

Whatever it Takes: emergenza e razionalità

Emanuele Filograna

Università degli Studi di Perugia

Abstract: Whatever it Takes: Emergency and Rationality

Emergency is defined in many ways. Reflecting on the practical and conceptual confusion between emergency and exception, an unsolvable circularity is pointed out. Is it possible to restore some objective semantic depth to emergency? Following the proposal of Parmigiani the answer seems to be positive. Rational control provides the sole restraint on the arbitrariness of schmittian sovereignty by contrasting the rhetoric of security with the culture of justification.

Keywords: Emergency, Exception, Rationality, Justification.

Sommario: 1. Una definizione sfuggente – 2. Circolarità – 3. Disastri, emergenze, oggettività – 4. *Whatever it Takes*: la necessità che non ha legge e altri salti logici

1. Una definizione sfuggente

Il ricorso al dispositivo giuridico dell'emergenza ha raggiunto ormai da lungo tempo proporzioni sovrabbondanti¹. Proporzioni tali per cui lo stesso riferimento all'emergenza non si salva dalla quasi assoluta ridondanza. Le rubriche dei testi normativi, infatti, appellandosi all'emergenza con la stessa frequenza dei titoli di giornale, finiscono per ridurla a pura formula di stile. Il rischio è di ritrovarsi impreparati non solo sul piano pratico, ma anche su quello teorico². Per questo è di capitale importanza continuare a domandarsi che cosa sia un'emergenza o almeno porsi la questione se qualcosa come l'emergenza possa essere conosciuto prima e disciplinato poi in maniera oggettiva.

Innumerevoli sono le definizioni di emergenza che si possono rinvenire così nelle scienze sociali in generale come nella dottrina politica e giuridica in particolare. In parte ciò è dovuto al fatto che molti ordinamenti non contengono nelle rispettive costituzioni una definizione vincolante dello stato di emergenza,

¹ Cfr. A. Simoncini, *L'emergenza infinta. La decretazione d'urgenza in Italia*, EUM Edizioni Università di Macerata, Macerata, 2006; C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, Giuffrè, Milano, 2005.

² Cfr. M. Zgur, M. Parmigiani, "Emergency Legislation in a Globalized World", in *Diritto e questioni pubbliche*, XVII (2017), n. 2, pp. 7-13.

mentre in altri le definizioni riguardano ipotesi variamente denominate (ad es. *état de siège*, ecc.)³. La mancata disciplina esplicita fa leva sull'idea che l'emergenza dovrebbe essere qualcosa di davvero imprevedibile non soltanto nell'*an* e nel *quando*, ma anche nei suoi predicati concreti⁴.

Ciò non ha impedito tuttavia di individuare alcuni requisiti trasversali dell'emergenza come ad es. la necessità, la effettività (*concreteness*) e l'urgenza intese queste ultime due come declinazioni dell'unico elemento della minaccia (*threat*). In situazione di emergenza prevarrebbe con imperiosa coerenza l'interesse a garantire l'effettività immediata e assoluta delle misure da adottare *ad hoc*.

L'emergenza è stata analizzata d'altro canto come concreta manifestazione della tensione fra ordine e giustizia, fra allargamento e limitazione del potere. Buona parte della riflessione teorica al riguardo finisce per essere schmittiana anche quando apparentemente su posizioni critiche verso lo stesso Schmitt, poiché è difficile sottrarsi alla tendenza a far collassare il concetto di emergenza in quello di eccezione⁵. Al contrario, occorre rifiutare alle emergenze lo *status* di detonatore automatico dello stato di eccezione, riconsiderando una *scholarship* gravata negli anni più recenti dall'influenza di Agamben e della generica eredità schmittiana⁶.

In generale, all'alba del millennio, si è assistito ad un profluvio di contributi che hanno affrontato gli aspetti più diversi della questione in esito alle conseguenze dell'attentato alle Torri Gemelle con un'ampia varietà di approcci e di risultati⁷. Non potendo svolgere qui una rassegna sia pure incompleta, conviene

³ A. Alibrandi (2020), "Il diritto di eccezione: una prospettiva di diritto comparato", in *European Parliament. Think Tank*. Recuperato da www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU%282020%29651983, [Data di consultazione: 16/03/2021].

⁴ A. Zwitter, "The Rule of Law in Times of Crisis: A Legal Theory on the State of Emergency in the Liberal Democracy", in *Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie*, 98 (2012), n. 1, p. 97.

⁵ Cfr. N.C. Lazar, *States of Emergency in Liberal Democracies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; B. Honig, *Emergency Politics. Paradox, Law, Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

⁶ G. Agamben, *Stato di Eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003. Cfr.: M. McConkey, "Anarchy, Sovereignty, and the State of Exception: Schmitt's Challenge", in *The Independent Review*, 17 (2013), n. 3, pp. 415-428; E.J. Criddle, E. Fox Decent, "Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law", in *Human Rights Quarterly*, 34 (2012), pp. 39-87. Cfr. anche: L. Fabbri, "Chronotopologies of The Exception: Agamben and Derrida Before the Camps", in *Diacritics*, 39 (2009), pp. 77-95; K. Kovacs, "The State of Exception: a Springtime for Schmittian Thoughts?", in *Diritto e questioni pubbliche*, XVII (2017), n. 2, pp. 163-182.

⁷ B. Ackerman, "The Emergency Constitution", in *The Yale Law Journal*, 113 (2004), n. 5, pp. 1029-1091; M. Neocleous, *Critique of Security*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2008; M. Ignatieff, *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 2004; M.E. O'Connell, "The Limited Necessity of Resort to Force", in D. Stephens, P. Babie (a cura di), *Essays in Conversation with Judith Gardam*, University of Adelaide Press, Adelaide, 2016, pp. 37-60. Cfr. anche: N. Hussain, "Beyond Norm and Exception: Guantánamo", in *Critical Inquiry*, 33 (2007), n. 4, pp. 734-753; T.P. Crocker, "Still Waiting for the Barbarians: What is New about post September 11 Exceptionalism?", in *Law and Literature*,

avvicinarsi ad una provvisoria indicazione che tragga spunto da questi pochi cenni consentendo di procedere oltre e trarre qualche indicazione critica.

Emergenza, dunque, sarebbe quella situazione di fatto nella quale il “bisogno di diritto” si manifesterebbe con soverchiante forza⁸. In una situazione ordinaria, l’ordinamento può scegliere se e quando – prima ancora che come – disciplinare una fattispecie o provvedere rispetto ad uno stato di cose. Ma quando questo stato di cose si presenta *sub specie* di emergenza, la disciplina o il provvedimento devono intervenire necessariamente e pressantemente. Dinanzi all’emergenza, questa urgenza e necessità ammantate di una forza cogente, fanno scolorire del tutto il merito: dei tre termini (se, quanto, come) rimangono soltanto i primi due. Vale a dire che, nell’orgasmo del non poter rimanere con le mani in mano, residua solo un diafano simulacro in secondo piano del merito dei provvedimenti da assumere.

2. Circolarità

Sul piano teorico, invece, il *quomodo* assume una valenza centrale. Non nel senso delle soluzioni di dettaglio concretamente adottate per risolvere lo stato di crisi, quanto nel senso della duplice opzione: rispondere alla situazione di emergenza con mezzi ordinari o con mezzi straordinari. Addirittura con la fuoriuscita dallo stato di diritto⁹. Si dà per scontato che la soluzione sia la seconda¹⁰. Inoltre, dicendo che emergenza è ciò che determina lo stato di eccezione, il verbo suggerisce una funzione eminentemente causale. Ma necessità e urgenza non determinano *ex se* la straordinarietà dei mezzi da utilizzare. Si può non avere scelta e agire celermente, ma con mezzi assolutamente ordinari dal punto di vista costituzionale¹¹. Ciò che va perso nel gioco delle tre carte in cui consiste l’invocazione dello stato di emergenza è proprio la distinzione fra emergenza ed

19 (2007), n. 2, pp. 303-326; C. Michaelsen, “The Proportionality Principle in the Context of Anti-Terrorism Laws: An Inquiry into the Boundaries between Human Rights Law and Public Policy”, in M. Gani, P. Mathew (a cura di), *Fresh Perspectives on the ‘War on Terror’*, ANU Press, Canberra, 2008, pp. 109-124.

⁸ G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 39. Cfr. anche: A. Harel, A. Sharon, “Necessity Knows no Law: on Extreme Cases and Unconfiable Necessities”, in *The University of Toronto Law Journal*, 61 (2011), n. 4, pp. 845-865.

⁹ L.C. Feldman, “Judging Necessity: Democracy and Extra-Legalism”, in *Political Theory*, 36 (2008), n. 4, pp. 550-577. Cfr. anche: J. Ferejon, P. Pasquino, “The law of the Exception: A Typology of Emergency Powers”, in *International Journal of Constitutional Law*, 210 (2004), pp. 218-239.

¹⁰ E. Kennedy, “Emergency and Exception”, in *Political Theory*, 39 (2011), n. 4, pp. 535-550.

¹¹ Cfr. A. Greene, *Emergency Powers in a Time of Pandemic*, Bristol University Press, Bristol, 2020, pp. 23-29.

eccezione. Si è tentato di ovviare coniando il concetto di *supreme emergency*, ma non sembra che ciò possa salvare sul piano logico dalla circolarità definitoria¹².

Eccezione ed emergenza si distinguono chiaramente già sul piano etimologico. L'*ex-capere* da cui deriva l'eccezione indica il mettere/mettersi fuori¹³. L'emergere indica un aspetto del reale che prima non c'era¹⁴. La prima pone la questione del rapporto tutto da demistificare con la normalità dell'ordinamento e della democrazia¹⁵. La seconda pone la duplice questione sul piano ontologico ed epistemologico: come può ciò che emerge superare ciò da cui emerge pur derivando da esso e come possiamo conoscere e trattare ciò che emerge?¹⁶ In ogni caso, il corto circuito logico avviene nel momento in cui si fanno convergere emergenza ed eccezione in un argomento deduttivo del tipo "se a allora b" che suona come segue: se si verifica un'emergenza di questo o quest'altro tipo, allora necessariamente si dovrà ricorrere ad una qualche eccezione alle regole. Dove l'accento e l'abbaglio cadono sul carattere necessario del nesso¹⁷.

Questo legame incestuoso è dovuto all'appetito di eccezione ed alla facile ricerca di una giustificazione per la sua invocazione da parte di chi detiene o vuole ottenere il potere. Come è stato efficacemente osservato:

In other words, it is not as if an emergency (or a disaster) were to be invoked only when certain empirical conditions are met, although that could be the case. Rather, it is as if an emergency (or a disaster) were to be invoked because of the normative consequences taking place on behalf of it¹⁸.

La confusione dei piani non è puramente teorica. In alcuni celebri precedenti internazionali (Cipro, Irlanda, Grecia), la Commissione e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo hanno inserito in varia misura fra le altre condizioni per poter ricorrere all'art. 15 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo la circostanza che:

¹² D. Statman, "Supreme Emergencies Revisited", in *Ethics*, 117 (2006), n. 1, pp. 58-79.

¹³ A. Norris, "Sovereignty, Exception, and Norm", in *Journal of Law and Society*, 34 (2007), n. 1, p. 32.

¹⁴ M. Ferraris, *Emergenza*, Einaudi, Torino, 2016, p. 4. Cfr. anche G. Marazzita, *op. cit.*, p. 15.

¹⁵ P. Fitzpatrick, R. Joyce, "The Normality of the Exception in Democracy's Empire", in *Journal of Law and Society*, 34 (2007), pp. 65-76.

¹⁶ A. Corradini, N. Gaj, G. Lo Dico, "Emergenza: le origini di un concetto", in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, 97 (2005), pp. 236-279.

¹⁷ T. Harnier, C. Kreuder Sonnen, "Who Decides on the Exception? Securitization and Emergency Governance in Global Health", in *Security Dialogue*, 45 (2014), pp. 331-348.

¹⁸ M. Parmigiani, "What Does It Mean to Be Objective? Outlining an Objective Approach to Public Emergencies and Natural Disasters", in *Diritto e questioni pubbliche*, XVII (2017), n. 2, p. 82.

The crisis or danger must be exceptional, in that the normal measures or restrictions, permitted by the Convention for the maintenance of public safety, health and order, are plainly inadequate¹⁹.

La circolarità definitoria risulta evidente se si rammenta quale era la domanda: (1) quando è giustificato il ricorso allo stato di eccezione? La risposta in prima battuta era: (2) allorché si è dinanzi ad una emergenza. Ma se alla domanda: che cosa è una emergenza? diamo la risposta: (3) è emergenza quella situazione in cui è giustificato il ricorso allo stato di eccezione allora siamo ritornati al punto di partenza senza muoverci di un passo. Abbiamo semplicemente concluso che: (4) il ricorso allo stato di eccezione è giustificato quando è giustificato il ricorso allo stato di eccezione. Ma ciò di cui andavamo in cerca era precisamente quella giustificazione, dunque siamo caduti in una fallacia tautologica.

Il *definiens* non può contenere il *definiendum*. Se non si è in grado di dare un autonomo spessore oggettivo al termine medio “emergenza” si precipita nel più assoluto decisionismo dinanzi al quale ogni tentativo di alleviare il peso dell’eredità schmittiana rimane al limite dell’esercizio di stile²⁰. Infatti, accontentandosi di questa definizione solo apparente, la risposta all’emergenza appare assolta da qualunque onere di giustificazione. Si abbandona il dominio del giuridico e ci si colloca nell’ambito del soggettivismo autointerpretante non sottoponibile ad alcuna verifica razionale. Un approccio simile condurrebbe ad abbracciare la c.d. dottrina Wimbledon, secondo la quale:

The right of a State to adopt the course which it considers best suited to the exigencies of its security and to the maintenance of its integrity, is so essential a right that, in case of doubt, treaty stipulations cannot be interpreted as limiting it²¹.

Ciò significherebbe porre la presunta sicurezza e autoconservazione degli Stati (o peggio ancora dei Governi) al di sopra delle loro obbligazioni giuridicamente vincolanti ed aprire la porta ad una forma di ragionamento extra-legale. Al contrario, comprendere in che modo sia possibile definire le emergenze

¹⁹ S.P. Sheeran, “Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights law: Theory, Legal Doctrine, and Politics”, in *Michigan Journal of International Law*, 34 (2013), n. 3, pp. 491-558. Cfr. “Factsheet – Derogation in Time of Emergency”, in *European Court of Human Rights*. Recuperato da https://www.echr.coe.int/documents/fs_derogation_eng.pdf, [Data di consultazione: 15/03/2021].

²⁰ M. Croce, A. Salvatore, *L’indecisionista. Carl Schmitt oltre l’eccezione*, Quodlibet, Macerata, 2020. Cfr. anche: M. Croce, A. Salvatore, “Why Does the Law Want Us to Be Normal? Schmitts Institutionalism and the Critique of the Liberal Legal Order”, in *Cultural Critique*, 93 (2016), pp. 32-58.

²¹ A. Orakhelashvili, “Threat, Emergency and Survival: The Legality of Emergency Action in International law”, in *Chinese Journal of International Law*, 9 (2010), p. 348.

e le modalità per affrontarle, richiede di sconfessare come paralogismo il ragionamento per cui le emergenze avrebbero *ex se* l'effetto di sciogliere i vincoli giuridici come per es. il rispetto delle libertà essenziali o dei diritti umani²². Quantomeno bisogna affermare che un'emergenza non esime, prima di ricorrere a tali deroghe o sospensioni, dall'adempiere pienamente ad un inaggirabile obbligo generale di giustificazione che incombe all'operatore giuridico non in forza di qualche regola dell'ordinamento che possa a sua volta essere sospesa, ma in forza di ragione.

3. Disastri, emergenze, oggettività

A fronte del riferimento spesso abusivo all'emergenza, la tentazione del giurista che intenda rimettere le "political authorities in their place, holding them accountable"²³ è quella di rivolgersi in prima battuta alla semantica, pretendendo una definizione di emergenza uniforme e sufficientemente precisa. Si è visto come il tentativo di fornire una tale definizione viene aggirato nascondendosi dietro il paradosso per cui l'emergenza come "situazione imprevista e imprevedibile" sfuggirebbe alle catene definitorie. Ma abbiamo visto pure come ciò non significhi affatto che ci si possa autoassolvere dall'intraprendere la strada di una oggettività possibile per abbandonarsi alla circolarità inconcludente denunciata nel paragrafo precedente. Proveremo perciò a sintetizzare i termini salienti della strategia argomentativa che Parmigiani ha proposto acutamente riflettendo sulle somiglianze e differenze fra emergenze e disastri naturali²⁴.

I disastri sono pacificamente intesi come *species* del *genus* emergenze, ma trattandosi di fatti naturali non sembrano suscitare i medesimi problemi interpretativi. Ci si può chiedere allora: ha senso mantenere una così netta distinzione fra i disastri come fatti oggettivi, da un lato e dall'altro le emergenze come fatti puramente sociali relegati nel mondo dei valori? Per chiarire i limiti in cui è possibile che il discorso circa l'emergenza assuma il carattere dell'oggettività ci si può rifare alla nota teoria della costruzione della realtà sociale di Searle²⁵. Oggettivo e soggettivo vanno incrociati con epistemico e ontologico. Sul piano epistemico, oggettivi e soggettivi sono i giudizi: i primi non dipendono dalle attitudini e dai punti di vista dell'osservatore, i secondi invece sì²⁶. D'altra parte, sul piano ontologico, soggettivo e oggettivo riguardano non più

²² Cfr. A. Greene, *op. cit.*, in particolare: pp. 45-45; 58-59 e 61-62.

²³ M. Parmigiani, *op. cit.*, p. 81.

²⁴ *Ibidem*, pp. 83-96.

²⁵ J.R. Searle, *The Construction of Social Reality*, Penguin Books, London, 1996.

²⁶ Nel celebre esempio: di fronte ad un quadro di Rembrandt si può esprimere un giudizio epistemico soggettivo del tipo "Rembrandt è un pittore migliore di Rubens", ma anche un giudizio epistemico oggettivo del tipo "Rembrandt ha vissuto ad Amsterdam nel 1632". Quest'ultimo

giudizi, ma entità alle quali vengono ascritti modi di esistenza²⁷. Ciò che conta è che possono esservi affermazioni epistemologicamente soggettive circa fatti ontologicamente oggettivi (“il Salento è più bello della Versilia”) e, al contrario, affermazioni epistemologicamente oggettive circa entità che sono ontologicamente soggettive (“in questo momento ho un terribile mal di testa”).

Occorre aggiungere al quadro appena tracciato il ruolo chiave dell'intenzionalità. Fermandosi alle entità oggettive come i disastri, per quello che qui interessa, vi saranno caratteristiche intrinseche che non dipendono dall'intenzionalità di un osservatore²⁸. Consideriamo due affermazioni possibili circa un disastro naturale: (1) i terremoti spesso accadono in corrispondenza delle faglie tettoniche; (2) i terremoti sono pregiudizievoli per l'andamento del mercato immobiliare. Quest'ultima riguarda fatti ontologicamente soggettivi come il crollo dei prezzi degli immobili. Cionondimeno, essa può benissimo definirsi epistemicamente oggettiva. Come noto, la conclusione di Searle è che i *brute facts* esistono e sono indipendenti da ogni essere umano e da ogni umana istituzione, mentre i fatti istituzionali possono esistere solo nell'ambito di un qualche ordinamento sociale.

Il concetto di oggettività si lascia afferrare però soprattutto in relazione al parametro della precisione (*accuracy*). Le proposizioni oggettive non si prestano a fornire dei resoconti omnicomprensivi della realtà: quando sono false non hanno referente, mentre quelle soggettive continuano ad averlo. Consideriamo la proposizione: (1) c'è stato un terremoto che ha causato molte vittime e ingenti danni. Confrontiamola quindi con: (2) c'è stato un terremoto di magnitudo 6.0 che ha causato 100 morti e la distruzione di 10 edifici. Appare evidente che se sbagliamo sul numero dei morti o sulla magnitudo, la (2) sarà falsa mentre la (1) rimarrà vera. Ma proprio per questo la (2) è meno soggettiva e più precisa della (1). La precisione è una misura della corrispondenza fra le asserzioni e i fatti. La vaghezza delle formulazioni, al contrario, rende difficile contestare una affermazione poiché non consente di tenere conto dei fatti corrispondenti in funzione di prova contraria.

Come noto, il linguaggio giuridico è costretto a mantenere una certa vaghezza proprio per la natura generale ed astratta delle norme. Tuttavia è pacifico che tale vaghezza non sia affatto sinonimo di arbitrio. A sostegno, Parmigiani cita un caso significativo proprio in tema di emergenza nel quale la Corte Costituzionale spagnola ha censurato il ricorso a decreti di emergenza sulla

giudizio non è solo oggettivo sul piano epistemico, ma oltretutto riguarda un fatto di per sé oggettivo.

²⁷ Il dolore che taluno prova è ontologicamente soggettivo, l'esistenza di un monte non lo è in quanto non dipende dall'osservatore.

²⁸ In un altro celebre esempio: un giravite non cesserebbe di essere ciò che è anche se non esistesse nell'universo intero alcun elettricista e persino nessun essere umano o coscienza anche non umana. Altro esempio sono i colori, percepiti diversamente dai diversi soggetti e nelle diverse culture, ma corrispondenti a frequenze fisse dello spettro.

base del fatto che i relativi preamboli facevano uso di formule rituali altamente astratte rendendo impossibile il controllo di costituzionalità²⁹.

Occorre compiere allora un ulteriore passaggio. Le rappresentazioni percettive dipendono dalla prospettiva del parlante. Non dovrebbe giovare di per sé l'introduzione nel discorso di terzi o ulteriori punti di vista. Come scongiurare, infatti, il rischio di ricadere nel puro prospettivismo? Un modo consiste nel far sì che il discorso terzo sia in grado di includere nella sua descrizione degli altri punti di vista anche informazioni relative alla loro posizione. Nel carteggio nautico, tramite la triangolazione di rilevamenti di punti cospicui, si può sempre ricostruire con sufficiente precisione il punto nave reale. Egualmente esiste un'oggettività che è tale non perché totalmente esente dal prospettivismo, ma più parsimoniosamente in quanto meno dipendente dalle varie prospettive. Anzi, paradossalmente, più è ampio il numero di altre soggettività prese in considerazione al fine di conoscere un fatto, meno ampia la dipendenza della conoscenza da quelle soggettività.

A questo punto della sua catena argomentativa, Parmigiani aggiunge che la precisione è una variabile dipendente anche dallo scopo per il quale si parla e si conosce. I valori sottesi al conoscere e all'agire sono prospettivi, derivando da gusti, desideri, interessi e bisogni che possono essere addirittura idiosincratici. Ciò non significa, però, che non si dia la possibilità di un'analisi razionale dei valori o che ci si debba abbandonare all'espressivismo morale³⁰.

Ebbene, quando i valori di singoli o di gruppi sociali pretendono di sfociare in decisioni che hanno effetti collettivi, la necessità di fornire una giustificazione razionale è inaggirabile. Non ogni valore può contare o contare con eguale peso. Le procedure deliberative servono precisamente allo scopo di convincere sostenitori e avversari che la scelta è nell'interesse di tutti. Perché dunque dovremmo assumere che proprio nelle situazioni di emergenza vi sia il bisogno di procedure speciali e soprattutto derogatorie rispetto al raggiungimento di un accordo razionale sull'adozione di uno stato di eccezione?

Secondo la nota formulazione di Maxwell e Feyerabend esistono delle proposizioni immediatamente decidibili. Quelle sui disastri lo sono entro certi limiti. Quelle che riguardano il fatto se le emergenze impongano il ricorso a mezzi *extra-ordinem* evidentemente non lo sono. Se i disastri naturali sono soggettivi ontologicamente, in quanto la loro natura dipende da proprietà estrinseche come l'aver prodotto danni o fatto vittime, possiamo dire che siano soggettivi anche sul piano epistemico? Tutto dipende dalla definizione che intendiamo fornire del

²⁹ Cfr. M. Parmigiani, *op. cit.*, p. 85. L'A. osserva al riguardo, in senso parzialmente critico, che la Corte in questo modo ha comunque fatto rientrare bisogni, valori, scopi e interessi dalla finestra, mentre le proposizioni oggettive dovrebbero riferirsi ai fatti del mondo *out there* e non alle opinioni nella nostra testa.

³⁰ G. Carcaterra, *Lezioni di Filosofia del Diritto. Teoria del diritto positivo. Fondazione dei valori etici*, Bulzoni, Roma, 1994.

concetto di benessere umano (o sociale): è questo il concetto ultimo che sta dietro la rappresentazione, cioè la costruzione sociale di un disastro.

È qui che Parmigiani, facendo ricorso al costruttivismo morale di Rawls³¹, arriva a dimostrare che si possono assumere decisioni imparziali senza dover pretendere che queste decisioni siano in senso stretto impersonali. Nel combinato disposto della “posizione originaria” e del “velo dell’ignoranza”, si giunge a riconoscere come sia la correttezza delle procedure a garantire che il principio scelto all’unanimità risulti essere anche quello più oggettivo. La presunta distanza fra il grado di oggettività della definizione di disastro e di quella di emergenza sbiadisce sensibilmente. Oggettività, in questo senso, significa abbracciare un criterio che consenta a tutti di valutare che cosa è effettivamente in gioco in circostanze date. Ciò del tutto a prescindere dalle preferenze contingenti dell’autorità politica al posto di comando nel momento rilevante. Non si tratta di opporre una soggettività politica ad un’altra, in una vuota moltiplicazione delle prospettive. Si tratta, invece, di contrapporre una oggettività dai tratti costruttivistici alla debolezza della pura soggettività predicata in varie maniere da ogni forma di decisionismo. Sono le procedure che generano e garantiscono la razionalità del risultato e del contenuto.

Scegliere di abbandonarsi ad una decisione svincolata da qualunque oggettività e da qualunque obbligo di giustificazione razionale sarebbe come assumere che tutte e soltanto le carte di uno dei giocatori siano dei Jolly da utilizzare come tali a suo piacimento. Persino in una cosa triviale come una partita a carte pretendere di introdurre regole siffatte si risolve nella fine della partita. La razionalità rifiuta di ammettere un gioco in cui l’unica regola è che non ci sono regole perché qualcuno le può fare e disfare in ogni momento. Occorre allora superare quelle dottrine che sembrano aver rinunciato alla ricerca di ogni aspetto denotativo dell’emergenza riducendo quest’ultima a parte di un discorso puramente persuasivo, fondato su nient’altro che su elementi emotivi³². Diversamente si finisce per atterrare, senza rete di sicurezza, sul nudo suolo dello hobbesiano *auctoritas non veritas facit legem*.

Parmigiani precisa che, seppure ogni rappresentazione dell’emergenza contiene una porzione ineludibile di soggettività, ciò non significa affatto che la si possa concepire come indipendente da ogni corrispondente responsabilità³³. Per quanto assoluto sia il potere del sovrano non potrà mai giungere al punto di fare *de albo nigrum*. Il controllo razionale è la lente attraverso la quale spariscono i vestiti nuovi dell’imperatore. La natura estrinseca – nel senso sopra accennato – di

³¹ J. Rawls, *A theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1971. Cfr. anche J. Rawls, “Kantian Constructivism in Moral Theory”, in S. Freeman (a cura di), *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1999.

³² G. Tusseau, “The Concept of Constitutional Emergency Power: A Theoretical and Comparative Approach”, in *Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie*, 97 (2011), n. 4, pp. 498-530.

³³ Cfr. M.K. Lynch, “A Theory of Human Rights Accountability and Emergency Law: Bringing in Historical Institutionalism”, in *Journal of Human Rights*, 14 (2015), pp. 504-524.

quei fatti che costituiscono un'emergenza consente sempre di approcciarli in maniera più obiettiva di quanto il loro essere parzialmente mediati da valori sembrerebbe suggerire *prima facie*. Una mente pronta e sensibile non ha bisogno che alcuna autorità in cerca di legittimazione decida cosa è e cosa non è un'emergenza. Sempre riecheggiando Searle, quella qualunque autorità non può fare di qualcosa un giravite se non lo è. Il controllo democratico-razionale dovrebbe perciò non limitarsi al dopo, a mitigare le conseguenze o gli "abusi" dello stato di eccezione già dichiarato³⁴. Dovrebbe invece costituire una forza resistente sin dal momento genetico, impedendo che la decisione avente come conseguenza l'assegnazione al sovrano auto-costituitosi di significativi poteri *ultra legem*, almeno non sia assunta del tutto arbitrariamente.

4. *Whatever it Takes*: la necessità che non ha legge e altri salti logici

Secondo la nota tesi di De Martino la *trance* dei tarantolati è un congegno psico-antropologico volto a fronteggiare una crisi esistenziale che minaccia l'unità e l'identità del soggetto. Quando non vi sono strumenti per far fronte a tale crisi, invece di essere perso dalla situazione, il soggetto decide di perdersi da sé, abbandonandosi all'irrazionale³⁵. Se è lecito azzardare una metafora, sembra esattamente la tentazione che percorre ogni ordinamento dinanzi all'emergenza.

Per vedere come ciò possa accadere basta prendere in considerazione la tortura. Nell'infuriare del *witch-craze* dei secoli XVI e XVII nulla era ritenuto più adeguato a spingere streghe e stregoni a confessare. Cosa che a noi oggi ripugna e soprattutto pare risibile. La tortura è stata ripudiata dai moderni ordinamenti, sull'onda illuminista, non semplicemente per motivi umanitari, ma per motivi razionali. Cioè per la semplice constatazione che quella assunta sotto tortura è quanto di più lontano si possa immaginare da una prova veritiera³⁶.

Come è possibile allora che al debutto del XXI sec. l'*arab-craze* seguito all'11 settembre abbia portato a spandere fiumi di inchiostro alla ricerca di

³⁴ D. Dyzenhaus, "Emergency, Liberalism, and the State", in *Perspective on Politics*, 9 (2011), n. 1, pp. 69-78. Cfr. anche: J. White, "Authority after Emergency Rule", in *The Modern Law Review*, 78 (2015), n. 4, pp. 585-610; A. Vermeule, "Holmes on Emergencies", in *Stanford Law Review*, 61 (2008), n. 1, pp. 163-201.

³⁵ E. De Martino, *La terra del rimorso*, Il Saggiatore, Milano, 1994 (ed. originale 1961) e già in precedenza E. De Martino, *Il mondo magico: prolegomeni a una storia del magismo*, Bollati Boringhieri, Milano, 2007 (ed. originale Einaudi, Torino, 1948). È significativo che De Martino parli della labilità della presenza per indicare lo svanimento della soggettività nei fenomeni come la *trance*: seguendo il filo di molte interpretazioni schmittiane e per rimanere in metafora, sembra appunto il fenomeno per cui l'ordinamento deve temporaneamente perdersi per potersi successivamente ritrovare.

³⁶ Sia consentito rinviare, anche per gli opportuni riferimenti, a E. Filograna, *Il Crogiolo. Considerazioni su processo politico e caccia alle streghe*, Università degli Studi di Perugia, Perugia, 2021, in corso di stampa.

presunte inedite giustificazioni morali e giuridiche per la pratica di moderne forme di tortura come ad es. il *waterboarding*? È possibile proprio perché la prima conseguenza dell'emergenza è l'isterico abbandono all'irrazionalità da parte dell'*every man* e del politico di professione, certo, ma a quanto pare anche da parte degli uomini di legge. Il caso della c.d. *ticking bomb* è stato ammantato dall'autorevolezza dell'esperimento ideale per convincere dell'ammissibilità morale della tortura³⁷. In questo modo si è di fatto sostituita una emergenza non più percepita come tale (il "maligno che dimora in mezzo a noi" dei secoli bui) con una emergenza invece percepita come allarme attuale (il terrorista prigioniero al quale estorcere informazioni su eventuali futuri attentati).

Ma alla ragione piace che se la tortura è sbagliata una volta debba esserlo sempre. Secondo ragione la tortura è sbagliata poiché non funzionale in quanto non garantisce la verità. Ancora una volta: se un giravite non è buono per avvitare, non esiste sovranità al mondo che possa farne un buon giravite: la ragione individuale e collettiva rifiuta ciò che razionale non è. Anche se trovassimo moralmente giustificabile la tortura sulla base di un calcolo utilitaristico in cui si scambia la sofferenza di un attentatore con la salvezza di molte possibili vittime di attentati, ancora essa rimarrebbe errata ed arbitraria sul piano razionale. Ciò in quanto nulla garantisce che sotto tortura il terrorista dica la verità su dove si trova la bomba o chi siano i suoi complici. Anzi, prima ancora, nulla garantisce che sia davvero un terrorista. Le forme e le procedure del diritto che si vorrebbero immolare sull'altare dell'emergenza sono ciò che conduce alla oggettività. Ogni reato per l'ordinamento è una sorta di emergenza: creando allarme sociale determina l'urgenza di provvedere. Non per questo la difficoltà di risolvere il caso e di farlo in fretta può giustificare la sospensione o la deroga a tutte o parte le regole che riguardano le indagini preliminari o i diritti della difesa. Il sistema delle garanzie e dei diritti, infatti, serve non solo e non tanto a tutelare l'indagato o il presunto terrorista, quanto a garantire l'effettività nella ricerca della verità oggettiva³⁸.

Politica e scienza politica sembrano soffrire il contagio della sindrome dei poteri speciali (formula, peraltro, involontariamente ironica). Contando sull'esperienza comune, si brandisce talvolta l'assioma per cui nella tempesta può esserci un solo comandante e chi è in comando deve essere investito di poteri straordinari. L'appello alla razionalità e all'oggettività che qui si è tentato di

³⁷ Cfr. E.A. Posner, A. Vermeule, "Inside or Outside the System?", *The University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 422.

³⁸ Cfr. L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; G.M. Flick, "I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza", in U. Villani (a cura di), *"A tutti i membri della famiglia umana" per il 60° anniversario della Dichiarazione universale*, Giuffrè, Milano, 2008.

proporre corrisponde ad una modesta, ma esigente messa in discussione di questa presunta massima di esperienza³⁹.

Nei momenti critici della storia, quando non si alza il vento e le navi non possono partire per Ilio, c'è sempre in Aulide qualche aspirante sovrano impegnato a sostenere che l'unico modo per sbloccare la situazione sia un sacrificio: in particolare, un sacrificio dei diritti, delle garanzie, delle forme. La civiltà comincia e si preserva quando la ragione, sotto le spoglie di una dea cacciatrice di argomenti oggettivi e non di fumosi olocausti, smaschera la discutibilità di quegli "estremi rimedi" che si vorrebbero inevitabili in caso di presunti "mali estremi". Il *whatever it takes* è solo una mozione degli animi, più psicagogia che semplice retorica⁴⁰. Assolutamente non un argomento razionale.

³⁹ G. Marazzita, *op. cit.*, p. 39: "Se esiste un 'bisogno di diritto', questo bisogno è massimo durante le emergenze: il bisogno insopprimibile di razionalizzare il reale [...] di non ritenere legittimo il potere solo perché prevale, di vedere il mondo attraverso le lenti della ragione e della cultura". Cfr. anche A.M. Dershowitz, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, New Haven and London, 2002; cfr. anche: A.M. Dershowitz, "The Torture Warrant: A Response to Professor Strauss", in *New York Law Review*, 48 (2004), pp. 275-294.

⁴⁰ A. Greene, *op. cit.*, p. 153.