

LUCIO FRANZESE è professore associato di Filosofia del diritto all'Università degli Studi di Trieste dove insegna anche Diritto ed economia, e Diritto e Intelligenza Artificiale. Ha insegnato nelle Università di Padova e di Benevento (G. Fortunato). Le sue principali pubblicazioni sono: *Il contratto oltre privato e pubblico* (Padova, 1998); *Feliciano Benvenuti. Il diritto come scienza umana* (Napoli, 1999); *Ordine economico e ordinamento giuridico* (Padova, 2004), *Percorsi della sussidiarietà* (Padova, 2010). È condirettore della rivista "L'Ircocervo. Prima rivista elettronica italiana di Metodologia giuridica, Teoria generale del diritto e Dottrina dello Stato"

ANTONIO INCAMPO è professore ordinario di Filosofia del diritto all'Università degli Studi di Bari Aldo Moro. È stato Direttore del "Dipartimento per lo studio del Diritto penale, del Diritto processuale penale e della Filosofia del diritto" e Presidente dei Corsi di laurea della seconda Facoltà di Giurisprudenza nella stessa Università di Bari. Insignito dalla Presidenza della Repubblica d'Austria della "Gran Decorazione d'Onore" [*Großes Ehrenzeichen*] per meriti culturali. Dirige per i tipi di Cacucci la collana editoriale *Unità del sapere giuridico. Quaderni di scienze penalistiche e filosofico-giuridiche*.

ISBN 979-12-5965-065-8



9 791259 650658

€ 38,00



16

a cura di L. Franzese e A. Incampo

POTERE E LIBERTÀ AL TEMPO DELLE EMERGENZE

Unità del sapere giuridico

Quaderni di scienze penalistiche e filosofico-giuridiche

Collana diretta da

Antonio Incampo, Vito Mormando, Adolfo Scalfati



Potere e libertà al tempo delle emergenze

a cura di Lucio Franzese e Antonio Incampo

CACUCCI  EDITORE
BARI

L'attuale emergenza sanitaria ha cambiato profondamente la realtà sociale mettendo in crisi i sistemi democratici sul fronte più importante delle libertà personali. C'è il rischio, infatti, di modelli decisionali che imitano il nudo potere *à la Schmitt* senza avere alcuna norma alle spalle. Il volume focalizza l'attenzione sulla pandemia di Covid-19, ma guarda significativamente anche ad altre emergenze del nostro tempo con gli stessi interrogativi fondamentali.

The current health emergency has profoundly changed social reality, putting democratic systems in crisis on the most important front of personal freedoms. Indeed, there is the risk of decision-making models that imitate the naked power à la Schmitt without having any norms behind them. The book focuses attention on the Covid-19 pandemic, but also significantly looks at other emergencies of our time with the same fundamental questions.

Paul Klee, *Angelus Novus* (1920)
Inchiostro di china, olio e acquerello su carta,
31,8x24,2 cm
Museo d'Israele, Gerusalemme

Unità del sapere giuridico
Quaderni di scienze penalistiche e filosofico-giuridiche

Collana diretta da
Antonio Incampo, Vito Mormando, Adolfo Scalfati

Comitato scientifico

Paolo Ferrua, Angiola Filipponio, Cristina Hermida del Llano, Heribert Franz Köck, Oliviero Mazza, Mariano Menna, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Luigi Pannarale, Otto Pfersmann, Aldo Regina, Herbert Schambeck, Giorgio Spangher, Gunther Teubner, Nicola Triggiani, Daniela Vigoni, Wojciech Żelaniec.

Comitato di redazione

Filippo Bottalico, Marilena Colamussi, Enzo Dell'Andro, Lucia Iandolo Pisanelli, Piero Marra, Maria Antonella Pasculli, Porzia Teresa Persio, Guglielmo Siniscalchi, Maurizio Sozio.

I volumi inseriti nella collana, ritenuti preliminarmente ammissibili dai Direttori con l'ausilio del Comitato Scientifico, sono sottoposti alla revisione tra pari [*peer review*] secondo i regolamenti attualmente vigenti per le pubblicazioni scientifiche.

I saggi contenuti in questo volume sono apparsi per la prima volta sulla rivista "L'Ircocervo. Prima rivista elettronica italiana di Metodologia giuridica, Teoria generale del diritto e Dottrina dello Stato" nei fascicoli 1/2021 e 2/2021. Si ringraziano il Comitato di Direzione della rivista per averne concesso la riedizione, e il dott. Piero Marra per l'attenta opera di editing.

Il volume è pubblicato con fondi erogati dall'Università degli Studi di Trieste.

Potere e libertà
al tempo delle emergenze

*Power and Freedom
in the Time of Emergencies*

a cura di

Lucio Franzese e Antonio Incampo

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2021 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Indice

INTRODUZIONE

- Lucio Franzese, *Persona e Stato di fronte alla pandemia e alle altre emergenze del nostro tempo* 9
- Antonio Incampo, *Extremus necessitatis casus. Ai confini dell'ordine giuridico* 23

SAGGI

- Agata C. Amato Mangiameli, *Diritto Filosofia Medicina. Iatròs philósophos isótheos. L'antica massima e l'attuale pandemia* 47
- Miguel Ayuso, *Una crisis que deja al descubierto la crisis: sobre el coronavirus y sus secuelas* 69
- Mauro Barberis, *La filosofia del diritto dei DPCM. Tre interpretazioni* 83
- Paolo Becchi, *L'emergenza sanitaria. Spunti per una riflessione biopolitica a partire da Michel Foucault* 97
- Filippo Bottalico, *Diritto penale, biosicurezza, distanziamento sociale: falsum ultima spes?* 115
- Mattia Di Taranto, *Epidemie e vaccini nel diritto ebraico. Analisi di un episodio del romanzo Hiob di Joseph Roth* 147
- Emanuele Filograna, *Whatever it takes: emergenza e razionalità* 169
- Pierpaolo Forte, *Caratteri della decisione pubblica di emergenza contemporanea* 183
- Marc Goëtzmann, Olimpia G. Loddo, *Écosystèmes normatifs et gestion des catastrophes naturelles* 223

Francesco Moliterni, <i>Pandemia, crisi sanitarie globali, rischi sistemici e rimedi fra architettura delle scelte e cambi di filosofia</i>	253
Laura Palazzani, <i>Giustizia distributiva, scarsità di risorse e Covid-19: sfide etiche e giuridiche</i>	273
Luigi Pannarale, <i>Rischi pandemici</i>	293
Pierluigi Parisi, <i>L'arte contemporanea per i diritti umani. L'emergenza migratoria del Mediterraneo</i>	319
Baldassare Pastore, <i>Emergenza pandemica, decisioni, bilanciamento</i>	339
Luigi Pellizzoni, <i>Emergenze ambientali e politica del tempo</i>	355
Ivan Pupolizio, <i>Pubblico e privato ai tempi del Covid-19</i>	375
Izabela Ratajczak-Juszko, Maciej Nyka, <i>Legal and Economic Instruments of Response to Climate Change Emergency</i>	405
Mariano Robles, <i>Del paradigma "contrattuale" nella crisi pandemica</i>	429
Anna Rytel-Warzocha, <i>Health Emergency as a Challenge for Democratic Elections on the Example of "Ghost Elections" in Poland</i>	463
Guglielmo Siniscalchi, <i>Una eccezionale normalità. Riflessioni su ordine e caos in Carl Schmitt</i>	477
Stefano Solari, <i>Il declino dell'economia dell'assemblamento ed il ritorno dello Stato: prospettive economico-politiche post-emergenza</i>	491
Maurizio Sozio, <i>L'uomo "untore" e il distanziamento sociale: distopia o cura?</i>	511
Torquato G. Tasso, <i>L'(in)certeza del diritto nello stato di emergenza</i>	523
Piotr Tuleja, <i>Is Judicial Independence Possible in a State which Is Not a Rule-of-Law State?</i>	561
Autori	591
Indice dei nomi	593

INTRODUZIONE

Lucio Franzese

Persona e Stato di fronte alla pandemia e alle altre emergenze del nostro tempo

Abstract: Person and State in the Face of the Pandemic and Other Emergencies of Our Time. The juridical experience of the pandemic and of other contemporary emergencies highlights the passage from a prospective based on the sovereignty of the State to one based on subjective autonomy and on subsidiarity.

Keywords: State of Emergency/State of Exception, Autonomy/Heteronomy, Science/Scientism, Personal Responsibility/Subsidiarity of the Institutions, New Law.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'economia tra l'eterno ritorno dello Stato e il PNRR – 3. Stato di emergenza come fattispecie astratta e stato di eccezione come potere costituente – 4. Le emergenze tra funzione di governo e funzione amministrativa – 5. La salute pubblica, gli interventi statali e la responsabilità personale – 6. La pandemia come laboratorio di un nuovo diritto – 7. Scienza, scientismo e l'imprevisto.

1. Premessa

Pur vivendo in un mondo globalizzato, assistiamo a una inopinata vitalità dello Stato così come concepito dal pensiero giuridico e politico moderno¹. Il nomoteta ha, infatti, calato sui consociati una fittissima rete di comandi e divieti finalizzata a salvare loro la vita messa a repentaglio dal Covid-19. Per frenare il contagio si limita la libertà di circolazione mediante complicate regole che svuotano strade e piazze rendendole spettrali, a scuola si impone la didattica a distanza (DAD) e sul lavoro si ricorre allo *smart working*, fino ad imporre al singolo di morire e di essere sepolto in solitudine.

¹ Sulla figura dello Stato moderno si vedano: G. Astuti, *La formazione dello Stato moderno in Italia. Lezioni di storia del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 1967; N. Matteucci, *Lo Stato moderno*, il Mulino, Bologna, 2007 e M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, con *Introduzione* di F. D'Agostino, Jaca Book, Milano, 1986.

In tutto questo c'è un aspetto paradossale: l'*occhiuto controllo sociale* esercitato dal titolare del potere viene non solo tollerato ma addirittura auspicato dai consociati. La paura di perdere la pelle, per dirla con il linguaggio sanguigno di Thomas Hobbes², infatti, sembra renda il cittadino propenso a scambiare la libertà personale con la semplice sopravvivenza, una vita cioè privata dei suoi valori morali, civili, religiosi e quindi ridotta alla dimensione biologica³.

2. L'economia tra l'eterno ritorno dello Stato e il PNRR

La situazione pandemica evidenzia la funzione assicurativa esercitata dallo Stato in relazione all'agire economico. A fronte delle limitazioni all'intrapresa individuale, imposte per il pericolo del contagio derivante dalle relazioni intersoggettive, vengono attribuite delle provvidenze che hanno lo scopo di tenere il singolo indenne dal mancato esercizio dell'attività. Bonus, indennizzi, ristori, sostegni sono di volta in volta erogati a favore degli agenti economici in quanto obbligati ad astenersi dalla propria occupazione. Sicché lo Stato agisce come una *compagnia di assicurazione* che rende i consociati immuni dalle conseguenze finanziarie dell'inattività e in cambio ottiene come premio assicurativo la riduzione del traffico economico.

La pandemia ha poi segnato il ritorno dello Stato nell'agone economico. Esempolari sono le vicende riguardanti la società che gestisce le Autostrade, l'Ilva di Taranto e l'Alitalia, e sebbene ad oggi non ancora del tutto definite si tratta di capire se questo nuovo intervento pubblico nel mercato sia *contingente*, occasionato cioè dalla crisi indotta dall'emergenza sanitaria e destinato a esaurirsi con il superamento della stessa; ovvero sia *strutturale* cioè indefettibile perché il mercato non è in grado di garantire l'ordinato sviluppo del commercio, dell'industria e dei servizi che, perciò, dovrebbero essere *eterodiretti* mediante il ricorso allo Stato imprenditore, oltre che dall'esercizio del potere legi-

² Nella sua autobiografia, Hobbes parla della paura provata già nel ventre materno, il filosofo inglese nasce infatti nel 1588, anno dell'assedio di Londra da parte degli Spagnoli, e poi proseguita durante la guerra civile: T. Hobbes, *Vita carmine expressa*, (1679) p. 26.

³ La rarefazione dei legami sociali, affettivi e della solidarietà conducono, secondo C. Bordoni alla *Post-società. Il mondo dopo la fine della modernità*, Luiss University Press, Roma, 2021.

slativo e da quello amministrativo, cioè dallo Stato regolatore; in tal senso sembra collocarsi, in particolare, l'ampliamento del *golden power*, il potere dello Stato di autorizzare gli investimenti stranieri in Italia⁴.

Per una valutazione globale dell'attuale quadro della situazione economico-sociale bisogna però prendere in considerazione il *Piano nazionale di ripresa e resilienza* (PNRR) presentato dall'Italia alla Commissione europea per essere ammessa a fruire del *Next generation Eu*, il fondo di aiuti finanziari predisposto dall'Unione a sostegno degli Stati colpiti dalla pandemia e diretto a ridisegnare il volto dell'economia e del modello civile corrispondente. Esso sembra propiziare un *nuovo modello di vita*, rispettoso com'è della sostenibilità economica, sociale e ambientale. Il fondo europeo di sovvenzioni e prestiti è infatti finalizzato, in ultima analisi, a recuperare la centralità della *persona* e delle *relazioni intersoggettive* che, da fine ultimo di ogni cosa, erano state ridotte prima dello scoppio della pandemia a strumento di profitto mediante il dominio dell'uomo sull'uomo. L'obiettivo è perseguito mediante un articolato processo riformatore, in primo luogo della pubblica amministrazione a mezzo della sua digitalizzazione, semplificazione e, più in generale, mediante il ricorso all'intelligenza artificiale.

Per cogliere la portata del piano, basti pensare che la sua attuazione involge ben 48 riforme, da quella della giustizia civile a quella della concorrenza passando per il fisco. Tuttavia, non mancano le *aporie*⁵ a cominciare dalla limitatezza degli stanziamenti previsti per la sanità, che pur dovrebbe essere il volano

⁴ La matrice assicurativa si coglie, a ben vedere, anche nell'orientamento secondo cui sarebbe "sempre più insostenibile nell'opinione comune dei cittadini delle stesse democrazie liberali, l'idea che il ruolo dello Stato debba limitarsi a quello del regolatore e del fornitore dei servizi pubblici essenziali. Accanto allo Stato regolatore e allo Stato garante dei diritti e dei beni comuni, sono emerse (o riemerse) richieste di discesa in campo dello Stato 'protettore', dello Stato 'garante', dello Stato 'promotore' della crescita e dell'innovazione, dello Stato 'investitore' o 'finanziatore', dello Stato 'imprenditore' o 'gestore', dello Stato 'salvatore' rispetto al rischio di fallimento di imprese sistemiche, persino dello Stato 'doganiere' rispetto a investimenti esteri predatori in settori strategici": F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, il Mulino, Bologna, 2021, p. 13.

⁵ Cfr. F. De Bortoli, *Le cose che non ci diciamo (fino in fondo)*, Garzanti, Milano, 2021.

della ripartenza dato che l'implosione del sistema ha avuto in essa il suo epicentro. Lo Stato ha rifiutato di avvalersi del MES, il trattato europeo che in materia sanitaria consente l'erogazione di mutui fino a 37 miliardi, e questo sembra imputabile o a motivi ideologici, un rigurgito cioè della sovranità nazionale nei confronti dell'Unione europea, tanto più singolare se si pensa che con il piano di ripresa e resilienza l'Italia ha sottoscritto con essa debiti per circa 122 miliardi, ovvero per ignoranza riguardo al meccanismo di funzionamento del trattato o, peggio ancora, per la carenza di una adeguata programmazione di investimenti nel comparto della salute, come sembra confermato dai limitati finanziamenti richiesti in campo sanitario dallo stesso PNRR⁶.

Il *Recovery Fund*, il fondo europeo per l'emissione dei *recovery bond* al fine di aiutare i Paesi colpiti dalla pandemia, segna infine una *discontinuità* nell'ambito delle politiche europee, dato che sarà finanziato con *debito comune* degli stessi Stati, riprendendo così slancio quello spirito comunitario che sta a fondamento dell'esperienza politico-giuridica europea che, come rivendicato già in una delle prime sentenze della Corte di giustizia, è “un ordinamento di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli stati membri hanno rinunciato, se pure in settori limitati, ai loro poteri sovrani”⁷.

3. Stato di emergenza come fattispecie astratta e stato di eccezione come potere costituente

All'indomani della dichiarazione dello *stato di emergenza* adottata dal Governo il 31 gennaio 2020 per fronteggiare il Coronavirus, e di proroga in proroga ancora oggi in vigore, si è paventato che essa invererebbe l'idea di *sovranità* con tutto quanto ne consegue nei rapporti tra pubblico e privato, tra Stato

⁶ Il PNRR, avendo una impostazione macroeconomica, si articola in stanziamenti di spesa e non tratta i singoli fenomeni cui assegna le risorse. Rileva, quindi, la *Missione 5: Inclusione e Coesione, Componente 2: Infrastrutture sociali, Famiglie, Comunità e Terzo settore*. Per un monitoraggio dello svolgimento del PNRR, si rinvia a <https://www.osservatoriorecovery.it>.

⁷ Corte di giustizia delle Comunità europee, c. 26/62, *Van Gend en Loos*, sentenza del 5 febbraio 1963, su cui vedi U. Pagallo, “L'ordinamento comunitario (tra integrazione europea e sovranità)”, in U. Pagallo, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico. Cinque studi di teoria generale del diritto*, CEDAM, Padova, 1998, pp. 93-124.

e cittadini⁸. Secondo l'icastica definizione di Carl Schmitt, infatti, "sovrano è colui che decide sullo stato d'eccezione"⁹ e che, in quanto tale, *superiorem non recognoscens*, secondo l'altrettanto efficace formulazione medioevale. Di qui tutta una serie di interventi nell'attuale dibattito politico-giuridico sulla pandemia volti a fissare il concetto di stato di eccezione e a distinguerlo dalla decretazione di emergenza, e pervenuto a riconoscere quest'ultima come *fattispecie astratta* al cui verificarsi corrisponde il prodursi di determinati effetti giuridici predeterminati dalla legge. Sicché l'emergenza sarebbe una situazione che *produce diritto mediante diritto*, mentre lo stato di eccezione sarebbe espressione del *potere costituente*, che determina il venir meno del diritto per la sola *volontà* del titolare del potere che, perciò, sarebbe *legibus solutus*¹⁰.

Vengono in rilievo il decreto legislativo n. 1 del 2018 sulla protezione civile e l'art. 117, seconda parte, lettera q) della Costituzione che attribuisce allo Stato la competenza esclusiva in materia di *profilassi internazionale* come, appunto, nel caso di una pandemia. Sulla questione è intervenuta la Corte costituzionale che, con la sentenza 37 del 2021, ha ritenuto la illegittimità costituzionale di una legge della Valle d'Aosta, perché a seguito della pandemia dichiarata dall'Organizzazione mondiale della sanità la profilassi è di competenza esclusiva dello Stato¹¹.

⁸ La grande dicotomia, su cui puoi vedere L. Franzese, *Oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale del diritto per un ritorno ad un diritto unitario*, II edizione, CEDAM, Padova, 2001, è oggi rivisitata da A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, il Mulino, Bologna, 2021 e da B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, il Mulino, Bologna, 2021.

⁹ C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, (a cura di) G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna, 1971, p. 33. Si veda da ultimo E. Cannizzaro, *La sovranità oltre lo Stato*, il Mulino, Bologna, 2020.

¹⁰ Cfr., per tutti, C. Galli, *Sovranità*, il Mulino, Bologna, 2019 e, icasticamente, E. Scoditti, "Il diritto iperbolico nello stato d'emergenza", in *Questione giustizia*, 2 (2020).

¹¹ Per la posizione che esclude che la Costituzione contenga una disciplina dello stato di emergenza, G. Silvestri (2020), "Covid 19 e Costituzione", in *UniCost. Unità per la Costituzione*. Recuperato da www.unicost.eu, [Data di consultazione: 30/06/2021]. La reazione normativa alla pandemia ha messo a dura prova il sistema delle fonti italiano: M. Luciani, "Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza", in *AIC*, 2 (2020).

4. Le emergenze tra funzione di governo e funzione amministrativa

La pandemia ha conclamato la *crisi della democrazia rappresentativa*¹². Il Parlamento è apparso nella lotta al virus del tutto secondario rispetto al Governo, che ha monopolizzato il sistema delle fonti a mezzo della figura del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, reputandosi la legge e gli stessi decreti-legge non adeguati alle esigenze di tempestività e puntualità della gestione emergenziale; così come il sistema rappresentativo è messo a dura prova dalla continua nomina di commissari straordinari e di comitati tecnici.

Le misure adottate per arginare il contagio come, per esempio, la quarantena, il tracciamento e anche quelle più propriamente igienico-sanitarie, hanno tutte natura amministrativa per cui sono formalmente congrue al DPCM¹³. Bisogna comunque sempre vigilare affinché *l'agire amministrativo sia funzionale a quello politico-teleologico*; che l'attività di governo in quanto individuatrice dei fini da perseguire orienti l'attività amministrativa, l'organizzazione cioè dei mezzi necessari al perseguimento degli obiettivi intorno ai quali si coagula la vita dell'associazione societaria. Per tal modo, si evita la riduzione dell'agire politico alla mera gestione di cose e persone, pericolo sempre in agguato per *l'amministrativizzazione del diritto*, presente nella gestione delle varie emergenze sanitarie, climatiche, migratorie che si abbattano sulla vita comunitaria e che ha come manifestazione peculiare la figura della *legge-provvedimento*, che è tale perché l'atto politico per antonomasia rinuncia ad esercitare l'orientamento della comunità per limitarsi alla mera gestione amministrativa¹⁴.

¹² Cfr. E. Longo, M. Malvicini, "Il decisionismo governativo: uso e abuso dei poteri normativi del Governo durante la crisi da Covid-19", in *federalismi.it*, 28 (2020); e, per gli aspetti politologici, P. Feltrin, "Decisione politica, interessi organizzati e territori nello stato di emergenza", in *Poliarchie/Poliarchies*, 2 (2020).

¹³ Oltre ai decreti-legge (6/2020, 9/2020, 11/2020) rilevano, appunto, i vari decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (1 marzo 2020, 4 marzo 2020, e 8 marzo 2020).

¹⁴ Il problema è stato messo a fuoco dai filosofi del diritto e della politica nel XVIII Congresso nazionale su *Legislazione. Profili giuridici e politici*, i cui atti sono stati pubblicati nel 1992 per i tipi di Giuffrè; sempre attuali

5. La salute pubblica, gli interventi statali e la responsabilità personale

In una pandemia il fine prioritario è quello di salvaguardare la vita delle persone e in vista di ciò si può organizzare, esemplificando al massimo, la vaccinazione dell'intera popolazione ovvero predisporre le appropriate cure mediche rafforzando i presidi sanitari territoriali, come gli ospedali e i medici di base. Si tratta di mettere in campo, in altri termini, gli strumenti ritenuti più congrui all'obiettivo della salute pubblica. Che è un fine politico, in quanto intorno ad esso si aggregano i consociati, e in vista del quale si compie l'attività amministrativa, organizzativa, che è ancillare rispetto a quella politica. La Costituzione tutela la salute come *diritto fondamentale del cittadino e come interesse della collettività*. Non si tratta, tuttavia, di un valore assoluto, il cui perseguimento è cioè sganciato da altri beni parimenti meritevoli di tutela secondo il dettato costituzionale. Il tempo dell'emergenza sanitaria non ha, infatti, determinato la sospensione delle libertà costituzionali, ma ha segnato la loro rivisitazione mediante il *bilanciamento* del diritto alla salute con quello di libertà di circolazione, con il diritto al lavoro, all'intrapresa economica, all'istruzione, al culto e alla tutela della riservatezza, per citare le principali *libertà personali*¹⁵. Questo ha condotto, indicando una questione molto controversa, al blocco universale dei licenziamenti, che limita fortemente la libertà imprenditoriale a favore del lavoratore che conserva il posto di lavoro nonostante ciò non sia di alcuna utilità al datore di lavoro ma anzi lo danneggia. Logicamente il blocco non può essere *sine die*, così come tutti i bilanciamenti tra le libertà personali che sono censurabili dinanzi alla Corte costituzionale o ai giudici ordinari e amministrativi, a seconda che vengano adottati o meno in base a una legge o un atto amministrativo.

Sulla base della scelta politica, concernente il bene della comunità che consente al singolo di instaurare una convivenza umanamente fruttuosa con i suoi simili, lo Stato applica in sede amministrativa i protocolli di sicurezza predisposti dal Comi-

al riguardo le osservazioni di V. Bachelet, "Legge, attività amministrativa e programmazione economica", in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961.

¹⁵ B. Caravita, "L'Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana", in *federalismi.it*, 6 (2020).

tato tecnico-scientifico che, avvalendosi di *algoritmi*, pongono problemi di conoscibilità dei criteri ordinatori delle procedure adottate nella loro predisposizione e implementazione¹⁶.

Cosa diversa dal bilanciamento dei diritti, in cui vengono soppesate le diverse situazioni giuridiche soggettive implicate nel caso concreto, è il ricorso ai criteri di proporzionalità e precauzione che attengono alle condizioni applicative dello stesso diritto alla salute.

Vale la pena sottolineare che, a differenza di quanto accaduto nella pandemia, durante le guerre, come da ultimo nella seconda guerra mondiale, il diritto alla salute è ritenuto soccombente rispetto alla libertà, che si ritiene meritevole di realizzazione anche a costo di mettere in pericolo la vita.

6. La pandemia come laboratorio di un nuovo diritto

Il diritto indotto dall'emergenza Covid-19 è per una parte di carattere contingente, occasionale e per l'altra, invece, sembra esprimere linee di tendenza, potenzialità innovatrici, ponendosi come laboratorio per un nuovo diritto¹⁷. L'uso delle mascherine, per fare un esempio tratto dalla pesante quotidianità, non sarà più necessario quando i dati epidemiologici ci consentiranno di toglierle perché se esse aiutano i singoli durante il contagio, nell'ordinario, invece, ostacolano il vivere in comune, che richiede a ciascuno di manifestarsi nelle relazioni umane mettendoci, appunto, la faccia. Sicché l'impianto normativo dell'emergenza, sufficiente per tutelare e rendere possibile una convivenza solo dimidiata, compatibile cioè con una precaria situazione sanitaria, deve essere abbandonato non appena possibile, perché esso deforma l'ordinamento giuridico¹⁸, inteso non come semplice insieme di norme bensì come ordinato sviluppo delle relazioni intersoggettive secondo la lezione di Francesco Gentile¹⁹.

¹⁶ Per una diversa prospettiva cfr. C. Valerio, *La matematica è politica*, Einaudi, Torino, 2020.

¹⁷ M. Cartabia, "L'attività della Corte costituzionale nel 2019", in *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, Palazzo della Consulta, Roma, 2020.

¹⁸ Cfr. S. Furfaro, "Autorità e libertà dopo il coronavirus", in *Archivio Penale*, 1 (2020).

¹⁹ F. Gentile, *Legalità Giustizia Giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, ESI, Napoli, 2008; F. Gentile,

Per quanto riguarda le misure che sembrano innescare un processo riformatore costituendo i *germi di un nuovo diritto*, esemplare è la posizione assunta sia dal Governo sia dal Parlamento in merito all'*autonomia personale* come criterio cardine del rapporto contrattuale anche in tempo di pandemia. A differenza di quanto accaduto giusto un secolo fa quando, per dare rilevanza nei contratti alla situazione bellica, fu adottata tutta una legislazione di carattere speciale, oggi si è ritenuto di poter affidare alla rinegoziazione delle parti l'incidenza della pandemia sul sinallagma funzionale. Il mondo economico è dunque ritenuto capace di adattare il regolamento negoziale alla situazione di fatto, e questo anche in un'ottica di stimolo alla solidarietà tra parti danneggiate in modo diverso dalla vicenda pandemica²⁰.

Sul principio di *autoregolazione della persona*, per cui il singolo, per così dire, si assoggetta a se stesso mantenendo la parola data anche se dovesse venir meno il suo interesse alla vicenda negoziale programmata, questo perché il contratto esprime forza inderogabile tra le parti²¹, fa leva anche la disposizione legislativa che ha introdotto come nuova ipotesi di *mediazione obbligatoria diretta alla conciliazione delle parti* quella concernente le liti contrattuali derivanti, appunto, dal Coronavirus. Tale riferimento all'autonomia soggettiva implica naturalmente il carattere *sussidiario delle istituzioni*, nel senso che il giudice, organo pubblico di composizione della lite, interviene se e quando le parti nonostante l'aiuto del mediatore non riescano a conciliarsi. Il ricorso al principio di sussidiarietà, pertanto, escluso per l'esplosione pandemica che ha imposto l'intervento esclusivo dello Stato, impronta di sé la materia contrattuale, sia per quanto

Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà. III ed. integrata con quattro codicilli, CEDAM, Padova, 2005.

²⁰ F. Macario, "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di 'coronavirus'", in *Giustizia civile*, 1 (2020), ed. spec.: *Emergenza Covid-19*, pp. 217 ss., che sostiene anche l'opportunità di confrontarsi con soluzioni di altri ordinamenti che di recente hanno previsto meccanismi di adeguamento dei contratti: si pensi all'obbligo dei contraenti di rinegoziare su richiesta della controparte, previsto dal nuovo art. 1195 *Code civil* francese, così da operare secondo buona fede e non incorrere in condotte opportunistiche, ossia di esercizio abusivo del diritto.

²¹ Tutt'altra posizione è quella che, fedele al proprio itinerario speculativo, è stata tematizzata da N. Irti, *Viaggio tra gli obbedienti*, La nave di Teseo, Milano, 2021.

concerne la predisposizione dei regolamenti d'interesse sia per il rilievo delle sopravvenienze contrattuali²².

La legislazione emergenziale esercita la funzione di laboratorio di nuovo diritto, poi, in tema di semplificazione delle procedure, di ricorso all'uso del digitale, di rivoluzione *green* in vista di una economia sostenibile in primo luogo dal punto di vista ambientale. Del pari segna una svolta, che qui conta puntualmente registrare, la figura dell'*assegno unitario e universale* corrisposto inizialmente ai lavoratori autonomi e ai disoccupati, gli unici ad oggi che non hanno accesso agli assegni familiari, per poi estendersi a tutti i nuclei familiari in crisi per l'inverno demografico che ha investito la nostra comunità, in tal modo contribuendo al sociale partendo dalla famiglia ritenuta società naturale dalla Costituzione.

7. Scienza, scientismo e l'imprevisto

La pandemia ha reso popolare la scienza, che a guardare i giornali e i programmi televisivi è divenuta la nostra passione anche se non appare in grado di spiegare e farci capire ciò che ha sconvolto la nostra vita individuale e collettiva. Virologi epidemiologi fisici chimici, quotidianamente interpellati, dissentono su tutto ma spacciano per verità quelle che sono mere ipotesi di lavoro che, non a caso, si dissolvono nello spazio di una giornata, lasciando perplesso l'uomo della strada. L'Organizzazione mondiale della Sanità ha, al riguardo, certificato l'esistenza di un'infodemia. Ma è legittimo chiedere alla scienza la *verità*, ciò che corrisponde all'*essenza*, alla *natura* dei fenomeni indagati?

La risposta non può essere che negativa se si ha riguardo allo statuto del sapere scientifico, al suo essere una *conoscenza di tipo ipotetico-deduttivo* e *con finalità operativa*, un conoscere convenzionale per poter operare²³. Entrambi gli elementi strut-

²² Sia consentito rinviare a L. Franzese, "Il principio di autocomposizione della lite tra mediazione e processo", in *JUS*, 2016, pp. 247-268; e *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, II edizione integrata, CEDAM, Padova, 2006, dove si sostiene che l'ordinamento giuridico delle relazioni economiche nasca dall'incontro dialettico tra l'esercizio dell'autonomia soggettiva e la sussidiarietà delle istituzioni.

²³ "Le scienze si vengono costituendo e svolgendo con la libertà di chi sa che non aggancia una realtà, ma getta nel concreto e perciò reale fluire dell'esperienza alcune posizioni (ipotesi), intorno alle quali coagulare l'esperienza

turali del sapere scientifico, la convenzionalità e l'operatività, ostano al perseguimento della verità che, essendo frutto dell'amore incondizionato per il sapere, non tollera né l'ipoteticità del punto di partenza né l'obiettivo di padroneggiamento del fenomeno indagato²⁴. Allo scienziato non si chiede di accertare la natura dell'ente, bensì di essere coerente al protocollo che egli si è dato in vista del raggiungimento del risultato prefissatosi. Gli si chiede, in altri termini, di formulare un'ipotesi funzionale all'obiettivo che condiziona la sua ricerca e il cui raggiungimento segnerebbe la nascita di una *teoria*, suscettibile a sua volta di essere superata da un'altra non perché vera ma in quanto per così dire più capiente della precedente, nel senso che riesce a dominare eventi ulteriori rispetto a quelli riconducibili alla prima. Così, per esempio, la ricerca medica si propone oggi di mettere a punto un vaccino che, oltre ad essere efficace contro il Covid-19, lo sia anche nei confronti dell'influenza stagionale.

Un minuscolo virus ha bloccato il mondo intero, mettendo a nudo la fragilità dell'esistenza umana e spazzando via la *pretesa scienziata* dell'uomo di essere *dominus* del creato. Sicché la principale lezione della pandemia sembra la necessità di ripensare la vita per enuclearne un *nuovo paradigma* capace di

stessa": M. Gentile, *Sapere scientifico e sapere filosofico: problematicità e dimostrazione*, Liviana editrice, Padova, 1964, p. 28. "In se stessa ogni definizione scientifica è essenzialmente artificiale e quindi deve risultare fondata su null'altro che una convenzione: in effetti, più la scienza progredisce sulla via del rigore e della generalità più il fattore convenzionalistico vi appare dominante": L. Geymonat, *Filosofia e filosofia della scienza*, Feltrinelli, Milano, 1960, p. 31. Per il diritto, in questa prospettiva, Francesco Gentile parla, riprendendo ed integrando una formula hobbesiana, di *geometria legale* (F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Giuffrè, Milano, 1984, *passim*; F. Gentile, *Filosofia e scienza del diritto*, Mucchi, Modena, 1988, sopr. pp. 29-45).

²⁴ Heisenberg, il padre del principio di indeterminazione, evidenzia che "nel corso della rinascenza l'atteggiamento umano verso la natura mutò da contemplativo in pragmatico. Non tanto ci si interessava alla natura come essa è, quanto ci si chiedeva piuttosto cosa se ne potesse fare. Per questo la scienza naturale si trasformò in scienza tecnica; ogni progresso conoscitivo veniva legato al problema circa l'uso pratico che se ne poteva fare: Questo era vero non soltanto in fisica, in chimica e in biologia l'atteggiamento era essenzialmente lo stesso, ed il progresso dei nuovi metodi in medicina e in agricoltura contribuì moltissimo al propagandarsi delle nuove tendenze": W. Heisenberg, *Fisica e filosofia*, 1958, tr.it., Il Saggiatore, Milano, 2008, p. 229.

garantirne la sostenibilità dal punto di vista economico-sociale, ambientale e, in definitiva, umano.

Ognuno è chiamato ad interrogarsi sulle condizioni che rendono possibile una convivenza nella quale la pienezza del singolo, il suo compimento, si realizza insieme a quello degli altri nel vivere comunitario. Quello che è apparso sin da subito chiaro è che la complessità della situazione richiede, in primo luogo, una risposta del singolo a se stesso e agli altri consociati.

Non è pensabile che tutto si riduca alla messa a punto di un vaccino che, pur fondamentale dal punto di vista sanitario, non è la risposta al problema dell'uomo globalmente considerato, che è stato evidenziato dalla crisi pandemica così come da quella ambientale e da quella economica, per non parlare di quella dei diritti umani che il nostro tempo puntualmente registra soprattutto in relazione alle necessità migratorie. Così come non è pensabile di poter delegare ancora una volta allo Stato la *cura della persona*, spettando in primo luogo al singolo riconoscere quanto è opportuno, conveniente, necessario alla vita individuale e collettiva e, quindi, adottare uno stile di vita responsabile nei confronti di se stesso e degli altri.

Per assoggettarci responsabilmente a noi stessi che, a ben vedere, è l'essenza dell'autonomia personale, ognuno ha l'onere di informarsi ad esempio sui vaccini e sulle cure che la pratica medica ha elaborato nel corso di questo biennio pandemico in modo da essere in grado di potere valutare per così dire costi e ricavi delle diverse strade praticabili e scegliere quella che sembra più consona a se stesso considerato in relazione agli altri. Lo stesso dicasi in materia ambientale dove il singolo è tenuto ad adottare uno stile di vita che, in base all'esperienza personale e alle ricerche scientifiche, è in grado di salvaguardare il luogo dove si svolge la vita propria e quella degli altri. A tal riguardo è significativo il passaggio dall'ottica dell'Accordo di Kyoto, fondato sulla sovranità statale, al Patto di Parigi che invece fa leva sulla responsabilità individuale nei riguardi dell'ambiente, nella consapevolezza del nesso inscindibile tra autentica realizzazione umana e salvaguardia del creato.

Sulla responsabilità individuale si innesta l'intervento sussidiario delle istituzioni chiamate a supportare il perseguimento del *bene comune*, che è il bene che accomuna i consociati consentendo a ciascuno di realizzare le proprie potenzialità senza

che ciò pregiudichi quelle altrui. Abbiamo infatti sperimentato, nelle diverse dimensioni in cui si esplica la vita, che non ci si salva da soli, e che il contributo individuale è massimo per sé e per gli altri quando si fa carico delle esigenze comunitarie. Solo in questo modo potremo essere resilienti a partire dal prossimo imprevisto della vita singola o associata: crisi finanziaria, ambientale o sanitaria in cui potremo imbatterci. Secondo il poeta, infatti, l'*imprevisto* rappresenta la nostra unica speranza e non è una stoltezza dirselo²⁵. Grazie ad esso, la vita ha sfoderato ancora una volta la sua umanità dimostrando di non essere un mero fatto biologico.

²⁵ “E ora che ne sarà del mio viaggio?/troppo accuratamente l’ho studiato senza saperne nulla./Un imprevisto è la sola speranza. Ma mi dicono che è una stoltezza dirselo”: E. Montale, *Prima del viaggio*, in *Satura*, Arnoldo Mondadori Editore, Milano, 1971.

Antonio Incampo

Extremus necessitatis casus.
Ai confini dell'ordine giuridico

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 eccezione¹.

È la tesi più nota e più importante della *Politische Theologie* (1922) di C. Schmitt nella Germania di Weimar². Chi è il sovra-

¹ C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009⁹, 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, 1972, p. 33. Com'è noto, la prima formulazione delle tesi sullo stato di eccezione è nell'opera del 1921 *Die Diktatur*.

² 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 pu-

no? La risposta è all'estremità del 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"³. 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 potere⁴. 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*]⁵. Molti parlano soprattutto di "stato di emer-

rezza [*Reinheit*]. Lo stato di eccezione non 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.

³ "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, 1960², p. 37).

⁴ Cfr. C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., p. 33.

⁵ 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

genza” [*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 *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*”)⁶.

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 legiferare⁷. 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

più Stati. Nell’art. 48 giace il punto più difficile della questione se i *Länder* tedeschi siano o no Stati” (C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., p. 38).

⁶ 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.

⁷ 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.

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 mesi⁸.

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 luce sia l'abuso della scienza da parte della politica, sia quello della politica da parte della scienza⁹.

Il problema maggiore è nella capacità reale che hanno i sistemi democratici di filtrare l'accesso della scienza al governo¹⁰. 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 scientifiche¹¹. Più i saperi sono forti (o le regole hanno un contenuto tecnico in sen-

⁸ 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.

⁹ 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).

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

so stretto), meno ampio è il campo di autonomia di chi decide. L'autonomia scompare del tutto con verità che hanno rigorosissimi 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 di far bollire l'acqua 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, 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.

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 un 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)¹². In deroga alla regola Frye, la Corte può ammettere anche esperti su posizioni discordanti con la comunità scientifica prevalente¹³.

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 fra esperti e decisori 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*

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

¹³ La cosiddetta regola Frye (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.

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 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*]¹⁴.

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*]¹⁵. 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 eletti¹⁶. 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 – fisica e 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 labora-

¹⁴ Per queste idee il riferimento è in particolare a M. Polanyi, “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.

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

¹⁶ 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.

torio, 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 della scienza nelle decisioni del governo e il valore essenziale della pubblicità¹⁷. La politica sarebbe cieca senza l'ausilio della scienza, ma la scienza che si fa politica non è esente, appunto, dalle regole della democrazia. Di qui la pubblicità (la "*Öffentlichkeit*" posta da Kant in *Zum ewigen Frieden* alla base della giuridicità). La trasparenza dei pareri, infatti, non è solo un requisito interno al 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 partire, tra l'altro, dalla selezione incerta di esperti il cui parere potrebbe essere facilmente esposto a conflitti di interesse¹⁸.

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 governo¹⁹. La pubblicità dei pareri è resa ob-

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ Il comitato in Francia è il "Conseil Scientifique Covid-19" istituito con decreto del Ministro per la Solidarietà e la Salute su impulso del Presi-

bligatoria dalla legge sullo stato di emergenza²⁰. In Italia, no²¹. Il percorso è stato tutt'altro che coerente. Il comitato italiano²², 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 il controllo dell'indipendenza del governo nelle deliberazioni che investono i diritti costituzionali. Vi potrebbero essere, infatti, un uso strumentale dei pareri

dente 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”.

²⁰ 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]).

²¹ 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.

²² 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.

scientifici da parte delle forze politiche, o, viceversa, un eccesso di iniziativa politica nelle mani degli 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 via²³. 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 loro²⁴. 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 a "nuda vita", sacrificando l'ampia sfera affettiva delle sue disposizioni interne²⁵. 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 politica²⁶.

²³ 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.

²⁴ Corte Costituzionale, sent. n. 264/2012.

²⁵ 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).

²⁶ 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

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 “Rt”)²⁷. Come calcolare, però, tale

particolare p. 25. Su questo punto è efficace la breve nota di A. 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.

²⁷ È uno dei ventuno indicatori che vengono sviluppati da due algoritmi: uno relativo alla probabilità di contagio, l'altro all'impatto sui sistemi sanita-

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)²⁸.

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 stessi²⁹. 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.

ri. 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.

²⁸ 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 di R_t , 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).

²⁹ L'algoritmo utilizzato dall'ISS si chiama "EpiEstim" e fa leva sull'approccio bayesiano alla probabilità per le previsioni di R_t . La "probabilità bayesiana" è diversa dalla "probabilità frequentista" con un numero di fattori a zero incognite. Si pensi al lancio della monetina 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.

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 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. Ad agire su una scala non più gerarchica è la volta di nuovi protagonisti: dai gruppi privati di interesse (i cosiddetti “*stakeholders*”) alle agenzie internazionali, dalle organizzazioni e *compliance committees* ai mercati con le loro regole sempre più discontinue e acefale rispetto al passato.

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 e convenzioni fra Stati prevedono che i conflitti delle 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 semplice³⁰, 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 1752³¹. È nel cuore dell'ordinamento. Non ci sarebbe salvezza senza misericordia. Il perdono nel diritto cano-

³⁰ 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.

³¹ “[...] *Habitata salute animarum, quae in Ecclesia suprema semper lex debet esse*” (Codex iuris canonici, can. 1752).

nico è molto di più della *charitas* per la fede. La fede, senza la carità, non salva [*prodest*], eppure c'è [*est*] (uso 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 vuoto³².

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 Costituzione³³. Per questo l'emergenza è già norma. Non c'è nulla, infatti, di straordinario nel congetturare appunto 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.

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

³³ 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.

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 principî. 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 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 principî 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" (art. 1 c.p.).

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 sia "espressamente previsto" 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 essa 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"³⁴. 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 maggioranza³⁵. 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 linguistici dei codici, facendo strada all'"età della decodificazione"³⁶ e a un nuovo ordine giuridico.

³⁴ 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.

³⁵ 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.

³⁶ 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 prov-

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”³⁷.

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. Inve-

vedimenti *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.

³⁷ C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., p. 40.

ce, 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 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"³⁸. Prevale addirittura un sentimento di normalità per permettere a chi governa di "non aver bisogno di diritto per creare diritto"³⁹. 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"⁴⁰.

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

³⁸ *Ivi*, p. 39.

³⁹ *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 volume: *Un'eccezionale normalità. Riflessioni su ordine e caos in Carl Schmitt*.

⁴⁰ C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., p. 41.

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 absolutezza del potere sovrano, questo lato oscuro del diritto mira a comprendere il *Deus absconditus* della sovranità. In molti 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.

Unità del sapere giuridico

Quaderni di scienze penalistiche e filosofico-giuridiche

Serie I. Editore A. Giuffrè, Milano

1. Vincenzo Garofoli (a cura di), *L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*. Atti del Convegno (Bari, 21-22 maggio 2004, Facoltà di Giurisprudenza), 2005.
2. Angiola Filipponio (a cura di), *Verità e normatività*, 2005.
3. Vincenzo Garofoli (a cura di), *Unità del sapere giuridico ed eterogeneità dei saperi del giudice*, 2005.
4. Vincenzo Garofoli (a cura di), *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, 2006.
5. Giuseppe Spagnolo (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*. Atti del Convegno (Bari, 26-27 maggio 2006-2007, Facoltà di Giurisprudenza), 2007.
6. Vincenzo Garofoli (a cura di), *La sentenza della Corte Costituzionale 6 febbraio 2007 n. 26: un energico richiamo al metodo della giurisdizione*. Atti del Convegno (Trani, 2-3 febbraio 2007, Hotel S. Paolo al Convento), 2007.
7. Miranda Zerlotin, *Diritto originario in Erik Wolf*, (con la traduzione italiana dell'opera di Erik Wolf, *Recht des Nächsten. Ein rechtstheologischer Entwurf*), 2008.
8. Vincenzo Garofoli (a cura di), *Unità del sapere giuridico e poliformismo normativo*, 2008.
9. Vincenzo Garofoli (a cura di), *L'udienza preliminare e il contenimento dei tempi processuali*, 2008.
10. Vincenzo Garofoli (a cura di), *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*. Atti del Convegno (Bari, 29 novembre 2008, Villa Romanazzi Carducci), 2009.
11. Angiola Filipponio/Aldo Regina (a cura di), *In ricordo di Aldo Moro*. Atti del Convegno (Bari, 20 giugno 2008, Facoltà di Giurisprudenza), 2010.
12. Angiola Filipponio/Vincenzo Garofoli (a cura di), *In ricordo di Franco Cipriani*, 2010.
13. Vincenzo Garofoli/Antonio Incampo (a cura di), *Verità e processo penale*, 2012.

Serie II. Editore Cacucci, Bari

14. Antonio Incampo/Wojciech Żelaniec (eds.), *Universality of Punishment*, 2015.

Serie III. Editore Cacucci, Bari

15. Antonio Incampo/Adolfo Scalfati (a cura di), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, 2017.
16. Lucio Franzese/Antonio Incampo (a cura di), *Potere e libertà al tempo delle emergenze/Power and Freedom in the Time of Emergencies*, 2021.