**Paola Giordano**

# Considerazioni in tema di eccezione, responsabilità, diritto

La lettera con cui il Rettore ci invita a contribuire a questo numero speciale degli Annali, contiene una locuzione, che ai teorici del diritto suona particolarmente familiare: lo *stato d'eccezione*. Si tratta dell'espressione usata da Carl Schmitt, uno dei più grandi giuristi del Novecento, per indicare una condizione in cui la normalità determinata e fondata dalle regole (e sulle regole) si sospende per essere sostituita (temporaneamente?) da un ordine nuovo.

***1.*** Lo stato d'eccezione definisce un 'concetto limite', ma questo non vuol dire che si tratti di un 'concetto confuso', nè tantomeno di anarchia o di caos[1]: significa che un ordinamento diverso, legittimato da una condizione imprevedibile e sconosciuta, subentra e genera una diversa organizzazione. La stessa decisione che definisce lo stato d'eccezione ne prescrive la nuova forma organizzativa che è inevitabilmente originaria, non deriva da alcun altro potere preesistente, e dunque si manifesta secondo le prerogative della sovranità.

Il nuovo ordine si basa su una decisione autonoma, "libera da ogni vincolo normativo" ed esprime un nuovo soggetto sovrano, che agisce "in virtù, come si dice, di un diritto di autoconservazione"[2].

Le leggi, intese come regole generali, si fondano sul criterio dell'astrazione, e quindi della stabilità e della prevedibilità. Quando la concretezza della vita fa irruzione in modo inaspettato, la nuova realtà pretende di essere riorganizzata secondo logiche diverse da quelle

1 C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922) in *Le categorie del 'politico'*, tr. it., P. Schiera, a cura G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, p. 39.
2 *Ibidem.*

riferibili alle norme vigenti in precedenza.

"L'eccezione -dice Schmitt- è più interessante del caso normale (…) non solo essa conferma la regola: la regola stessa vive solo dell'eccezione. Nell'eccezione, la forza della vita reale rompe la crosta di una meccanica irrigidita nella ripetizione"[3].

La teoria schmittiana si riferiva, come è noto, alla condizione politico-giuridica della Repubblica di Weimar. L'articolo 48 della Costituzione di Weimar assegnava al Presidente il potere di sospendere in casi eccezionali l'ordinamento vigente[4] e il regime hitleriano lo utilizzò fin dal 28 febbraio 1933, instaurando così una sorta di "stato di eccezione permanente"[5].

Secondo Schmitt peraltro, la storia è un processo continuamente mutevole: una verità storica è vera una volta sola. Mi pare indiscutibile che le circostanze che si verificarono in Europa negli anni '20 e '30 del Novecento, siano utili da ricordare in questo momento soltanto se intese come cornice teorica rispetto ai fatti diversissimi che accadono nell'Italia contemporanea: la teoria schmittiana si ripropone perché l'ordine costituito riceve uno scossone imprevisto che richiede un assestamento più o meno provvisorio, ma anche perché alcuni temi che

3 *Ivi*, p. 41.

4 *Costituzione del Reich tedesco*, 1919, Art. 48: Se un Land non adempie gli obblighi impostigli dalla costituzione o da una legge del Reich, il presidente può costringervelo con l'aiuto della forza armata. Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. Di tutte le misure prese ai sensi dei precedenti commi il presidente deve senza indugio dare notizia al Reichstag. Le misure stesse devono essere revocate se il Reichstag lo richieda. Nel caso di urgente necessità, il governo di un Land può adottare pel proprio territorio le misure provvisorie indicate nel secondo comma. Esse vanno revocate se lo richiedono il presidente del Reich o il Reichstag. Norme più particolari saranno date con legge del Reich.

5 "Non appena Hitler prese il potere (o, come si dovrebbe forse dire più esattamente, non appena il potere gli fu consegnato), egli proclamò il 28 febbraio il *Decreto per la protezione del popolo e dello Stato*, che sospendeva gli articoli della Costituzione di Weimar concernenti le libertà personali. Il decreto non fu mai revocato, in modo che tutto il Terzo Reich può essere considerato, dal punto di vista giuridico, come uno stato di eccezione durato per dodici anni (….) Da allora, la creazione volontaria di uno stato di emergenza permanente (anche se eventualmente non dichiarato in senso tecnico) è divenuta una delle pratiche essenziali degli Stati contemporanei, anche di quelli cosiddetti democratici". Cfr. G. AGAMBEN. Cfr., *Stato di eccezione*, 2003, Gravellona Toce (VB), p. 11.

sembravano risolti teoricamente, ritornano a presentarsi insieme con il lessico novecentesco che li esprime.

***2.*** La sovranità moderna, definita da Bodin e da Hobbes[6], nasceva dall'esigenza di ricostruire la pace nell'Europa cinque-seicentesca, dilaniata dalle guerre di religione e dominata dall'incertezza[7], e di trovare un equilibrio politico che ne garantisse la stabilità.

La protezione della vita rappresentava la spinta fondamentale per gli individui a cedere tutti gli altri diritti, attribuiti loro da Dio e dalla natura, a un'entità sovrana in grado di ripristinare e conservare l'ordine e la sicurezza esercitando un potere assoluto di comando. Questo a sua volta coincide con il potere 'di fare e disfare le leggi' e attribuisce quel "monopolio legittimo dell'uso della forza fisica" "nell'ambito di un determinato territorio"[8], secondo la insuperata definizione di

6 J. BODIN, *I sei libri dello Stato* (1576), tr. it., a cura di M. Isnardi Parente, Torino, 1964; Th. HOBBES, *Leviatano* (1651), tr. it., M. Vinciguerra, Roma-Bari, 1974, Parte II, capitolo XXI, p. 185.

7 L'Europa cinque-seicentesca appare dilaniata dalle guerre di religione, e quindi dalla consapevolezza della perdita dell'unico riferimento religioso e politico, che era stato, in epoca medievale, la cristianità. Si trova davanti lo scardinamento dell'ordine gerarchico tradizionale e si pone il problema dell'ordine come argomento decisivo: bisogna sottrarre l'individuo all'insicurezza, ed occorre un'autorità nuova e forte, che si ponga come custode di un ordine nuovo: è la ragione ad indicare questa strada, Cfr., P. COSTA , *Diritti*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 39. Altro accadimento dirompente fu la scoperta del telescopio che cambiava la percezione della realtà sensibile, prima tra tutte le grandi scoperte scientifiche di quegli anni per le implicazioni filosofico-politiche che ne seguirono: in primo luogo la questione del dubbio e la teoria di Cartesio che fonda sul presupposto che si deve dubitare della realtà sensibile, della conoscenza empirica che può trarre in inganno così come la vista del sole che gira intorno alla terra aveva per secoli ingannato l'uomo: "la filosofia moderna cominciò con il *de omnibus dubitandum est* di Descartes, con il dubbio… nella filosofia e nel pensiero moderni, il dubbio occupa la stessa posizione centrale che occupò per tutti i secoli prima il *thaumazein* dei greci, la meraviglia per tutto ciò che è in quanto è… Non era la ragione ma uno strumento artificiale, il telescopio, che praticamente cambiava la visione del mondo fisico… La vecchia opposizione di verità sensibile e verità razionale, della capacità inferiore di cogliere la verità propria dei sensi e di quella superiore della ragione, sbiadì davanti a questa sfida, davanti all'implicazione evidente che né la verità né la realtà sono date, che né l'una né l'altra appaiono come sono, e che solo la sospensione dell'apparenza, abolendo le apparenze, può offrire la speranza di una vera conoscenza", così H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana* (1958), tr. it. S. Finzi, Bergamo, 2004, pp. 202-203.

8 M. WEBER, *Economia e società* (1922), tr it. F. Casabianca, G. Giordano, a cura di P. Rossi, Milano, 1980, IV, p. 479.

Max Weber, allo Stato sovrano, assoluto, ma ordinato e razionalizzato secondo il diritto positivo.

Si coniuga la forza con il diritto, si organizza e si limita il potere politico utilizzando gli strumenti giuridici che il sovrano pone e di cui egli stesso dispone: "La conciliazione del potere supremo di fatto e di diritto costituisce il problema di fondo del concetto di sovranità"[9]. Il sovrano segna il limite dell'ordinamento giuridico, rimanendone contemporaneamente fuori e dentro: "Egli decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell'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"[10].

Il problema della sovranità statale sembrava ormai tramontato nel sistema contemporaneo del mondo globale, fluido, 'sconfinato'[11]. Si ripropone da qualche anno nel dibattito politico italiano e internazionale, quasi esclusivamente nell'accezione di sovranismo, come ipotesi polemica (nel senso letterale del *polemos*) nei confronti dell'immigrazione o anche della tutela dell'autonomia economica degli Stati.

Nei mesi scorsi, caratterizzati dall'emergenza pandemica, le logiche della sovranità sono riapparse in maniera improvvisa e marcata[12]: il nemico, essenza stessa del politico nella logica schmittiana, moderna, novecentesca, di matrice hobbesiana, che sembrava ormai superata nella realtà contemporanea dominata dall'economia e dai rapporti immateriali, si ripresenta nel linguaggio comune sotto forma di una particella virale e potenzialmente letale.

Il lessico politico ripropone inopinatamente un gran numero di metafore belliche: si parla di guerre e di battaglie, di vittorie, di

9 C. SCHMITT, *Teologia politica. Il problema della sovranità come problema della forma giuridica e della decisione*, in *Le categorie del 'politico'*, cit., p.44.

10 C. SCHMITT, *Definizione della sovranità*, in *Le categorie del 'politico'*, cit., p.34.

11 E' il titolo fortunato di un bel libro di Maria Rosaria FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, 2006.

12 Sul fatto che il concetto di sovranità sia tuttora un argomento imprescindibile nel dibattito giuspubblicistico contemporaneo, dopo essere stato considerato concluso troppo presto, cfr. B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015.

combattimenti, e insieme di esigenze straordinarie per la protezione delle vite umane, di sospensione dei diritti costituzionali, di chiusure a difesa dei confini.

***3.*** In modo analogo torna a farsi protagonista lo spazio fisico, concetto fondamentale nelle teorizzazioni giuspubblicistiche novecentesche.

Lo spazio, per sua natura può essere compresso o dilatato secondo diverse accezioni, concrete o metaforiche: quella dell'estensione territoriale e della salvaguardia dei confini regionali e statali, ma anche nel senso della quantità e qualità possibile di ingerenza nella direzione e regolamentazione del modo di vivere dei cittadini di uno Stato.

Anche da questo punto di vista, il linguaggio è emblematico: si parla molto spesso ad esempio di distanza (e di distanziamento), di chiusura degli spazi e di spostamenti, tra luoghi diversi.

Le teorie di Carl Schmitt si ripropongono ancora e si presentano come guida, come filo conduttore in questa riemersione contemporanea dei temi novecenteschi. In quello che considera come uno dei suoi scritti più importanti *Terra e mare*, egli mostra quanto lo spazio sia importante non solo per la determinazione degli ordinamenti giuridici[13], ma anche per la strutturazione della coscienza umana[14].

Se cambiano gli spazi fisici cambiano anche gli spazi dell'esistenza storica "allora sorgono nuove misure e nuovi criteri dell'attività storico-politica, nuove scienze, nuovi ordini, una nuova vita di popoli nuovi e

13 Il termine *nomos* deriva dal greco *nemein*, a cui Schmitt attribuisce il triplice significato di appropriazione, divisione, produzione, legato all'organizzazione originaria dei fondi agrari. Lo spazio si identifica con la terra e il *nomos* ne rappresenta la solidità originaria, la proprietà (nel momento dell'appropriazione) delimitata da confini, la casa e quindi il matrimonio, la famiglia e il diritto ereditario, cfr. C. SCHMITT, *Appropriazione Divisione Produzione. Un tentativo di fissare correttamente i fondamenti di ogni ordinamento economico-sociale a partire dal "nomos"*(1953), in *Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 293 e ss. Id., *Il Nomos della terra. Nel diritto internazionale dello jus publicum europeum* (1950), tr. it. e postfazione E. Castrucci, Milano, 1991.

14 C. SCHMITT, *Terra e mare. Una considerazione sulla storia del mondo* (1942, 1954), trad. it. e Presentazione a cura di A. Bolaffi, Milano, 1986, L'uomo ha una coscienza determinata del suo 'spazio' che è soggetta a grandi mutamenti storici. Alle molteplici forme della vita corrispondono spazi altrettanto vari¸ "ogni ordinamento fondamentale è un ordinamento spaziale" p. 63. *Ivi.*

rinati"[15].

L'evoluzione della modernità si è accompagnata indissolubilmente ai cambiamenti territoriali e alle scoperte geografiche (in particolare a quella delle Americhe), che modificando l'orizzonte del mondo, ne trasformarono radicalmente la coscienza e la cultura.

Il nuovo mondo era caratterizzato da spazi sterminati che contribuirono a determinarne l'assetto sociale: la tensione verso l'eguaglianza che, come scrive splendidamente Tocqueville è l'idea 'provvidenziale' che si afferma nel mondo e lo modifica definitivamente, si manifesta come specifico 'punto di partenza' nell'America del nord, che funge da vero laboratorio della democrazia sociale[16].

Lì è la conformazione del territorio e la sua vastità, la causa prima che elimina in origine la presenza dell'aristocrazia terriera, che lega la ricchezza alla proprietà fondiaria, per favorire al contrario una società mobile, dinamica, aperta: "Si fecero allora delle leggi per ristabilire la gerarchia delle classi, ma presto si capì che il suolo americano respingeva assolutamente l'aristocrazia terriera. Si capì che per dissodare quella terra ribelle occorrevano gli sforzi costanti e interessati del proprietario stesso, e, dissodata la terra si vide che i prodotti di un fondo non erano sufficienti ad arricchire insieme un padrone e un contadino. Così il terreno venne spezzettato in tante piccole proprietà coltivate dal solo proprietario (….). Tutte le colonie inglesi avevano dunque una spiccata aria di famiglia; tutte, sin dall'inizio, sembravano destinate a garantire lo sviluppo della libertà, non della libertà aristocratica della madre patria, ma della libertà borghese e democratica, di cui la storia non presentava ancora un chiaro esempio"[17].

La mobilità sociale, fattore costitutivo del modo di vivere della borghesia, si consolida con l'abolizione della legge del maggiorascato che legava per generazioni la prosperità economica alla proprietà

15 *Ivi*., p. 56.

16 A. de TOCQUEVILLE, *La democrazia in America* (1835) in ID., *Scritti politici,* tr. it. a cura di N. Matteucci, Torino, 1981, p.. Sul 'punto di partenza in Tocqueville, cfr., F.M. DE SANCTIS, «*Punto di partenza» e destino*", in Id., *Tempo di democrazia. Alexis de Tocqueville*, Napoli, 1986, pp. 157-167.

17 A. de TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit. ,p. 46.

terriera, e si connette con la mobilità fisica e con il diritto alla libertà di movimento.

***4.*** La possibilità di muoversi, di spostarsi in senso spaziale è da sempre considerata una delle libertà fondamentali, da tutelare nella realizzazione della civiltà giuridica moderna. Hobbes considerava 'l'assenza di impedimenti al moto' come l'espressione paradigmatica della libertà: "Libertà significa propriamente l'assenza di opposizione- per opposizione intendo gli esterni impedimenti al moto- (…) poiché qualunque cosa è legata e circuìta in modo che non può muoversi, se non in un certo spazio limitato dall'opposizione di qualche corpo esterno, noi diciamo che non ha la libertà di andare oltre"[18].

Nella Francia rivoluzionaria, nel 1791, si pose un'interessante questione teorica sulla libertà di movimento e sulla sua possibile limitazione nelle situazioni politicamente eccezionali. La discussione prendeva spunto dalla partenza delle cosiddette *mesdames* le zie di Luigi XVI, da una Parigi ormai divenuta decisamente pericolosa per la famiglia reale. Barrère, deputato agli stati generali del 1789, ed egli stesso passato da posizioni liberali a posizioni giacobine, nel votare la condanna a morte del re, parlava del diritto imprescrittibile di "andare, venire, scegliersi i propri dei e i propri amici", ma subito dopo poneva la questione della libertà del cittadino nei momenti straordinari: "In questi momenti chi potrebbe dubitare che la nazione possa sospendere per un certo tempo la libertà naturale dei cittadini di uscire dal regno?".

Il problema è che spesso, a partire dalle 'circostanze eccezionali', le deroghe parziali ai princìpi di libertà, rischiano di diventare la regola[19].

L'insicurezza diffusa può indurre all'attuazione di uno stato di eccezione, inteso come sospensione dell'ordine giuridico vigente:

18 Th. HOBBES, *Leviatano* (1651), tr. it., M. Vinciguerra, Roma-Bari, 1974, Parte II, capitolo XXI, p. 185.

19 "Sotto il regime rivoluzionario -dirà Robespierre- il potere pubblico è obbligato a difendersi da tutte le fazioni che l'attaccano", e questa difesa può arrivare a giustificare tutte le misure coercitive: la censura della stampa e del teatro, gli arresti arbitrari…..cfr. M. OZUF, *Liberté*, in *Dizionario critico della rivoluzione francese. Creazionii e Istituzioni. Idee.*(II), Milano, 1988, pp.846-858.

il rischio è che l'eccezione tenda a consolidarsi e a normalizzarsi, trasformando la straordinarietà in normalità e conducendo a quella modifica radicale della 'norma fondamentale' dell'ordinamento giuridico che ne rappresenta il mutamento rivoluzionario effettivo testimoniato dal riconoscimento della validità delle nuove norme prodotte, tanto all'interno, da parte degli organi istituzionali, quanto all'esterno, nell'ambito del consesso internazionale[20].

***5.*** La nostra Carta costituzionale, all'articolo 16, considera la libertà di movimento come un diritto fondamentale, la cui restrizione può avvenire soltanto per motivi di sanità e di sicurezza[21].

20 Un ordinamento giuridico esiste ed è valido se i soggetti che ne sono parte si attengono, in numero prevalente, alla maggior parte delle regole che lo stesso ordinamento prevede. Si possono considerare irrilevanti le motivazioni che inducono ad osservarle: può trattarsi di paura, soggezione, convenienza o convinzione, può esserci o anche mancare un'approvazione espressa, o un'adesione consapevole di tipo politico, emotivo o psicologico. Cfr., P. PIOVANII, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953; ID., *Effettività* (principio di), in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano,1965, pp. 420 e ss. A. CATANIA, *Manuale di teoria generale*, cit., pp. 96 e ss., che in questo ambito fa dei ri lievi particolarmente significativi anche a proposito dell'obbedienza all'ordinamento. Di A. CATANIA, v. anche sul tema, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2009; Dislocazioni della forza e nuove dimensioni dell'effettività, cit.; *Metamorfosi del diritto*, cit.; *Sovranità e obbedienza*, ora in ID., *Sovranità e giuridicità*, Torino, 1996, pp. 59 e ss.; ID., *Effettività e modelli di diritto*, cit., pp. 33-48, in cui scrive tra l'altro: "'Il diritto è effettivo se e quando ri sponde alla accettabilità culturale e morale, sempre meno omogenea e quindi sempre più attestata su regole, punti di convergenza leggeri, non troppo densi di specificità culturali, ma anche e soprattutto su procedure, modalità dell'agire, (norme di struttura, di riproduzione, di cambiamento, di conferimento del potere) che ciascuno usa con fini diversi. Il diritto è effettivo se e quando possiede una giusitificabilità che lo rende riconoscibile o in ultima istanza la sua effettività può poggiare sulla mera accettazione fattuale di rapporti di forza o di valori condivisi (…) ivi, p. 45. Per Kelsen non rileva, ai fini della validità dell'ordinamento giuridico, la corrispondenza del comportamento dei soggetti singoli rispetto al contenuto delle prescrizioni normative, cioè la loro efficacia. Tuttavia, questa diventa paradossalmente condizione di validità perché una norma si può considerare va lida solo se è parte di un ordinamento che nel suo complesso si dimostra efficace: "Dal fatto che la validità di un ordinamento giuridico così come di un qualsiasi sistema chiuso di norme giuridiche dipenda dalla sua efficacia... non deriva che anche la validità di una singola norma giuridica si trovi nello stesso rapporto di dipendenza dalla sua efficacia... Questa norma rimane valida perché e in quanto si trova inserita nella concatenazione produttiva di un ordinamento valido", cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, (1934), tr. it. R. Treves, Torino, (1952), 2000, pp. 98-104.

21 *Costituzione della Repubblica Italiana* (1947), art. 16: Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche.

Tecnicamente dunque le limitazioni agli spostamenti tra le regioni e quelli oltre i confini nazionali, previste per tentare di fronteggiare l'epidemia (a cui si aggiungono quelle relative alla libertà personale, alla tutela della *privacy*, al diritto all'istruzione, alla libertà di impresa) non rientrano in una condizione di sospensione della legittimità costituzionale tale da configurare uno stato di eccezione nel significato attribuitogli da Carl Schmitt.

In Italia l'ipotesi della previsione normativa del caso eccezionale non è prevista, contrariamente a quanto accade ad esempio in Spagna dove l'articolo 116 della Costituzione fa riferimento esplicito allo stato d'assedio e, appunto, allo stato d'eccezione[22].

La Costituzione italiana, prevede il ricorso al decreto-legge, all'articolo 77, in situazioni di eccezionalità e di urgenza, condizionando la permanenza nell'ordinamento delle sue conseguenze, all'approvazione parlamentare.

La regolamentazione dei diritti costituzionali viene espressamente riservata alla legge ordinaria, tuttora ritenuta l'esito giuridico della volontà dei cittadini e quindi la più efficace tra le garanzie. I decreti-legge approvati dal governo, devono necessariamente essere convertiti in legge dal Parlamento nel lasso di tempo consentito che non supera i sessanta giorni. Si tratta un buon compromesso tra l'esigenza di provvedere a problemi che richiedono decisioni urgenti, e la garanzia dell'approvazione parlamentare.

Il 31 gennaio il Governo ha dichiarato lo stato di emergenza sanitaria utilizzando lo strumento del decreto-legge. Il 23 febbraio ne ha emanato un secondo, con il quale ha affidato i provvedimenti di attuazione delle misure di contenimento del virus a ulteriori decreti del Presidente del Consiglio, che si sono susseguiti numerosi nei

Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge.

22 Agamben offre una interessante breve storia dello stato di eccezione, che dà conto della disciplina internazionale sullo stato di necessità e del dibattito italiano in Assemblea Costituente oltre che sia nelle opinioni dei giuspubblicisti novecenteschi europei, tra cui Balladore-Pallieri, Carrè de Malberg, Mortati, Hauriou e soprattutto Santi Romano, cfr., G. AGAMBEN, *Stato di eccezione,* cit., pp. 20-34.

giorni successivi, talora rivelandosi in contrasto, totale o parziale, con ordinanze e circolari di altre istituzioni nazionali e regionali.

Il paradosso, a mio avviso, è che in questo profluvio di atti normativi, tra i quali latitavano peraltro quelli legislativi, sia mancata proprio la decisione ultima, quella che caratterizza la statuizione della condizione eccezionale e la riorganizza politicamente e giuridicamente.

La ripartizione della responsabilità decisionale tra soggetti pubblici diversi, ma anche tra politici, tecnici e scienziati, ha portato a quella condizione di disordine istituzionale che poco ha in comune con la descrizione dello stato di eccezione schmittiano, in cui si delinea il ruolo 'decisivo' del politico che dovrebbe assumersi invece compito di sciogliere il nodo gordiano: "Durante le crisi si sperimenta sempre che la volontà del singolo opera con maggiore rapidità e sicurezza che non quella dei gruppi, soprattutto quando si tratta di manovrare grandi apparati. In casi simili si ricorre al singolo individuo. Non si può parlare di tirannide o di dispotismo, in quanto l'investitura avviene mediante una volontaria diminuzione della libertà, limitata nel tempo. L'incarico ha fine quando cessano le circostanze che lo hanno determinato, così come la guarigione conclude il compito del medico (...) *Dictatura* è il sostantivo di *dictare*: dire con precisione, dire ripetutamente, suggerire, comandare. Si tratta di un dire che tende intensamente a uno scopo. Ad esso corrisponde un ascoltare altrettanto intenso, un obbedire"[23].
Ho riportato questa lunga citazione perché mostra con chiarezza quanto le situazioni eccezionali, critiche, improvvise, incerte, possano indurre a stravolgimenti istituzionali con esiti incerti e potenzialmente temibili.

Questo testimonia, da un lato, la solidità e la capacità di tenuta complessiva del nostro ordinamento, in senso liberal-democratico.

D'altra parte però si manifesta palesemente la difficoltà dei nostri governanti di interpretare la funzione precipua dell'azione politica, che consiste nell'assunzione della responsabilità e delle sue possibili conseguenze. Si incorre piuttosto nella tendenza alla spersonalizzazione e alla burocratizzazione, oltre che alla sovrapproduzione di atti normativi,

23 E. JUNGER- C. SCHMITT, *Il nodo di Gordio. Dialogo su Oriente e Occidente nella storia del mondo* (1953), tr. it. G. Panzieri, Bologna, 1987, p.43.

che già in condizioni di normalità caratterizza e talora paralizza il nostro sistema giuridico, ma che in tempi di crisi accentua ed estremizza le difficoltà organizzative.

***6.*** L'assunzione della responsabilità implica l'agire consapevole dei suoi possibili effetti: "(...) Chi…ragiona secondo l'etica della responsabilità tiene appunto conto di quei difetti presenti nella media degli uomini (...) Costui dirà: «queste conseguenze saranno imputate al mio operato»"[24].

L'etica della responsabilità, secondo Weber, si addice specificamente al politico di professione, a cui va attribuita la prerogativa dell'azione e della decisione politica, in contrapposizione alla 'disciplina' del funzionario amministrativo, che peraltro in uno Stato legale-razionale, come quelli contemporanei, si traduce spesso in una forma di potere ambiguo e oscuro.

La particolarità del potere burocratico è che esso si mostra come impersonale poiché comporta che si obbedisca ad un sistema di norme per definizione impersonali: si risponde alle persone solo in quanto queste siano investite della loro autorità dalle norme giuridiche. Inoltre la burocrazia appare in sé acefala, poiché compito dei funzionari consiste nel ricevere ed eseguire le prescrizioni che provengono dai rappresentanti del potere politico.

Eppure i rapporti tra burocrazia e classe politica sono di fatto assai complessi perché attuando i programmi politici, i funzionari li interpretano e li adattano: possono attenuarli, ritardarli, talora sabotarli se comportano novità che essi reputano contrarie ai loro interessi. Secondo Weber ogni detentore del potere politico, sia esso un governo parlamentare, un principe o un dittatore, si trova sempre nei confronti dei funzionari qualificati dell'amministrazione nella situazione del dilettante rispetto allo specialista.

La responsabilità personale, in questa concezione di Stato

24 M. WEBER, *Economia e società*, (1922), tr. it., a cura di F. Casabianca e G. Giordano, Milano, 1980, IV, p. 498; Id., *Il lavoro intellettuale come professione*, cit., pp. 72-73; cfr. F. M. DE SANCTIS, *Consenso/dissenso*, in *Lessico della politica* (a cura di G. Zaccaria), Roma, 1987, p. 99.

inteso come "impresa istituzionale di carattere politico", compete all'uomo politico, non al funzionario amministrativo a meno che questi non abbia anche uno specifico ruolo di gestione politica: "L'onore del funzionario consiste nella capacità di eseguire coscienziosamente, sotto la responsabilità di chi glielo impartisce, un ordine che gli appare errato, quando l'autorità a lui preposta vi insiste nonostante le sue osservazioni, esattamente come se esso corrispondesse al suo proprio convincimento"[25], scrive Weber. Il dovere di assumersi la responsabilità delle proprie scelte spetta "personalmente ed esclusivamente"[26] all'uomo politico, perché possa perseguire i proprî convincimenti, lottando con passione e con spirito di parte, garantendo la propria individualità e la propria volontà.

La delega effettiva di questa funzione a gruppi scientifici, comitati tecnici, commissioni specialistiche a carattere consultivo, ha caratterizzato la posizione governativa italiana nei mesi della pandemia, pur se espressa in termini formali nella sintesi dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, che rappresentava sé stesso come il reale decisore.

Lo svuotamento temporaneo del ruolo del Parlamento, ha accentuato la sensazione di un meccanismo statuale semovente in cui si sia perso il rapporto con l'ordinamento giuridico concreto.

*7.* L'ipotetico pericolo di un accentramento eccessivo del potere nella funzione governativa, mi è parso meno realistico e meno rilevante del suo contrario: la cessione e la ripartizione del potere decisionale che fanno emergere la difficoltà di un'efficace conduzione dell'emergenza e soprattutto delle sue conseguenze.

L'elemento personale e sostanziale definisce l'essenza del diritto, oltre che della politica: se le prescrizioni normative, quasi sempre di livello secondario, si moltiplicano e occupano per intero il campo dell'azione, non c'è più posto per la responsabilità politica e lo stato di eccezione somiglia piuttosto al disordine e al caos che impediscono

25 *Ivi,* p.110.
26 M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione,* cit., p. 73.

l'esistenza dell'ordinamento giuridico concretamente inteso[27].

L'irruzione della vita, con le sue difficoltà e con le sue incertezze, che il modello giuridico moderno, fondato sull'astrattezza e la generalità normativa aveva messo da parte, richiede la disposizione al cambiamento. Il diritto nella complessità contemporanea deve mostrare la sua 'elasticità', la sua attitudine ad adattarsi alle diverse circostanze[28], deve essere "flessibile e leggero"[29], mostrando così la sua concretezza specifica.

Come scrive Schmitt: "La vita in comune dei coniugi nel matrimonio, dei membri di una famiglia nel nucleo familiare, dei membri di una stirpe nell'associazione di stirpe, dei membri di un ceto nel ceto, degli impiegati dello Stato, dei chierici della chiesa, dei compagni di un campo di lavoro, dei soldati di un esercito, non può risolversi né nel funzionalismo di leggi prestabilite né in mere regolamentazioni contrattuali"[30].

In questo senso discutere su un concetto sfuggente e complesso come lo stato di eccezione richiama l'idea che esso sia "il dispositivo originale attraverso cui il diritto si riferisce alla vita e la include in sé attraverso la propria sospensione"[31].

Le situazioni eccezionali, gli stati di necessità che i popoli si trovano ad affrontare, appaiono particolarmente complicati nella condizione degli Stati contemporanei le cui Costituzioni sono formate da princìpi molteplici e spesso contraddittori tra loro, così come i valori che li sottendono[32], che implicano una particolare difficoltà nella scelta

27 Secondo Carl Schmitt, "Non esiste norma che sia applicabile al caos. Perché un ordine legale possa avere senso, deve esistere una situazione di normalità, ed è sovrano chi decide definitivamente se questa situazione di normalità esiste davvero". Il sovrano "ha il monopolio su questa decisione ultima", C. SCHMITT, *Teologia politica. Definizione della sovranità*, in *Le categorie del politico*, cit., p. 39. Cfr. R. ESPOSITO, *Nove pensieri sulla politica*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 64.

28 F. M. DE SANCTIS, *Diritto, libertà, sicurezza. Fra inizio e compimento della Modernità*, in *Ordinare la vita*, Napoli, 2020, p. 238.

29 Ancora RODOTÀ, p. 58.

30 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del politico*, cit. p. 258.

31 G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit, p. 10.

32 Sul tema dei princìpi e della loro rilevanza giuridica, la bibliografia è sterminata . Cfr. almeno R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*(1977), a cura di G. Rebuffa, Bologna, 1982; R.

e nel reciproco bilanciamento.

Il diritto perciò è diventato "faticoso"[33], ed è proprio così che può e deve mostrare la propria forza, la propria 'vitalità', poiché: "occultata nel quotidiano, la potenza del diritto si sprigiona nelle situazioni d'eccezione"[34].

ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992), tr. it. F. Fiore, Torino, 1997; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1997. S. BARTOLE, *Princìpi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 494 e ss.; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 31, 2002, pp. 865-897.

33 S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 28.

34 *Ivi*, p. 10.