

Virus in fabula
Diritti e Istituzioni
ai tempi del covid-19

a cura di

Gian Paolo Dolso

Maria Dolores Ferrara

Davide Rossi

Il presente volume è stato pubblicato con il finanziamento del Fondo servizi studenti del Corso di studio in Giurisprudenza e con i Fondi del Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione dell'Università di Trieste.



EUT Edizioni Università di Trieste 2020

ISBN 978-88-5511-179-9 (print)
ISBN 978-88-5511-180-5 (online)

EUT - Edizioni Università di Trieste
Via E. Weiss, 21 – 34128 Trieste
eut@units.it
<http://eut.units.it>
<https://www.facebook.com/EUTEditioniUniversitaTrieste>

Virus in fabula
**Diritti e Istituzioni
ai tempi del covid-19**

a cura di Gian Paolo Dolso,
Maria Dolores Ferrara, Davide Rossi



Edizioni
Università
di Trieste

INDICE

Introduzione. L'ordinato disordine del diritto ai tempi della pandemia di <i>Gian Paolo Dolso, Maria Dolores Ferrara, Davide Rossi</i>	9
--	---

PROFILI STORICI E IMPATTO SULLA SOCIETÀ

Eccezione, emergenze, digitalizzazione di <i>Mauro Barberis, Nicola Muffato</i>	15
Pandemia e numeri globali: la comparazione giuridica quantitativa ai tempi del covid-19 di <i>Marta Infantino</i>	29
<i>Caelum pestilens</i> . Riflessi delle pandemie antiche nel diritto romano di <i>Mario Fiorentini</i>	47
Il morbo e il veleno. Pandemie e violenza sociale nell'Italia del Risorgimento di <i>Pierpaolo Martucci</i>	61
Dall'eccezionalità all'ordinarietà, ossia quando la legislazione d'emergenza si consolida. Il caso del domicilio coatto di <i>Davide Rossi, Alessandro Agrì</i>	75
La rappresentanza politica: dall'accezione autoritaria della rappresentanza istituzionale fascista al voto repubblicano di <i>Nicoletta Laurenti Collino</i>	95

PANDEMIA E ISTITUZIONI

La normativa “speciale” sulla gestione della pandemia da covid-19 sotto il profilo dei rapporti tra competenze statali e regionali di <i>Paolo Giangaspero</i>	113
I poteri amministrativi al tempo del coronavirus: ordinanze di necessità ed urgenza di <i>Sandro De Gotzen</i>	131
Tra flessibilità e ortodossia economica: la valutazione di incompatibilità degli aiuti di stato al tempo dell'emergenza covid-19 di <i>Martina Previatello</i>	147
Il D.P.C.M. come inedito strumento di gestione statale dell'emergenza da covid-19 di <i>Antonio Mitrotti</i>	165
Le udienze civili in videoconferenza: un modello permanente? di <i>Lotario Dittrich</i>	183
Le udienze a trattazione scritta ai tempi dell'emergenza sanitaria di <i>Alessandra Frassinetti</i>	193
Il processo del lavoro alla prova dell'emergenza di <i>Luca Iero</i>	207
Il diritto dell'impresa e la sfida del covid-19 di <i>Massimo Bianca, Giulia Serafin</i>	225
Interventi a favore delle imprese per affrontare la crisi causata dalla pandemia da covid-19 di <i>Giuseppe Capurso, Marco Tronti</i>	239
Tutela della salute pubblica e controllo sociale: prove di legalità nel periodo dell'emergenza sanitaria di <i>Maria Cristina Barbieri</i>	249

EMERGENZA E DIRITTI

Emergenza sanitaria e libertà di circolazione di <i>Gian Paolo Dolso</i>	263
Violenza contro donne e minori al tempo del coronavirus: prime riflessioni e primo bilancio (provvisorio) di <i>Natalina Folla</i>	279

L'impatto dell'emergenza economica post covid-19 sui sistemi fiscali di <i>Dario Stevanato, Alessia Sbroiavacca</i>	295
Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità di <i>Maria Dolores Ferrara</i>	311
Brevi note in tema di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro nel contesto dell'emergenza sanitaria da covid-19 di <i>Roberta Nunin</i>	329
Bisogni comuni e sostegno universale al reddito da lavoro di <i>Andrea Zubin</i>	343
Diritto alla riservatezza del paziente ed emergenza da covid-19 di <i>Angelo Venchiarutti</i>	357
Considerazioni sull'APP Immuni di <i>Giuseppe Citarella</i>	371

SEMINARIO DIDATTICO

La pandemia nelle aule triestine di <i>Paolo Ferretti, Davide Rossi</i>	385
Contributi degli studenti dei corsi di <i>Tutela costituzionale dei diritti fondamentali, Diritto del lavoro avanzato, Storia e tecnica delle codificazioni e costituzioni europee dell'Università degli Studi di Trieste, Anno Accademico 2019/2020</i>	389

ECCEZIONE, EMERGENZA, DIGITALIZZAZIONE

MAURO BARBERIS, NICOLA MUFFATO*

Lo “stato d’emergenza” in cui viviamo è la regola
(W. Benjamin, *Tesi di filosofia della storia*, 1940)

1. *Premessa*

La recente pandemia, cambiando la nostra vita in molti modi diversi, ci ha indotti a riflettere sulla mutevolezza dei contesti vitali in cui si radicano anche le nostre più comuni istituzioni. Pensiamo solo, ad esempio, se le pandemie fossero l’ambiente normale della vita umana sulla Terra, o se per disgrazia lo diventassero. Allora, probabilmente, molte delle istituzioni che oggi ci paiono ovvie – dalla libertà di circolazione sino allo Stato costituzionale – ci parrebbero sogni: esattamente come ci sono parsi nei mesi di *lockdown*.

Qui di seguito analizziamo i concetti di eccezione e di emergenza e suggeriamo che i fenomeni stessi indicati da questi termini permettano di vedere, accelerare e persino produrre processi evolutivi di più lungo periodo: come, nel caso della pandemia, l’impulso dato ai processi di digitalizzazione dell’economia e dell’esistenza stessa. Così funziona l’evoluzione, naturale, culturale e in particolare istituzionale: mutamenti casuali, come le pandemie, richiedono nuovi adattamenti di *Homo sapiens* e delle sue istituzioni a condizioni mutate. Forse, il *lockdown* è stato la prova generale di un’altra forma di vita.

2. *Eccezione*

Nel discorso ordinario, e persino nel lessico teorico-generale e filosofico-politico, i vocaboli “eccezione” ed “emergenza” sono spesso usati come sino-

* Il primo Autore è Professore ordinario di Filosofia del diritto nell’Università di Trieste; il secondo è Professore associato di Filosofia del diritto nell’Università di Trieste. Il saggio è stato pensato, curato, discusso e studiato all’unisono dai due estensori. Per mere esigenze curriculari, si segnala che le sezioni 1, 4 e 5 sono di Mauro Barberis, le sezioni 2 e 3 si devono a Nicola Muffato.

nimi. “Eccezione”, in particolare, è usato come una specie di iperonimo per diversi “stati” o situazioni di emergenza (stato di necessità, stato di assedio, rivoluzioni, e simili), connotandole come tali da mettere a repentaglio le istituzioni e la stessa convivenza civile. Qui, invece, si tenterà di ridefinirli, così da distinguerne alcuni usi caratteristici che nei dibattiti odierni sono spesso assimilati a scapito della chiarezza.

Con il termine “eccezione”, in *primo* luogo, la teoria generale del diritto fa riferimento a una norma che, in date condizioni (gli “elementi costitutivi”) previste dalla sua fattispecie, stabilisce una conseguenza giuridica diversa e incompatibile¹ rispetto a quella stabilita da un’altra norma dell’ordinamento, solitamente di portata più generale, che viene resa inapplicabile a tali casi². La prima norma può allora essere qualificata come “eccezionale” (o “derogatoria per incompatibilità”) rispetto alla seconda: qualifica che è però il prodotto di due operazioni distinte. Da un lato, c’è la ricostruzione della relazione tra le fattispecie delle due norme come una relazione genere-specie; dall’altro, c’è il richiamo a una terza (meta-)norma, il principio di specialità. È in forza di quest’ultimo che la conseguenza giuridica divergente della norma la cui fattispecie è ricostruita come speciale deroga a quella della norma ricostruita come generale³.

Da un punto di vista meta-etico, la giustificazione alla base del principio di specialità, ossia della scelta di “risolvere” l’antinomia facendo prevalere la norma speciale, è rappresentata dal fine di sottrarre il decisore al dilemma su quale norma applicare. Si assume cioè la maggiore adeguatezza ai canoni della razionalità pratica di soluzioni normative a casi (non particolari e concreti, ma) *meno* generali e astratti, ricostruiti specificando un maggior numero di proprietà rilevanti. In breve, si ritiene preferibile, *tipicamente*, una norma più specifica, eccezionale o meno.

In *secondo* luogo, con il termine “eccezione” la teoria del diritto indica l’allegazione di fatti modificativi, impeditivi o estintivi generalissimi rispetto a quelli costitutivi assunti a fondamento dell’azione. Tali eccezioni sono di solito tipizzate e ricavabili da norme permissive generali, deroganti ma non speciali: si pensi – l’esempio non è casuale – alla scriminante dello stato di necessità. L’introduzione di eccezioni generalissime è di fondamentale importanza nelle sistematiche codicistiche, ma sconta la genericità e controvertibilità dei concetti che vi figurano, i quali richiedono, in vista della loro applicazione, una complessa opera di affinamento da parte della giurisprudenza.

¹ Cfr. G. Carcaterra, *Metodologia giuridica. Corso di studi superiori legislativi*, Cedam, Padova, 1990, p. 167, nt. 72.

² Cfr. S. Zorzetto, *La norma speciale*, ETS, Pisa, 2010, capp. V e VI.

³ Cfr. H. Kelsen, *Derogation* (1962), in Id., *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Springer, Dordrecht, 1973.

Orbene, concentrandosi sulla fattispecie, si potrebbe affermare che la norma generale si applica in condizioni normali, mentre la norma speciale eccezionale si applica in condizioni eccezionali. In modo simile, ma concentrandosi sulla tecnica di redazione dei testi normativi, si potrebbe sostenere che le norme che imputano determinate conseguenze giuridiche a certi fatti costitutivi assumono che questi ultimi siano normali, mentre le eccezioni generalissime presuppongono condizioni (impeditive, estintive, modificative) eccezionali.

Questa conclusione, peraltro, sarebbe affrettata: l'aggettivo "eccezionale", infatti, assume diversi significati quando è predicato, rispettivamente, (i) della norma nel suo complesso, (ii) della sua fattispecie o (iii) dell'*occasio legis*, cioè del contesto di fatto (come nelle definizioni dottrinali di "legge eccezionale", che fanno riferimento alle circostanze che ne renderebbero necessaria la promulgazione). Nel primo caso, "eccezionale" è sinonimo di "derogatoria per incompatibilità"; nel secondo, rispettivamente, di "speciale" o di "relativa a un fatto impeditivo, modificativo o estintivo"; nel terzo, di "anormale", "straordinaria" o "fuori dal comune". In questo *terzo* significato di "eccezione", d'altra parte, abbiamo un'eccezione non tanto alla norma, quanto alla normalità.

A rigore, però, non è detto che una norma eccezionale, nel primo o secondo senso, si applichi in condizioni eccezionali, nel terzo senso: si pensi solo ai permessi di costruire in deroga ai limiti previsti dagli strumenti di pianificazione, o all'applicabilità della scriminante del consenso dell'avente diritto nell'ambito delle attività medico-chirurgiche o sportive violente. La possibilità di eccezioni generalissime mostra, al contrario, come la regolazione preventiva di molte situazioni anormali rientri nella fisiologia di un ordinamento normativo. Occorre quindi distinguere diversi gradi di anormalità rilevanti per il diritto – sia per il legislatore sia per gli interpreti – all'interno di un *continuum*, sino a giungere ai casi più estremi, le emergenze nazionali⁴.

Proprio in relazione a questi ultimi, il termine "eccezione" è impiegato in un *quarto* significato, nella nota espressione "stato di eccezione" (*Ausnahmezustand*) e nelle teorie che – da Carl Schmitt in poi⁵ – usano questa controversa espressione come iperonimo per (pretesi elementi comuni a) istituti eterogenei quali l'état de siège, i *pleins pouvoirs* e l'état d'urgence francesi, lo *iustitium* romano, la *martial law* inglese, l'attribuzione di *emergency powers* e *prerogatives* all'esecutivo o al suo capo negli USA, la decretazione d'emergenza in Italia.

⁴ Lo stesso linguaggio giuridico è sensibile alle sfumature: si considerino solo le differenze tra la "semplice" necessità (e.g., ex art. 54 c.p. o 54 c.c.), la necessità "urgente" (e.g., ex artt. 336² o 443³ c.c.), la necessità "grave e urgente" (e.g., ex art. 835 c.c.; o il bisogno grave e urgente ex art. 626, n.2, c.p.), la "straordinaria" necessità e urgenza (ex art. 77 Cost.), l'"assoluta" urgenza (e.g., ex art. 77⁴ c.p.p.), l'"eccezionale" urgenza (ex art. 373² c.p.c.).

⁵ Cfr. C. Schmitt, *Teologia politica* (1922), trad. it., in *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972; G. Agamben, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

Lo stato d'eccezione è una situazione di sospensione e disapplicazione di parti fondamentali dell'ordinamento giuridico – specie la costituzione formale e/o materiale – giustificata dalla necessità di intervenire, in contesti di fatto (naturali, sociali, economici, politici) anomali, considerati di straordinaria gravità e portata, al fine di salvaguardare la sicurezza nazionale e la possibilità stessa di un – ma non necessariamente dello *stesso* – ordinamento giuridico.

L'eccezione in parola, dunque, non sarebbe un'eccezione *nel* diritto, cioè un'eccezione giuridica a una norma giuridica, bensì un'eccezione *al* diritto in generale⁶: un'eccezione extra-giuridica alle norme etico-politiche che impongono di applicare e obbedire al diritto, o almeno a un diritto rispettoso della *rule of law*, dei valori democratici e dei diritti fondamentali.

Tuttavia, si potrebbe obiettare, spesso accade che gli ordinamenti giuridici regolino in modo esplicito l'attribuzione di poteri eccezionali per un tempo limitato a determinati organi, per esempio mediante una costituzione d'emergenza: perché mai tale disciplina, nei casi in cui contrasta con il regime ordinario, non potrebbe rientrare tra le eccezioni giuridiche generalissime⁷? Per chi, come Schmitt, fa leva sul concetto di “stato di eccezione”, e per suoi epigoni come Giorgio Agamben, il problema è però più profondo.

Il problema dello stato di eccezione, cioè, dipenderebbe, da un lato, dall'asserita *imprevedibilità* delle emergenze e dalla loro pretesa *ingestibilità* attraverso poteri ordinari⁸; dall'altro, dal fatto che l'ingresso nello stato di eccezione, non essendo automaticamente determinato da caratteristiche oggettive della situazione di fatto, sussumibili in modo meccanico entro categorie giuridiche, sarebbe sempre frutto della decisione di chi detiene il potere politico, cioè del sovrano. Tale decisione non sarebbe vincolata da una norma giuridica⁹, ma *so-*

⁶ O forse, più precisamente, a un diritto informato ai principi del costituzionalismo liberale, per il quale le condotte private sono libere ove non espressamente vietate, mentre gli atti dei poteri pubblici sono vietati ove non espressamente autorizzati.

⁷ Obiezione concettuale e non normativa, illustrata dalla sentenza della Corte Suprema statunitense *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2, 1866, pp. 120-121. The Constitution of the United States is a law for rulers and people, equally in war and in peace, and covers with the shield of its protection all classes of men, at all times, under all circumstances.

⁸ Cfr. ancora C. Schmitt, *Teologia politica*, cit.. Ma la stessa tesi, le cui radici si ritrovano nel pensiero di Machiavelli e Hobbes, è già chiaramente sostenuta in A. Hamilton, *The Necessity of a Government as Energetic as the One Proposed to the Preservation of the Union* (1787), in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, a cura di J. Cook, The New American Library, New York, 1961, p. 147. Cfr. anche C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940; O. Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, in *Yale Law Journal*, 112, 2003, p. 1011.

⁹ Né da norme di altro tipo, morali o politiche. Cfr., oltre al solito Schmitt, R. Posner, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford U.P., Oxford, 2006, p. 12; William Rehnquist, *All Laws but One: Civil Liberties in Wartime*, Knopf, New York,

vra, in base alla definizione di “sovrano” come colui che decide sullo stato di eccezione. Ciò esporrebbe l’ideale del governo delle leggi a una fatale aporia: la limitazione del potere dipenderebbe sempre, in ultima istanza, da una decisione dello stesso detentore del potere.

A questa conclusione è però facile obiettare che, in un contesto istituzionale complesso, una decisione “ultima” come quella sullo stato d’eccezione non equivale necessariamente a una decisione incontrollabile giuridicamente. Durante lo stesso stato d’eccezione, o una volta ripristinata la normalità, i giudici possono ben intervenire per assicurare la tutela dei diritti fondamentali o sanzionarne le violazioni non scriminate dallo stato di necessità. Chi dichiara lo stato di eccezione e chi ne esercita i poteri, dunque, non è necessariamente sottratto a una responsabilità giuridica che può dipendere dall’assetto costituzionale dei vari sistemi giuridici positivi¹⁰, dalla cultura politica e giuridica diffusa tra i vari soggetti chiamati ad agire in circostanze straordinarie¹¹ e dal grado di pluralismo politico espresso dalla società nel suo complesso.

3. Emergenza

Il terzo e il quarto significato di “eccezione” si sovrappongono parzialmente ai sensi di “emergenza”, che le scienze sociali definiscono come una situazione improvvisa «di difficoltà o di pericolo, a carattere tendenzialmente transitorio (anche se non sempre di breve durata), [la quale comporta] una crisi di funzionamento delle istituzioni operanti nell’ambito di una determinata

1998, *passim* e cap. XVIII. La tesi secondo cui l’esercizio di poteri eccezionali, sebbene non regolabile dal diritto stesso, debba rispondere almeno a ragioni prudenziali o morali è sostenuta, tra gli altri, da Machiavelli, Locke e Rousseau. In tempi più recenti, si rinviene in O. Gross, *Extra-legality and the ethics of political responsibility* e M. Tushnet, *The Political Constitution of Emergency*, entrambi in *Emergencies and the Limits of Legality*, a cura di V. Ramraj, Cambridge U.P., Cambridge, 2008.

¹⁰ Gli strumenti positivi elaborati per limitare i poteri emergenziali sono numerosi: dal *super-majoritarian escalator* (cfr. B. Ackerman, *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, Yale U.P., New Haven, 2006, cap. 4) alla previsione di limiti di durata temporale dei poteri e dei provvedimenti emanati; dalla indicazione dei diritti fondamentali inviolabili anche in condizioni di emergenza all’attribuzione di poteri di dichiarazione di inizio o fine dell’emergenza e di controllo sulle misure adottate dall’esecutivo a organi indipendenti.

¹¹ Gli argomenti della “china scivolosa” (dal governo di emergenza alla dittatura sovrana) sono molto più plausibili nei contesti istituzionali, come la repubblica di Weimar, in cui gli ostacoli alla concentrazione di poteri sono poco efficaci. È un fatto, peraltro, che la funzione di controllo del potere giudiziario sia stata spesso ostacolata da un eccesso di *judicial restraint* o da deferenza nei confronti dell’esecutivo: cfr. K.L. Scheppele, *The New Judicial Deference*, in *Boston University Law Review*, 92(1), 2012; C. Chan, *Business as Usual: Deference in Counter-Terrorism Judicial Review*, in F.F. Davis, F. de Londras, *Critical Debates on Counter-Terrorism Judicial Review*, Cambridge U.P., Cambridge, 2014.

compagine sociale»¹². Come si nota, il *definiens* non contiene alcun riferimento all'imprevedibilità degli eventi che caratterizzano un'emergenza, *et pour cause*: alcune emergenze sono ampiamente prevedibili sotto molti aspetti, anche se di rado in relazione al momento esatto della loro insorgenza.

Ormai tutti sanno che i meccanismi di sviluppo delle pandemie, come quella attuale di Covid-19, furono descritti con una certa precisione in un saggio divulgativo del 2012, *Spillover*, di David Quammen, sulla base di ipotesi scientifiche risalenti agli anni Novanta del secolo scorso. Ma gli esempi si sprecano. Dalla crisi dei mutui *subprime* agli effetti dell'emergenza climatica causata dal riscaldamento globale, molte emergenze, lungi dall'essere apparse prevedibili solo *ex post*, sono state previste.

In merito all'inevitabile inadeguatezza dei poteri ordinari dell'esecutivo per farvi fronte, uno sguardo ai vari ordinamenti permette di distinguere vari tipi di poteri emergenziali, il cui esercizio non determina affatto uno stato di eccezione. Si potrebbero distinguere, almeno in linea di principio, emergenze di diversa portata territoriale (almeno locali, locali con effetti nazionali, e nazionali, per non parlare delle ricadute nazionali di emergenze internazionali) e delle più differenti origini (calamità naturali, epidemie e pandemie, disastri prodotti dall'uomo, crisi economiche, politiche, istituzionali, guerre, terrorismo, disordini, sommosse...).

In pratica, tuttavia, la *stessa* emergenza ha spesso più cause, il che rende difficile stabilire *a priori* quale estensione debbano avere i poteri dell'esecutivo per farvi fronte. Probabilmente è anche questa difficoltà che ha portato molti autori a riferirsi, in modo improprio, all'imprevedibilità e all'ingestibilità delle emergenze. Molti ordinamenti giuridici, tra i quali il nostro, hanno faticosamente e lentamente cercato di normare – “normalizzandoli” – i poteri emergenziali, tramite strumenti legislativi e orientamenti giurisprudenziali (e dottrinali) più o meno consolidati¹³.

Considerando lo stesso tema da una prospettiva storica e sociologica, però, non si possono non registrare due processi iniziati già nel secolo scorso, sul primo dei quali diremo qualcosa in questa sezione, mentre per il secondo rinviamo alla prossima. Il primo processo è la crescente concentrazione dell'attività di produzione normativa nell'esecutivo (governo e amministrazione): processo iniziato almeno con la «legislazione motorizzata» della prima guerra mondiale. Poi, la digitalizzazione: la diffusione planetaria di internet e di tec-

¹² A. Pizzorusso, voce *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali Treccani*, 1993, versione on line consultata il 24/07/2020, http://www.treccani.it/enciclopedia/stato-di-emergenza_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/.

¹³ Cfr. A. Cardone, *La “normalizzazione” dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011.

nologie di sorveglianza idonee a drammatizzare le emergenze e a veicolare retoriche securitarie¹⁴.

Quanto al primo processo, è constatazione diffusa, assurta negli ultimi decenni al ruolo di autentico luogo comune sociologico, l'aumento della complessità e del rischio nelle società odierne, anche per la loro crescente integrazione globale (o globalizzazione). Le capacità di gestione di questi processi da parte dei Parlamenti nazionali e più in generale dei sistemi costituzionali democratici sono presto apparse ineguali al compito, generando due conseguenze. La prima consiste nel coinvolgimento di giurisdizione e amministrazione nella risposta a una richiesta di regolazione che il legislativo non riesce più a soddisfare. La seconda è la cosiddetta “crisi della legge”: il Parlamento viene progressivamente espropriato del potere legislativo da parte del governo, tramite la decretazione d'urgenza.

Che il Parlamento abbia perso la propria centralità, nello stesso sistema parlamentare, è osservazione comune¹⁵. Molti, però, ricordando l'ultima stagione gloriosa del Parlamento italiano – le riforme degli anni Settanta-Ottanta del secolo scorso (nuovo diritto di famiglia, Statuto dei lavoratori, divorzio, aborto...) – tendono a spiegare questo processo adducendo cause superficiali, locali e circoscritte, come la crisi del sistema dei partiti determinata da Tangentopoli. Che le cause siano più profonde e risalenti, invece, ci è ricordato da un passo del già citato Agamben:

«Di fatto, la progressiva erosione dei poteri legislativi del Parlamento, che si limita oggi spesso a ratificare provvedimenti emanati dall'esecutivo con decreti aventi forza-di-legge, è diventata [...] una prassi comune» a partire dalla guerra 1914-1918. Fu allora che, per gestire l'emergenza bellica, i governi dei paesi coinvolti, specie se democrazie parlamentari, fecero ricorso sistematico alla decretazione, detta di necessità e urgenza. Prosegue Agamben: «La prima guerra mondiale – e gli anni seguenti – appaiono in questa prospettiva come il laboratorio in cui sono stati sperimentati e messi a punto i meccanismi e i dispositivi funzionali» che le guerre e le emergenze successive hanno reso perfettamente normali¹⁶.

Riprendendo l'apoforisma di Walter Benjamin messo in epigrafe di questo saggio, Agamben constata che quanto allora era ancora considerato eccezionale, oggi è diventato la regola. L'espressione usata da entrambi è “stato di eccezione”: ma è forte il sospetto, a questo punto, che essa serva soprattutto

¹⁴ Su quest'ultimo fenomeno ci permettiamo di rinviare sin d'ora a M. Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Il Mulino, Bologna, 2017, e soprattutto a Id., *Come internet sta uccidendo la democrazia*, Chiarelettere, Milano, 2020.

¹⁵ Cfr. almeno C.F. Ferrajoli, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

¹⁶ G. Agamben, *Stato di eccezione*, cit., p. 17.

a drammatizzare fenomeni spiegabili altrimenti. Lo stato di eccezione per antonomasia, qualificato spesso da Agamben come “governo della nuda vita”, è l’assunzione dei pieni poteri e la sospensione della Costituzione di Weimar da parte di Hitler nel 1933: né una singola emergenza, dunque, né una successione di emergenze.

Di fatto, a partire dalla stessa fonte dichiarata di Agamben – gli studi di Michel Foucault sulla biopolitica e sulla *governmentalité* – altri autori, come Marco Brigaglia, insistono invece sull’emersione di poteri amministrativi sottostanti a, e infinitamente più pervasivi dei, tre poteri di Montesquieu¹⁷. Da questo punto di vista le varie emergenze (belliche, terroristiche, finanziarie, economiche, umanitarie, sanitarie...) costituiscono altrettante occasioni per portare alla luce del sole pratiche di governo normalmente occultate dalla routine istituzionale.

Lo abbiamo visto, in Italia, in occasione della recente pandemia. Non solo il Parlamento è stato espropriato della gestione dell’emergenza sanitaria, com’era forse inevitabile, ma neppure lo strumento del decreto-legge – che avrebbe richiesto il coinvolgimento del Presidente della Repubblica e la conversione parlamentare – è parso abbastanza duttile, sicché si sono utilizzati sistematicamente i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) sovrappo-
nendoli al sistema normativo che fa perno sul Codice di Protezione Civile¹⁸. Soprattutto, la retorica dello stato di eccezione ha portato lo stesso Agamben a elaborare una delle tante narrazioni della pandemia – quella negazionista – che ancor oggi, mentre scriviamo queste note, concorrono a intorbidarne la comprensione. Ce ne occupiamo nella prossima sezione.

4. Digitalizzazione

Da sempre, le epidemie sono l’ambiente ideale per la produzione di dicerie, leggende metropolitane o, per usare un termine più alla moda, narrazioni: e l’odierna pandemia non fa certo eccezione. Qui di seguito se ne enumerano quattro, in ordine di crescente plausibilità (o di decrescente implausibilità).

La *prima* è stata giornalmisticamente chiamata *negazionismo* – nome di solito riservato alla negazione dell’esistenza dei campi di sterminio – e consiste nel negare che il Covid-19 sia qualitativamente o almeno quantitativamente diverso dai tanti virus stagionali, come l’influenza, ma soprattutto che giustifichi i provvedimenti più o meno drastici (“liberticidi”, scandiscono i negazionisti) adottati per contrastarla. In generale, i negazionisti sfruttano un meccanismo tipico della comunicazione: chiunque contesti l’esistenza del virus e/o il *lockdown* è sicuro di conseguire il proprio quarto d’ora di notorietà.

¹⁷ Cfr. M. Brigaglia, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

¹⁸ Sugli aspetti giuridici, cfr. almeno A. Celotto, *Necessitas non habet legem*, Mucchi, Modena, 2020; su quelli politici, P. Ignazi, N. Urbinati, *Contagio e libertà*, Laterza, Roma-Bari, 2020.

Fra le tante espressioni di negazionismo, compreso un convegno in un Senato gremito anche di studiosi insospettabili, vi è stata anche una serie di post pubblicati sul proprio blog dal sopra menzionato Agamben¹⁹. Questi ha applicato meccanicamente all'emergenza Covid-19 gli argomenti usati in precedenti denunce contro lo "stato di sicurezza", altra forma dello "stato di eccezione", con l'effetto di revocare in dubbio l'esistenza stessa del virus. L'analogia fallace è probabilmente questa: come i governi possono trasformare qualsiasi problema si presenti – si pensi solo all'immigrazione – in un problema di sicurezza (meccanismo detto *securitization*), allo stesso, con la complicità di medici e scienziati, si può trasformare un'epidemia d'influenza in una pandemia.

In questo modo, l'epidemia di Covid-19 diviene, contro ogni evidenza medica e scientifica, una sorta di *fake news* prodotta da non meglio identificati "poteri forti" globali, a scopi ancor più oscuri: rendendo implausibili, retroattivamente, anche le denunce agambeniane dello "stato di sicurezza", molto più documentate. Questo ci ricorda la *seconda* narrazione generata dalla pandemia, che qualcuno ha chiamato *populismo pandemico*²⁰, e che consiste nella diffusione, spesso spontanea ma talora deliberata, delle voci più incontrollate sulle origini, la propagazione e le cure del virus, da parte dei social media ma anche dai governi populistici.

Analisi computazionali condotte in Germania sugli utenti di Facebook nel primo periodo della pandemia hanno fornito le seguenti indicazioni. Sinché l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha esitato a dichiarare la pandemia, anche al fine di evitare un'*infodemia* – un'epidemia di mis/disinformazione²¹ – la tipica reazione social è stata di scetticismo: e anche per questo i maggiori governanti populistici mondiali, che obbediscono alla *vox populi* dei social più di quanto la strumentalizzino, hanno lungamente esitato a varare il *lockdown*.

Quando l'Oms ha dichiarato la pandemia, l'11 marzo del 2020, anche l'atteggiamento dei social s'è fatto meno scettico, e gli stessi governanti hanno preso misure di quarantena. In generale, i governi in carica hanno goduto tutti dell'effetto-bandiera (*rally around the flag*), o piuttosto di una sorta di sindrome di Stoccolma, che porta i reclusi a simpatizzare con i reclusori. Senonché, i vari leader populistici – specie Donald Trump, Boris Johnson e Jair Bolsonaro – hanno gestito così male l'emergenza da vedersi costretti a dirottare su altri bersagli le proteste così provocate, alimentando deliberatamente *fakes news* e teorie del complotto.

¹⁹ Cfr., per tutti, G. Agamben, *Una domanda*, <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-una-domanda>.

²⁰ S. Boberg, T. Quandt, T. Schatto-Eckrodt, L. Frischlich, *Pandemic Populism: Facebook's Pages of Alternative News Media and the Corona Crisis – a Computational Content Analysis*, in *Muenster Online Research (MOR) Working Paper* 1/2020.

²¹ Cfr. M. Richtel, *W.H.O. Fights a Pandemic besides Coronavirus: an "Infodemic"*, in *New York Times*, 2.6.2020.

Più interessante è forse una *terza* narrazione, opposta alla precedente: la si potrebbe etichettare come *antiglobalista*. Secondo tale narrazione, almeno negli Usa l'emergenza sanitaria sarebbe stata piegata a un'operazione tipica del *disaster capitalism*, distintosi nel lucrare su emergenze globali quali il terrorismo post-Undici settembre. È stata in particolare Naomi Klein, icona no-global, a denunciare come Eric Schmitt, già amministratore delegato di Google e poi lobbista principe dell'industria digitale, abbia proposto ai democratici statunitensi un piano di digitalizzazione di sanità, scuola, trasporti e lavoro²².

L'operazione, partita prima della pandemia ma accelerata da quest'ultima, prenderebbe la forma di una triangolazione fra giganti del digitale, amministratori pubblici (soprattutto democratici) e sullo sfondo, come una sorta di spauracchio, la Cina, divenuta il grande competitor dell'economia occidentale. Rivolgendosi ad astri nascenti dell'*establishment* democratico quali Andrew Cuomo, governatore dello Stato di New York, i lobbisti del digitale hanno cioè argomentato che i vantaggi competitivi accumulati dalla Cina nella corsa alla digitalizzazione con gli USA stavano permettendo al gigante asiatico di essere i primi a uscire dalla crisi pandemica e a rilanciare la loro economia.

Prima della pandemia, insiste la Klein, l'*establishment* democratico post-Cambridge Analytica vagheggiava ancora la regolamentazione di internet e il ridimensionamento di monopolisti dei social come Facebook. Dopo che internet s'è rivelato indispensabile per gestire le conseguenze del *lockdown*, invece, l'opinione pubblica democratica sarebbe più interessata a sostenere colossali investimenti pubblici per digitalizzare sanità, scuola, commercio e lavoro. Ignoro se questo sia ancora l'atteggiamento dell'opinione pubblica statunitense, ma sicuramente è ancora questo, con il fisiologico ritardo, l'atteggiamento dell'opinione pubblica nel Vecchio continente e in particolare in Italia.

D'altra parte, questa terza narrazione rischia di confondersi con una variante *liberal* delle teorie populiste del complotto, ignorando un dettaglio importante dei rapporti fra internet e politica, non solo negli Stati Uniti²³. Sull'esempio di Obama, primo politico a vincere le elezioni grazie a internet, la sinistra internazionale ha sempre scommesso, e continua imperturbabile a scommettere, sull'industria digitale: attività che però, oltre a rivelarsi più adatta a generare populismi di destra che rivoluzioni democratiche, produce molta meno occupazione dell'industria tradizionale, alienando definitivamente il "popolo" dalla sinistra.

²² N. Klein, *How Big Tech Plans to Profit from the Pandemic*, *The Guardian*, 13.5.2020, applicazione alla pandemia del *topos* proposto dall'autrice in *Shock Economy. L'ascesa del capitalismo dei disastri* (2007), trad. it., Rizzoli, Milano, 2007.

²³ Cfr. tutta la letteratura statunitense su Facebook: come J. Goldsmith, T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusion of a Borderless World*, Oxford U.P., New York, 2008; S. Vaidhyanathan, *Anti-social Media. How Facebook Disconnects Us and Undermines Democracy*, Oxford U.P., New York, 2018; S. Levy, *Facebook. The Inside Story*, Penguin, New York, 2020.

Fatti salvi questi dettagli, d'altra parte, la denuncia della Klein resta abbastanza precisa da meritare di recuperarla entro una *quarta* narrazione, che si potrebbe chiamare della *digitalizzazione*, e che, a differenza delle teorie del complotto, ha un taglio evolutivo, ossia ammette che i fenomeni possono prodursi spontaneamente, come effetto non intenzionale di atti umani messi in atto con intenti diversi e anche opposti. È noto che l'evoluzione procede proprio così: sfrutta mutazioni casuali per sperimentare nuove soluzioni e selezionare nuovi adattamenti ai mutamenti dell'ambiente.

Nei giorni del *lockdown*, si potrebbe allora dire, s'è compiuto un enorme esperimento vitale, forse la prova generale di un'altra forma di vita: la pandemia ha generalizzato e accelerato le dinamiche evolutive verso la digitalizzazione dell'esistenza. Si pensi solo alla scuola: qui la didattica a distanza (DAD) ha rappresentato la sperimentazione di tecniche d'insegnamento destinate probabilmente a diventare comuni, anche dopo la fine della pandemia. Ma questo è solo un esempio delle dinamiche di un cambiamento più vasto, tanto pervasivo da apparire ineluttabile.

Altro esempio: chi di noi, avendo bisogno o solo desiderio di un libro, non l'ha ordinato *on line*, magari di sabato, magari ricevendolo la domenica e poi magari persino vergognandosene, pensando allo sfruttamento dei *rider* da parte di aziende come Amazon? Il problema è che questa adozione della soluzione più semplice, nei giorni del *lockdown*, è stato replicato infinite volte su scala planetaria, in tutti i settori cruciali della convivenza²⁴. Del resto, una volta compreso che il commercio, la scuola, il lavoro, possono in gran parte farsi da casa, cosa ci trattiene dal ripensarli e riprogettarli così?

Insomma, la pandemia ha accelerato processi di distruzione creatrice, secondo i loro apologeti liberisti, o di ristrutturazione capitalistica, secondo i loro critici, tali da far impallidire il ricordo della rivoluzione industriale. La digitalizzazione, che solo in Italia, secondo prime stime, avrebbe comportato il passaggio del lavoro da casa da un quattro per cento a circa il venti per cento del totale, prefigura una *way of life* insana, claustrofobica, asociale, capace di rendere *Homo sapiens* ancor più vulnerabile, in un ambiente sempre più ostile²⁵. Il pericolo, dunque, non è che i più fragili impazziscano, come talvolta accade: il pericolo è che l'umanità si adatti definitivamente a una vita da topi.

²⁴ Cfr. R. Calasso, *Come ordinare una biblioteca*, Adelphi, Milano, 2020, p. 116: «il mutamento radicale nel mondo dei libri non è che il contraccolpo di un mutamento ben più vasto, che di fatto riguarda tutto».

²⁵ Cfr. V. E. Parsi, *Vulnerabili: come la pandemia cambierà il mondo. Tre scenari per la politica internazionale*, Piemme, Milano 2020. Ma il tema era presente da tempo: cfr. G. Zanetti, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma 2019.

5. *Conclusione*

Per i giuristi, unici nostri probabili lettori, questo lavoro ha sparso argomenti per un uso molto più sorvegliato, se non forse per la cancellazione, della categoria stessa di stato di eccezione. Se proprio vogliamo conferirle un valore euristico, questa ha il pregio di portare la nostra attenzione sul risultato ultimo delle dinamiche emergenziali: non necessariamente i colpi di stato, ma il progressivo adattamento delle istituzioni ad ambienti vitali diversi da quelli nei quali erano emerse. Questa lezione evolutiva vale a maggior ragione per la digitalizzazione: che interesserà di più i non giuristi, ove mai decidessero di leggerci.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Ackerman B., *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, Yale U.P., New Haven, 2006.

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

Agamben G., *Una domanda*, 2020, in <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-una-domanda>.

Barberis M., *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Il Mulino, Bologna, 2017.

Barberis M., *Come internet sta uccidendo la democrazia*, Chiarelettere, Milano, 2020.

Boberg S., Quandt, T., Schatto-Eckrodt, T., Frischlich, L., *Pandemic Populism: Facebook's Pages of Alternative News Media and the Corona Crisis – a Computational Content Analysis*, in *Muenster Online Research (MOR) Working Paper*, 2020/1.

Brigaglia M., *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

Calasso R., *Come ordinare una biblioteca*, Adelphi, Milano, 2020.

Carcattera G. *Metodologia giuridica. Corso di studi superiori legislativi*, Cedam, Padova, 1990.

Cardone G., *La “normalizzazione” dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011.

Celotto A., *Necessitas non habet legem*, Mucchi, Modena, 2020.

Chan, C., *Business as Usual: Deference in Counter-Terrorism Judicial Review*, in F.F. Davis, F. de Londras *Critical Debates on Counter-Terrorism Judicial Review*, Cambridge U.P., Cambridge, 2014, pp. 228-250.

Ferrajoli C.F., *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

Goldsmith J., Wu T., *Who Controls the Internet? Illusion of a Borderless World*, Oxford University Press, New York, 2008.

Gross O., *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, in *Yale Law Journal*, 112, 2003, pp. 1011-1134.

Gross, O., *Extra-legality and the ethics of political responsibility in Emergencies and the Limits of Legality*, a cura di V. Ramraj, Cambridge U.P., Cambridge, 2008, pp. 60-94.

Hamilton A., *The Necessity of a Government as Energetic as the One Proposed to the Preservation of the Union* (1787), in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, a cura di J. Cook, The New American Library, New York, 1961.

Ignazi P., Urbinati, N., *Contagio e libertà*, Laterza, Roma-Bari, 2020.

Kelsen H., *Derogation* (1962), in H. Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Springer, Dordrecht, 1973, pp. 261-275.

Klein N., *How Big Tech Plans to Profit from the Pandemic*, in *The Guardian*, 13.5.2020.

Klein N., *Shock Economy. L'ascesa del capitalismo dei disastri*, trad. it., Rizzoli, Milano, 2007.

Levy S., *Facebook. The Inside Story*, Penguin, New York, 2020.

Mortati C., *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940.

Parsi V.E., *Vulnerabili: come la pandemia cambierà il mondo. Tre scenari per la politica internazionale*, Piemme, Milano 2020.

Pizzorusso A., voce *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali Treccani*, 1993, versione on line consultata il 24/07/2020, http://www.treccani.it/enciclopedia/stato-di-emergenza_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/.

Posner R., *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford U.P., Oxford, 2006.

Rehnquist W., *All Lams but One: Civil Liberties in Wartime*, Knopf, New York, 1998.

Scheppel K.I., *The New Judicial Deference*, in *Boston University Law Review*, 92(1), 2012, pp. 89-170.

Schmitt C., *Teologia politica* (1922), trad. it., in Schmitt, C., *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972.

Tushnet M., *The Political Constitution of Emergency*, in *Emergencies and the Limits of Legality*, a cura di V. Ramraj, Cambridge U.P., Cambridge, 2008, pp. 275-288.

Vaidhyanathan S., *Anti-social Media. How Facebook Disconnects Us and Undermines Democracy*, Oxford U.P., New York, 2018.

Zanetti G., *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma 2019.

Zorzetto S., *La norma speciale*, ETS, Pisa, 2010.