Torino, 1991.
- M. LOWY, *Segnalatore di incendi*, Torino, 2004.
- N. LUPO, *Decreto-legge e manutenzione legislativa: i cd. Decreti-legge «milleproroghe»*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita*, Macerata, 2006.
- B. MANIN, *The emergency Paradigm and the New terrorism. What if the end of terrorism was not in sight?* in S. BAUME, B. FONTANA (a cura di), *Les Usages de la separation des pouvoirs*, Paris, 2008.
- G. MARAZZITA, *Lo stato d'emergenza diretto a fronteggiare l'esodo dall'Albania*, in *Giur. cost.*, 1997, 2099 ss.
- G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003.
- G. MARAZZITA *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *forumcostituzionale.it*.
- G. MARRAMAO, *Passaggio ad Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Torino, 2003.

C. MARTELLINO, *Eurojust e il modello investigativo continentale*, in M. BARILLARD (a cura di), *Terrorismo e crimini contro lo stato. Legislazione attuale e azioni di contrasto*, Milano, 2005.

L. MARTONE, *Diritto d'oltremare. Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia*, Milano, 2007.

C. MASI DORIA, "Salus populi suprema lex esto". *Modelli costituzionali e prassi del "Notstandrecht" nella "Res Publica" romana*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, III, 2008.

R. MAYNTZ, *La teoria della "governance" sfide e prospettive*, in *Rivista italiana di scienze politiche*, XXXIX, 1999, 3-21.

S. MEZZADRA, *La condizione postcoloniale. Storia e politica nel presente globale*, Verona, 2008.

S. MEZZADRA, *Diritto di fuga. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione*, Verona, 2006.

S. MEZZADRA - B. NEILSON, *Il confine come metodo della moltiplicazione del lavoro*, in *Università globale. Il nuovo mercato del sapere*, Roma, 2008.

F. MEINECKE, *Idea della ragion di stato nella storia moderna* (1924), trad. it. Firenze, 1977.

J. S. MILL, *Considerazioni sul governo rappresentativo* (1861), trad. it, Roma, 1997.

B. MORONCINI, *Walter Benjamin e la moralità del moderno*, Napoli, 1984.

C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976.

G. MOTZO – E. DE MARCO – M. FRANCHINI – U. ROSSI MERIGHI, *Le competenze amministrative del Presidente della Repubblica*, in G. SANTANIELLO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1990.

F. NEUMANN, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo* (1944), trad. it., Milano, 1999.

E. NOLTE, *La guerra civile europea 1917-1945. Nazionalismo e bolscevismo*, Milano, 2004.

V. E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1917.

S. ORTINO, *Il nuovo nomos della terra. Profili storici e sistematici dei nessi tra innovazioni tecnologiche, ordinamento spaziale, forma politica*, Bologna, 1999.

P. PASQUINO, *Urgence et État de droit. Le gouvernement d'exception dans la théorie constitutionnelle*, in *Cahiers de la Sécurité Interieure*, 51, 2003, 9-27.

A. PACE, *Divagazioni sui decreti legge non convertiti*, in *Pol. dir.*, 1995, 402.

L. PALADIN, *Art. 77*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1994.

L. PEPINO, *Dalla guerra alla povertà alla guerra ai poveri*, in M. CAMPEDELLI - P. CAROZZA - L. PEPINO (a cura di), *Diritto di welfare*, Bologna, 2010.

G. PEPPE, *Atti politici, atti di alta amministrazione, leggi-provvedimento: forme di controllo e tutela del cittadino*, in *giustamm.it*.

R. PERNA, *Tempi della decisione ed abuso della decretazione d'urgenza*, in *Quad. cost.*, 1, 2010, 63.

A. PETTI, *Arcipelaghi e enclave. Architettura dell'ordinamento spaziale contemporaneo*, Milano, 2007.

P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988.

A. PIZZORNO, *L'ordine giuridico e statale nella globalizzazione*, in D. DELLA PORTA - L. MOSCA (a cura di), *Globalizzazione e movimenti sociali*, Roma, 2003.

J. P. PLAMENATZ, *On Alien Rule and Self Government*, London, 1960.

T. POOLE, *Constitutional Exceptionalism and the Common Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2, 2009.

P. P. PORTINARO, *Vico e il diritto come «Nomos»*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1980, 456 ss.

A. PREDIERI, *Parlamento 75*, in ID. (a cura di), *Il parlamento nel sistema politico italiano*, Milano, 1975.

- A. PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, in F. CAZZOLA - A. PREDIERI - G. PRIULLA (a cura di), *Il decreto legge tra Governo e parlamento*, Milano, 1975.
- R. QUADRI, *Diritto coloniale*, Padova, 1950.
- A. PREDIERI, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio*, vol. 2, Firenze, 1998.
- F. RAHOLA, *Zone definitivamente temporanee. I luoghi dell'umanità in eccesso*, Verona, 2004.
- A. O. RANELLETTI, *La Polizia di sicurezza*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, Milano, 1904.
- F. RATZEL, *Geografie dell'uomo, (Antropogeografia). Principi d'applicazione della scienza geografica alla storia*, Milano- Roma-Torino, 1914.
- G. U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2189 ss.
- E. RESTA, *Stato mondiale o nomos della terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*, Roma, 1999.
- E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma - Bari, IV ed., 2004.
- M. RICCIARDI, *Rivoluzione*, Bologna, 2001.
- S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, Modena, 1901.
- S. ROMANO, *Scritti minori*, Milano, 1950.
- A. ROMANO TASSONE, *La formazione secondaria*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – F. ROVERSI MONACO – F. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001.
- A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 2008, 545 ss.
- R. ROMBOLI, *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro*, in *astrid-online*.

- L. ROSSI, *Pieni poteri (voce)*, in *Nuovo dig. it.*, XVII, Torino, 1939.
- C. ROSSITER, *Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, New York, 1948.
- A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. soc.*, 1, 2007, 38 ss.
- F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, Paris, 2001.
- F. SAINT - BONNET, *Réflexions sur l'article 16 et l' état d'exception*, in *Revue droit public*, 1998, n. spécial (5-6) *Les quarante ans de la Constitution de 4 octobre 1958*, 1699 ss.
- A. SAITTA, *Distorsioni e fratture nell'uso degli atti normativi del Governo: qualche riflessione di ortopedia costituzionale*, in gruppodipisa.it.
- S. SASSEN, *Migranti coloni, rifugiati. Dall'emigrazione di massa alla fortezza Europa*, Milano, 1999.
- S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, 2008.
- G. SCHIAVONI, *Walter Benjamin. Il figlio della felicità*, Torino, 2001.
- C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984.
- C. SCHMITT, *Ex captivitate salus. Esperienze degli anni 1945-1947*, Milano, 1987.
- C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, Milano 1981
- C. SCHMITT, *Il nomos della Terra nel diritto internazionale dello "ius publicum europaeum"*, Milano, 1991.
- C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Bari, 1975.
- C. SCHMITT, *Principi politici del nazionalsocialismo*, Firenze, 1935.
- C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in G. MIGLIO - P. SCHIERA (a cura di), *Le categorie del politico*, Bologna, 1972.
- C. SCHMITT, *Risposte a Norimberga*, Roma-Bari, 2006.
- G. SCHWAB, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, Roma-Bari, 1986.

G. SILVESTRI, *“Questa o quella per me pari sono”... Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in *costituzionalismo.it*, 2009.

S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in ID. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del “Gruppo di Pisa”, Capri, 3-4 giugno 2005, Torino, 2006.

S. STAMMATI, *Breve nota sui problemi suscitati dal caso Englaro*, in *astrid-online.it*.

M. STOLLEIS, *Stato e ragion di Stato nella prima età moderna*, trad. it., Bologna, 1998.

G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Roma, 2005.

G. TEUBNER, *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, Napoli, 1999.

T. TRAVERSO, *A ferro e fuoco. La guerra civile europea 1914-1945*, Bologna, 2007.

U. VINCENTI *Brevi note in tema di “senatus consultum ultimum”*, in AA.VV., *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, IV, Napoli, 1984.

U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma-Bari, 2007.

R. J. WALCHER, *Inside/Outside: International Relations as political Theory*, New York, 1993.

J. YOO, *The Power of War an Peace: the Constitution and Foreign affairs After 9/11*, Chicago 2004.

G. ZANINI, *Significati del confine. I limiti naturali, storici, mentali*, Milano, 2000.

J.C. ZARKA, *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt*, Paris, 2005.

D. ZOLO, *Tramonto globale, la fame il patibolo, la guerra*, Firenze, 2010.

S. ZWEIG, *Il mondo di ieri. Ricordi di un europeo* (1944), trad. it.,
Milano, 1994.