

ROBERTO SIMONCINI

*Un concetto di diritto pubblico: lo “stato di eccezione”
secondo Giorgio Agamben*

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. *La nozione di stato di eccezione*. – 3. *Carl Schmitt*. – 4. *Lo stato di eccezione oltre C. Schmitt*. – 5. *Santi Romano e il fondamento ultimo della legge*. – 6. *Un istituto paradigmatico: il iustitium*. – 7. *Violenza e diritto*. – 8. *Auctoritas e potestas*. – 9. *Riflessioni (non) conclusive*.

1. *Premessa*

Nell'ambito del diritto pubblico manca una riflessione organica sulla teoria dello stato di eccezione, e i giuristi sembrano considerare il problema più come una mera questione fattuale che come una effettiva problematica inerente alla sfera del diritto. Eppure già nel 1940 Walter Benjamin nell'ottava delle sue *Tesi di filosofia della storia* scriveva: «La tradizione degli oppressi ci insegna che lo ‘stato di emergenza’ in cui viviamo è la regola. Dobbiamo giungere a un concetto di storia che corrisponda a questo fatto»¹. Del resto un simile fraintendimento sembra essere il destino di molti di quei concetti che si situano al limite fra politica e diritto, come la guerra civile, il diritto di resistenza o la disobbedienza civile.

Uno dei tentativi più autorevoli di studio sull'argomento dello stato di eccezione è stato effettuato da Giorgio Agamben in *Stato di eccezione* (2003), un lavoro articolato e complesso, che pur non aspirando a sistematicità e completezza, presenta una analisi sufficientemente ampia delle principali teorie in campo che sono relative a questo problema. Nel presente articolo si farà riferimento prevalentemente all'opera di questo autore, cercando di evidenziarne le linee generali e di ricostruirne criticamente lo schema teorico². Anche dal punto di vista metodologico si seguirà il criterio indicato dallo stesso Agamben, e da lui ripreso da Walter Benjamin,

¹ W. Benjamin, *Tesi di filosofia della storia*, in Id., *Angelus Novus*, Einaudi, Torino 1995, p. 79.

² Cfr. G. Agamben, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino 2003.

secondo cui: “la dottrina può essere esposta legittimamente solo nella forma dell’interpretazione. [...] Contrariamente all’opinione comune, il metodo condivide, infatti, con la logica l’impossibilità di essere del tutto separato dal contesto in cui opera. Non esiste un metodo valido in ogni ambito, così come non esiste una logica che possa prescindere dai suoi oggetti”³. Questo implica che – come del resto afferma Agamben relativamente al suo rapporto con Foucault, in un’altra sua opera, *Signatura rerum* (2008) – è rimessa alla sagacia del lettore accorto discernere “ciò che deve essere messo in conto dell’autore e ciò che vale per entrambi”⁴.

La presente relazione critica segue quindi quasi pedissequamente l’ordine stabilito da Agamben nell’opera citata, preferendo “rischiare di attribuire a testi altrui ciò che andava elaborando a partire da essi, piuttosto che correre il rischio inverso e appropriarsi di pensieri o percorsi di ricerca che non gli appartenevano”⁵. Soltanto il paragrafo finale azzarderà conclusioni più schiettamente personali.

2. *La nozione di stato di eccezione*

Giorgio Agamben comincia col porsi il problema di definire un primo senso tecnico del sintagma “stato di eccezione”, il cui uso è comune nell’ambito della giuspolitica germanica (dove è reso con *Notstand*, stato di necessità o più letteralmente con *Ausnahmestand*), ma meno frequente nell’area delle dottrine italiana e francese, che prediligono espressioni quali “decreto di urgenza” e “stato di assedio”, mentre nella dottrina anglosassone si usano i termini *martial law* e *emergency powers*. Una ulteriore espressione che afferisce all’area semantica del sintagma “stato di eccezione” è anche “pieni poteri”, con cui si fa riferimento al fenomeno per cui si ampliano i poteri dell’esecutivo, conferendogli la facoltà di emanare decreti aventi forza di legge. Tuttavia, l’espressione “pieni poteri”, indica soltanto una modalità di azione del potere esecutivo durante la vigenza dello stato di eccezione, ma non coincide semanticamente con questo⁶. In effetti per stato di eccezione Agamben intende, grossomodo⁷, una sospensione dell’ordine costituzionale

³ G. Agamben, *Signatura rerum*, Bollati Boringhieri, Torino 2008, p. 7.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ivi*, p. 8.

⁶ Cfr. Cfr. G. Agamben, *Stato di eccezione*, cit., pp. 14-15.

⁷ Questa apparente indeterminazione semantica, in realtà non è affatto casuale, poiché secondo Agamben “l’elemento genuinamente filosofico in ogni opera, sia essa opera d’arte, di scienza o di pensiero, è la sua capacità di essere sviluppata, che Feuerbach definiva *Entwicklungsfähigkeit*”, cfr. G. Agamben, *Signatura rerum*, cit., p. 8.

vigente o almeno di un suo segmento significativo, effettuata da parte della stessa autorità statale che dovrebbe essere normalmente garante della legalità e del suo rispetto.

3. *Carl Schmitt*

Tuttavia – sempre secondo Agamben – l' autore che ha fatto della teoria dello stato di eccezione uno dei capisaldi della sua riflessione è certamente Carl Schmitt, ed è quindi al suo pensiero e alle sue opere che occorre innanzitutto guardare per cercare una chiarificazione. Il giurista tedesco si occupa esplicitamente del problema in due libri: *La dittatura* (1921) e *Teologia politica* (1922). Nel primo dei due testi lo stato di eccezione è presentato come espressione della dittatura, appunto, e quindi evidentemente come una condizione di sospensione del diritto. La dittatura poi è ulteriormente differenziata in “dittatura commissaria”, che ha la funzione di difendere o persino di restaurare la costituzione vigente, e “dittatura sovrana”, che invece si pone come forza costituente di un nuovo assetto giuridico. Nella *Teologia politica* si stabilisce una relazione diretta tra il tema dello stato di eccezione e quello della sovranità, e il sovrano stesso infatti è definito come “colui che decide sullo stato di eccezione”. In entrambi i libri comunque Schmitt iscrive lo stato di eccezione in un ambito giuridico, cercando di superare l'impasse teorico derivante dal fatto che, in quanto sospensione dell'intero ordine giuridico, lo stato di eccezione sembra sottrarsi alla forma stessa del diritto, e appartenere alla dimensione extragiuridica. Proprio questa aporia, questo vuoto anomico non può essere tollerato da Schmitt che cerca disperatamente di trovare un riferimento al contesto giuridico, per lui infatti è fondamentale distinguere fra stato di eccezione (e dunque la dittatura sia commissaria che sovrana) e anarchia. Lo stato di eccezione, secondo lui, è sempre un ordine (categoria percepita come un valore positivo in sé), che si oppone al caos (percepito, invece, come il peggiore dei mali possibili). Il telos della teoria schmittiana è proprio di «rendere possibile una articolazione fra stato di eccezione e ordine giuridico»⁸, anche a rischio di cadere nel paradosso di voler iscrivere nel diritto un elemento che è per sua natura esteriore ad esso, anzi opposto (vale a dire la stessa sospensione o negazione dell'ordine giuridico, appunto).

Per procedere in questo sforzo teorico titanico Schmitt si serve di quelli che Agamben definisce «operatori di iscrizione», vale a dire dispo-

⁸ *Ivi*, p. 45.

sitivi⁹ concettuali che hanno la funzione di iscrivere lo stato di eccezione nel diritto, di connettere il fuori e il dentro della sfera giuridica. In *La dittatura*¹⁰ questo elemento di connessione viene individuato nella distinzione concettuale fra norme del diritto e norme di attuazione del diritto per quanto concerne la dittatura commissaria, e nella distinzione fra potere costituente e potere costituito per quanto riguarda la dittatura sovrana. La dittatura commissaria infatti, sospende di fatto la costituzione per difenderne l'esistenza, ne sospende cioè l'applicazione concreta ma ne conserva il vigore formale. «Sul piano della teoria, la dittatura commissaria si lascia così sussumere integralmente nella distinzione fra la norma e le regole tecnico-pratiche che presiedono alla sua attuazione»¹¹.

Del tutto diversa è la realtà della dittatura sovrana, perché questa non si limita a sospendere l'efficacia concreta di una costituzione conservandola formalmente in vigore, ma mira a costruire un assetto totalmente nuovo dell'ordine giuridico. La relazione con la dimensione giuridica, in questa seconda ipotesi di dittatura, è garantita dal dispositivo concettuale della distinzione fra potere costituente e potere costituito. Il potere costituente «ha con ogni costituzione vigente un nesso tale da apparire come potere fondante [...] un nesso tale da non poter essere negato neppure nel caso che la costituzione vigente lo neghi»¹². Questo legame risiede, in ultima istanza, proprio nel carattere fondativo del potere costituente.

Nella *Teologia politica*¹³ Schmitt fa un salto di qualità, il dispositivo concettuale che serve a iscrivere lo stato di eccezione nell'ambito del giuridico è la distinzione fra la norma e la decisione. Infatti secondo il giurista tedesco, il diritto si compone nella sua struttura di questi due elementi, che in una situazione ordinaria tendono a coesistere, ma a vantaggio della norma in modo che il momento della decisione è ridotto al minimo. Lo stato di eccezione però spezza questo equilibrio, separando la norma dall'altro elemento formale anch'esso giuridico: la decisione, che acquista così la sua piena autonomia. «Come, nel caso normale, il momento autonomo della decisione può essere ridotto a un minimo, così nel caso di eccezione, la norma viene annullata [*vernichtet*]. Tuttavia anche il caso di eccezione resta accessibile alla conoscenza giuridica, perché entrambi gli elementi, la norma come la decisione, rimangono nell'ambito

⁹ Sul concetto di dispositivo cfr. di G. Agamben, *Che cos'è un dispositivo?*, ed. nottetempo, Roma 2006 e anche cfr. di G. Deleuze, *Che cos'è un dispositivo?*, ed. Cronopio, Napoli 2007.

¹⁰ C. Schmitt, *Die Diktature*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1921.

¹¹ *Ivi*, p. 46.

¹² *Ibidem*.

¹³ C. Schmitt, *Politische Theologie*, München 1922.

del giuridico [...]»¹⁴. Il sovrano poi, che è il titolare del potere decisionale, esercitando questa sua prerogativa e quindi decidendo sullo stato di eccezione garantisce l'ancoramento all'ordine giuridico e la sua relativa continuità: «il sovrano sta fuori dell'ordine giuridico normalmente valido e, tuttavia, appartiene ad esso, perché è responsabile per la decisione se la costituzione possa essere sospesa *in toto*»¹⁵.

Nella decisione sullo stato di eccezione la norma è quasi del tutto annullata, a vantaggio della decisione, si realizza cioè uno stato di anomia che serve però, paradossalmente, a rendere possibile una normazione effettiva del reale. Si verifica insomma una situazione fattuale in cui la norma resta vigente, ma la sua attuazione è sospesa, e quindi l'elemento della norma non ha più alcun legame con la realtà concreta, semplicemente perché non si applica, è cioè privata della sua forza, e al suo posto sono prodotti dal potere sovrano altri atti (decreti e regolamenti emanati dall'esecutivo), che non hanno valore di legge, ma che tuttavia hanno la forza della legge, e si impongono con la stessa intensità ed efficacia di questa.

Del resto lo stesso Agamben osserva che «il sintagma 'forza di legge' si riferisce, tanto nella dottrina moderna che in quella antica, non alla legge, ma a quei decreti – aventi, appunto, come si dice, forza di legge – che il potere esecutivo può essere autorizzato in alcuni casi – e, segnatamente, nello stato di eccezione – a emanare. Il concetto 'forza di legge', come termine tecnico del diritto, definisce cioè una separazione della *vis obligandi* o dell'applicabilità della norma dalla sua essenza formale, per cui decreti, provvedimenti e misure che non sono formalmente leggi ne acquistano tuttavia la 'forza'»¹⁶. Nello stato di eccezione l'ambito dell'esecutivo e del legislativo si sovrappongono e confondono. Un esempio storico paradigmatico ed estremo è rappresentato dal regime nazista, per il quale le stesse parole del Führer avevano forza di legge. Ma quello che occorre ancora ribadire ed evidenziare specificatamente, oltre alla suddetta confusione dei poteri, è che nello stato di eccezione si verifica una radicale scissione tra il corpo della legge e la sua forza vincolante: si attua uno status della norma in cui il suo vigore è separato dalla applicazione, a vantaggio di atti che ne ereditano la forza effettiva, e questo elemento della forza di legge può essere di fatto rivendicato sia dalla autorità statale (dittatura commissaria) che da una organizzazione rivoluzionaria (dittatura sovrana).

¹⁴ *Ivi*, p. 19.

¹⁵ *Ivi*, p. 13.

¹⁶ G. Agamben, *op. cit.*, p. 51.

4. *Lo stato di eccezione oltre C. Schmitt*

Dopo la pubblicazione del libro di Schmitt *La Dittatura* nel 1921, il tema dello stato di eccezione è stato ripreso e sviluppato da diversi altri autori. Fra questi particolarmente interessanti sono coloro che hanno condotto il dibattito nell'arco di tempo compreso fra il 1934 e 1948, che rappresenta sul piano storico e politico il periodo forse più oscuro delle democrazie occidentali. Questi autori, anche se appartenenti ad approcci teorici differenti, secondo Agamben, sono accomunabili dalla presa di coscienza che fra le due guerre lo stato di eccezione è diventato, progressivamente, un paradigma costitutivo dell'ordine giuridico, una vera e propria tecnica di governo quindi, e non una misura soltanto eccezionale.

Uno dei primi fra loro è stato il giurista svedese Herbert Tingsten, autore del libro *Les pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre*¹⁷. Questi mette in evidenza un aspetto significativo dell'evoluzione dei regimi parlamentari moderni: il ricorso sempre più frequente a leggi delega, dette dei "pieni poteri", che estendono i poteri dell'esecutivo in ambito legislativo, in particolare il potere di modificare e di abrogare con decreti le leggi in vigore. Ma leggi di questo tipo contraddicono la gerarchia fra legge e regolamento delle costituzioni democratiche, ovvero il principio fondamentale della divisione dei poteri: legislativo ed esecutivo. L'autore sottolinea quindi che un uso sistematico e regolare di questo tipo di istituto porta, a lungo andare, ad un logoramento della democrazia, e ad una erosione della funzione legislativa del parlamento, che si limita sempre più spesso a ratificare provvedimenti aventi forza di legge emanati dal governo.

In definitiva già nel 1934 Tingsten descriveva un processo di trasformazione dello stato di eccezione in una durevole prassi e tecnica di governo, e questo non solo in paesi con governi autoritari, come erano allora Germania e Italia, ma anche presso democrazie liberali come Francia, Svizzera, Belgio, Regno Unito e Stati Uniti¹⁸.

Un altro autore significativo è Carl J. Friedrich, che nel suo *Constitutional Government and Democracy*¹⁹(1941), ripropone la differenza fra dittatura costituzionale, che ha come scopo la salvaguardia dell'assetto costituzionale, e dittatura incostituzionale, che mira al suo rovesciamento. Tuttavia nella sua ricostruzione teorica Friedrich giunge alla conclusione che: «Non vi è alcuna

¹⁷ H. Tingsten, *Les pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre*, Stock, Paris 1934.

¹⁸ Cfr. G. Agamben, *op. cit.*, p. 16.

¹⁹ C. J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, Ginn, Boston 1950 (2° ed. riv.; trad. it. *Governo costituzionale e democrazia*, Neri Pozza, Vicenza s.d.).

salvaguardia istituzionale in grado di garantire che i poteri di emergenza siano effettivamente usati allo scopo di salvare la costituzione. Solo la determinazione del popolo stesso nel verificare che siano usati a questo scopo può assicurare di ciò. [...] Le disposizioni quasi dittatoriali dei sistemi costituzionali moderni, siano esse la legge marziale, lo stato di assedio o i poteri di emergenza costituzionale, non possono realizzare controlli effettivi sulla concentrazione dei poteri. Di conseguenza, tutti questi istituti corrono il rischio di essere trasformati in sistemi totalitari, se si presentano condizioni favorevoli»²⁰.

Ma è con Clinton L. Rossiter che le contraddizioni implicite nella teoria dello stato di eccezione, emergono in tutta la loro evidenza. Nel suo libro dedicato alla dittatura costituzionale²¹, infatti, l'autore si propone esplicitamente di trovare una giustificazione a questo istituto. La sua tesi è che dato che l'equilibrio dei poteri dello stato democratico è stato storicamente concepito per funzionare in una situazione di fisiologia dell'ordinamento, «in tempi di crisi, il governo costituzionale deve essere alterato in qualsiasi misura sia necessaria per neutralizzare il pericolo e restaurare la situazione normale. Questa alterazione implica inevitabilmente un governo più forte: cioè, il governo avrà più potere e i cittadini meno diritti»²². Rossiter sembra perfettamente consapevole che l'istituto della dittatura costituzionale (cioè lo stato di eccezione, in tutte le sue sfumature) è ormai diventata di fatto, un vero e proprio paradigma di governo, e che è una fonte di gravi pericoli per la sostanza stessa della democrazia, e tuttavia ritiene questo processo in qualche misura inevitabile, almeno nella misura in cui si realizzano quei criteri che, secondo lui, distinguono la dittatura costituzionale da quella incostituzionale, e che sono in ultima analisi riconducibili all'assoluta necessità e alla temporalità²³. Ma la contraddizione sta proprio nel fatto che – come riconosce lo stesso Rossiter – in realtà le tecniche attuative dello stato di eccezione, cioè la dittatura dell'esecutivo, la delegazione dei poteri legislativi e la legislazione attraverso decreti amministrativi, invece di essere strumenti temporanei e transitori resi necessari da uno stato di emergenza, sono diventati durevoli istituti anche in situazione di pace²⁴.

Assurda sul piano logico, ma emblematica di un certo approccio teorico, è quindi la conclusione cui perviene Rossiter alla fine del suo libro: «Nessun sacrificio è troppo grande per la nostra democrazia, meno che mai il temporaneo sacrificio della stessa democrazia»²⁵.

²⁰ *Ivi*, pp. 828 ss.

²¹ C.L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Harcourt Brace, New York 1948.

²² Cfr. *ivi*, p. 5.

²³ Cfr. G. Agamben, *op. cit.*, pp. 18-19.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ C.L. Rossiter, *op. cit.*, p. 314.

5. *Santi Romano e il fondamento ultimo della legge*

Gli autori citati s'inseriscono in una corrente dottrinale giuspolitica che tende a inglobare lo stato di eccezione all'interno dell'ordinamento giuridico, fino a presentarlo come un vero e proprio *status* della legge.

Un campione particolarmente significativo di questa tradizione è Santi Romano, il giurista italiano che, secondo Agamben, ha influenzato maggiormente il pensiero giuridico europeo fra le due guerre, incluso lo stesso C. Schmitt²⁶. La sua posizione teorica è interessante anche per radicalità e chiarezza. Egli infatti definisce la necessità come la fonte originaria della legge. Per questa ragione Santi Romano rifiuta la concezione secondo cui il diritto coincide con la legge, anzi per lui: «la necessità di cui ci occupiamo deve concepirsi come una condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite. Ma se essa non ha legge, fa legge [...] il che vuol dire che è essa medesima una vera e propria fonte del diritto [...]. E nella necessità deve rintracciarsi l'origine e la legittimazione dell'istituto giuridico per eccellenza, cioè dello Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato come un procedimento di fatto, ad esempio in via di rivoluzione. E ciò che si verifica nel momento iniziale di un determinato regime può anche ripetersi, sebbene in linea eccezionale e con caratteri più attenuati, anche quando questo avrà formato e regolato le sue istituzioni fondamentali»²⁷.

Analogamente alla rivoluzione e alla instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale nuovo, lo stato di eccezione, secondo Romano, è quindi un provvedimento illegale o extra-legale, ma capace di istituire e stabilire un ordine giuridico perfettamente valido, in quanto espressione della necessità, che pur non essendo legge positiva è comunque fonte autentica del diritto. Nella sua visione delle cose, infatti, non tutta la sfera giuridica è assimilabile al diritto positivo scritto, esiste anzi un diritto non scritto: «Ci sono norme che non possono scriversi o non è opportuno che si scrivano; ce ne sono altre, che non possono determinarsi se non quando si verifica l'evenienza cui debbono servire»²⁸. Come acutamente osserva Agamben, il richiamo al diritto non scritto evocato agli albori della civiltà occidentale da Antigone (gli *agrapta nomina*) in difesa della coscienza individuale, è da Santi Romano fatto valere a tutela dell'ordine costituito e

²⁶ Cfr. G. Agamben, *op. cit.*, p. 41.

²⁷ S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria*, in «Rivista di diritto pubblico», 1909 (ora in Id., *Scritti minori*, vol. I, Giuffrè, Milano 1990, p. 362).

²⁸ *Ivi*, p. 364.

del potere statale²⁹. Lo stato di necessità che fonda e giustifica, secondo Romano, lo stato di eccezione, si pone in effetti come una dimensione sorgiva e primieva, in cui il fatto e il diritto stingono e sfumano quasi l'uno nell'altro. Tuttavia Agamben si interroga su questa aporia teorica e si chiede come mai se il provvedimento che scaturisce dalla necessità è già norma giuridica e non un mero dato fattuale, deve in un secondo tempo essere ratificato e approvato attraverso un atto legislativo formale, come lo stesso Romano e la maggioranza degli autori che condividono la sua prospettiva ritengono necessario.

Ma la critica più radicale che Agamben muove a Romano è l'osservazione che la sua teoria concepisce lo stato di eccezione come un dato oggettivo, mentre nella realtà delle cose il suo riconoscimento implica sempre un giudizio di valore soggettivo: necessarie ed eccezionali sono soltanto quelle circostanze e situazioni che sono considerate tali di volta in volta, in base ad una valutazione morale o politica o, comunque, extragiuridica. La categoria stessa della necessità si riduce, in definitiva, all'atto della decisione, ma il contenuto particolare di questa decisione è un elemento in se stesso indecidibile sotto il profilo oggettivo, perché deriva da giudizi e criteri di scelta che possono sempre essere messi in discussione da una prospettiva diversa. Ad esempio chi sostenesse che la necessità giustifica l'emanazione di un provvedimento autoritario che avrebbe l'effetto di ridurre la sfera dei diritti, motivando questo atto con l'intenzione di evitare il pericolo maggiore di un crollo dell'ordine costituzionale, dovrebbe dimostrare che questo ordine esistente merita di essere conservato, nonostante la momentanea soppressione dei diritti in questione, ma – secondo Agamben – proprio questa è esattamente una valutazione politica o morale non giuridica in senso stretto, una valutazione quindi che mette in gioco elementi di soggettività e opinabilità.

6. *Un istituto paradigmatico: il iustitium*

Nello sforzo di risolvere le aporie inerenti al complesso statuto teorico dello stato di eccezione, Agamben ricorre ad un parallelo storico con un istituto del diritto romano, che si può considerare come un archetipo paradigmatico³⁰ di questo e come un suo antecedente genealogico: il *iustitium*. In pratica esso consisteva in un senatoconsulto, detto *senatus consultum*

²⁹ G. Agamben, *op. cit.*, p. 39.

³⁰ Sul concetto di "paradigma" in G. Agamben cfr. *Che cos'è un paradigma?* In *Id., Signatura rerum*, cit.

ultimum, che veniva emesso dal senato in presenza di un gravissimo pericolo per la vita stessa della Repubblica. Con questo provvedimento si chiedeva ai consoli, ma al limite a ogni cittadino, di assumere qualsiasi misura che fosse necessaria per la salvezza dello stato, in forza di ciò chiunque doveva esser lasciato libero di agire in tal senso, anche compiendo azioni che in un'altra situazione avrebbero potuto essere considerate *contra legem*. Il termine stesso di *iustitium* (che ha la stessa costruzione di *solstitium*), proviene etimologicamente dalla espressione *quando ius stat, sicut solstitium dicitur*, cioè come il sole sta fermo e apparentemente si arresta quando c'è il solstizio così il diritto è sospeso come in una sorta di intervallo. Quindi questo istituto implicava la sospensione del diritto come tale, e non soltanto di una sua parte specifica. La giustificazione di ciò risiedeva nella necessità di mettere a riparo non soltanto l'ordine vigente, ma la vita stessa dello stato romano da un *tumultus*, ovvero un pericolo di grave disordine, una *magna trepidatio*, che poteva derivare da una guerra improvvisa, ma anche da una minaccia di natura diversa ma di portata analoga³¹.

Dall'analisi complessiva del concetto e della storia di questo istituto e dalla analogia che stabilisce con lo stato di eccezione moderno, Agamben trae alcune osservazioni illuminanti. Innanzitutto che lo stato di eccezione non può essere ricondotto al concetto di dittatura, infatti con la sospensione del diritto non si ha la creazione di una nuova magistratura (quale è la dittatura romana): «ma anzi ogni cittadino sembra qui investito di un *imperium* fluttuante e anomalo che non si lascia definire nei termini dell'ordinamento normale»³². In tal modo si dimostrano prive di fondamento tutte quelle teorie che vorrebbero connettere lo stato di eccezione alla sfera del diritto, sia stabilendo la necessità come una fonte del diritto (come ad esempio fa Santi Romano), sia intendendo lo stato di eccezione stesso come un dispositivo concettuale che media fra norme di diritto e norme di attuazione o fra potere costituente e potere costituito (come fa Schmitt).

In definitiva secondo Agamben l'elemento della norma e quello della decisione sono distinti e non mediabili fra loro, e ciò implica che lo stato di eccezione, che discende dalla decisione del sovrano, è uno spazio vuoto del diritto, un non-luogo giuridico, una zona di anomia da cui tuttavia emana una forza essenziale per l'ordine giuridico stesso, perché questo non potrebbe nemmeno esistere se non si fondasse su una decisione sovrana (che comporta l'annientamento o la trasformazione di un assetto giuridico precedente). Come dice l'autore: «la forza-di-legge separata dalla legge. L'*imperium* fluttuante, la vigenza senza applicazione e, più in

³¹ G. Agamben, *op. cit.*, pp. 55-56.

³² *Ivi*, p. 58.

generale, l'idea di una sorta di 'grado zero' della legge, sono altrettante finzioni attraverso le quali il diritto tenta di includere in sé la propria assenza e di appropriarsi dello stato di eccezione o, quanto meno, di assicurarsi una relazione con esso»³³. In realtà nella concezione agambeniana stato di eccezione (e quindi la necessità e la decisione che lo sostanziano) e diritto sono due dimensioni dialettiche ma coesenziali, che si richiamano reciprocamente pur restando contrapposte, giacché: «da una parte, il vuoto giuridico che è in questione nello stato di eccezione sembra assolutamente impensabile per il diritto; dall'altra, questo impensabile riveste però per l'ordine giuridico una rilevanza strategica decisiva, che si tratta appunto di non lasciare ad ogni costo sfuggire»³⁴.

7. *Violenza e diritto*

La vera posta in gioco nella riflessione sullo stato di eccezione è la questione della relazione fra violenza e diritto. Perché in ultima istanza lo stato di eccezione rende possibile l'accadere di una violenza che non è né proibita né consentita, che non è antinomica ma anomica appunto, in quanto si realizza in una condizione di sospensione del diritto, attuandosi senza alcun rapporto con la sfera giuridica.

Secondo Agamben ad esempio l'intero sviluppo della teoria di Schmitt sullo stato di eccezione è leggibile come un tentativo di risposta a Walter Benjamin. Infatti mentre quest'ultimo postula l'idea che la violenza rivoluzionaria istitutiva di un nuovo ordinamento giuridico sia pura, cioè scevra da relazioni col diritto, e che quindi ogni tentativo del potere statale di annettersi l'anomia mediante l'espedito dello stato di eccezione è una mera *factio iuris*, che pretende di conservare il diritto anche quando esso è di fatto sospeso³⁵, Schmitt tenta disperatamente di collegare stato di eccezione e diritto, ma senza riuscirci in modo valido e convincente.

Del resto l'intreccio fra violenza e diritto è talmente stretto e ambiguo che è davvero difficile districarli. Infatti se esiste un uso della violenza in funzione palesemente antiggiuridica (si pensi al ricorso al terrorismo eversivo), è però vero che ogni ordinamento costituzionale ha alla sua origine un qualche evento traumatico e rivoluzionario che ha annientato l'ordinamento precedentemente vigente (quasi tutte le costituzioni moderne sono nate e si sono consolidate solo a seguito di una lotta violenta contro nemici interni ed

³³ *Ivi*, pp. 66-67.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ G. Agamben, *op.cit.*, pp. 77-78.

esterni). La stessa forza della violenza, dunque, può avere una duplice funzione: quella disgregatrice dell'ordine costituito vigente, e quella creatrice di un nuovo ordine costituzionale; e la distinzione fra le due funzioni non rinvia alla sfera giuridica (che è aliena dalla violenza in quanto tale) ma alla sfera dell'etica e della politica.

8. *Auctoritas e potestas*

Nella storia della civiltà giuridica occidentale è quindi rinvenibile un movimento dialettico tra un elemento normativo e uno anomico, che Agamben chiama rispettivamente *potestas* e *auctoritas*. L'*auctoritas*, pur nella stratificata congerie di accezioni che aveva nel diritto antico, è comunque riconducibile all'idea di una facoltà radicata nella qualità della persona fisica che la detiene, è quindi un potere carismatico originario e non coercitivo, inerente al prestigio del soggetto autorevole, che scaturisce direttamente dalla vita. Al contrario la *potestas* è inerente ad un ufficio, e non segue il destino personale di chi occupa temporaneamente l'incarico. Inoltre la *potestas* trae legittimazione dalla *auctoritas*, ma può agire solo in modo coercitivo.

Secondo il nostro autore: «l'elemento normativo ha bisogno di quello anomico per potersi applicare, ma, d'altra parte, l'*auctoritas* può affermarsi solo in una relazione di validazione o di sospensione della *potestas*»³⁶. Proprio questa dialettica descritta rende vulnerabile lo statuto del diritto, e la funzione specifica dello stato di eccezione consisterebbe nel connettere *auctoritas* e *potestas*, cioè anomia e norma all'interno di uno stesso contesto. Il dispositivo dello stato di eccezione si fonda sulla finzione per cui l'elemento anomico dell'*auctoritas* è pensato in relazione con l'ordine giuridico: «finché i due elementi permangono correlati, ma concettualmente, temporalmente e soggettivamente distinti – come nella Roma repubblicana nella contrapposizione fra senato e popolo o nell'Europa medievale in quella fra potere spirituale e potere temporale – la loro dialettica – ancorché fondata su una finzione – può tuttavia in qualche modo funzionare. Ma quando essi tendono a coincidere in una sola persona, quando lo stato di eccezione, in cui essi si legano e si indeterminano, diventano la regola, allora il sistema giuridico-politico si trasforma in una macchina letale»³⁷.

Lo stato di eccezione secondo Agamben è il punto di massima tensione dialettica fra una forza che istituisce e una che destituisce, e tuttavia esso è uno

³⁶ *Ivi*, pp. 109-110.

³⁷ *Ibidem*.

spazio vuoto in cui stanno insieme una azione umana pura e anomica, priva di relazione col diritto, e una norma giuridica sospesa e dunque senza più rapporto con la vita. Ma questo dispositivo ha oggi raggiunto un dispiegamento planetario, al punto che è divenuto effettivamente la regola delle cose a discapito dello statuto del diritto e della sua capacità di arginare la violenza del potere governamentale, «che, ignorando, all'esterno, il diritto internazionale e producendo, all'interno, uno stato d'eccezione permanente, pretende tuttavia di stare ancora applicando il diritto»³⁸.

Un esempio di questo stato delle cose, tratto dalla storia recente, è rappresentato, secondo Agamben, dal “military order” emanato dal presidente degli Stati Uniti il 13 novembre del 2001, che ha autorizzato la “indefinite detention” e il giudizio dei detenuti davanti a delle “military commissions”³⁹ di soggetti non cittadini americani sospettati di avere implicazioni in attività terroristiche. Il provvedimento presidenziale americano cancella radicalmente ogni statuto giuridico di un individuo, generando una entità non classificabile secondo le categorie giuridiche tradizionali. Gli uomini detenuti nel campo militare americano di Guantánamo non godono dello statuto di prigionieri di guerra secondo la convenzione di Ginevra, e tanto meno fruiscono dello status di imputati secondo le leggi americane. Come osserva Agamben i suddetti detenuti «sono oggetto di una pura signoria di fatto, di una detenzione indefinita non solo in senso temporale, ma quanto alla sua stessa natura, perché del tutto sottratta alla legge e al controllo giudiziario. Il solo paragone possibile è con la situazione giuridica degli ebrei nei *Lager* nazisti, i quali avevano perso, con la cittadinanza, ogni identità giuridica, ma mantenevano almeno quella degli ebrei. [...] Nel *detainee* di Guantánamo la nuda vita raggiunge la sua massima indeterminazione»⁴⁰.

9. *Riflessioni (non) conclusive*

La questione analizzata da Agamben dello stato di eccezione, e le contraddizioni da lui poste in luce, non possono essere ridotte ad una conclusione definitiva, perché concernono fenomeni giuspolitici tuttora in corso ed estremamente aperti al divenire degli eventi. Quello che si può constatare, è il puro dato che categorie e concetti tradizionalmente pensati come pieni di un senso definito, si sono svuotati di questo senso e si sono trasformati sotto gli occhi dei moderni studiosi del diritto e della politica, acquisendo accezioni e

³⁸ *Ivi*, p. 111.

³⁹ Le “military commissions” non vanno confuse con i tribunali militari già previsti dal diritto di guerra.

⁴⁰ G. Agamben, *op. cit.*, pp. 12-13.

significati del tutto nuovi e inattesi. L'affermazione dello stato di necessità come paradigma ordinario di tecnica di governo è l'esito di un processo di lungo corso, che, come si è visto sopra, ha avuto la sua origine fra le due guerre, come tentativo (opinabile) di risposta alla crisi dello stato democratico, ma che ha subito di recente una accelerazione e un rafforzamento in quantità e intensità a causa anche (ma non solo) della guerra al terrorismo globale e delle sue implicazioni contingenti. In effetti è la velocizzazione del complesso delle dinamiche della globalizzazione, che amplifica la situazione di crisi degli istituti giuridici tradizionali, soprattutto di quelli che sono, per loro natura, più porosi ed esposti ai fenomeni di cambiamento: la forma dello stato nazione, le funzioni del potere parlamentare-legislativo e la tradizionale distinzione col potere esecutivo, la cittadinanza come strumento di esclusione invece che di riconoscimento di diritti, l'idea stessa della politica ormai inscindibile dalla nuda vita, dal *bios*⁴¹.

In particolare a me sembra interessante sottolineare un aspetto del problema dello stato di eccezione, non analizzato da Agamben (e neanche dagli autori da lui citati e da me ripresi), cioè la relazione di questo istituto giuspolitico con il tema della non applicazione della legge, che si realizza ad esempio nel caso della disobbedienza civile e, in generale, nell'esercizio del diritto di resistenza all'autorità di governo. È evidente infatti che c'è una analogia fra la condizione di disapplicazione della legge effettuata dal disobbediente civile e dalla autorità governativa. Ovviamente diversa è la prospettiva da considerare, il disobbediente si colloca alla base per così dire della piramide istituzionale (quando non ne è del tutto estraneo), mentre il potere esecutivo ne è al vertice, e diversissimi quindi sono gli strumenti che questi soggetti utilizzano, ma, nel contempo, entrambi si pongono in una situazione di svuotamento e di sospensione della norma, che pur restando vigente viene disapplicata, ovvero non obbedita di fatto. Quello che intendo dire è che sia l'atto della disobbedienza alla legge da parte del dissidente, che la decisione del sovrano dello stato di eccezione, pur nella loro diversità soggettiva, rappresentano entrambe due espressioni di uno stesso fenomeno, che consiste nel disgiungimento della norma giuridica dalla sua applicazione (o forza di legge), il depotenziamento della legge che è privata della sua efficacia concreta, e quindi entrambi gli istituti considerati contribuiscono a indebolire lo statuto ontologico della legge, e convergono nell'effetto di generare uno spazio anomico, che non è antiggiuridico appunto, ma il cui carattere sostanziale è la sospensione dell'ordinamento giuridico, un vuoto di diritto positivo.

⁴¹ Su tutti questi punti cfr. G. Agamben, *Mezzi senza fine*, Bollati Boringhieri, Torino 2005.

Questo significa che coloro che criticano la disobbedienza civile, in nome del rispetto di categorie giuridiche tradizionali, come ad esempio l'esigenza di coerenza e di conservazione dell'integrità dell'ordinamento, non si rendono conto che ormai queste categorie convenzionali sono profondamente mutate – come ampiamente dimostrato da Agamben – al punto da consentire di includere stabilmente all'interno stesso dell'ordine giuridico la sua negazione, cioè lo stato di necessità (magari giustificato da pretese esigenze di celerità ed efficienza amministrativa e/o di difesa da minacce alla sicurezza interna o esterna).

Nello stesso tempo, si può affermare che mentre la disobbedienza civile può essere uno strumento di ampliamento dello spazio democratico partecipativo e di rafforzamento delle garanzie liberali delle minoranze, lo stato di necessità inteso come paradigma e tecnica di governo, è invece uno strumento di sicuro indebolimento della democrazia. Esiste fra i due istituti quindi una equivalenza nell'effetto prodotto rispetto alla norma giuridica (la sua neutralizzazione o sospensione *de facto*), ma non rispetto alla sfera politica. Lo stato di eccezione, comunque lo si voglia considerare, comporta sempre una crisi delle garanzie costituzionali e una restrizione della sfera dei diritti sia civili che umani, la disobbedienza civile invece non necessariamente, almeno se intesa in senso 'conservativo', e cioè esercitata secondo procedure e forme proprie di un ordinamento liberal-democratico⁴².

⁴² Cfr. J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2008, pp. 347-373.