

## ***Extremus Necessitatis Casus*** **Ai confini dell'ordine giuridico**

Antonio Incampo

*Università degli Studi di Bari A. Moro*

### **Abstract: *Extremus Necessitatis Casus*. At the Borders of the Legal Order**

The “state of exception” [*Ausnahmezustand*] examined by C. Schmitt in *Politische Theologie* (1922) is much more than any emergency ordinance in which the legal rule always prevails over naked power. In the state of exception, the decisive question arises of who decides at the origin of all sovereignty. Who does decide security and public order at the extremity of the law? What does really distinguish the state of emergency from the state of exception? What is the risk to use some means of emergency without adequate legal legitimacy? Isn't it the problem of all emergency situations, beyond the current pandemic? Here are some fundamental questions these pages try to answer.

**Keywords:** Emergency, State of Exception, Legal Power, Sovereignty, Legal Order.

**Sommario:** 1. Teologia schmittiana della sovranità – 2. Stato di emergenza o di eccezione? – 3. Tre fallacie ai tempi della pandemia

### **1. Teologia schmittiana della sovranità**

*Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.*

Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione<sup>1</sup>.

È la tesi più nota e più importante della *Politische Theologie* (1922) di C. Schmitt nella Germania di Weimar<sup>2</sup>. Chi è il sovrano? La risposta è all'estremità del

<sup>1</sup> C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009<sup>9</sup>, p. 13; edizione italiana a cura di G. Miglio e P. Schiera: *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, p. 33. Com'è noto, la prima formulazione delle tesi sullo stato di eccezione è nell'opera del 1921 *Die Diktatur*.

<sup>2</sup> Nella Germania di Weimar, su posizioni opposte a Schmitt, anche Walter Benjamin riflette sullo “stato di eccezione” in *Il dramma barocco tedesco* (Einaudi, Torino, 1999, pp. 39 ss.). Per Schmitt lo stato di eccezione è sempre in relazione con il diritto; è in esso che il vero sovrano decide per fondare un nuovo ordine giuridico. Benjamin sostiene, dal canto suo, che la forza [*Gewalt*] debba essere, invece, sciolta dal diritto e conservare la sua purezza [*Reinheit*]. Lo stato di eccezione non

diritto. Definire qualcosa del sistema fuori dal sistema (la conseguenza giuridica dello stato di eccezione appunto) non è affatto un paradosso. Tutt'altro. È come concepire nella "teoria dei tipi logici" [*theory of types*] l'importanza di un elemento per un insieme di elementi, a patto che non vi appartenga. Il principio è questo: "Qualunque cosa implichi tutti gli elementi di una collezione non deve essere, a sua volta, un elemento di quella collezione"<sup>3</sup>. È l'intuizione ineccepibile di Schmitt all'origine addirittura del potere giuridico. Il diritto ha bisogno dello stato di eccezione [*Ausnahmezustand*]. Ma lo stato di eccezione è fuori dal diritto. Quest'ambivalenza dei concetti non è un sapere confuso e indeterminato. Il più delle volte è proprio la via maestra per fissare la verità di ciò che è essenziale.

L'"eccezione" è molto di più di un'emergenza, in cui perdura il primato della norma sul potere<sup>4</sup>. Non è neppure la necessità o la forza maggiore alla base delle cause esimenti della responsabilità penale nei comportamenti contro la legge. È l'"*extremus necessitatis casus*". Nello stato di eccezione la norma non c'entra. La decisione è pura di fronte al potere. Che cosa distingue, però, concretamente l'emergenza dall'eccezione? È sempre facile saperlo? Qual è il rischio di confondere i mezzi dell'una con quelli dell'altra? Come si arriva, insomma, all'estremità del diritto? Sono i maggiori interrogativi di queste pagine.

## 2. Stato di emergenza o di eccezione?

Pochi ordinamenti prevedono lo "stato di eccezione" [*Ausnahmezustand*]<sup>5</sup>. Molti parlano soprattutto di "stato di emergenza" [*Entstehungszustand*]. Dal punto di vista teorico non è neppure semplice pensare allo stato di eccezione rimanendo chiusi nel sistema. Com'è possibile, infatti, la discontinuità con un ordine giuridico, a partire da questo stesso ordine? Sarebbe una specie di "Epimenide deontico" secondo cui l'ordinamento prescrive di sé il proprio inadempimento. Per comprenderne la paradossalità è sufficiente citare l'enunciato più famoso del cretese Epimenide: "Questo enunciato è falso". Il suo *nonsense* è nella *coincidentia oppositorum* di vero e falso: è vero in quanto è falso; è falso perché è vero. Non è diverso un ordine (enunciato *deontico*) del tipo: "Questo enunciato

sta a creare un nuovo ordine, ma a rivendicare la purezza della forza e la legittimazione in sé di quest'ultima, indipendentemente dai fini che deve raggiungere.

<sup>3</sup> "Whatever involves all of a collection must not be one of the collection" (A.N. Whitehead, B. Russell, *Principia Mathematica*, I, Cambridge University Press, Cambridge, 1960<sup>2</sup>, p. 37).

<sup>4</sup> Cfr. C. Schmitt, *op. cit.*, p. 33.

<sup>5</sup> Lo prevede, tra l'altro, l'art. 48 della Costituzione di Weimar al centro della riflessione di Schmitt sulla sovranità. Secondo la tesi schmittiana, lo *Ausnahmezustand* è all'origine della sovranità. L'eventuale impotenza dello Stato dinanzi ad esso è anche la sua negazione. Scrive Schmitt: "Se i singoli Stati, in base all'interpretazione dominante dell'art. 48, non hanno più nessuna competenza autonoma di proclamare lo stato di eccezione, essi non sono più Stati. Nell'art. 48 giace il punto più difficile della questione se i *Länder* tedeschi siano o no Stati" (C. Schmitt, *op. cit.*, p. 38).

*deve essere inefficace*”. A rimarcare la contraddizione dell’Epimenide deontico è la proposizione opposta. La formulo con Wittgenstein: “Il comando – qui l’ordinamento – comanda il proprio adempimento” (riprendo parafrasando la proposizione 458 delle *Philosophische Untersuchungen*: “*Der Befehl befiehlt seine Befolgung*”)<sup>6</sup>.

Per l’ordinamento italiano, ad esempio, l’unica “eccezione” è lo “stato di guerra” (art. 78 della Costituzione) in cui “le Camere conferiscono al Governo i poteri necessari”. Sono poteri davvero “eccezionali” perché è difficile pensare in caso di guerra, magari sotto continui bombardamenti, a sedute del Parlamento per legiferare<sup>7</sup>. Negli altri casi, invece, non c’è una reale discontinuità con l’ordinamento. Alla straordinarietà delle situazioni si risponde soltanto con l’esatta previsione di mezzi straordinari. Lo si vede a più livelli. La decretazione d’urgenza è prevista all’art. 77 della Costituzione, ed è un istituto ampiamente disciplinato dal cosiddetto “Codice della protezione civile” (d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1). A garantire l’unità dell’ordinamento è il tempo. A norma, infatti, dell’art. 24 (comma 3) di tale Codice, in conseguenza della straordinarietà delle misure di emergenza, è fissato un termine massimo di tempo: lo stato di emergenza non può superare i dodici mesi, ed è prorogabile di non più di altri dodici mesi<sup>8</sup>.

È sufficiente, allora, citare l’emergenza per spiegare giuridicamente tutto ciò che accade? I decreti adottati sono legittimi. Ma non sono pochi gli interrogativi. Prenderò in esame tre tipi di fallacie. (i) *epistemica*; (ii) *sintattica*; (iii) *ordinamentale*. Il metodo è sempre quello di andare verso tutto ciò che accade.

### 3. Tre fallacie ai tempi della pandemia

**3.1.** La prima fallacia è “epistemica”. Qual è il ruolo del sapere scientifico nelle emergenze? La scienza si confonde spesso con la politica. Se poi a decidere è proprio la scienza, spunta il primo errore. La tesi è semplice: la scienza non decide; se decide, non è più scienza, ma politica. La fallacia epistemica mette in

<sup>6</sup> L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, I, 458., in L. Wittgenstein, *Werkausgabe*, I, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999, p. 423. Una chiarissima riformulazione deontica del paradosso di Epimenide attraverso la “regola costitutiva” di Wittgenstein sull’atto linguistico del comando è in: A.G. Conte, *Paradigmi d’analisi della regola in Wittgenstein*, in A.G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo. II. Studi 1982–1994*, G. Giappichelli, Torino, specialmente pp. 302-305.

<sup>7</sup> La Costituzione italiana, per salvaguardare lo Stato democratico dal potere eccessivo dei governi, non prevede istituti come, ad esempio, l’*état de siège* o dei *pleins pouvoirs* in Francia.

<sup>8</sup> Per un’attenta analisi della previsione costituzionale dello stato di emergenza cfr. M. Luciani, “Avvisi ai naviganti del Mar pandemico”, in *Questione Giustizia*, 2 (2020), in particolare p. 10.

luce sia l'abuso della scienza da parte della politica, sia quello della politica da parte della scienza<sup>9</sup>.

Il problema maggiore è nella capacità reale che hanno i sistemi democratici di filtrare l'accesso della scienza al governo<sup>10</sup>. La Corte Costituzionale ha fissato in molte sentenze il principio fondamentale secondo cui v'è un rapporto inversamente proporzionale tra la discrezionalità del legislatore, o degli organi di governo, e l'acquisizione di conoscenze scientifiche<sup>11</sup>. Più i saperi sono forti (o le regole hanno un contenuto tecnico in senso stretto), meno ampio è il campo di autonomia di chi decide. L'autonomia scompare del tutto con verità che hanno modelli inferenziali come, ad esempio, il *modus ponens*: “In tutti i casi se *P*, allora *Q*; v'è *P*, allora *Q*”. Che senso ha *decidere* che il quadrato costruito sull'ipotenusa di un triangolo rettangolo sia uguale alla somma dei due quadrati costruiti sui due cateti? E che dire di un ordine del genere: “Dispongo che per far bollire l'acqua occorre portarla a 100 °C”? Neppure il sovrano di Schmitt potrebbe decidere su regole di questo tipo. D'altronde, non si vede quale sia l'eccezione su cui decidere.

In realtà la scienza non è sempre in grado di dare risposte univoche. Molte acquisizioni appartengono a un discorso solo stocastico, fondato cioè su calcoli probabilistici, senza una particolare certezza sia sul metodo di raccolta dati, sia sull'analisi di questi ultimi. Lo si vede con la prova scientifica nel processo. Non è affatto facile passare dalla causalità generale (la conoscenza di una serie di cause separatamente sufficienti a stabilire un determinato effetto) a quella particolare (l'accertamento definitivo di una causa – e soltanto di questa – come antecedente di un fatto imputato come danno). Se prendo, ad esempio, un filo di rame di un certo diametro, sappiamo che si rompe con un certo peso (il riferimento al plurale denota, appunto, la consapevolezza di un sapere forte). Ma sappiamo anche che si tratta di una causa sufficiente e non necessaria. Lo stesso filo potrebbe rompersi in seguito a sollecitazioni meccaniche, o per il calore, o per altre cause ancora non sperimentate. Stabilire quale sia stata la causa determinante nella situazione *S* (situazione, tra l'altro, unica e irripetibile) non ha risultati sempre incontrovertibili. Tutt'altro. Spesso a decidere è appunto la probabilità. È solo molto probabile che le cose siano andate in un certo modo. Ma qui una serie di domande. Qual è la probabilità in grado di sostituire la decisione? Tutte le volte in cui qualcosa è *probabile* significa che c'è almeno un caso in cui non si verifica. E,

<sup>9</sup> È, tra l'altro, una delle questioni più vive dei primi corsi di Michel Foucault al Collège de France, tra il 1970 e l'anno di pubblicazione della sua opera più famosa: *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975).

<sup>10</sup> Su questo punto si veda specificamente M. Tallacchini, “Stato di scienza? Tecnoscienza, policy e diritto”, in *www.federalismi.it. Rivista telematica*, 16 (2005), pp. 1-8.

<sup>11</sup> La Corte costituzionale è intervenuta con diverse sentenze sul rapporto molto complesso tra discrezionalità legislativa e conoscenze tecnico-scientifiche. Si vedano le sentenze n. 282/2002, n. 151/2009, n. 162/2014, n. 274/2014, n. 5/2018. Il principio generale, come si è detto, fissa il nesso inversamente proporzionale tra le determinazioni del nomoteta e le conoscenze scientifiche: più le conoscenze sono indubitabili, meno discrezionalità è nelle mani di chi governa.

dunque, quale sarà la scelta? Soltanto il sapere assiomatico esclude il dubbio e con esso la scelta. Non potrei dire, nello spazio euclideo: “È probabile che da un punto esterno ad una retta passi una ed una sola retta parallela alla retta data”. Né si spiegherebbe una decisione politica che andasse nella direzione opposta. La necessità si può solo amare. *Amor fati*, per dirla con Spinoza. Ma c’è anche un altro interrogativo: È possibile un vero calcolo di probabilità, un calcolo che stabilisca una maggiore o minore probabilità su un caso unico e irripetibile? Se lancio per una sola volta un dado, qual è la probabilità che esca il sei? La probabilità non si confonderà con i molti? È forse più probabile che esca il sei, invece degli altri numeri? In realtà, vi sarà solo la probabilità di uno su sei che esca appunto il sei. È questa la probabilità iniziale, e resterà soltanto questa probabilità. Anzi, si potrebbe aggiungere l’ulteriore incognita di un lancio dagli esiti assolutamente imprevedibili che faccia cadere il dado su uno spigolo lasciandolo così sospeso senza numero. La spiegazione di un fatto, un fatto che accade una volta per tutte, presuppone solo un nesso probabilistico di questo tipo. Non va oltre.

La scienza, dunque, non è esente dal dubbio nel processo; per questo alla fine è il magistrato a decidere. Il magistrato è *peritus peritorum*; ha il compito di avvalorare, ma anche di smontare la tesi degli scienziati. Nella giurisprudenza americana è ormai un fatto acquisito dopo il famoso caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* (1993, 509 U.S. 579)<sup>12</sup>. In deroga alla regola Frye, la Corte può ammettere anche esperti su posizioni discordanti con la comunità scientifica prevalente<sup>13</sup>.

Nelle situazioni di emergenza le cose non cambiano. La scienza non è meno fallibile. Ha gli stessi dubbi davanti al giudice. Con quali conseguenze? Nella eterogeneità dei propri risultati si creano spazi giuridicamente aperti (praticamente vuoti) nella relazione fondamentale tra comitati di esperti e organi politici. È difficile integrare mediante il diritto i vuoti creati da dati insufficienti o accompagnati da forti divergenze. In molti casi, i rischi maggiori provengono non tanto dalle difficoltà oggettive della pandemia, ma dall’inconcludenza e dalle molteplici contraddizioni interne alla stessa comunità scientifica.

Se a scegliere è la politica – posta da sola di fronte a se stessa – è troppo poco; se a decidere è semplicemente il comitato di esperti, è troppo. Dire che la scienza decida è già *contradictio in adiecto*. “Decidere” non è compito della scienza, ma della politica. La scienza *deduce*, piuttosto che *decidere*. La differenza è a dir poco decisiva nelle situazioni di mezzo. Compare, infatti, il carattere a volte parziale del sapere scientifico (qui è nell’accezione *lato sensu*), con i risvolti ancora più imprevedibili di una comunità (la comunità degli scienziati) organizzata attraverso imprese che non sono molto diverse da quelle

<sup>12</sup> Il caso tratta i presunti effetti teratogeni di un farmaco usato per curare le nausee in gravidanza.

<sup>13</sup> La cosiddetta regola Frye (è la regola decisa nel caso *Frye v. United States* nel 1923) stabiliva che i giudici dovessero attenersi, nei casi più controversi, alle conoscenze “generalmente accettate” [*generally accepted*] dalla comunità scientifica.

operanti in molti campi della società. Non è il mondo idealizzato da Polanyi con la “repubblica della scienza” [*republic of science*], o da Merton con l’idea della “struttura normativa della scienza” [*normative structure of science*]<sup>14</sup>.

Di per sé la comunità scientifica ha una vita interna libera e trasparente, capace di arrivare a conclusioni particolarmente condivise, e molto diverse, per autorevolezza, dai risultati di altre attività sociali. La sua intrinseca eticità la rende immune da parzialità o interessi privati dei singoli. Con una nota espressione di Wildavsky, “la scienza parla di verità al potere” [*science speaks truth to power*]<sup>15</sup>. Sarebbe il motivo principale per cui i comitati di esperti sono sottratti a organi di controllo democratici e i loro componenti sono nominati, invece che eletti<sup>16</sup>. In realtà, però, non sono pochi i casi in cui il sapere di esperti è al di sotto di soglie decenti di dimostrazione (soprattutto nelle situazioni estreme di emergenza), un sapere comunque sistematicamente incapace di rispondere da solo ai gravi quesiti del bilanciamento di beni in conflitto tra loro (si pensi alla salute – sia fisica sia mentale –, alla sicurezza, all’economia, e agli altri diritti fondamentali della persona).

D’altronde, la scienza applicata in scelte pubbliche (*policy-related science*) non è la scienza pura o applicata in laboratorio, e la sua funzione è *pubblica* proprio perché investe molti beni sociali che possono essere pensati e regolamentati soltanto dalla politica. Nel *Libro Bianco sulla ‘Governance europea’* (il documento che contiene alcune riforme significative delle istituzioni europee approvate dalla Commissione nel 2001) sono richiamati congiuntamente il ruolo decisivo del sapere scientifico nelle decisioni del governo e il valore essenziale della pubblicità<sup>17</sup>. La politica sarebbe cieca senza l’ausilio della scienza, ma la scienza che si fa politica non è esente, appunto, dalle regole della democrazia politica. Di qui la pubblicità (la “*Öffentlichkeit*” posta da Kant in *Zum ewigen Frieden* alla base dell’esistenza giuridica delle norme). La trasparenza dei pareri, infatti, non è solo un requisito interno allo stesso metodo della scoperta scientifica, ma anche il presupposto indispensabile di ogni discorso destinato al *Publicum*, specie se creato su dati provvisori e con processi parziali di giudizio, a

<sup>14</sup> Per queste idee il riferimento è in particolare a M. Polany, “The Republic of Science: Its Political and Economic Theory”, in *Minerva*, 1 (1962), pp. 54-73, e R.K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, The Free Press, New York, 1968, specialmente pp. 604-615.

<sup>15</sup> Cfr. A. Wildavsky, *Speaking Truth to Power*, Little Brown and Co., Boston, 1979.

<sup>16</sup> L’anomalia è soprattutto italiana. In Germania e negli USA, infatti, sono state incaricate alcune agenzie o istituzioni già previste dall’ordinamento. È il caso del *Robert Koch Institut* in Germania; negli USA operano istituzioni specializzate di chiara fama sotto la sorveglianza della *National Academy of Science* (NAS). In Italia, invece, il comitato di esperti è stato nominato con una ordinanza *ad hoc* della Protezione Civile.

<sup>17</sup> Cfr. A. Liberatore, S. Funtowicz (eds.), “Special Issue on Democratizing Expertise, Expertising Democracy”, in *Science and Public Policy*, 30 (2003), n. 3, pp. 146-232.

partire, tra l'altro, dalla selezione incerta di esperti il cui parere potrebbe essere facilmente esposto a conflitti di interesse<sup>18</sup>.

Le considerazioni sono attuali. L'importanza del sapere scientifico non si discute. Non è, indifferente, trattare il Covid-19 come semplice influenza, o come affezione grave che mette a repentaglio la salute pubblica. Dunque, le verità scientifiche sono decisive. La questione, però, è un'altra. Qual è il controllo pubblico di tali verità? Ripetiamo, idealmente: “*science speaks truth to power*”. La scienza, avvalorata da numerose visioni di un ideale progresso dell'umanità, e dall'intrinseca pretesa di democrazia al suo interno, mediante la conferma fra pari dei propri risultati, ha sicuramente una forza normativa non indifferente nei confronti del potere politico. Ma come sostenere questa continuità metodologica tra scienza e diritto? A quali condizioni? Che ruolo hanno i cittadini? In Francia, ad esempio, è normativamente espresso il ruolo del comitato di esperti sulle determinazioni del governo<sup>19</sup>. La pubblicità dei pareri è resa obbligatoria dalla legge sullo stato di emergenza<sup>20</sup>. In Italia, no<sup>21</sup>. Il percorso è stato tutt'altro che

<sup>18</sup> È la tesi, fra gli altri, di Benedetto Croce in un famoso saggio intitolato “Il ricorso ai ‘competenti’ nelle crisi storiche” (1948). Per Croce la competenza degli esperti è “teoretica” e non “pratica”; ciò non dà evidentemente ad essi la facoltà di decidere i beni da trattare prima degli altri.

<sup>19</sup> Il comitato in Francia è il Conseil Scientifique Covid-19 istituito con decreto del Ministro per la Solidarietà e la Salute su impulso del Presidente della Repubblica. Nelle premesse del suo primo Avis (12 marzo 2020) si legge testualmente: “Le Conseil scientifique a mobilisé les connaissances et compétences scientifique de ses membres présentes, en privilégiant un principe de collégialité et d’interdisciplinarité. Dans un contexte épidémique inédit, incertain et fortement évolutif, il s’est efforcé, en grande humilité, de proposer des options claires en veillant à laisser aux pouvoirs publics la responsabilité des décisions à prendre”.

<sup>20</sup> Gli Avis du Conseil Scientifique Covid-19 sono disponibili sul sito del Ministère des solidarités et de la Santé (<https://solidarites-sante.gouv.fr/actualites/presse/dossiers-de-presse/article/covid-19-conseil-scientifique-covid-19>).

Un rapporto virtuoso tra scienza e politica lo si può constatare con i rapporti periodici sui cambiamenti del clima. Sono i reports dello Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), organo istituito presso le Nazioni Unite. La sintesi per i governi, riportata in questi rapporti, è redatta secondo il “grado di certezza dei risultati principali”, grado espresso, in base alle valutazioni scientifiche generali di un team di autori, come “un livello qualitativo di confidenza (da molto basso a molto alto) e, quando possibile, in termini probabilistici, con una probabilità di tipo quantitativo (da eccezionalmente improbabile a virtualmente certo)” (la citazione è tratta da IPCC, *Climate Change 2013. The Physical Science Basis/Sintesi per i decisori politici. Contributo del Gruppo di Lavoro I al Quinto Rapporto di Valutazione dell’Intergovernmental Panel on Climate Change*. Recuperato da <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar5-wg1-spmitalian.pdf>, [Data di consultazione: 17/06/2021]).

<sup>21</sup> Per un’analisi comparata dei ruoli assunti dai comitati di esperti in vari Paesi all’inizio della pandemia, si vedano i due articoli ben documentati di A. Iannuzzi, “Leggi ‘science driven’ e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria”, e di G. Mingardo, “Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell’emergenza CoViD-19”, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, [Special Issue], 1 (2020), rispettivamente pp. 119-132, e 89-93.

coerente. Il comitato italiano<sup>22</sup>, infatti, ha reso noti i propri pareri solo ad agosto del 2020 dopo la decisione del governo di desecretarli, anticipando probabilmente l'esito quasi scontato dell'udienza collegiale della Terza Sezione del Consiglio di Stato fissata per il 10 settembre 2020. Non è un aspetto di poco conto. La pubblicazione dei verbali è addirittura un fatto decisivo per la trasparenza e il controllo sull'indipendenza del governo nelle deliberazioni che investono diritti di rango costituzionale. Vi potrebbero essere, infatti, un uso strumentale dei pareri scientifici da parte delle forze politiche, e, viceversa, un eccesso di iniziativa politica nelle mani del comitato di esperti, con il rischio evidente di forti limitazioni di diritti fondamentali in base a presunte valutazioni di ordine scientifico. D'altronde, pur ammettendo la correttezza delle analisi scientifiche, è molto facile per un comitato di virologi, infettivologi, epidemiologi, o medici in genere, pensare al *lockdown* e al distanziamento sociale, non avendo di per sé la chiara percezione di altri beni essenziali oltre la salute, ovvero di beni come il lavoro, l'economia, le libertà personali, i diritti di associazione, la riservatezza, e così via<sup>23</sup>. La Corte Costituzionale ha messo in guardia dalla "tirannia dei valori", ossia da situazioni in cui si perde (forse definitivamente) la relazione necessaria di tutti i beni tra loro<sup>24</sup>. Il richiamo reciproco ad ogni valore non è affatto casuale, ma mira ad assicurare a ciascuno di essi la sua reale esistenza.

C'è il rischio, in breve, che insieme alla scienza prevalga anche l'idea della riduzione del soggetto alla "nuda vita", sacrificando l'ampia sfera affettiva delle sue disposizioni interne<sup>25</sup>. Con il *medium* della scienza, la politica tratta come un continuo stato di eccezione tutte le situazioni rilevanti della nuda vita, sottraendole alla dialettica politica e, soprattutto, al controllo democratico. E si arriva a un punto in cui la politica non è più semplicemente *basata* sulla scienza [*science-based*], ma addirittura *guidata* dalla scienza [*science-driven*]. È un punto di svolta della sovranità. La sovranità abbandona il piano politico tradizionale rendendosi addirittura immune dalla politica<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Mi riferisco al Comitato Tecnico Scientifico istituito in Italia con decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile (decreto n. 371 del 5 febbraio 2020). Il Comitato ha compiti di consulenza e supporto ai servizi di coordinamento degli interventi durante l'attuale emergenza sanitaria.

<sup>23</sup> Un aspetto sicuramente interessante della composizione del Conseil scientifique COVID-19 in Francia è la presenza, a differenza del Comitato tecnico-scientifico in Italia, di due membri esperti di discipline sociali (un antropologo e un sociologo). Il Comité consultif national d'éthique, nel parere del 13 marzo 2020, raccomanda, dal canto suo, l'inserimento nel comitato non solo di studiosi di scienze sociali, ma anche di rappresentanti della società civile.

<sup>24</sup> Corte Costituzionale, sent. n. 264/2012.

<sup>25</sup> Un dato fa riflettere. Da quando sono adottate dall'Organizzazione Mondiale della Sanità le *International Health Regulations* (IHR, 2005), la dichiarazione di emergenza è stata proclamata per ben sei volte: influenza suina (2009), poliomielite (2014), Ebola (2014, 2016), Zika (2016), Sars-Cov-2 (2019).

<sup>26</sup> È la tesi sostenuta da G. Agamben, secondo cui la sovranità occupa ormai lo spazio della nuda vita, escludendo quest'ultima dalla sfera dell'agone politico. Cfr. G. Agamben, *Homo sacer*, Quodlibet, Macerata, 2019, in particolare p. 25. Su questo punto è efficace la breve nota di A.



**3.2.** La seconda fallacia è “sintattica”. Tocca sensibilmente i mezzi con cui si fronteggia l'emergenza. Gli interrogativi si spostano dalla relazione tra scienza e politica, alla teoria degli algoritmi nella soluzione di una classe di problemi. Nella prima sfera di domande c'è una questione epistemica principale sul ruolo dei saperi; nella seconda, invece, si chiamano in causa i procedimenti con cui si affrontano le criticità della situazione (al di là della posizione di chi decide). Le funzioni algoritmiche sono all'ordine del giorno. Ma con esse anche le deviazioni. La fallacia sintattica è di due tipi: *interna* ed *esterna*. La fallacia interna riguarda il calcolo algoritmico. Si confondono i dati di partenza con il calcolo stesso. La fallacia esterna, invece, mette a fuoco la funzione dell'algoritmo nel quadro delle decisioni da prendere. Ed ecco un altro errore. Il modello di ragionamento è aritmetico (secondo lo schema *aut-aut*), ma i campi di applicazione sono dialettici e aperti a più soluzioni (secondo lo schema *et-et*). È come muoversi in acqua con gli stessi passi che si fanno sulla terra ferma.

**3.2.1.** La *fallacia interna*. Negli stati di emergenza si fa spesso leva su algoritmi per accelerare le scelte e sgomberare il campo da influenze politiche. L'algoritmo è un calcolo che trasforma, attraverso una sequenza finita di passi, alcuni dati di ingresso (*input*) in altri (*output*), allo scopo di sostituire le scelte con il risultato meno politico e più oggettivo di operazioni controllabili numericamente. Il calcolo è fatto attraverso un numero finito di passi, passi tutti ben calcolabili e non ulteriormente scomponibili o equivocabili in ulteriori elementi atomici.

L'equivoco sta in sostanza nello scambiare la certezza dei risultati con l'incertezza dei dati d'ingresso. Le domande, infatti, sono: quali dati? Perché alcuni, invece di altri? I dati utilizzati sono tutti quelli che servono? Nella pandemia, ad esempio, si utilizza l'indice di riproduzione dell'infezione in un tempo determinato (è noto come indice “ $R_t$ ”)<sup>27</sup>. Come calcolare, però, tale indice? Prendiamo gli asintomatici. Anche gli asintomatici sono evidentemente contagiosi. Ufficialmente non sono considerati. Appena, però, si fa una loro stima (i dati sono comunicati dal Dipartimento della Protezione Civile), l'indice ha ben altri valori. A settembre 2020, l'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare (INFN) in Italia ha pubblicato uno studio che tiene conto appunto degli asintomatici, studio che fissa l'indice  $R_t$  a 3. Molto al di sopra di quello ufficiale (quasi il doppio di quello calcolato dall'Istituto Superiore di Sanità)<sup>28</sup>.

Farano, “La Repubblica degli Scienziati? Saperi esperti e biopolitica ai tempi del Coronavirus”, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, [Special Issue], 1 (2020), pp. 587-590.

<sup>27</sup> È uno dei ventuno indicatori che vengono sviluppati da due algoritmi: uno relativo alla probabilità di contagio, l'altro all'impatto sui sistemi sanitari. Ai risultati ottenuti sono associate alcune misure di contrasto all'emergenza sanitaria. L'elenco degli indicatori è nel decreto del Ministero della Salute del 30 aprile 2020.

<sup>28</sup> I dati sono consultabili sul sito CovidStat dell'INFN. Ancora di recente, uno studio pubblicato nello stesso sito da esperti di modelli matematici applicati alle scienze sociali, dimostra il chiaro vantaggio di rilevare i tamponi positivi, al posto dei sintomatici, per previsioni più veloci e stabili

Dal punto di vista matematico, non c'è, dunque, alcun errore di calcolo. Il problema non riguarda le regole di trasformazione dei dati di ingresso, ma l'approssimazione e la scelta dei dati stessi<sup>29</sup>. Si pensi a un sillogismo che parta da premesse solo probabili. È evidente che anche la conclusione sarà altrettanto probabile. Se la premessa maggiore è “Tutti gli uomini sono bugiardi”, e quella minore è “Socrate è un uomo”, la conclusione non può che essere: “Socrate è bugiardo”. La correttezza, tuttavia, della conclusione (la conclusione in questo caso è una sola) non la rende più vera. Opinabile è la premessa maggiore; opinabile è pure la conclusione.

Molti dati, tra l'altro, non sono pubblici, né sono sottoposti a procedure aperte di controllo. La loro attendibilità è perciò ancor più relativa, dal momento che sfuggono al monitoraggio di tutti i ricercatori in grado di attestarli. Altri dati non sono neppure accessibili. Sono i *big data*. L'enorme mole di queste informazioni è disponibile solo a poche grandi società che investono risorse straordinarie per periodi difficilmente calcolabili. C'è un rapporto direttamente proporzionale tra la complessità dell'emergenza e la quantità di dati necessari: quanto più un'emergenza è complessa, tanto più ha bisogno di *big data*. Questi ultimi, però, sono irraggiungibili. Non c'è solo il problema degli asintomatici che non sono considerati (e forse non si possono neppure stimare esaustivamente). Mancano altri fattori. Quali comportamenti sono più suscettibili di contagio? Quali sono i comportamenti più sensibili dei singoli? Che incidenza hanno l'ambiente generale e quello particolare di ogni individuo? Qual è la probabilità dei singoli di incontrare altre persone? Non è diversa la vita di un eremita dalla girandola di incontri di un abitante metropolitano? Come si comporta ogni soggetto di fronte ad alcune restrizioni piuttosto che ad altre? Sono tutte domande essenziali. Ma non hanno una risposta tracciabile con i mezzi comuni. I rischi, allora, sono tanti, sia a causa del controllo di pochi esperti al posto di tutta la comunità scientifica, sia per la difficoltà in sé di accedere a notizie sufficienti.

**3.2.2. La fallacia esterna.** Si usano modelli algebrici, modelli di logica ad una sola risposta, in un campo di decisioni che per definizione non ammette solo un risultato. Negli stati di emergenza sono in gioco molti beni. Non è a rischio solo la

di Rt, dal momento che si anticipa il tempo (circa 8 giorni) di comparsa dei sintomi. Cfr. G. Bonifazi, L. Lista, D. Menasce, M. Mezzetto, D. Pedrini, R. Spighi, A. Zoccoli, *A Study on the Possible Merits of Using Symptomatic Cases to Trace the Development of the COVID-19 Pandemic*, p. 7 (arXiv:2101-01414v2 [physics.soc-ph], 6 marzo 2021).

<sup>29</sup> L'algoritmo utilizzato dall'ISS si chiama “EpiEstim” e fa leva sull'approccio bayesiano alla probabilità per le previsioni di Rt. La “probabilità bayesiana” è diversa dalla “probabilità frequentista” con un numero di fattori a zero incognite. Si pensi al lancio della moneta e alla probabilità che esca testa o croce. Su un numero infinito di lanci otterrei sempre il 50% di probabilità che esca testa o croce. Con la probabilità bayesiana si calcola, invece, quanto sia credibile un evento in base a certe informazioni. Se mutano il contenuto e il numero delle informazioni cambia anche il grado di attendibilità di un determinato evento. Com'è facile vedere si tratta di valori variamente stimabili in relazione ai fattori impiegati nel calcolo.

salute; sono in pericolo anche altri diritti, così come le istituzioni, l'economia, le relazioni sociali, le amicizie, gli amori, i nudi corpi. Un algoritmo che tratti solo uno di questi beni non è sufficiente; non sarebbero neppure sufficienti tanti algoritmi quanti sono i beni in discussione, almeno se presi separatamente. Solo congiuntamente sarebbero condizione necessaria e sufficiente di una risposta esaustiva ai bisogni creati dall'emergenza.

Ed ecco un paradosso. Mettere insieme tanti algoritmi non significa creare un nuovo algoritmo. Alla fine, occorre sostituire il calcolo col bilanciamento, l'esattezza dei numeri con la negoziazione, la giustezza con l'equità. D'altronde, è questa oggi la trasformazione di ogni impresa giuridica. Il diritto in generale ha abbandonato da tempo lo schema verticale e autoritario delle sue decisioni. Agiscono su una scala che non è più gerarchica nuovi protagonisti che vanno dai gruppi di interesse (*stakeholders*) alle agenzie internazionali, dalle organizzazioni e *compliance committees* ai mercati con le loro regole sempre più discontinue e acefale.

Vacilla, intanto, l'ordine giuridico della modernità sulle regole di chiusura dell'unica sovranità dello Stato. Le fonti interne competono con fonti esterne. L'ordinamento deve prenderne atto, né può fare diversamente. Numerosi trattati, convenzioni fra Stati prevedono che i conflitti tra le amministrazioni nazionali siano risolti mediante negoziazioni, inchieste, mediazioni, conciliazioni, arbitrati, o altri modi pacifici di risoluzioni delle dispute. È il funzionamento dell'ordine globale come "*transactionalism*". Nulla impedisce, tra l'altro, che la decisione sia presa a maggioranza, o, addirittura, a maggioranza semplice<sup>30</sup>, all'opposto di ogni schema fisso e deduttivo di risposte. Sottovalutare, allora, nelle situazioni complesse di emergenza (specie nelle situazioni di compromissione globale della sicurezza) questa vera *law in action* significa agire astrattamente, ritardando la soluzione dei problemi e forse addirittura impedendola.

**3.3.** C'è, infine (almeno per noi), una fallacia "ordinamentale". È un errore trattare lo stato di emergenza come stato di eccezione. Il senso qui di "eccezione" è quello schmittiano dell'inizio. Non sono evidentemente le cause esimenti del diritto penale (il caso fortuito, la forza maggiore, lo stato di necessità negli artt. 45, 54 e 384 c.p.), e neppure la regola generale di inesigibilità [*Nichtzumutbarkeit*, *Unzumutbarkeit*] del codice canonico. L'inesigibilità non è fuori l'ordinamento della Chiesa. Esprime al contrario lo spirito fondamentale della misericordia a causa del dovere supremo della salvezza delle anime [*salus animarum*] secondo il canone 1752<sup>31</sup>. È nel cuore dell'ordinamento. Non ci sarebbe salvezza senza misericordia. Il perdono nel diritto canonico è molto di più della *charitas* per la fede. La fede, senza la carità, non salva [*prodest*], eppure c'è [*est*] (uso

<sup>30</sup> Cito le Regole di procedura del Comitato esecutivo dell'Alto Commissariato dell'ONU per i Rifugiati [*United Nations High Commissioner for Refugees – UNCHR*], art. 26.

<sup>31</sup> "[...] *Habitata salute animarum, quae in Ecclesia suprema semper lex debet esse*" (*Codex iuris canonici*, can. 1752).

l'espressione di Sant'Agostino). La fede, insomma, resta. Senza la misericordia, invece, il diritto non c'è, perché non salva. Fino all'estremità dell'inferno completamente vuoto<sup>32</sup>.

Lo stato di eccezione *à la* Schmitt non produce diritto a partire dal diritto. È per definizione *extra ordinem*, rispetto almeno all'inizio. È oltre l'ordinamento. La sovranità disvela se stessa perché agisce al di là della norma generale. Se fosse quest'ultima a decidere, la sovranità coinciderebbe con la norma e non vi sarebbero altri a decidere. Negli stati di emergenza c'è, allora, il rischio della discontinuità, ossia dell'eccezione che supera le stesse esimenti. Nello stato di necessità non ci si comporta come se la norma non ci fosse; la norma c'è e prevede anche i casi in cui è impossibile il suo adempimento (se così non fosse, sarebbe comunque inefficace). Nello stato di eccezione, invece, il potere giuridico è nudo. Non ha una norma alle spalle. E non è un fatto di poco conto. Non lo è mai; non lo è, soprattutto, se i provvedimenti speciali limitano i diritti costituzionalmente garantiti.

La decretazione d'urgenza, come s'è detto, è prevista all'art. 77 della Costituzione<sup>33</sup>. Per questo l'emergenza è già norma. Non c'è nulla, infatti, di straordinario nel congetturare ciò che è straordinario. La realtà *superveniens* abita ordinariamente la terra. La vita è sempre eccedente; è sempre norma speciale in ogni accadimento. Lo sappiamo al tempo di tante emergenze (l'emergenza sanitaria è solo una di queste). Non sono però uguali le conseguenze, se a nascere è lo stato di emergenza, o addirittura l'eccezione radicale al diritto vigente. Nel primo caso è lo stato straordinariamente previsto; nel secondo è lo stato straordinariamente impreveduto.

La fallacia ordinamentale ha almeno tre fenomeni: (i) *praeter legem*; (ii) *intra legem*; (iii) *contra legem*. Sono tre fenomeni sul filo sottilissimo che divide i provvedimenti dello stato di emergenza dai fatti di eccezione.

**3.3.1. *Praeter legem*.** Da certi punti di vista, i decreti adottati durante l'emergenza sanitaria in Italia, considerando soprattutto il loro carattere temporaneo, non hanno creato una vera discontinuità con l'ordinamento e i suoi principi. Eppure, non sono mancate alcune anomalie con altrettanti rischi per i sistemi costituzionali in generale. Non è pacifico, ad esempio, che con la decretazione d'urgenza (nonostante la legge di conversione) si possa derogare a disposizioni costituzionali riducendo o addirittura sacrificando alcuni diritti fondamentali. Si pensi (per citare quelli più in vista) ai diritti di libertà di circolazione (art. 16), di riunione (art. 17), di insegnamento e accesso all'istruzione (artt. 30, 33 e 34), di iniziativa economica (art. 41). Una simile decretazione dovrebbe evidentemente presupporre

<sup>32</sup> È, com'è noto, la tesi del grande teologo Hans Urs von Balthasar in *Was dürfen wir hoffen?* (Johannes, Einsiedeln, 1986)

<sup>33</sup> Lo stato di emergenza è previsto, tra l'altro, dal cosiddetto *Codice della protezione civile* (d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1). A norma dell'art. 24 (comma 3) di tale Codice, lo stato di emergenza non può superare 12 mesi, ed è prorogabile di non più di ulteriori 12 mesi.

l'impraticabilità assoluta della via ordinaria con cui il Parlamento legifera. Forse non era questo il caso.

Molte misure, tra l'altro, sono state adottate da decreti amministrativi (i famosi DPCM) non sottoposti a controllo "preventivo", né emanati a firma del Presidente della Repubblica, né destinati ad essere discussi in Parlamento per essere poi convertiti in legge. Per non parlare del carattere tassativamente temporaneo di misure adottate straordinariamente. Il bilanciamento dei principi costituzionali che mette in primo piano in questo momento il diritto fondamentale alla salute (art. 32) può giustificare la decretazione d'urgenza, a patto che rispetti il carattere solo temporaneo degli interventi effettuati. Il fattore del tempo è decisivo per non creare squilibri strutturali tra gli stessi poteri dello Stato.

**3.3.2. *Intra legem.*** Una norma che limiti i diritti fondamentali non può essere vaga. Ha lo stesso significato di una norma penale per cui è inammissibile che qualcuno sia punito "per un fatto che non sia espressamente previsto come reato".

Ora, è chiaro che il linguaggio normativo (compreso quello penale) sia fondamentalmente ambiguo e non sia dotato di "*explications*", per dirla con la teoria del metodo della scoperta scientifica di Rudolf Carnap. Il sapere scientifico, come chiarisce Carnap in *Logical Foundations of Probability* (1953), cerca di tradurre il linguaggio meramente intuitivo della percezione sensibile nel linguaggio rigorosamente univoco della matematica (le *explications*). Ad esempio, dico "Oggi fa *caldo*". Questa espressione molto approssimativa delle mie sensazioni esterne si traduce in una proposizione scientifica che attribuisce un'esatta temperatura in gradi Celsius al caldo percepito. La proposizione può essere: "La temperatura odierna è di 30°", ed è evidentemente una proposizione molto più certa della precedente.

Il linguaggio giuridico ha la stessa ambiguità delle mie parole. È come dire "caldo" o "freddo" al posto di una precisa temperatura. Né si salva il diritto penale, nonostante la tassatività con cui tratta la propria materia. Dire che un fatto è "espressamente previsto" (art. 1 c.p.) significa fissare *a priori* un insieme determinato di elementi (è l'insieme delle condotte antigiuridiche ai sensi di una particolare norma), senza poter aggiungere o sottrarre uno solo di tali elementi alla previsione astratta della norma. La realtà è molto diversa. Si prenda il termine "istigare" ex art. 414 c.p. Che cosa significa? Quali sono esattamente (né una di più, né una di meno) le condotte ad esso imputabili? Appena fu pubblicato il romanzo epistolare *Die Leiden des jungen Werther* (1774) di Goethe, vi furono in Germania numerosi suicidi. È forse l'opera di Goethe un'*istigazione* al suicidio? Non c'è dubbio che sarà il singolo giurista ad assegnare il nesso di imputazione tra una certa condotta e il reato di istigazione. Nulla vieta che un giudice arrivi a conclusioni completamente opposte a quelle di un altro magistrato sullo stesso caso.

Perché, allora, discutere la vaghezza dei decreti emergenziali? In effetti sono questioni diverse. Le questioni semantiche del linguaggio giuridico sono almeno di due tipi: testuali e *con*-testuali. Le prime denotano l'ambiguità

originaria del linguaggio. La parola conserva, dal punto di vista semantico, una naturale polisemia, omonimia, doppiezza, equivocità, che possono essere al limite ridotte, ma non del tutto eliminate. La parola, in fin dei conti, non si allontana molto dall'incertezza con cui viene originariamente al mondo. All'inizio è il "questo" [*Dieses*], ovvero l'"adesso" [*Jetzt*] e il "qui" [*Hier*] per dirla con le eterne figure della "certezza sensibile" [*sinnliche Gewissheit*], o dell'aurora della coscienza annunciate da Hegel in *Phänomenologie des Geistes*. Nell'universalità del *questo*, dell'*ora*, o del *qui* si nasconde pure la loro falsità. "Questo è un libro". Subito dopo, però, "questo" non è più un libro, ma un fiore. Dico: "Adesso è notte". Basta che passi un po' di tempo e l'"adesso" non è più notte ma giorno. Lo stesso vale per il "qui". "Qui è a casa". Appena mi sposto, il "qui" non è più a casa, ma altrove. Sono frammenti di moltitudini dentro la parola. Forse ha ragione Wittgenstein nell'osservare che "le parole sono come pellicola sottile su acque profonde"<sup>34</sup>. I due giudizi "La proposizione *in sé* è conoscibile" e "La proposizione *in sé* non è conoscibile" sono entrambi inverificabili. Predicare, infatti, qualcosa *in sé* di una proposizione è incompatibile proprio con il suo essere *in sé*. La stessa cosa si potrebbe dire della norma *in sé*. Non è conoscibile. Almeno in un unico senso.

La questione semantica della decretazione di urgenza non è evidentemente questa. Non è la questione testuale. Si fa viva, semmai, la critica *con*-testuale. I problemi *con*-testuali non dipendono dalla natura del linguaggio *in sé*, ma dall'insufficienza dei mezzi del legislatore. Un testo è ambiguo, ad esempio, per la scarsa competenza di chi fa le leggi, o per l'informazione e previsione limitate sulla situazione da regolare, o per il compromesso nelle commissioni e nelle assemblee legislative in vista di un voto di maggioranza<sup>35</sup>. Per non parlare del crescente concorso intertestuale nei codici linguistici del legislatore. La centralità dei termini tecnico-giuridici è sostituita spesso dall'uso di linguaggi specialistici e gerghi settoriali che ostacolano l'unità metodologica dell'attività interpretativa del giurista. Prevalgono vere e proprie norme "contenitore" (il fenomeno richiama linguisticamente da vicino le "misure di razionalizzazione della finanza pubblica") con provvedimenti che spaziano dalla sanità al pubblico impiego, alla scuola, all'università, all'ambiente. I saperi richiesti non sono più strettamente giuridici. Si sommano nozioni, conoscenze e linguaggi extragiuridici che prima non c'erano. Le scienze biologiche, mediche, sociologiche, pedagogiche, e naturalmente economico-finanziarie decostruiscono in profondità gli impianti

<sup>34</sup> Il testo originale è: "Die Worte sind wie die Haut auf einem tiefen Wasser" (L. Wittgenstein, *Tagebücher 1914–1916*, 30.5.15, in L. Wittgenstein, *Werkausgabe*, cit., p. 144). La traduzione italiana è mia.

<sup>35</sup> Cfr. Michel Van de Kerchove, "La teoria degli atti linguistici e la teoria dell'interpretazione", in P. Amselek (a cura di), *Teoria degli atti linguistici, etica e diritto*, G. Giappichelli, Torino, 1990, in particolare p. 224.

linguistici dei codici, facendo strada all’“età della decodificazione”<sup>36</sup> e a un nuovo ordine giuridico.

Per questi motivi, la vaghezza delle norme pone gravi interrogativi. Tornano nuovamente a galla le questioni sulla relazione tra diritto e scienza, sull’autonomia delle decisioni del governo, sull’insufficienza dei paradigmi scientifici nelle situazioni estreme di emergenza, sulle implicazioni retoriche delle funzioni algoritmiche nella soluzione di una classe di problemi, sull’indipendenza dei poteri dello Stato dall’economia. È la resa, in definitiva, della normazione alle fallacie epistemiche e sintattiche negli stati di emergenza che abbiamo già esaminato.

**3.3.3. *Contra legem.*** La Costituzione riesce probabilmente a stabilire chi ha la facoltà di decidere nello stato di emergenza, ma non può certo prevedere la realtà che antepone il potere alla norma. Lo può fare solo *ex negativo*. Sarebbe un bel paradosso stabilire qualcosa al di là dell’ordinamento. “La tendenza dello Stato di diritto a regolare nel modo più dettagliato possibile lo stato di eccezione esprime in realtà solo il tentativo di descrivere esattamente il caso in cui il diritto si sospende da sé”<sup>37</sup>.

Dove non c’è l’ordinamento non c’è neppure una norma. Altrimenti, quest’ultima starebbe nell’ordinamento, e lo stato di eccezione non sarebbe realmente tale. Ecco, allora, il puro potere; è il potere che non ha bisogno prima di un ordine perché è, appunto, sovrano. Ciò non significa che non abbia effetti giuridici. Anzi, la sua influenza si confonde spesso con la forza del diritto, facendo credere alla validità di decisioni che sono legittime solo apparentemente. Nell’emergenza non è difficile ipotizzare una situazione del genere. Almeno in astratto.

Lo stato di eccezione è insomma uno scandalo per il normativismo kelseniano. In poche parole, la tesi che proclama l’identità di diritto e norma non riesce sufficientemente a spiegare l’impossibilità dell’ordinamento a restare del tutto immune da una decisione che non abbia almeno una norma alle spalle. Invece, è proprio così. Sin dall’inizio. L’ordinamento fa coincidere la sua “norma fondamentale” (la norma cioè che dispone di seguire la Costituzione vigente) con un semplice fatto, a prescindere da un’altra norma in grado di qualificarlo in maniera oggettiva. Lo si deduce dall’intrigo irrisolto dell’autofondazione formale dei sistemi giuridici. Come nei teoremi di Gödel. In ogni sistema gödeliano esiste

<sup>36</sup> Riprendo il titolo di una nota opera (*L’età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1978) di Natalino Irti. Dopo i codici, con il loro carattere di norma generale, ha avuto inizio la normalizzazione di leggi speciali e provvedimenti *ad hoc* per la soluzione di problemi politico-sociali. Molti strumenti speciali di normazione sono cresciuti a fronte di continue emergenze ad appannaggio quasi esclusivo del potere esecutivo che ha prevalso (spesso più del necessario) sulla legislazione e la giurisdizione. A ciò si aggiunga la sfera decisamente meno visibile del potere amministrativo che gode di una costante immunità rispetto alla capacità critica dei cittadini proprio a causa della sua azione che non emerge in superficie.

<sup>37</sup> C. Schmitt, *op. cit.*, p. 40

una formula vera che non è dimostrabile. I sistemi di norme non sono diversi. Nascono sotto l'impulso di fatti che non sono dettati da norme degli stessi sistemi. Sono fatti straordinari. La norma coincide con essi, e viceversa. È sufficiente guardare alle rivoluzioni per dimostrarlo. A ciò, infine, si aggiungono le situazioni molto più semplici di fatti che influiscono banalmente sulla vita dei sistemi giuridici senza una chiara fonte oggettiva, eppure in sintonia con il sentimento comune della giuridicità in uno spazio e un tempo particolari.

Perché accade? La risposta di Schmitt è semplice: “Lo Stato sospende il diritto, in virtù, come si dice, di un diritto di autoconservazione”<sup>38</sup>. Prevale addirittura un sentimento di normalità per permettere a chi governa di “non aver bisogno di diritto per creare diritto”<sup>39</sup>. Le circostanze sono le più autentiche. L'eccezione sta a significare l'irrompere della realtà concreta nella vita altrimenti astratta del diritto, e mentre conferma la regola nella sua regolarità permette di comprendere in che senso la regola viva essenzialmente dell'eccezione. “Vi sono eccezioni. Se non si possono spiegare – scrive Schmitt –, neppure il generale è possibile”<sup>40</sup>.

Se si guarda alle due estremità, lo stato di eccezione va dalla semplice decisione fino alla rivoluzione. Ogni decisione è in qualche modo indifferente al contenuto delle sue premesse. Anche in ciò si verifica una certa discontinuità tra diritto e forza. Il solo fatto che si rispetti la forma è sufficiente a dare validità alle decisioni, ma la forma non può evitare che le stesse decisioni si discostino significativamente dalle norme che ne stanno alla base. Nelle circostanze più estreme, sia per la forza di ciò che irrompe irresistibilmente nella realtà, sia per la durata degli accadimenti, ha luogo la rivoluzione, ossia un'interruzione sensibile dell'efficacia giuridica dell'intero sistema. Anche in questo caso, però, l'ordinamento ha il compito successivamente di stabilizzare ciò che è fuoriuscito dallo spazio giuridico pur avendone la forza giuridica.

Alla fine, l'esperienza giuridica è un grande stato di eccezione. Ma mentre gli estremi sono riconoscibili o per un eccesso di normalità, o per un difetto clamoroso di regolarità, non accade lo stesso per i fenomeni intermedi che sono il lato più oscuro. Infatti, l'ordinamento riesce a regolare in qualche modo la sfera emergente dell'eccezione, e non invece quella sommersa. Il problema è che la parte sommersa, così come in una nave, è la vera “opera viva” del sistema, quella che solca realmente i mari, lasciando il posto di “opera morta” a ciò che è più in vista e nello stesso tempo più prevedibile. Se la dottrina dello Stato ha in comune con la teologia innanzitutto l'idea di assolutezza del potere sovrano, questo lato oscuro del diritto mira a comprendere il *Deus absconditus* della sovranità. In molti

<sup>38</sup> *Ivi*, p. 39.

<sup>39</sup> *Ivi*, p. 40. Per una originale interpretazione del carattere bidirezionale della relazione tra normalità ed eccezione in Schmitt, si veda l'ottimo saggio di Guglielmo Siniscalchi in questo numero monografico: *Un'eccezionale normalità. Riflessioni su ordine e caos in Carl Schmitt*.

<sup>40</sup> C. Schmitt, *op. cit.*, p. 41.



casi lo stato di eccezione si nasconde dietro fenomeni solo apparenti di un ordine giuridico. Nei periodi di emergenza è più facile metterli a fuoco.