



Rivista N°: 2/2022  
DATA PUBBLICAZIONE: 13/05/2022

AUTORE: Massimo Luciani\*

## IL DIRITTO E L'ECCEZIONE (\*\*) (\*\*\*)

*Sommario: 1. La regola e l'eccezione. - 2. Eccezione ed eccezionalità soggettiva. 3. Eccezione ed eccezionalità oggettiva. - 4. Eccezione e sovranità. - 5. Eccezione ed emergenza.*

### 1. La regola e l'eccezione.

L'eccezione è consustanziale al diritto. Nemmeno le più estreme posizioni istituzionaliste o realiste possono evitare di considerare il diritto (almeno) *anche* come un sistema di regole, ma se il diritto è tale l'eccezione gli appartiene logicamente, non tanto perché ogni regola conosca in concreto la propria eccezione, quanto perché nessuna regola può omettere di contemplarne l'astratta possibilità.

La parola non è d'agevole intendimento. Le parole del diritto raramente fanno esserlo, prese come sono nella stretta fra l'essoterismo del linguaggio naturale e l'esoterismo del linguaggio tecnico, entrambi indispensabili ai suoi scopi. Indispensabile il primo, perché imposto dall'ambizione del diritto di regolare i comportamenti sociali di esseri umani che, per determinarsi in un senso o nell'altro, devono essere messi in condizione d'intendere il precetto loro indirizzato (l'inquieta attesa di diffuse assiomatizzazioni da affidare magari ad automi giudicanti, ormai alle viste, guarda soprattutto al processo applicativo del precetto, raramente alla sua formulazione)<sup>1</sup>. Indispensabile il secondo, perché la precisione tecnica è funzionale all'erogazione di prestazioni di certezza (oltre a non essere disgiunta - talora - da un qualche

---

\* Ordinario di istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma, "La Sapienza".

\*\* Contributo non referato pubblicato ai sensi dell'art. 6 del Regolamento della Rivista AIC.

\*\*\* Questo saggio costituisce lo sviluppo della conferenza tenuta il 17 marzo 2022 presso l'Istituto Italiano per gli Studi Storici di Napoli nell'ambito del Corso su "La regola e l'eccezione" ed è destinato alla Raccolta di scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari.

<sup>1</sup> I gravi problemi derivanti da questo disassamento sono frequentemente trascurati da chi prefigura la possibilità di diffondere ovunque meccanismi di decisione giudiziale automatizzati, confidati all'intelligenza artificiale.

interesse di ceto alla conservazione di un'umbratilità inaccessibile *vulgo*)<sup>2</sup>. Qui, poi, le difficoltà di intendimento (e dunque di accordo fra i loquenti) sono accresciute dal fatto che il lemma possiede, all'un tempo, inusuale es-tensione e inusuale in-tensione; inusuale ampiezza di ambito semantico denotato, inusuale profondità di contenuti di senso espressi.

È stato recentemente sostenuto che non sarebbe "agevole definire [...] l'eccezione rispetto alla regola", perché "se [...] l'eccezione è definita e regolata dal diritto, essa diventa regola, pur se applicabile in circostanze eccezionali"<sup>3</sup>. Si tratta di una tesi che si radica in un equivoco terminologico, perché fa uso del lemma "regola" in due accezioni diverse. Nella seconda frase "regola" è intesa come sinonimo di "norma giuridica" e in questo senso non è dubbio che la previsione di un'eccezione sia essa stessa "norma giuridica". Nella prima, però, "regola" è intesa come sinonimo di "norma ordinaria" (*ius generale*), ma in questo caso la "norma eccezionale" (*ius singulare*)<sup>4</sup> è perfettamente distinguibile dalla "norma ordinaria" proprio perché è "applicabile [solo, aggiungo] in circostanze eccezionali"<sup>5</sup>.

Il problema logico, in realtà, è solo apparente e si risolve assai semplicemente ricordando che il lemma "eccezione" (ovvero l'espressione "norma eccezionale") "esprime un concetto di relazione"<sup>6</sup>, relazione che ha per altro termine la regola, senza la quale l'eccezione non potrebbe - appunto concettualmente - darsi. Se si vuole, basta dire che, pur in un senso particolare, la norma che definisce l'eccezione è una di quelle norme "inautonome" di cui parlava Kelsen, norme che - cioè, "possono essere comprese soltanto se riferite ad altre norme"<sup>7</sup>. Oppure che la regola "disciplina in un modo qualsivoglia una data classe di fattispecie F", mentre l'eccezione "disciplina in modo incompatibile una classe di fattispecie F<sub>1</sub>, che costituisce una sottoclasse di F"<sup>8</sup>.

Storicamente, nella vita del diritto, s'è però parlato di eccezione in primo luogo come istituto giuridico, non come norma. In particolare, come di un meccanismo che consente di paralizzare un'azione giudiziaria, talvolta movendosi solo in rito sul piano dei suoi vizi formali, talaltra opponendo al diritto dell'attore, sul piano sostanziale, un vero e proprio "contro-diritto"<sup>9</sup>, talaltra ancora opponendo una diversa ricostruzione dei fatti costitutivi del diritto ri-

---

<sup>2</sup> Del resto, le parole sono sempre capaci di assumere significati diversi in ragione del contesto sociale in cui le usano i loquenti, affacciandati talora sulla pubblica piazza, talaltra in più riservati salotti di *savants*.

<sup>3</sup> E. CANNIZZARO, *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, Il Mulino, 2020, 55.

<sup>4</sup> Nel testo si muove dall'idea che possa indifferentemente parlarsi di diritto eccezionale o di *ius singulare*. Così non era nella riflessione scientifica ottocentesca (A. SPINOSA, *Tra regola ed eccezione: il concetto di ius singulare nel dibattito giuridico italiano tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, n. 49, Milano, 2020, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, spec. 230 sgg.), ma oggi la distinzione, allora postulata, ha sostanzialmente perso di interesse.

<sup>5</sup> Le riflessioni critiche svolte nel testo muovono dalla (e non contestano la) premessa della tesi commentata, che - cioè - vi sia una "eccezione" definibile dal diritto. Vedremo più avanti che, intendendo l'eccezione rigorosamente, anche questa premessa diventa discutibile (v. parr. 4 e 5).

<sup>6</sup> S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 151.

<sup>7</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, trad. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, 69.

<sup>8</sup> R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in AA. VV., *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, Giuffrè, 1998, 226, nt. 23.

<sup>9</sup> Che manca, precisa opportunamente S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, cit., 159, nell'altro caso.

vendicato o della fattispecie dedotta in giudizio, come accade nel caso della c.d. “eccezione di merito” (che “*si identifica in quel fatto che, in relazione alla struttura della fattispecie costitutiva del diritto fatto valere dalla parte attrice con la domanda, assume la natura di fatto impeditivo, modificativo o estintivo dell’efficacia dei fatti costitutivi [...]*”)<sup>10</sup>. Per risalente vincolo storico, in definitiva, azione ed eccezione risultano indissolubilmente legate, tanto che si è esattamente osservato che quando manca l’*actio* (di modello romano) fatalmente difetta anche l’*exceptio* (il che è quanto accade nel più antico diritto germanico)<sup>11</sup>.

Dietro l’eccezione-istituto, nondimeno, si cela con tutta evidenza l’eccezione-norma che ne consente l’utilizzazione: se l’eccezione processuale consente una deroga (in favore del convenuto) alla regola (che favorirebbe l’attore)<sup>12</sup>, è evidente che l’eccezione-istituto sta all’azione come l’eccezione-norma sta alla regola. Sempre di un concetto di relazione, insomma, si tratta<sup>13</sup>.

Ovviamente, al di là della questione delle origini storiche, l’esistenza di questa relazione ha un’importanza giuridica che va molto al di là del diritto processuale e investe lo stesso diritto sostanziale. In alcuni ordinamenti, anzi, il diritto positivo ne tiene conto anche al fine dell’orientamento dell’attività dell’interprete. Così fa il nostro codice civile, il quale, contrariamente ad altri che dettano norme per la sola interpretazione dei contratti, contiene anche alcune prescrizioni relative all’interpretazione della legge e, per l’aspetto che qui interessa, dispone in particolare che “*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*” (art. 14 disp. prel. cod. civ.). Qui, nonostante i ricorrenti dubbi sollevati da molti, il rapporto sostanziale fra eccezione e regola viene assunto a canone interpretativo giuridicamente rilevante e certamente vincolante per gli operatori del diritto<sup>14</sup>. Tale canone, tuttavia, se esibisce un contenuto positivo chiaro, ne ha uno negativo alquanto oscuro. In positivo, è chiaro che la previsione codicistica impone di dare alle leggi (*id est.* alle leggi e alle norme) eccezionali un’interpretazione restrittiva. In negativo, invece, è oscuro il tipo di interpretazione che ne è precluso, nella risalente incertezza sull’effettiva possibilità di distinguere fra interpretazione estensiva e interpre-

---

<sup>10</sup> Così Cass. civ., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799. Ovviamente, il *punctum pruriens* di questa definizione sta nella nozione di “fatto”, che non può affatto darsi per scontata.

Sulla questione, di recente, è divenuto possibile leggere (in una ristampa anastatica dal medesimo titolo, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022) C. PUNZI, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, I, *Premesse generali*, Milano, Giuffrè, 1963, 1 sgg., precedentemente pubblicato solo in edizione provvisoria.

In più generale prospettiva epistemologica, v. le classiche considerazioni di H. POINCARÉ, *Science et méthode*, Paris Flammarion, 1920 (1<sup>a</sup> ed. 1908), 18.

<sup>11</sup> E. CORTESE, *Eccezione (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 140. Il complesso intreccio fra diritto processuale germanico e romano è descritto, movendo da uno spunto artistico, da A. TEDOLDI, *Il processo in musica nel Lohengrin di Richard Wagner*, Pisa, Pacini, 2017, spec. 17 sgg.

<sup>12</sup> G.I. LUZZATTO, *Eccezione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 136.

<sup>13</sup> L’osservazione proposta nel testo cerca di mettere in luce delle esigenze *logiche* di costruzione del rapporto fra istituto e norma, pur nella consapevolezza del fatto che nel diritto romano su queste facevano aggio le esigenze *pratiche* e *prudenziali*.

<sup>14</sup> Nel senso della piena giuridicità e vincolatività delle disposizioni preliminari, ad es., V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell’interpretazione ed applicazione delle leggi*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, Cedam, 1940, 675 sg.; N. BOBBIO, *Analoga*, in *Nss.D.I.*, vol. I, Torino, UTET, 1957, 601 sgg., ora in *Id.*, *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2011, 52.

tazione analogica. L'incertezza, anzi, investe la stessa possibilità di parlare di "interpretazione analogica" anziché di "analogia", perché ancora in tempi recenti è stata sostenuta la tesi dell'estraneità dell'analogia all'interpretazione<sup>15</sup>, ora recuperando qualcosa della posizione - che Ugo Petronio ha ascrivito alla dottrina e alla pratica misuratesi sul *code civil* napoleonico - di chi affermava che l'*analogia* non avrebbe nulla a che vedere con l'*interpretazione*, costituendo essa solo un fatto di *applicazione* del diritto<sup>16</sup>, ora intendendo l'analogia come un procedimento non interpretativo, ma integrativo, ovvero autointegrativo, dell'ordinamento<sup>17</sup>.

La questione affatica "da tempo ormai immemorabile"<sup>18</sup> giuristi positivi e filosofi del diritto e non è certo il caso di riprenderla compiutamente qui. Basterà dire che i pur raffinati tentativi di operare una salda distinzione fra interpretazione estensiva e interpretazione analogica non hanno condotto ad approdi da tutti condivisi<sup>19</sup> e che oggi, in dottrina, è sempre più frequente vedere l'interpretazione estensiva e l'interpretazione analogica unitariamente ricostruite quali termini di un'endiadi (non a caso si parla anche della "estensione analogica" come di un'unica operazione intellettuale)<sup>20</sup>. Per non parlare dei casi in cui, commentando il divieto codicistico, lo si risolve nella sola "esclusione dell'argomento analogico"<sup>21</sup>, quasi disinteressandosi della nozione stessa di interpretazione estensiva.

Né le cose vanno diversamente in giurisprudenza. Così, limitandosi a quella civile di legittimità<sup>22</sup>, è stato detto che ogni "*misura eccezionale [...] è di stretta interpretazione e non*

---

<sup>15</sup> Cfr., ad es., A.E. CAMMARATA, *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 1018, il quale ritiene l'analogia operazione intellettuale che presuppone - già compiuta - l'interpretazione. Ancor più di recente, V. VELLUZZI, *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in AA. VV., *Interpretazione giuridica e retorica forense: il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, a cura di M. Manzin e P. Sommaggio, Milano, Giuffrè, 2006, 142 sg., ha sostenuto che "Data un'interpretazione di una formulazione normativa si ha interpretazione estensiva della formulazione normativa medesima ove si determini un significato più ampio, ma rientrante nell'ambito dei significati possibili", mentre "L'analogia interviene quando ci si muove, per così dire, fuori dai significati possibili".

<sup>16</sup> U. PETRONIO, *L'analogia tra induzione e interpretazione prima e dopo i codici giusnaturalistici*, ora in *Id.*, *Attività giuridica moderna e contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2012, spec. 83.

<sup>17</sup> Così, ad es., F. MODUGNO, *L'analogia nella logica del diritto*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, 20.

<sup>18</sup> V. VELLUZZI, *La distinzione*, cit., 136.

<sup>19</sup> Ricordo, in particolare, l'opinione di M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, 516 sgg., e 1942, 35 sgg., a un certo momento ripresa da N. BOBBIO, *Analogia*, cit., 56 (che poi si orienterà nel senso della distinguibilità concettuale e dell'indistinguibilità funzionale - nel senso che le medesime cose si possono fare con l'interpretazione estensiva e con l'analogia - in N. BOBBIO, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.*, I, 1968, 698). Per Giannini l'interpretazione estensiva si limita a estendere - appunto - il significato della norma oltre il confine che inizialmente le è proprio, mentre quella analogica evoca principi dai quali si desume la disciplina tanto del caso da regolare quanto di quello, considerato simile, col quale si opera il raffronto. Sennonché sembra difficile negare che anche nell'interpretazione estensiva in tanto l'estensione è operata in quanto si faccia sia pur implicito riferimento a principi che la legittimano.

<sup>20</sup> R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., 269.

<sup>21</sup> G. TARELLO, *Argomenti interpretativi*, in *Dig. disc. priv.*, vol. I, Torino, UTET, 1987, 423, ma v. *Id.*, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 1980, 351 sg., laddove fa coincidere l'argomento a *simili* (cioè l'interpretazione analogica) con l'interpretazione estensiva "in sede interpretativa", ma lo differenzia "in quanto regola sulla produzione normativa".

<sup>22</sup> Ma lo stesso accade in quella amministrativa, tant'è vero che ora si dice che "*l'interpretazione analogica attiene ai metodi di integrazione del diritto (ed è quindi, secondo talune ricostruzioni, un atto di costruzione normativa), mentre l'interpretazione (anche) estensiva rientra nei metodi interpretativi propriamente detti*" (Cons. Stato, Sez. IV, 1° dicembre 2021, n. 8012), ora che "*i provvedimenti di deroga a norme di carattere generale vanno considerati di carattere eccezionale e quindi non ne è consentita una interpretazione estensiva. Infatti la dero-*

suscettibile, pertanto, di interpretazione estensiva o analogica<sup>23</sup>, con ciò postulando una perfetta equivalenza fra le due procedure di interpretazione, entrambe precluse a fronte di certe categorie di norme, relazionalmente identificate per il tipo di rapporto che intrattengono con altre. Le quali altre, talora, sono considerate solo quelle “ordinarie” (alle quali si contrappone la norma propriamente “eccezionale” o “derogatoria”), ma talaltra anche quelle “generali” (alle quali si contrappone la norma semplicemente “speciale”)<sup>24</sup>, con la conseguenza di estendere a dismisura il divieto codicistico.

Altra parte della giurisprudenza di legittimità segue un diverso indirizzo, parlando di norme che, “pur non essendo suscettibili di applicazione in via analogica, in quanto norme eccezionali, possono essere oggetto d’interpretazione estensiva”<sup>25</sup>, e così facendo limita il divieto stabilito dall’art. 14 disp. prel. cod. civ. a uno solo dei due tipi di interpretazione altrimenti assoggettati al medesimo regime a fronte di norme caratterizzate dal loro “fare eccezione”. In questa diversa prospettiva diventa cruciale la distinzione concettuale fra interpretazione estensiva e interpretazione analogica, che nell’altra, a fronte del riconoscimento di un identico regime giuridico, può anche rimanere indifferente.

Non è dunque un caso che, sempre in questo secondo indirizzo della giurisprudenza di legittimità, si siano fatti tentativi di distinguere i due tipi di interpretazione. Così, s’è detto dell’interpretazione estensiva ch’essa “costituisce il risultato di un’operazione logica volta ad individuare il reale significato e la portata effettiva della norma, che permette di determinarne l’esatto ambito di operatività anche oltre il limite apparentemente segnato dalla sua formulazione testuale, tenendo conto dell’intenzione del legislatore e della causa [nella specie si trattava di un credito]”<sup>26</sup>. E quanto all’interpretazione analogica s’è detto che, “secondo l’art. 12, comma 2, delle [...] disposizioni preliminari, quando una controversia non può essere decisa con una specifica disposizione - da interpretarsi, ai sensi dell’art. 12, comma 1, secondo i canoni dell’interpretazione letterale, sistematica, teleologica e storica - il giudice ricorre all’analogia legis, ovvero estende al caso non previsto la norma positiva dettata per casi simili o materie analoghe. E se, ciò nonostante, permane il dubbio interpretativo, troverà applicazione l’analogia iuris, ossia l’applicazione dei principi generali dell’ordinamento giuridico. In tal modo, il ricorso all’analogia si risolve in un meccanismo integrativo dell’ordinamento

---

ga alla norma generale, avendo carattere eccezionale, non è applicabile per analogia al di fuori dei casi per essa testualmente contemplati” (Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2014, n. 3568).

<sup>23</sup> Così, citando Cass. civ., Sez. 6-1, 12 novembre 2015, n. 23175, e Cass. civ., Sez. 6-1, 18 luglio 2018, n. 19071, da ultimo, Cass. civ. Sez. I, Ord., 15 febbraio 2022, n. 4965. In questo stesso senso, però, anche moltissimi altri precedenti.

<sup>24</sup> Si legge in Cass. civ., Sez. V, Ord. 14 dicembre 2021, n. 39799 (ma anche in altre consimili pronunce): “Come è evidente siamo in presenza di una norma che, prevedendo una agevolazione fiscale, ha natura speciale e derogatoria della norma generale che istituisce il tributo e perciò, essendo di stretta interpretazione, non può essere applicata al di fuori delle ipotesi tipiche e tassative indicate, stante il divieto non solo di applicazione analogica, ma anche di interpretazione estensiva, in conformità a quanto stabilito dall’art. 14 preleggi”.

<sup>25</sup> Cass. civ., Sez. I, Ord. 18 gennaio 2022, n. 1485

<sup>26</sup> Cass. civ., Sez. I, Ord. 18 gennaio 2022, n. 1485, cit. Analogamente, Cass. civ., Sez. I, Ord. 11 gennaio 2022, n. 617.

che permette al giudice di decidere comunque, anche in presenza di una lacuna normativa<sup>27</sup>.

Allorché si ragiona in questo modo, però, allorché - dunque - l'*analogia legis* consiste nella "estensione" di una norma a un caso alla cui regolazione non è espressamente preordinata, la giurisprudenza che opera il *distinguo*, magari semplicemente vedendo in quella analogica una forma di interpretazione più "estrema" di quella estensiva<sup>28</sup>, finisce per sollecitare non pochi interrogativi e in particolare questo: se in entrambi i casi ciò che accade è la "estensione" della portata precettiva di una norma, dove sta la differenza? La differenza residuerebbe, semmai, con l'*analogia iuris*, ma nella ricostruzione giurisprudenziale che ora s'è riportata (e già prima in autorevoli impostazioni dottrinali)<sup>29</sup> essa è "analogia" solo *verbis*, perché in realtà si tratta - puramente e semplicemente - di applicazione dei principi generali proprio in difetto della possibilità di reperire in via d'interpretazione analogie fra caso e caso, fra norma e norma. Regna dunque l'incertezza e lo stesso confine fra interpretazione estensivo/analogica e interpretazione sistematica, che dovrebbe essere saldo (interpretare sistematicamente significa inserire il testo della disposizione normativa nel suo contesto ordinamentale, mentre - al di là delle diversità delle opinioni - ricorrere all'interpretazione estensivo/analogica significa almeno allargarne lo spazio precettivo al di là del confine segnato dal testo), sovente viene in giurisprudenza (penso in particolare a quella costituzionale) enunciato<sup>30</sup>, ma non rispettato<sup>31</sup>.

Tutto questo spiega il diffuso scetticismo sulla possibilità di operare una distinzione convincente, sino alla conclusione, tratta a suo tempo da Letizia Gianformaggio, che "l'interpretazione estensiva è una analogia «facile» (ritenuta o pretestuosamente fatta passare per), accettabile dal senso comune dei giuristi; l'analogia è una estensione che richiede giustificazione"<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> Così prosegue il precedente già ricordato: "L'interpretazione, o applicazione, analogica, o per analogia, consiste dunque nel procedimento mediante il quale chi interpreta ed applica il diritto può sopperire alle eventuali deficienze di previsione legislativa (c.d. lacuna dell'ordinamento giuridico) facendo ricorso alla disciplina normativa prevista per un caso «simile» ovvero per «materie analoghe»: ciò, in quanto il giudice deve decidere ogni caso che venga sottoposto al suo esame («obbligo di non denegare giustizia») e deve assumere la relativa decisione applicando una norma dell'ordinamento positivo («obbligo di fedeltà del giudice alla legge»: art. 101 Cost., comma 2) (Cass. 8 agosto 2005, n. 16634)".

E ancora: "Segnatamente, per poter ricorrere al procedimento per analogia, è necessario che: a) manchi una norma di legge atta a regolare direttamente un caso su cui il giudice sia chiamato a decidere; b) sia possibile ritrovare una o più norme positive (c.d. analogia legis) o uno o più principi giuridici (c.d. analogia iuris) il cui valore qualificatorio sia tale che le rispettive conseguenze normative possano essere applicate alla fattispecie originariamente carente di una specifica regolamentazione, sulla base dell'accertamento di un rapporto di somiglianza tra alcuni elementi (giuridici o di fatto) della fattispecie regolata ed alcuni elementi di quella non regolata: costituendo il fondamento dell'analogia la ricerca del «quid comune», mediante il quale l'ordinamento procede alla propria «autointegrazione» (così la S.C., nella sentenza appena citata). Presupposti per l'utilizzo dell'analogia, quale mezzo di integrazione dell'ordinamento giuridico sono, dunque, la presenza di una lacuna dell'ordinamento e che le norme da applicare disciplinino un caso simile".

<sup>28</sup> Cfr., ad es., Cass. civ., Sez. V, 28 gennaio 2022, n. 2732.

<sup>29</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Analogia*, cit., 57.

<sup>30</sup> V., ad es., la sent. n. 1 del 2013.

<sup>31</sup> V. la sent. n. 26 del 1982.

<sup>32</sup> L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, vol. I, Torino, UTET, 1987, 327.

La discussione sull'analogia interessa da vicino chi si occupa dell'eccezione nell'esperienza giuridica e nel pensiero dei giuristi perché qui si misura appieno il profilo teleologico generale dell'eccezione. La ricerca storica ha mostrato che l'interesse sotteso all'idea dell'eccezione, al fondo, sta nell'utilizzare la deroga come espediente di temperamento del diritto astratto in nome della concreta equità<sup>33</sup> e il divieto di estensione analogica delle norme eccezionali lo conferma. Mentre l'eccezione fa valere esigenze di equità/singularità, l'analogia si aggancia a quelle di eguaglianza/universalità: quanto più si estende l'uso dell'*argumentum a contrario* tanto più si estendono le ragioni dell'equità (intesa come appropriatezza); quanto più si estende l'uso dell'*argumentum a simili* tanto più si estendono le ragioni dell'eguaglianza (intesa come universalità). S'intende bene, allora, la ragione del divieto codicistico: il bilanciamento fra equità ed eguaglianza (intese nei termini ora indicati)<sup>34</sup> è stato già compiuto dal legislatore con l'adozione della norma eccezionale, sicché esso non può essere mutato dall'interprete attraverso l'estensione analogica, alterando, anzi rovesciando, il punto di equilibrio.

Che si dia una parentela storica fra *interpretatio analogica* e (per utilizzare il neologismo latino azzardato da Tarello) *interpretatio equitativa*<sup>35</sup> non deve dunque ingannare, né deve ingannare il fatto che, nella pratica giuridica (giusto o - come a me sembra - sbagliato che sia), sotto l'affermazione o il rifiuto della rilevanza dell'eccezione si celino preoccupazioni equitative<sup>36</sup>, che orientano nell'"individuare le situazioni a cui applicare la regola, e le eccezioni alla regola"<sup>37</sup>. Il criterio, qui, non è mai solo l'equità, ma è sempre anche l'eguaglianza: alla coppia dei termini della relazione (regola/eccezione) corrisponde la coppia dei principi che ne orientano il governo (eguaglianza/equità). E quel governo spetta al legislatore.

A ben vedere, impostando così la questione, cioè collegando (tanto nel diritto sostanziale, quanto in quello processuale, come s'è visto) l'eccezione all'equità, è come se di dicesse che attraverso di essa le ragioni della *legittimità* possono fare aggio su quelle della *legalità*. Il contrasto fra questi due ordini di ragioni, anzi, può determinare effetti così profondi da imporre addirittura il primeggiare (se non il sostituirsi) di un sistema di diritto su un altro. Del resto: mutato tutto ciò che v'è da mutare, non è proprio questo quel che era già accaduto nel rapporto fra *ius honorarium* e *ius civile*<sup>38</sup>, dei quali l'istituto processuale dell'eccezione -

---

<sup>33</sup> E. CORTESE, *Eccezione (diritto intermedio)*, cit., 145.

<sup>34</sup> La precisazione è necessaria, perché nel testo non si postula un'improbabile opposizione *ontologica* fra equità ed eguaglianza, ma si prospetta semplicemente l'ipotesi di un loro dissidio *pratico* ove esse siano intese - rispettivamente - come appropriatezza e come universalità. L'idea di giustizia evoca quelle di generalità della legge e di eguaglianza davanti alla legge ("Gerechtigkeit [...] fordert Allgemeinheit des Gesetzes, Gleichheit vor dem Gesetz": G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, 2<sup>a</sup> ried. dell'ed. 1932, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, C.F. Müller, 2003, 26), ma generalità e universalità non sono la stessa cosa.

Va poi da sé che un trattamento "eguale" può essere anche "equo", ma universalità e appropriatezza ben possono non coincidere, sicché, quando ciò accade, la prevalenza dell'una o dell'altra va ricercata nella scelta normativa di volta in volta compiuta dal legislatore.

<sup>35</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 35.

<sup>36</sup> A.E. CAMMARATA, *Formalismo giuridico*, loc. cit., cui aderisce F. MODUGNO, *Unità della scienza giuridica? Dottrina, giurisprudenza, interpretazione*, in *Osservatorio AIC*, 2014, 5.

<sup>37</sup> A. GIULIANI, *Le Preleggi. Gli articoli 1-15 del Codice civile*, Torino, UTET, 1999 (estr. dal *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno), 66.

<sup>38</sup> S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, cit., 152.



scriveva un giovanissimo Carré de Malberg nella sua tesi dottorale - aveva formalizzato l'*antagonisme*<sup>39</sup>, apportando “un correctif d'équité aux rigueurs du formalisme primitif”<sup>40</sup>?

Inutile soffermarsi sull'evidente importanza di questo potenziale contrasto: vedremo più avanti come nella prospettiva del diritto costituzionale proprio questo alludere a un conflitto fra legittimità e legalità e questo evocare - al limite - la problematizzazione di un rapporto addirittura fra più ordini giuridici collochi il lemma “eccezione” al centro di una complessa trama concettuale (qual è quella sottesa all'uso dell'espressione “stato di eccezione”) che va ricostruita attentamente nei fili che la compongono, in prevenzione dei gravi equivoci teorici e politici nei quali oggi s'è impantanato il dibattito pubblico sullo Stato nella pandemia.

## 2. Eccezione ed eccezionalità soggettiva.

L'eccezione, s'è già detto, risulta rilevante per il diritto in modi e per profili molteplici. Quello dell'eccezionalità intesa come caratteristica del soggetto di diritto è forse più nascosto e ora, negli ordinamenti democratici contemporanei fondati sul principio di eguaglianza, s'è fatto necessariamente recessivo. Ma non così recessivo da rendere vano chiedersi di cosa si tratti.

Paradigmi dell'eccezionalità soggettiva sono l'eroe e il santo, figure fuori del comune, pienamente umane, certo, ma portatrici della capacità di rendere comunque percepibile la dimensione del sacro<sup>41</sup>. Eppure, l'eroe (o il santo) e il genio non sono sottomessi alla norma giuridica meno di quanto lo siano il pavido (o il peccatore) e lo stolto, tutti essendo parimenti destinati a essere investiti dalla forza eguagliatrice del precetto di diritto. Tuttavia recessività non equivale a scomparsa e l'eccezionalità soggettiva riemerge nel diritto, ancora oggi, in plurime forme di manifestazione.

La questione di un'eccezione legata a condizioni soggettive si era storicamente posta nella forma radicale della completa sottrazione alle obbligazioni giuridiche implicata dalla titolarità di una carica. Il principio medievale “*the king can do no wrong*” aveva esattamente questa portata e il suo riconoscimento s'è rivelato funzionale al consolidamento della causa monarchica per un lungo periodo di tempo: ancora a metà del diciannovesimo secolo l'art. 4 dello Statuto albertino lo traduceva in una formula (“*La persona del Re è sacra ed inviolabile*”) pensata proprio per perpetuare il primato del monarca ed esprimere plasticamente una detenzione solitaria della sovranità che solo un'interpretazione ardita delle norme statutarie, resa possibile dai mutati rapporti di forza politici e sociali, avrebbe rapidamente cancellato.

---

<sup>39</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, Paris, Arthur Rousseau, 1887, 7.

<sup>40</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Histoire de l'exception*, cit., 12. Il tutto grazie all'iniziativa del pretore (si trattava di “un moyen de défense prétorien, tiré de l'équité”): *ivi*, 103. Lo stesso Carré de Malberg ammonisce sul fatto che, in epoca imperiale, l'eccezione servirà anche, però, a far valere con più efficacia talune disposizioni date dal *princeps* (*ivi*, 104).

<sup>41</sup> M. FUMAGALLI BEONIO BROCCIERI - G. GUIDORIZZI, *Corpi gloriosi. Eroi greci e santi cristiani*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 5.



Quel principio, nondimeno, ha subito una singolare vicenda storica, il cui tornante decisivo è da collocare al momento della crisi del regime degli Stuart, allorché esso venne richiamato sia per far valere l'istanza regia di riconoscimento di un potere assoluto, sia - rovesciandone la logica iniziale e "marketing [...] new wine in old bottles"<sup>42</sup> - per opporle la pretesa parlamentare di assorbire la sovranità nella rappresentanza. Doppio era infatti il taglio della lama dell'irresponsabilità, perché doppio (al di là dell'unitario richiamo alla *maiestas*, comune a entrambe le letture) poteva esserne il fondamento: si poteva ritenere che l'irresponsabilità non fosse altro che la logica conseguenza dell'illimitatezza del potere del monarca, certo, ma si poteva anche ritenere ch'essa, altrettanto logicamente, derivasse dalla natura più formale che sostanziale di quel potere, in applicazione del principio che potere e responsabilità vanno di pari passo (se c'è potere deve darsi responsabilità, ma non può essere ascritta responsabilità a colui che non ha potere).

Questa seconda possibilità di leggere il principio di irresponsabilità era stata sempre logicamente aperta, ma si era fatta praticabile storicamente soltanto nel momento in cui s'erano sviluppate forze politico-sociali interessate a rovesciarne l'intenzione originaria, trasformandolo nel grimaldello argomentativo da brandire per scardinare l'onnipotenza regia. Certo, ben altre lame - stavolta di morte - dovevano farsi nella pratica calare per ottenere il risultato, ma nella teoria l'argomento risultava assai efficace e i suoi sostenitori, utilizzandolo, potevano presentarsi come difensori, non come eversori della tradizione e come autentici interpreti di quel *law of the land*, di quel diritto autoprodotta della comunità degli inglesi che costituiva l'oggetto del maggiore rispetto e della più convinta deferenza.

Proprio l'efficacia dell'argomento, però, ha finito per contribuire a consolidare un principio sempre meno armonico con le tendenze evolutive della forma di governo. È noto che nelle monarchie costituzionali sono state escogitate abili soluzioni per supplire all'irresponsabilità del monarca<sup>43</sup> pur mantenendo ferma quella "fictitious mediaeval maxim"<sup>44</sup>, però man mano che il pendolo del potere, in quelle forme di governo, si è spostato verso il polo parlamentare, allontanandosi da quello monarchico, l'incoerenza del principio dell'irresponsabilità con quello della sovranità popolare si è fatta sempre più evidente, perché non basta che la Corona (come istituzione), il Fisco, lo Stato o l'Amministrazione siano resi responsabili in vece di un monarca cui nulla può imputarsi: il sentimento dell'eguaglianza non reclama solo il soddisfacimento purchessia di un interesse, ma anche la specifica ascrizione della responsabilità alla persona che ha commesso il fatto antiggiuridico. Insomma: non basta che il *meunier* di Sans-Souci possa rivolgersi a "un juge à Berlin"<sup>45</sup>, ma occorre che quel *juge*

---

<sup>42</sup> J. GREENBERG, *Our Grand Maxim of State, "The King can do no Wrong"*, in *History of Political Thought*, n. 2/1991, 211.

<sup>43</sup> V. alcune indicazioni in M. PERINI, *Il capo dello stato dall'Italia liberale al fascismo: il re (non) è nudo*, in *D&Q*, n. 13/2013, spec. 650 sgg.

<sup>44</sup> H. BERRY, *The King can do no Wrong*, in *Virginia L. Rev.*, 1925, 356.

<sup>45</sup> F. ANDRIEUX, *Le Meunier de Sans-Souci. Anecdote*, in Id., *Contes et opuscules en versés et en prose*, Paris, Renouard, 1800, 47. Alla domanda di Federico di Prussia che aspirava a impossessarsi del suo mulino nei pressi di Sans-Souci ("Sais-tu que, sans payer, je pourrais bien le prendre?") nei versi di Andrieux il mugnaio, come si sa, rispose: "Vous? de prendre mon moulin? Oui! si nous n'avions pas des juges à Berlin".

abbia il potere di condannare, se serve, lo stesso Federico di Prussia, e di condannarlo come persona fisica, non solo come titolare di una carica pubblica.

In questa prospettiva l'elaborazione della pur raffinata dottrina della scissione fra il corpo naturale e il corpo politico del re, che ha percorso un lunghissimo arco del pensiero politico occidentale<sup>46</sup>, è servita a poco. Essa ha avuto successo nel consolidare il principio che il re non muore mai<sup>47</sup> e il convincimento che il suo corpo politico è invisibile, indivisibile e intoccabile<sup>48</sup>, ma quando s'è trattato di estenderla al tema della responsabilità non ha prodotto come risultato alcun utile compromesso, bensì il "deadly assault"<sup>49</sup> sia alla regalità in generale che all'intangibilità fisica del re, sino alla decapitazione di Carlo I Stuart.

La realtà è che, per quanto temperato, è il principio monarchico in sé che appare incompatibile con quello democratico, impedendo che si realizzi appieno il valore dell'eguaglianza sul quale le democrazie sono assise<sup>50</sup>. Se nella riflessione in prospettiva etica anche l'ipotesi della semplice *sospensione* dell'obbligazione morale ha sollecitato interrogativi laceranti come quelli posti da Kierkegaard in *Timore e tremore*<sup>51</sup>, a più forte ragione se ne sollecitano nella riflessione in prospettiva giuridica quando s'ha a che fare con la radicale *esenzione* dalla responsabilità. In un ambiente democratico, anzi, un simile esito dovrebbe essere stato ormai privato di senso, perché nessuna qualità soggettiva, in un mondo di eguali, consente di sfuggire al diritto e alle sue obbligazioni<sup>52</sup>. Eppure...

Eppure accade che un lascito dell'antica esenzione da responsabilità perduri ancora oggi, non solo nelle *crowned democracies*<sup>53</sup> che continuano a darsi un capo dello Stato monarchico, ma anche nelle democrazie repubblicane. Perdura in forme impallidite e talora quasi larvali, certo, e ciononostante problematiche. Si tratta di relitti storici, in parte, ma in parte di istituti funzionali al corretto andamento di istituzioni democratiche che per non essere dilaniate dall'inarrestabilità del primato del numero hanno bisogno d'imprimersi su una carta a filigrana tuttora monarchica o aristocratica.

Così, se l'*esenzione* dalla responsabilità è inaccettabile, non lo è la sua *limitazione*, utile perché almeno una qualche aura di sacralità continui ad avvolgere le istituzioni, diven-

---

<sup>46</sup> E.H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1957, trad. it. di G. Rizzoni, *I due corpi del Re*, Torino, Einaudi, 1989, *passim*.

<sup>47</sup> E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi del Re*, cit., 267 sgg.

<sup>48</sup> E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi del Re*, cit., 7.

<sup>49</sup> J. GREENBERG, *Our Grand Maxim of State*, cit., 218.

<sup>50</sup> Come ha ben chiarito A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 2003, 45, specie nelle monarchie ereditarie tutti i cittadini (a eccezione - appunto! - di pochissimi legittimati) sono esclusi dall'accesso alla più alta carica dello Stato.

Il punto appare evidente anche nella prospettiva dinamica della forma di governo. Mi permetto di rinviare, sul punto, a M. LUCIANI, *Governo (forme di)* in *Enc. dir. - Annali*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 2009, 547, nt. 83.

<sup>51</sup> S. KIERKEGAARD, *Frygt og Bæven*, trad. it. di F. Fortini e K. Montanari Guldbrandsen, *Timore e tremore*, Milano, Mondadori, 2008, spec. 280 sgg.: la sospensione, realizzatasi nell'inaudita disponibilità di Abramo al sacrificio del proprio figlio prediletto, Isacco, è concepibile solo grazie a quell'ergersi dell'Individuo al di sopra del Generale che gli è permesso dalla fede.

<sup>52</sup> L'indistinguibilità, in democrazia, di governanti e governati è sottolineata con particolare forza (anche per uno strumentale interesse a sorreggere il regime dell'acclamazione: *ivi*, 243) da C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 5<sup>a</sup> ed., rist. dell'ed. 1928, Berlin, Duncker & Humblot, 1970, 237: "Diejenigen, die regieren, sind durch das Volk, nicht vom Volk unterschieden".

<sup>53</sup> J. GREENBERG, *Our Grand Maxim of State*, cit., 209.

tando tanto più preziosa quanto meno fa presa il principio di autorità<sup>54</sup> e quanto più ai giorni d'oggi si svisceri il prestigio dei titolari delle cariche pubbliche, in un distruttivo processo di omologazione verso il basso di governanti e governati che parrebbe dar ragione al nietzschiano convincimento che per guidare la massa “bisogna avere tutte le qualità della massa: quanto meno essa si vergognerà di fronte a lui, tanto più il grand'uomo sarà popolare”<sup>55</sup>. È per questo che la Costituzione limita la responsabilità del capo dello Stato (art. 90) e circoscrive quella dei parlamentari (art. 68), contemplando anche alcuni specifici istituti procedurali di garanzia (stavolta pure per il Governo: art. 96). E non è certo un caso che l'equilibrio fra potere legislativo e potere giudiziario si sia profondamente modificato<sup>56</sup> proprio con l'eliminazione di uno di questi istituti (l'autorizzazione a procedere) con la l. cost. 29 ottobre 1993, n. 3<sup>57</sup>.

Anche in altri e forse più nascosti luoghi costituzionali, peraltro, il tema dell'eccezionalità soggettiva trova tuttora emersione. Così, l'art. 59, comma 2, consente al Presidente della Repubblica di nominare senatori a vita “*cittadini che hanno illustrato la Patria [...]*”. L'art. 87, ultimo comma, dispone che sia sempre il Presidente della Repubblica a conferire le “*onorificenze*”. E l'art. 106, comma 3, contempla la chiamata “*per meriti insigni*” all'ufficio di consigliere della Corte di cassazione. Tutte fattispecie di secondaria importanza, indubbiamente, che nondimeno attestano il perdurante e carsico scorrere di antiche idee istituzionali, legate a un passato predemocratico.

L'eccezionalità soggettiva si presenta anche al livello delle fonti primarie<sup>58</sup> e può emergere addirittura pel profilo della distribuzione dell'utile sociale. A prima vista essa parrebbe non contare più nulla: ben pochi sottoscriverebbero ancora (e comunque si troverebbero nell'impossibilità di farlo mantenendo fermo il principio democratico) le parole di Callicle nel *Gorgia*, quando argomentava a favore del diritto del più forte e del più intelligente non solo a comandare, ma anche a ricevere una quota maggiore di beni (πλέον ἔχειν) rispetto al

---

<sup>54</sup> Nel testo ricomprendo nell'idea di autorità anche quella che comunemente viene chiamata “autorevolezza”, intesa come fonte di un rispetto radicato nella competenza e saggezza del soggetto autorevole.

<sup>55</sup> F. NIETZSCHE, *Menschliches, Allzumenschliches*, Chemnitz, 1876, trad. it. di S. Giametta, *Umano, troppo umano*, I, Milano, Mondadori, 2008, 599.

<sup>56</sup> Nella discussione pubblica dei nostri giorni le valutazioni di quella modificazione divergono assai. V., ad es., le opposte posizioni di G. BENEDETTO, *L'eutanasia della democrazia. Il colpo di mani pulite*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2021, e P. DAVIGO, *L'occasione mancata. Mani pulite trent'anni dopo*, Roma-Bari, Laterza, 2021.

<sup>57</sup> È da chiedersi se questa scelta radicale fosse necessaria e se a prevenire gli abusi indiscutibilmente susseguitisi nell'utilizzazione dell'istituto dell'autorizzazione a procedere non bastasse già il testo unificato presentato il 10 luglio 1992 dalla Commissione speciale della Camera dei deputati. Il suo fulcro (come riconosciuto dal relatore di maggioranza, on. C. Casini (cfr. XI Legislatura, *Resoconto* della seduta del 10 luglio 1992, 971), stava nella facoltà delle singole Camere di sospendere - ma motivatamente e a maggioranza assoluta - i processi (e nella loro prosecuzione in caso di inerzia parlamentare). Ora, poiché gli abusi erano stati perpetrati soprattutto tramite il tacito insabbiamento delle richieste di autorizzazione a procedere, è possibile che neutralizzare l'inerzia parlamentare e obbligare alla motivazione, costringendo ad assunzioni di responsabilità politica molto scomode, avrebbe comunque impresso tutt'altro segno ai rapporti fra magistratura e politica.

<sup>58</sup> Si pensi alle promozioni e agli avanzamenti “per meriti eccezionali” (v., ad es., art. 21 r.d. 30 dicembre 1937, n. 2584; art. 36 l. 1° aprile 1981, n. 121; art. 61 d. lgs. 12 maggio 1995, n. 199; artt. 1061, 1062 e 1693 del d. lgs. 15 marzo 2010, n. 66, recante il “Codice dell'ordinamento militare”, etc.).

più debole<sup>59</sup>. Nondimeno, anche qui qualche relitto del passato riaffiora, ad esempio quando l'ordinamento riconosce benefici economici ai "cittadini illustri".

È quanto è accaduto, da noi, con la c.d. "legge Bacchelli", che ha previsto la possibilità di erogare "un assegno straordinario vitalizio a favore dei cittadini, italiani di chiara fama, che abbiano illustrato la Patria con i meriti acquisiti nel campo delle scienze, delle lettere, delle arti, dell'economia, del lavoro, dello sport e nel disimpegno di pubblici uffici o di attività svolte a fini sociali, filantropici e umanitari e che versino in stato di particolare necessità" (art. 1, comma 2, l. 8 agosto 1985, n. 440). Si noterà peraltro la significativa particolarità: non è tanto la qualità soggettiva del "forte" o dell'"intelligente" che conta, quanto la sua opera; entro una sorta di ragionevole sinallagma, la Patria, "illustrata" da uno dei suoi cittadini, ne ricambia i servizi riconoscendogli un beneficio economico vitalizio. Il che, a ben vedere, non smentisce l'eccezione, ma ne evita il frontale scontro con il principio di eguaglianza, prospettando almeno uno scambio di *utilitates*.

### 3. Eccezione ed eccezionalità oggettiva.

Apparentemente meno problematico, ma in realtà parimenti complesso, anche il rapporto fra il diritto e l'eccezionalità oggettiva.

Paradigma dell'evento eccezionale è stavolta il miracolo<sup>60</sup>, ma il diritto secolarizzato esita tanto nel riconoscerlo quanto nel negarlo. "I miracoli [dei moderni] sono soltanto una parte delle imposture [che furono già degli antichi]" ha scritto Carlo Augusto Viano<sup>61</sup>, ma l'ordinamento non riesce a far proprie delle asserzioni tanto perentorie e traccia il confine tra il miracolo e l'impostura (rilevante per l'applicazione di norme come quelle sulla truffa o la circonvenzione) lungo la linea che separa il fenomeno religioso dalle altre sfere di attività umana (sicché l'affermazione di un miracolo da parte di una chiesa non costituisce raggiro, mentre lo è la cura miracolosa spacciata dal Dulcamara di turno). Così, se è penalmente illecito "approfitta[re] della particolare debolezza psicologica di persone affette da patologie anche gravi per suscitare speranze, sicuramente illusorie" in difetto di "evidenze scientifiche di

---

<sup>59</sup> Gorgia, 490a; 491 d.

<sup>60</sup> Per una teologia che veda l'impronta della volontà divina in ogni elemento della realtà la distinzione tra miracoli e fenomeni naturali non è semplice. La trova nella rarità e sporadicità dei primi J. DONOSO CORTÉS, *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo, considerados en sus principios fundamentales*, Barcelona, 1851, 83: "[...] la divina voluntad se ejecuta y se cumple por dos diferentes maneras, y en virtud de dos leyes distintas. Una de estas dos maneras se llama y es, natural, y la otra se llama y es, milagrosa. Los hombres llamarnos naturales á los prodigios diarios, y milagrosos á los prodigios intermitentes". Nella traduzione italiana di G. Allegra, *Saggio sul cattolicesimo, il liberalismo e il socialismo*, Milano, Rusconi, 1972, 122, emerge un ancor più saldo legame fra miracolo ed eccezione, visto che ivi s'è scelto di rendere "intermitentes" con "eccezionali". Ma si tratta, a me sembra, di una scelta opinabile.

<sup>61</sup> C.A. VIANO, *Le imposture degli antichi e i miracoli dei moderni*, Torino, Einaudi, 2005, XI (parentesi quadre mie).

guarigioni o miglioramenti [...]”<sup>62</sup>, non lo è promettere guarigioni intermedie dai santi o dalla potenza divina<sup>63</sup>.

Senonché, questa soluzione si rivela subito estremamente opinabile e incerta, perché sfugge al diritto la capacità di definire con precisione il fenomeno religioso. Anzi, in giurisprudenza è stato scritto che “*La mancanza nell’ordinamento di una definizione del concetto di religione non è [...] casuale, ma è ispirata alla complessità e alla polivalenza della nozione di essa e alla conseguente necessità di non limitare con una definizione preconstituita e per ciò stesso restrittiva l’ampia libertà religiosa [...]*”<sup>64</sup>. In queste condizioni la stessa Corte costituzionale non è andata oltre la generica affermazione che (non essendo sufficiente l’autoqualificazione) sono confessioni religiose quelle che hanno stipulato un’intesa con lo Stato italiano, fermo restando che, in mancanza, “*la natura di confessione potrà risultare anche da precedenti riconoscimenti pubblici, dallo statuto che ne esprima chiaramente i caratteri, o comunque dalla comune considerazione*”. Ammesso che questi siano veri “indici” di riconoscimento, come ha affermato la Corte di cassazione<sup>65</sup>, si tratta di paradigmi debolissimi ed estremamente generici: la vicenda di Scientology, conclusasi con il faticoso e non chiarissimo riconoscimento dello *status* di associazione religiosa, sta lì a dimostrarlo<sup>66</sup>.

Ma anche se si va al di là del paradigma del miracolo i problemi, per diritto, non vengono meno. Bisognoso di definizioni, delimitazioni, classificazioni, concettualizzazioni domestiche, in genere il diritto non si accontenta di registrare l’oggettiva eccezionalità degli eventi, ma ne postula la rilevanza giuridica solo in presenza di alcune condizioni qualificanti. E qui il quadro si fa più articolato e difficile da decifrare.

Così, se l’art. 45 cod. pen. dispone in via generale che “*Non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore*”, la dottrina penalistica ha precisato che il concetto di caso fortuito non è “sinonimo di mero accadimento naturale imprevedibile (ad es. terremoto, alluvione, vento, ecc.)”, ma costituisce “l’«incrocio» tra un accadimento naturale e una condotta umana, dal quale derivi l’imprevedibile verificarsi di un evento lesivo: così ad es. il terremoto, l’alluvione o la pioggia rientreranno nel concetto di caso fortuito soltanto se cagionano eventi dannosi in concorso con un comportamento umano”<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> Cass. pen., Sez. II, 9 febbraio 2021, n. 5053.

<sup>63</sup> Peraltro senza che ciò implichi l’impartire vere e proprie cure, altrimenti si commetterebbe il reato di esercizio abusivo della professione medica: Cass. pen., Sez. II, 16 settembre 1992, n. 9520.

<sup>64</sup> Cass. pen., Sez. VI, 22 ottobre 1997, n. 9476.

<sup>65</sup> Cass. pen., Sez. II, 22 maggio 1995, n. 5838.

<sup>66</sup> Vicenda conclusa, invero, per modo di dire. Si pensi al problema del regime fiscale delle entrate di Scientology, sul quale la Corte di cassazione è intervenuta affermando che “*resta [...] fermo il principio per cui la riconducibilità di una certa organizzazione nel novero degli enti religiosi, ai fini dell’assoggettabilità al trattamento tributario speciale riservato a questi ultimi dal D.P.R. 29 novembre 1973, n. 598, art. 2 deve essere poi riscontrata sulla base degli elementi di fatto in ordine al concreto esercizio dell’attività [...] e a tal fine non è sufficiente che gli enti di volta in volta considerati siano sorti con gli enunciati fini, ma occorre altresì accertare [...] che l’attività in concreto esercitata non abbia avuto carattere commerciale, in via esclusiva o principale*”, laddove, nella specie, “*l’associazione aveva posto in essere una vera e propria attività commerciale al fine di ricavarne un reddito, mediante vendita di pubblicazioni e organizzazione a pagamento di corsi a beneficio di soggetti non associati*” (Cass. civ., Sez. V, Ord. 13 dicembre 2017, n. 29886).

<sup>67</sup> G. FIANDACA, *Caso fortuito e forza maggiore nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, UTET, 1988, 108.

Allo stesso modo, se il caso fortuito è richiamato più volte nel nostro codice civile<sup>68</sup>, è solo in presenza di certe specifiche condizioni ch'esso consente di fare eccezione all'ordinaria regolazione dei rapporti giuridici. Pensiamo, ad esempio, al fenomeno atmosferico straordinario, che il nostro ordinamento assume a fattore escludente della responsabilità solo se ne ricorrono certe caratteristiche. Per esempio, nella giurisprudenza di legittimità è stato scritto che *“affinché un evento meteorologico, anche di notevole intensità, possa assumere rilievo causale esclusivo, e dunque rilievo di caso fortuito ai sensi dell'art. 2051 c.c., occorre potergli riconoscere i caratteri dell'eccezionalità e della imprevedibilità”*, aggiungendo che *“l'imprevedibilità, alla stregua di un'indagine ex ante e di stampo oggettivo in base al principio di regolarità causale, va intesa come obiettiva inverosimiglianza dell'evento, mentre l'eccezionalità è da identificarsi come una sensibile deviazione (ed appunto eccezione) dalla frequenza statistica accettata come normale”*<sup>69</sup>.

È interessante notare che qui si determina una scissione fra l'elemento soggettivo e la responsabilità, il cui legame, invece, costituisce uno dei fondamenti essenziali della disciplina delle conseguenze dell'illecito. La più recente giurisprudenza civilistica, infatti, nel solco di quel progressivo “ridimensionamento del principio della colpa” di cui ha parlato la dottrina<sup>70</sup>, ha precisato, in riferimento al caso fortuito, che *“i requisiti d'imprevedibilità e inevitabilità necessari per poterlo configurare devono essere oggetto di accertamento su di un piano puramente oggettivo, attraverso un giudizio probabilistico di regolarità causale, che esclude qualunque rilevanza dell'eventuale comportamento diligente o negligente del soggetto obbligato [...]”*<sup>71</sup>. Un accertamento oggettivo che normalmente è demandato al giudice, ma talora è compiuto direttamente dal legislatore, come, a fronte della pandemia da Covid-19, è recentemente accaduto con l'art. 3, comma 6-bis, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (introdotto dall'art. 91, comma 1, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27), ove si dispone che *“Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”*<sup>72</sup>.

Si dà peraltro un punto comune, ché l'oggettiva eccezionalità dell'evento opera sempre nel senso della determinazione di una conseguente eccezione alla regola, che l'evento costringe a mettere da canto per far valere quelle superiori esigenze equitative, di giustizia,

---

<sup>68</sup> Cfr. artt. 1007; 1017; 1492; 1609; 1635; 1636; 1648; 1686; 1693; 1694; 1787; 1805; 1839; 2037; 2051; 2052; 2743.

<sup>69</sup> Così Cass. civ., Sez. Un., 26 febbraio 2021, n. 5422, che riprende un indirizzo espresso già, fra le altre, da Cass. civ., Sez. III, 22 novembre 2019, n. 30521; 1° febbraio 2018, n. 2482; Sez. VI, 28 luglio 2017, n. 18856.

<sup>70</sup> F. REALMONTE, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Dig. disc. civ. (sez. civ.)*, vol. II, Torino, UTET, 1988, 253.

<sup>71</sup> Cass. civ., Sez. V, 3 marzo 2022, n. 6949.

<sup>72</sup> La complessa vicenda ha attirato l'attenzione di molti commentatori. V., ad es., P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid19*, in Aa. Vv., *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, vol. II, *Etica, comunicazione e diritti*, a cura di A. Pajno e L. Violante, Bologna, Il Mulino, 2021, 429 sgg.; C. MASCIOPINTO, *La sopravvenienza pandemica nei rapporti contrattuali tra privati: quali rimedi?*, in *LLR*, n. 2/2020, 78 sgg.

di corrispondenza a valori ritenuti sovraordinati, che abbiamo visto essere sempre sottese alle varie forme di epifania dell'eccezione nel mondo del diritto, accomunando tanto quella che potremmo chiamare "eccezione costituita", della quale s'è detto sin qui, quanto quella che potremmo chiamare "eccezione costituente", della quale si dirà nelle pagine che seguono.

#### 4. Eccezione e sovranità.

L'intimo collegamento fra eccezione e valori superiori emerge con piana evidenza anche e proprio nell'immenso campo problematico aperto dal noto *dictum* schmittiano collocato in apertura di *Teologia politica*: "*Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*" ("sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione")<sup>73</sup>. *Dictum* noto quant'altri mai, appunto, eppure quant'altri mai frainteso nella discussione politica. Ma sia lecito, preliminarmente, e in tre passaggi, dubitare della sua tenuta.

i) S'è visto che nel linguaggio del diritto il lemma "eccezione" si dimostra capace tanto di larga es-tensione quanto di profonda in-tensione, ma una volta immerso nel *dictum* esso può conservare solo la seconda. Il *dictum* mirava a far intendere con accuratezza alcuni momenti essenziali dell'agire politico e del divenire giuridico, ma così facendo si disinteressava di tutti gli altri, meno cruciali, epperò ben più numerosi. Radicando la sovranità nella decisione sull'eccezione Schmitt s'accontentava di spiegare solo quella "*souveraineté des grands jours*" sulla quale, discutendo del potere costituente, ironizzava Carré de Malberg<sup>74</sup> e pagava il prezzo della cancellazione del tema della sovranità dall'analisi dell'ordinarietà delle vicende giuridico-politiche. Destinata a rimanere - come già molto tempo prima aveva acutamente osservato Bryce - "*almost always in abeyance*"<sup>75</sup>, la sovranità spariva dall'orizzonte analitico dell'*ordinamento*, spostandosi interamente sul piano del *dis-ordinamento* (potenzialmente fondativo di nuovo ordine, come vedremo, ma pur sempre disordinamento).

Eppure, questa netta scissione lascia perplessi. Il sovrano schmittiano, sebbene non tutti l'abbiano inteso, non è definito come colui che decide *nello* stato di eccezione, cioè colui che assume le decisioni necessarie per fronteggiarlo, bensì come colui che decide *sullo* sta-

---

<sup>73</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 2<sup>a</sup> ed., München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1934, 11 (tale seconda edizione è sostanzialmente identica alla prima del 1922). Un'anticipazione se ne trova, notoriamente, in C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin, Duncker & Humblot, 1964 (ma 1<sup>a</sup> ed. 1921), trad. it. di B. Liverani, *La dittatura*, Roma-Bari, Laterza, 1975, 29.

<sup>74</sup> La contrapposizione di questa "*souveraineté extraordinaire*" alla "*souveraineté courante*" (che potrebbe definirsi "*une souveraineté d'une essence moindre*"), determinerebbe "*une division, un dédoublement, de la souveraineté de l'État*", che sarebbe inaccettabile: R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 1920, t. II, 538 (l'opera è oggi ristampata anastaticamente: Paris, Dalloz, 2004). È chiaro che, nella sua nettezza, questa opinione semplifica eccessivamente un quadro che, in particolare in Schmitt, è assai più complesso, ma, come subito si dice nel testo, l'imputazione della sovranità al decisore sullo stato di eccezione pone esattamente un problema di comprensione della "*souveraineté courante*".

<sup>75</sup> J. BRYCE, *The Nature of Sovereignty*, ora in Id., *Studies in History and Jurisprudence*, Aalen, Scientia, 1980 - rist. dell'ed. Oxford, 1901 -, vol. II, 93.



to di eccezione, cioè colui che decide se l'eccezione ricorra o meno. Sennonché, se fosse lecito definire sovrano chi decide che l'eccezione ricorre, non sarebbe meno lecito definire sovrano colui che decide che l'eccezione *non* ricorre, poiché l'atto stesso di escluderla equivale a impossessarsene. Di conseguenza, potremmo altrettanto legittimamente dire che "sovrano è colui che decide sullo stato di normalità"<sup>76</sup>. Ma costui altri non è che il titolare dei poteri costituiti, sicché (doverosamente) guardando le cose da tutte le prospettive disponibili la sovranità torna a farsi chiave esplicativa dell'*ordinamento* a pari titolo di quanto lo è del *disordinamento*. E il *dictum* schmittiano perde del tutto la sua radicalità.

ii) Della possibilità di una vera e propria "decisione" sullo stato di eccezione si può fondatamente dubitare. Non saprei trovare argomenti validi contro il convincimento marxiano che il momento rivoluzionario si dischiude solo quando ne sussistono le specifiche condizioni oggettive<sup>77</sup>. In quanto tali, esse restano esterne al preteso sovrano (la classe, il partito, il duce), che può solo registrarle, volendosi autonomo decisore, ma confessandosi eterodeciso esecutore o facilitatore.

Certo, l'idea del determinismo storico ha fatto il suo tempo, ma gli spazi delle scelte soggettive sono oggettivamente delimitati da condizioni di possibilità che sfuggono alla libera disposizione dell'agente.

Certo, l'iniziativa soggettiva è in grado di accelerare i processi oggettivi, ma Cesare, passando il Rubicone, può solo certificare, non determinare, un disfacimento della *res publica* andato maturandosi già negli anni del precedente *bellum civile* (in altri termini: senza un Cesare il disfacimento non sarebbe giunto allora a compimento, ma senza il disfacimento non si sarebbe dato un Cesare).

Certo, ogni dispiegamento dell'eccezione, nella forma dell'atto rivoluzionario o del colpo di Stato, richiede anche una tecnica, ma, al di là delle abili, epperò azzardate, estremizzazioni di Malaparte<sup>78</sup>, la tecnica è ben lontana dall'essere il cuore del problema.

iii) Il passaggio dal disordine all'ordine è il segno caratterizzante dei miti originari di fondazione. L'esigenza dell'ordine è condivisa da tutte le culture, quale che sia il loro grado di sviluppo<sup>79</sup>, tuttavia se ne assume primordiale consapevolezza attraverso un'iniziale narrazione mitica: è il mito che fa emergere quanto v'è di comune fra piani diversi dei mondi abitati o solo pensati dagli uomini ed è appunto "sous l'angle des propriétés communes que nous accédons plus facilement aux formes de pensée qui nous semblent très étrangères"<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> Quando si scrive che "Nell'eccezione e non nella norma [...] sta il massimo di potenza concepibile" (C. GALLI, *Epidemia tra norma ed eccezione*, 29 aprile 2020, par. 1, leggibile all'indirizzo web <https://www.iisf.it/index.php/progetti/diario-della-crisi/carlo-galli-epidemia-tra-norma-ed-eccezione.html>) non si considera, dunque, questo dato.

<sup>77</sup> Come è più che noto, di questa tesi marxiana si sono date letture addirittura antipodiche: cfr, in sintesi, N. BOBBIO, *Mutamento politico e rivoluzione. Lezioni di filosofia politica* (a cura di L. Coragliotto - L. Merlo Pich - E. Bellando), Roma, Donzelli, 2021, 408 sg.

<sup>78</sup> C. MALAPARTE, *Tecnica del colpo di Stato*, Firenze, Vallecchi, 1973 (1<sup>a</sup> ed. 1931), spec. 179.

<sup>79</sup> "Cette exigence d'ordre est à la base de la pensée que nous appelons primitive, mais seulement pour autant qu'elle est à la base de toute pensée": C. LEVI-STRAUSS, *La pensée sauvage*, Paris, Plon, 1962, 17.

<sup>80</sup> C. LEVI-STRAUSS, *La pensée sauvage*, loc. cit.

Non fa eccezione la cultura occidentale, nella quale - anzi - l'ordine specificamente *giuridico* acquisisce un protagonismo altrove sconosciuto<sup>81</sup>

In origine, nella *Teogonia* esiodea, è Cháos. Cosa sia non sappiamo: è ciò che si dà primieramente<sup>82</sup>, ma resta in-dicibile, non se ne dà alcuna determinazione qualificativa, riservata invece a chi viene subito dopo, come Gaia ("dal largo petto"), Tartaro ("nebbioso"), Eros ("il più bello")<sup>83</sup>. Proprio l'assenza di determinazione rende Cháos il paradigma del disordine, essendo l'ordine anzitutto il risultato di un processo di differenziazione entro l'originariamente indistinto<sup>84</sup>: senza determinazione non si dà differenziazione e dunque non può darsi ordine.

Il primato logico e cronologico di Cháos rende triadico e non diadico il passaggio mitico dal disordine all'ordine, che non segue la semplice sequenza binaria tra i due, bensì quella più complessa *cháos/disordine/ordine*<sup>85</sup>. Per rapporto al primigenio *cháos*, infatti, anche il disordine esibisce sia pure in modo confuso e primordiale i tratti del processo di distinzione e differenziazione che caratterizza nel profondo l'ordine, ma costituisce una condizione difettante dei principi veracemente ordinatori del mondo, nella quale non a caso si coltivano la malvagità<sup>86</sup> e la contorta doppiezza<sup>87</sup>. Per uscirne serve l'abile azione del più grande metieta fra i superni (Zeus è lo sposo e il divoratore di Metis), che lo porta prima a sconfiggere il padre con la violenza<sup>88</sup>, poi ad avere la meglio sui Titani con una guerra lunga dieci anni<sup>89</sup>. Il suo è dunque un atto massimamente disordinante, ma proprio quell'atto disordinante pone le premesse per la creazione di un nuovo ordine, ben più saldo di quelli - in realtà confusi o quantomeno incerti (epperchiò dis-ordini) - che Urano e Crono avevano saputo istituire.

Certo, nella stessa azione disordinante chi vi partecipa si ritiene astretto da una qualche forma d'ordine. Molti secoli dopo Esiodo, nell'universo concettuale del decisionismo, si dirà che si tratta di un ordinamento (*Ordnung*), sì, ma non di un ordinamento giuridico (*Rechtsordnung*)<sup>90</sup>, mentre in quello dell'istituzionalismo e della dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici si dirà che in casi del genere s'è di fronte a "un'organizzazione statale in embrione", caratterizzata dall'essere "un vero e proprio ordinamento, sia pure imperfetto, fluttuante, provvisorio"<sup>91</sup>. Affermazione ben comprensibile, considerate le premesse generali, ma inservibile nella prospettiva del diritto dello Stato, per il quale l'azione disordinante non è

---

<sup>81</sup> In altre culture la dimensione giuridica sembra infatti restare secondaria. V. alcuni significativi esempi in M.-L. VON FRANZ, *Creation Myths*, Zürich, Spring, 1972, trad. it. di S. Stefani, *I miti di creazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 1989.

<sup>82</sup> *Teogonia*, v. 116: "πρώτιστα Χάος γένετ".

<sup>83</sup> *Teogonia*, vv. 117-120.

<sup>84</sup> C. GIRARD, *Disorder and Order in Mythology*, in AA. VV., *Disorder and Order: Proceedings of the Stanford International Symposium*, Saratoga, Anma, 1984, trad. it. di E. Crestani, *Ordine e disordine in un mito Dogrib*, in ID., *Miti d'origine. Persecuzioni e ordine culturale*, Milano, Feltrinelli, 2005, 3 sgg.

<sup>85</sup> Correggo, qui, l'impostazione binaria del mio *Dal cháos all'ordine e ritorno*, in AA. VV., *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 239 sgg., e in *Riv. fil. dir.*, n. 2/2019, 349 sgg.

<sup>86</sup> Urano godeva della sua opera malvagia ("κακῶ δ' ἐπετέρπετο ἔργω"): *Teogonia*, v. 158.

<sup>87</sup> Crono nutriva consigli tortuosi (era "ἀγκυλομήτης") *Teogonia*, v. 168.

<sup>88</sup> *Teogonia*, v. 73: "κάρτει νικήσας πατέρα Κρόνον"; lo detronizza "βίη καὶ χερσὶ" (v. 490).

<sup>89</sup> *Teogonia*, v. 637.

<sup>90</sup> C. SCHMITT, *Politische Theologie*, cit., 19.

<sup>91</sup> S(ANTI) ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 224.

altro che un fatto illegittimo e tale resta sino a che il suo tentativo non sia eventualmente coronato dal successo e con ciò legittimato *ex post* (perché è chiaro che il nuovo ordinamento “non vorrà rinnegare i suoi prodromi e il procedimento da cui è sorto”)<sup>92</sup>. La difficoltà si risolve solo riconoscendo che l’ordine dell’azione disordinante è imperfetto non perché è “embrionale” (nessuno sa se l’embrione sarà vitale), ma perché è “parziale”, valendo unicamente per chi a quell’azione partecipa, restando insopportabile disordine per chi la subisce.

L’azione disordinante produce ordine solo a certe condizioni. Già prima di quella di Zeus ai danni di Crono l’azione massimamente disordinante (la ribellione al padre) era stata compiuta da Crono ai danni di Urano, ma senza successo, perché il suo regno non era stato fondato su idonei principi ordinatori. Solo Zeus riesce nell’intento e vi riesce perché all’atto massimamente disordinante fa seguire quello massimamente ordinante, ovverosia le seconde nozze con Themis e la generazione, per suo tramite, delle Horai, Eunomia, Dike ed Eirene, divinità personificatrici di tutti gli elementi costitutivi del diritto e dei principi regolatori della *pólis* (non più di quelli della sola unità familiare, dei quali era invece tutrice Themis)<sup>93</sup>, attraverso le quali si compiva la saldatura tra ordine divino<sup>94</sup> e ordine politico.

Nelle narrazioni mitiche il passaggio dal disordine all’ordine risulta “particolarmente difficile e anche spesso incongruo”<sup>95</sup>, ma qui, se pur è descritta una grande difficoltà, non v’è alcuna incongruenza: con logica consequenzialità il mito ci parla di un’uscita dal disordine che è possibile solo grazie a una temporanea, ma radicale, destabilizzazione; ci parla di un ordine che si istituisce solo grazie all’introduzione di alcuni specifici principi; ci parla di principi che solo il diritto sa consegnare all’esperienza umana<sup>96</sup>. E ci offre un insegnamento che la cultura occidentale ha fatto largamente proprio.

Anche il *dictum* schmittiano, a ben riflettere, è recettivo di questo mito e vede nella decisione sull’eccezione un atto disordinante funzionalizzato alla creazione di un nuovo e diverso ordine<sup>97</sup>, sì che la sovranità, irrompendo nell’ordinamento, “lo forma deformandolo, lo determina indeterminandolo”<sup>98</sup>. E anche qui l’epifania dell’eccezione, come abbiamo visto accadere nel mondo del diritto (e certo non casualmente Schmitt è anzitutto giurista), risulta funzionale a uno spostamento verso valori considerati superiori, il cui riconoscimento legittima la distruzione di un insoddisfacente ordine precedente. Il momento distruttivo e dis-

---

<sup>92</sup> S(ANTI) ROMANO, *Op. cit.*, 223.

<sup>93</sup> Sul passaggio da Themis a Dike come passaggio dalla giustizia intrafamiliare alla giustizia interfamiliare, E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, II, *Pouvoir, droit, religion*, Paris, Minuit, 1969, trad. it. di M. Liborio, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, *Potere, diritto, religione*, Torino, Einaudi, 2001, 363 sgg.

<sup>94</sup> Già Themis, infatti, “esprime, nel mondo divino, gli aspetti di stabilità, di continuità, di regolarità”: M. DETIENNE - J.-P. VERNANT, *Les ruses de l’intelligence. La mêtis des Grecs*, Paris, Flammarion, 1974, trad. it. di A. Giardina, *Le astuzie dell’intelligenza nell’antica Grecia*, Roma-Bari, Laterza, 1977, 78.

<sup>95</sup> C. GIRARD, *Ordine e disordine*, cit. 6.

<sup>96</sup> Del resto, la sensibilità esiodea per il diritto è palesata dalla tessitura degli *Erga*, nei quali il lamento contro l’ingiustizia subita per opera del fratello Perse è diffuso (v. soprattutto *Erga*, vv. 213 sgg.).

<sup>97</sup> Riprendo qui, in taluni passaggi anche testualmente, ma sviluppo ulteriormente, alcune riflessioni solo sommariamente (per ragioni di spazio) svolte in M. LUCIANI, *Salus*, Modena, Mucchi, 2022, spec. 30 sgg.

<sup>98</sup> Così anche C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, il Mulino, 1996, 338.

ordinante prelude dunque necessariamente (meglio: intende preludere) all'avvento del momento ordinante, senza il quale non parleremmo di eccezione, bensì di anarchia o di stato di natura.

Tutto sembra ruotare attorno al concetto di *Durchbrechung*. Il legislatore, scrive Schmitt, stavolta nella *Verfassungslehre*, può solo legiferare, non può compiere atti di *Durchbrechung* (“Der Gesetzgeber kann als Gesetzgeber nur Gesetze geben, nicht durchbrechen”)<sup>99</sup>. Gli è dunque vietato compiere un atto di sovranità, “d.h. eine Durchbrechung der geltenden Rechtsordnung” (“cioè una rottura dell’ordinamento giuridico vigente”)<sup>100</sup>. “Das heißt”: “cioè”. In questa prospettiva l’atto di sovranità è per definizione un atto di *Durchbrechung* dell’ordine giuridico esistente<sup>101</sup>. Ora, “*Durchbrechung*” è lemma usualmente (e anche correttamente) reso con “rottura”, ma non si può negare ch’esso sia carico di una ben più profonda intensità di senso.

La schmittiana rottura costituzionale (che sta in evidente rapporto di parentela con la sospensione costituzionale)<sup>102</sup>, a rigore, consiste nella mera rimozione della forza normativa di alcune disposizioni della costituzione, sostituite da una misura derogatoria (“abweichende Anordnung”)<sup>103</sup>, mentre la costituzione permane per il resto in vigore. In questo senso essa coincide con quella che Jacobi, autore nei cui confronti Schmitt ha contratto un esplicito debito, chiamava “*Außerkraftsetzung eines Verfassungsartikels*”. Lo stesso Jacobi, invece, chiamava *Verfassungsdurchbrechung* la modifica costituzionale materiale, a testo della costituzione invariato<sup>104</sup>. Ora, a me sembra che il discostamento da questa ascendenza terminologica sia significativo e che la rottura costituzionale schmittiana non sia semplice deroga o sospensione, ma, come plasticamente esprime la parola composta tedesca scelta da Schmitt discostandosi appunto da Jacobi, alluda a molto di più. In *Durchbrechung*, infatti, si racchiude non solo l’atto del *brechen*, del rompere, ma anche il modo in cui l’atto di rottura si compie: il *durch*, l’“attraverso”. Non si tratta solo della sospensione di (o della deroga a) un ordinamento che s’intende conservare, ma di una rottura che prelude al raggiungimento di un altro approdo, di un altro ordine, di un altro fondamento legittimante<sup>105</sup>. Che questo sia il

---

<sup>99</sup> C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 107.

<sup>100</sup> C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 180.

<sup>101</sup> Specularmente, alla *Verfassungsdurchbrechung* non può essere legittimato un potere costituito, in particolare quello di revisione costituzionale (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., spec. 108). Nella dottrina italiana, invece, nel senso dell’inevitabilità delle rotture costituzionali e del loro affidamento al legislatore di revisione, S.M. CICONETTI, *La revisione della Costituzione*, Padova, Cedam, 1972, 29 sgg.

<sup>102</sup> Essa non consiste in una vera e propria deroga, ma nella semplice messa tra parentesi della forza normativa di una o più norme costituzionali, ma lo stesso C. SCHMITT, *Politische Theologie*, cit., 19, è netto nell’affermare che nel caso di eccezione lo Stato sospende il diritto.

<sup>103</sup> C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 107.

<sup>104</sup> E. JACOBI, *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach art. 48 der Reichsverfassung*, in *VVdDStRL*, 1, (1924), 109, distingueva tre tipi di misure adottabili dal Presidente del Reich ai sensi dell’art. 48, comma 2, della Costituzione di Weimar: la vera e propria revisione costituzionale come modifica del testo della costituzione (*Verfassungsänderung*); la rottura della costituzione come modifica costituzionale puramente materiale, a testo invariato (*Verfassungsdurchbrechung*); la sospensione di singole disposizioni costituzionali (*Außerkraftsetzung eines Verfassungsartikels*).

<sup>105</sup> È stato detto che “Lo stato d’eccezione sospende l’ordinaria dialettica al fine strategico di ricostruire un qualche stato di normalità” (A. CANTARO, *Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici*, Torino, Giappichelli, 2021, 14), cogliendo assai bene il rapporto fra eccezione e normatività, ma non il fatto che l’eccezione opera un “co-

destino dell'atto ch'egli definisce di sovranità, del resto, si evince dalla stessa insistenza di Schmitt sulla non paragonabilità del potere costituente, potere ordinatore per eccellenza<sup>106</sup>, al potere costituito e dall'affiancamento ch'egli opera del potere costituito alla sovranità allorché segnala la permanentemente latente disponibilità di un'assemblea costituente con poteri dittatoriali sovrani (di una "verfassunggebende Nationalversammlung mit souveräner Diktatur")<sup>107</sup>. Insomma, l'idea della *Verfassungsdurchbrechung*, a me sembra, sta a segnalare che il distruttore si fa rapidamente costruttore, intende marcare appunto l'*attraverso*, il *passaggio* da un ordine costituzionale all'altro. Una volta che l'eccezione s'è manifestata, la legalità costituzionale è spezzata e non è possibile un ritorno indietro: chi proclama l'eccezione compie un azzardo<sup>108</sup> e l'eventuale fallimento del suo tentativo di costruire un nuovo ordine costituzionale non costituisce nemmeno un rientro nella legalità precedente, perché quella legalità non s'è mai davvero rotta e l'azione del fallito costruttore è stata, puramente e semplicemente, un crimine.

Ora, se le cose stanno così, l'ascrizione della sovranità a chi decide "sullo" stato di eccezione appare incongrua. Costui, decidendo<sup>109</sup> che l'ora dell'eccezione è scoccata<sup>110</sup>, sa solo di proclamarsi legittimato a dis-ordinare, ma non sa affatto se sarà davvero capace di avere successo e di novellamente ordinare. Dichiarando l'avvento dell'eccezione si realizza con certezza solo il *brechen* del vecchio ordine, ma non è affatto noto se davvero se ne realizzerà il *durch*, se cioè davvero si riuscirà ad attraversare l'ordine vecchio, creandone uno nuovo. Chi si trova in questa condizione non può essere sovrano che in potenza<sup>111</sup>, non già in atto, e lo è nella stessa misura in cui è in potenza criminale. Solo la sorte del suo tentativo costituente potrà sciogliere l'alternativa, ma se è così il *dictum* perde tutta la sua capacità qualificatoria, dovendo fatalmente tradursi in questo: "sovrano è colui che ha deciso con suc-

---

struire", mai un "ri-costruire" la normatività e la sua connessa normalità. Anche quando si dice che l'eccezione sarebbe "una «sospensione», non una negazione senza ritorno" della normalità (*ivi*, 22) si dice cosa solo parzialmente esatta, alimentando l'equivoco (in cui il medesimo A. cade) che quello oggi imposto dalla pandemia sia uno stato di eccezione e non di emergenza.

<sup>106</sup> C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 75 sgg.

<sup>107</sup> C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 103.

<sup>108</sup> C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., 336: c'è sempre, nel proclamare l'eccezione, "un'assunzione di rischio". Si deve del resto considerare che l'assunzione di rischio è uno dei tratti caratterizzanti del fenomeno che chiamiamo "cesarismo" o - come *species* rispetto a quel *genus* - "bonapartismo" (M. LUCIANI, *Bonapartismo, oggi?*, in *Teoria politica*, n. 9/2019, 147 sg.).

<sup>109</sup> Do qui per scontato ch'egli davvero "decida", ma è ovvio che restano fermi i gravi dubbi prospettati al paragrafo che precede.

<sup>110</sup> Carlo Galli (C. GALLI, *Le teologie politiche di Schmitt*, originariamente pubblicato col titolo *Le teologie politiche di Carl Schmitt. Modernità e secolarizzazione fra decisione, trascendenza, tecnica*, in *Studi Perugini*, 2000, n. 9, 99 sgg., ora in *Id.*, *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Bologna, Il Mulino, 2008, 55) ritiene che in Schmitt si debba distinguere fra colui che riconosce un'eccezione in atto ("e allora la sua è la difesa di un ordine minacciato") e colui che la crea ("e allora il sovrano è l'eversore rivoluzionario che distrugge un ordine vecchio per crearne uno nuovo"). A me sembra (al di là della correttezza o meno dell'interpretazione della sistematica schmittiana) che la distinzione sia logicamente impossibile, non potendo mai il gestore dell'eccezione aspirare alla restaurazione del vecchio ordine, se d'eccezione davvero s'è trattato.

<sup>111</sup> E del resto proprio disordine ed eccezione sono "potenzialità sempre presenti" nell'ordinamento: C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., 339.

cesso sullo e nello stato di eccezione”<sup>112</sup>. Non una definizione o qualificazione teorica *a priori*, allora<sup>113</sup>, ma una constatazione fattuale *a posteriori* di competenza dello storico, inutile per le sistematizzazioni dommatiche del filosofo politico e del giurista.

## 5. Eccezione ed emergenza.

Fondato o infondato, sta di fatto, comunque, che il *dictum* schmittiano è stato al centro della discussione pubblica degli ultimi due anni: colpito per lunghi anni da *damnatio memoriae*, colui che Alberto Predieri ebbe a chiamare “nazista senza coraggio”<sup>114</sup> si era già preso da qualche decennio più di una rivincita tra gli studiosi e oggi si ritrova a essere il punto di riferimento di coloro che contestano la gestione della pandemia da parte dei sistemi democratici, che sarebbero stati piegati a un interminabile “stato di eccezione”<sup>115</sup>. Ma costoro non s’avvedono che non è questo ciò che è accaduto.

Distinguendo fra uno stato di eccezione ordinario e uno “assoluto” o “puro”<sup>116</sup>, così come utilizzando la comune etichetta della “eccezione” per descrivere il fenomeno generale della dittatura<sup>117</sup> pur nella chiara consapevolezza che, nelle sue origini romane (mentre certo non potrebbe esserlo nel contesto giuridico-politico delle liberaldemocrazie)<sup>118</sup>, essa era un

---

<sup>112</sup> Lo stesso C. SCHMITT, *Politische Theologie*, cit., 14, non può non aggiungere, subito dopo, che “Er [il sovrano] entscheidet sowohl darüber, ob der extreme Notfall vorliegt, als auch darüber, was geschehen soll, um ihn zu beseitigen” (cors. mio). Il sovrano, dunque, se decide su “ciò che deve accadere”, non decide solo “sullo”, ma anche “nello” stato di eccezione. E, aggiungo io, è sovrano (e non criminale) solo se ha deciso con successo.

<sup>113</sup> Così anche C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., 337.

<sup>114</sup> La critica di Predieri mi sembra giustamente impietosa sul piano morale (penso soprattutto all’assai discutibile ricostruzione autobio-agiografica di C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, trad. it. di C. Mainoldi, Milano, Adelphi, 1987, e alle evasive - in quanto tutte tese a dimostrare la “scientificità” delle posizioni sostenute durante il Terzo Reich - difese tentate in Id., *Antworten in Nürnberg*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, trad. it. di F. Ferraresi, *Risposte a Norimberga*, Roma-Bari, Laterza, 2006, spec. 79 sgg.), ma non pienamente centrata sul piano scientifico. Cfr. A. PREDIERI, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio*, Scandicci (FI), La Nuova Italia, 1998.

<sup>115</sup> Paradigmatica la posizione (sostenuta sin dai primi giorni della pandemia) di G. AGAMBEN, *L’invenzione di un’epidemia* (26 febbraio 2020); Id., *Contagio* (11 marzo 2020); Id., *Chiarimenti* (17 marzo 2020); Id., *Riflessioni sulla peste* (27 marzo 2020), leggibili in rete alla pagina che questo A. tiene su *Quodlibet* (*Una voce. Rubrica di Giorgio Agamben*). L’A. ha ritenuto di raccogliere questi e altri brevi scritti in Id., *A che punto siamo? L’epidemia come politica*, Roma, Quodlibet, Macerata, 2020. Il perdurante difetto di precisione nella ricostruzione delle differenze politiche e giuridiche fra eccezione ed emergenza si palesa anche nel recentissimo *Intervento al convegno degli studenti veneziani contro il greenpass l’11 novembre 2021 a Ca’ Sagredo*, esso pure leggibile alla ricordata pagina tenuta dall’A. su *Quodlibet*, in cui si parla di “quella zona di indifferenza fra il diritto e la politica che è lo stato di emergenza”.

Già in sede scientifica, peraltro, questo A. aveva ommesso di considerare appieno gli elementi differenziali fra stato di eccezione e stato di emergenza (G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, Boringhieri, 2003, ora, con il titolo *Iustitium. Stato di eccezione*, in *Homo sacer, Edizione integrale. 1995-2015*, Macerata, Quodlibet, 2018, spec. 176).

<sup>116</sup> C. SCHMITT, *Politische Theologie*, cit., 17.

<sup>117</sup> C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 159.

<sup>118</sup> Qui si misura la distanza che separa l’esperienza giuridico-politica romana da quella delle costituzioni contemporanee più conseguentemente corrispondenti alle aspirazioni del costituzionalismo, ché mentre la prima governava l’emergenza anche attraverso la vera e propria sospensione delle ordinarie garanzie giuridiche, le seconde ne rifuggono. Già nelle fonti antiche abbiamo testimonianza dei timori che suscitava, in particolare, il terribile potere del *dictator*. Penso ad es. a VELLEIO PATERCOLO, *Historiae Romanae*, II, 28, a proposito della lunga crisi della dittatura: “cuius honoris usurpatio per annos centum et viginti intermissa; nam proximus post annum quam

istituto pienamente costituzionale<sup>119</sup>, è lo stesso lessico schmittiano ad aver alimentato l'equivoco dell'indistinzione fra eccezione ed emergenza. Ma sempre di equivoco si tratta.

Ogni loro elemento, infatti, oppone stato d'eccezione e stato di emergenza<sup>120</sup>. Il primo è connesso all'esercizio (successivo) del *potere costituente*; il secondo all'esercizio (presente) del *potere costituito*. Il primo, nei termini già indicati, è uno spazio *vuoto* di diritto<sup>121</sup>; il secondo è uno spazio *pieno* di diritto<sup>122</sup>. Il primo - come vedremo - comporta conseguenze definitive; il secondo è una condizione temporanea<sup>123</sup>. Del primo i presupposti *non possono* essere definiti; del secondo i presupposti *devono* essere definiti. Il primo esige il *monismo istituzionale* (del *dictator*, del *Lord* protettore, del *soviet*, del duce, del *caudillo*, del *Führer*, del soggetto storico rivoluzionario); il secondo altera, ma presuppone e mantiene, il *pluralismo istituzionale*. Il primo suppone la scesa in campo di un potere non predeterminato; il secondo contempla l'azione di istituzioni predeterminate.

Quel che più conta è che, se l'eccezione segna la rottura dell'ordine preesistente e l'annuncio di un possibile ordine alternativo, ciò vuol dire che *l'eccezione è il punto di non ritorno della legalità costituzionale*. Al contrario, lungi dall'essere uno spazio oscuro che la luce del diritto non riesce a compiutamente penetrare, l'"emergenza" è uno specifico istituto giuridico, in genere esplicitamente previsto dal diritto positivo, ora di rango costituzionale, ora di rango legislativo, che ne definisce presupposti, conseguenze, portata, durata. La dichiaratoria dello stato di emergenza non prelude alla rottura della legalità costituzionale, ma alla sua conferma, alla sua prosecuzione, al suo rafforzamento. L'emergenza si dichiara perché l'ordinamento vuole proteggersi di fronte a eventi straordinari che possono colpire persone e beni in misura tale da mettere a rischio la sua stessa consistenza o il vincolo di consenso che lo legittima, non perché voglia farsi annientare e rimpiazzare. *L'emergenza è il punto di consolidamento della legalità costituzionale*.

Consegue a questa radicale differenza di concetto e di contenuti la parimenti radicale alternatività di emergenza ed eccezione, non dandosi la prima laddove si dà la seconda. A fronte del *fatto*, dell'*evento* impreveduto, il diritto positivo continua a fare il mestier suo operan-

---

Hannibal Italia excesserat, uti adpareat populum Romanum usum dictatoris ut in metu desiderasse tali quo timisset potestatem".

<sup>119</sup> C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 19.

<sup>120</sup> Sulla loro radicale alternatività, fra gli altri, G. PRETEROSSO, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 81, e ora G. ZAGREBELSKY, *Introduzione. È tempo di riparlarsi*, a J. HABERMAS, *Proteggere la vita*, Bologna, Il Mulino, 2022, 40 sgg.

<sup>121</sup> Per meglio dire, almeno in Schmitt, come rileva correttamente O. CHESA, *Sovranità, potere costituente, stato d'eccezione. Tre sfide per la teoria della norma di riconoscimento*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2012, 789, "lo stato d'eccezione è un vuoto di diritto inteso come norma e istituzione, ed è un pieno di diritto inteso come decisione sovrana" (cioè come decisione ordinante, nei limiti, insisto, in cui di decisione si può davvero parlare). Questo, però, non sembra affatto consentire la conclusione, raggiunta invece dall'A., che lo stato di eccezione "non è uno spazio vuoto di diritto, ma il contrario, cioè uno stato in cui il diritto si svela nella sua essenza più profonda" (*ivi*, 790).

<sup>122</sup> In questo senso è l'*incipit* di un impegnato contributo di E. SCODITTI, *Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, in *Questione giustizia*, n. 2/2020, 31.

<sup>123</sup> La stessa dittatura si considera costantemente caratterizzata da due elementi: regolazione da parte del diritto e - appunto - temporaneità. Cfr. ad es., P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Dittatura*, in *N.D.I.*, vol. V. Torino, UTET, 1938, 86; di recente, G. VALDITARA, *Il dictator tra emergenza e libertà*, Torino, Giappichelli, 2021, 17.



do giuridiche qualificazioni: qua l'emergenza; là l'eccezione. Ma mentre *gestisce* la prima, la seconda la *subisce*, essendogli permesso soltanto il restare in vigile attesa dell'esito del processo di destrutturazione e ristrutturazione ordinamentale avviato dall'eccezione, pronto a ribadire la propria legittimazione e la propria pretesa regolativa oppure a farsi da parte per essere rimpiazzato da altra legittimazione, da altra pretesa. Nondimeno, normando l'emergenza ed evitando che il suo difettoso governo solleciti tentazioni destrutturanti, il diritto positivo può cercare di respingere l'eccezione al di là della linea dell'orizzonte politico, attorando nella misura del possibile l'evento lacerante nel dominio del governo dell'emergenza, che è azione restauratrice dell'ordine.

Qui la paradigmatica esperienza della *res publica* romana è storicamente istruttiva e all'un tempo intellettualmente sfidante. Ancora malfermo, infatti, sembra essere il terreno della storia costituzionale dell'ordinamento repubblicano romano, del quale si alternano letture molto diverse, talora antitetiche. Davvero l'esperienza giuridico-politica della repubblica conosceva una costituzione dotata di "proprie caratteristiche immutabili"<sup>124</sup>? Oppure era un paradigmatico esempio di costituzione flessibile<sup>125</sup> o almeno di costituzione aperta in quanto "non era definita in ogni sua parte"<sup>126</sup>? Di questo dicano gli storici, tratteggiando il confine fra semplice *emendatio* e autentica *mutatio* costituzionale. Il profano, però, non può non notare uno snodo fondamentale della narrazione liviana degli eventi capitali della metà del V secolo, laddove il passaggio del potere dai consoli ai decemviri è qualificato *mutatio* della *forma civitatis*<sup>127</sup>, sebbene si tratti di mutazione "minus insignis, quia non diuturna"<sup>128</sup>. Ebbene: il perché sia *mutatio* e non semplice *emendatio* sembra chiarito da un passo di poco successivo, laddove il comportamento politico dei decemviri viene stigmatizzato perché "regnum haud dubie vide[tur]"<sup>129</sup>. Le due letture opposte che ho rapidamente ricordato, allora, si possono in qualche misura conciliare, nel senso che la *forma civitatis* esibisce un tratto di immutabilità assoluta laddove si nega al *regnum*, ma esibisce flessibile capacità di adattamento in riferimento a tutte le modificazioni costituzionali intermedie. La *res publica* è *res populi* e (poiché l'*adfectatio regni* non è tollerabile) non può essere *res regis*. Ma il modo in cui è *res populi* è aperto. Una rigidità solo di frontiera, insomma, accompagnata da una più familiare e ordinaria flessibilità.

Questa opzione di fondo si proietta coerentemente sulla gestione del rapporto fra eccezione ed emergenza, che ho detto paradigmatica della volontà romana di ricacciare

---

<sup>124</sup> F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, 2<sup>a</sup> ed., I, Napoli, Jovene, 1972, 496. Si noterà, peraltro, che dell'immutabilità lo stesso De Martino mostra una concezione alquanto restrittiva, predicandola in particolare nei confronti del *regnum*.

<sup>125</sup> Non a caso J. BRYCE, *Flexible and Rigid Constitutions*, in Id., *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon, 1901, trad. it. di R. Niro, *Costituzioni flessibili e rigide*, Milano, Giuffrè, 1998, 1 sgg. l'assumeva come tale assieme a quella inglese.

<sup>126</sup> A. GUARINO, "Senatus Consultum Ultimum", ora in Id., *Pagine di diritto romano*, vol. III, Napoli, Jovene, 1994, 356, nt. 3.

<sup>127</sup> *Ab Urbe condita*, L. III, 33, 1.

<sup>128</sup> *Ab Urbe condita*, L. III, 33, 2.

<sup>129</sup> *Ab Urbe condita*, L. III, 38, 2.

l'eccezione il più possibile in lontananza<sup>130</sup>. *Dictatura (rei gerundae o seditionis sedandae causa)*<sup>131</sup>, *iustitium* e (azzardo questa idea) forse anche *intercessio tribunicia* (nelle sue forme più estreme di manifestazione)<sup>132</sup> appaiono istituti e magistrature capaci di allontanare la rottura e di assicurare, seppure al prezzo della sospensione delle ordinarie garanzie giuridiche, la conservazione costituzionale<sup>133</sup>. Come aveva ben inteso già Montesquieu<sup>134</sup> il diritto romano si piega all'inevitabile imprevedibilità del caso, ma predetermina il *potere costituzionale* legittimato ad affrontarlo. E talora può trattarsi del potere di una magistratura "ordinaria" e talaltra di quello di una magistratura "straordinaria", ma questa è tale non perché stia fuori dell'ordine costituzionale, bensì solo perché non è continuativa, in quanto è legata a concreti e saltuari eventi qualificati emergenziali.

Né a conclusioni diverse pare indurre il *senatus consultum ultimum*. Anche qui regna l'incertezza, perché a chi lo considera uno "strappo alla costituzione"<sup>135</sup> si contrappone chi non vi legge altro che "un richiamo dei magistrati all'adempimento dei loro doveri"<sup>136</sup>. Nondimeno, anche a seguire la prima opinione, v'è da considerare che quell'istituto: almeno formalmente era legato alla conservazione dell'ordine esistente (*ne quid respublica detrimenti capiat* o formule analoghe)<sup>137</sup>; aveva funzioni non dissimili dalla dittatura (sono stati considerati *rei gerundae* e *seditionis sedandae causa* i due *senatus consulta* che dovrebbero essere, a seguire Livio, i primi esempi storici dell'istituto)<sup>138</sup>; era dunque alla dittatura alternativo, ma con la dittatura era sostanzialmente fungibile<sup>139</sup>. Ed essendo la dittatura una vera e propria magistratura, caratterizzata - abbiamo visto - da una specifica regolazione giuridica e dalla temporaneità della carica<sup>140</sup>, per definizione "commissaria" e mai "sovrana"<sup>141</sup>, anche il *senatus*

<sup>130</sup> Non sembra trattarsi, dunque, di una tendenza esclusiva dello Stato di diritto, come sostenuto da C. SCHMITT, *Politische Theologie*, cit., 17.

<sup>131</sup> Il primo, soprattutto, è "il caso più antico e più rispondente alla natura dell'istituto": F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, cit., I, 446.

<sup>132</sup> Questa, invero, è disomogenea rispetto agli altri istituti, che sono tutti caratterizzati dalla provvisorietà (la stessa dittatura, legata alla durata semestrale "delle antiche campagne militari" - L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Diritto e potere nella storia di Roma*, Napoli, Jovene, 2007, 104 -, non è prorogabile quale che sia l'esito della sua azione). La menziono, tuttavia, proprio perché, in casi estremi, l'*intercessio* potrebbe essere letta come strumento di prevenzione di una rottura costituzionale.

<sup>133</sup> Da ultimo, a proposito in particolare del *dictator*, nel senso che "sarebbe fuorviante parlare di stato di eccezione con riguardo a questa figura", G. VALDITARA, *Il dictator tra emergenza e libertà*, loc. cit.

<sup>134</sup> *De l'esprit des lois*, L. II, Cap. III: "Il fallait que cette magistrature s'exerçât avec éclat, parce qu'il s'agissait d'intimider le peuple, et non pas de le punir; que le dictateur ne fût créé que pour une seule affaire, et n'eût une autorité sans bornes qu'à raison de cette affaire, parce qu'il était toujours créé pour un cas imprévu".

<sup>135</sup> C. BARBAGALLO, *Una misura eccezionale dei romani. Il senatus-consultum ultimum (studio di storia e di diritto pubblico romano)*, Roma, Loescher, 1900, 84.

<sup>136</sup> A. GUARINO, "Senatus Consultum Ultimum", cit., 362.

<sup>137</sup> Su tali formule, A. GUARINO, "Senatus Consultum Ultimum", cit., 358. Se bene intendo, nella tripartizione formale dei *senatus consulta* disegnata da Volterra (E. VOLTERRA, *Senatusconsulta*, in *N.D.I.*, vol. XIII, Parte 1<sup>a</sup>, Torino, UTET, 1940, 28) e ora ripresa, con variazioni, da Buongiorno, esse si collocavano entro il perimetro del vero e proprio *decretum* (P. BUONGIORNO, *Senatus consulta: struttura, formulazioni linguistiche, tecniche (189 a.C. - 138 d.C.)*, in *Annali Seminario giur. Univ. Palermo*, vol. LIX, Torino, Giappichelli, 2016, estr., 28 sg.).

<sup>138</sup> C. BARBAGALLO, *Una misura eccezionale dei romani*, cit., 1 sg.

<sup>139</sup> C. BARBAGALLO, *Una misura eccezionale dei romani*, cit., 7.

<sup>140</sup> "*Dicaturae ad tempus sumebantur*" sottolinea non casualmente Tacito, *Annales*, L. I, 1.

<sup>141</sup> Le virgolette, nel testo, s'impongono, poiché trattasi di categorie giuridico-politiche moderne, estranee alla tradizione romana. Sulla distinzione fra le due v., ovviamente, C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., spec. 148 sg.

*tus consultum ultimum* sembra dover essere collocato più sul versante dell'emergenza che su quello dell'eccezione.

Ma cosa spetta a queste istituzioni dell'emergenza? Ancora una volta è preziosa l'indicazione di Livio, stavolta a proposito della dittatura di Cincinnato: i Sabini erano alle porte e occorreva far ricorso a una magistratura straordinaria, a un dittatore "qui rem percussam restitueret"<sup>142</sup>. È dunque la *restitutio* della *res (publica)* il compito del *dictator* e delle altre magistrature straordinarie, non altro. Eppure c'è *restitutio* e *restitutio*. Quella operata dalla magistratura straordinaria è *restitutio* di una *res* o di una *forma civitatis* che è stata solo alterata, non travolta. Ma quale *restitutio* è invece possibile *dopo* il travolgimento?

Questo snodo teorico va inteso appieno. Lo stato di eccezione è disordine potenzialmente ordinante: se tale non fosse sarebbe solo anarchia e così lo chiameremmo (anzi, così lo chiameremo, in fatto, se la fase riordinante fallirà)<sup>143</sup>. Chi lo gestisce deve de-formare in quanto intende ri-formare, cioè in quanto intende recuperare una forma. Ma, appunto, di quale *restitutio formae* si tratta? Qual è la forma che il gestore "della" eccezione (che coincida o meno col decisore "sulla" eccezione) può recuperare? Si dà una sola risposta.

Dopo l'eccezione non v'ha alcun possibile ritorno indietro all'ordine costituzionale che dall'eccezione è stato attraversato, perché una volta compiuto l'attraversamento esso non è più. I costituzionalisti italiani sono soliti parlare di forma di Stato e di forma di governo, identificando in genere la prima con i principi fondamentali dei rapporti fra governanti e governati e la seconda con i principi fondamentali dei rapporti fra gli organi costituzionali<sup>144</sup>. Ebbene: nessuna di queste due forme può essere recuperata, perché quelle *formae formantes* sono fatalmente sparite assieme all'*ordo* da esse *formatus*: dopo l'eccezione si può solo andare avanti e l'orizzonte positivo possibile è solo quello dell'instaurazione di un ordine costituzionale nuovo, per quanto inevitabilmente collegato, in variabile misura, al precedente<sup>145</sup>. V'è, però, anche un orizzonte negativo, che è quello della dissoluzione. Ma di cosa? Di cosa, se l'ordine costituzionale è già dissolto e lo è irrecuperabilmente? Questo *quid* non è altro che lo Stato. Non la forma *di* Stato (ormai perduta assieme alla forma *di* governo), ma la forma *dello* Stato. È questa la posta in giuoco nella crisi determinata dall'eccezione. I giuristi sanno bene che la forma dello Stato, cioè la soggettività statale, può ben restare intatta pur nel vario succedersi di momenti eccezionali: una cosa è l'estinzione di uno Stato; altra il muta-

---

<sup>142</sup> *Ab Urbe condita*, L. III, 26, 6.

<sup>143</sup> Commentando Carlo Diano, Massimo Cacciari ha giustamente scritto che "l'evento muta radicalmente il singolo nello stesso tempo in cui lo costringe a cercare di ritrovare la propria forma. Tuttavia, non è in alcun modo detto che ciò debba accadere. La forma può certamente disperdersi nel discorrere degli eventi" (M. CACCIARI, *Fluttuazioni intorno a Forma ed evento in Carlo Diano*, in appendice a C. DIANO, *Opere*, Firenze-Milano, Giunti-Bompiani, 2022, 2009).

<sup>144</sup> Nel testo volutamente si semplifica assai, ma, come è ben noto, le cose non sono così lineari. Per un esame più compiuto della questione, rinvio ancora a M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, cit., spec. 540 e 560, nt. 159.

<sup>145</sup> Su questo profilo, assai complesso, posso qui solo rinviare a riflessioni già proposte in precedenza: cfr. M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013 (1° marzo 2013), nonché in AA. VV., *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale" Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, n. 103 dei *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, 2013, 31 sgg.

mento dell'ordine costituzionale<sup>146</sup>. E l'eccezione apre proprio l'alternativa tra la dissoluzione estintiva dello Stato e la sua permanenza in vita<sup>147</sup>, pur a fronte del manifestarsi d'una sua ben diversa fisionomia costituzionale.

Sempre i giuristi, una volta di più, sanno bene di cosa sto parlando, perché chiamano questo fenomeno "principio di continuità dello Stato"<sup>148</sup>, così esprimendo l'idea di una perdurante identità di forma giuridica pur entro il rovinoso succedersi di laceranti trasformazioni costituzionali. Dalla monarchia costituzionale a quella parlamentare; dalla monarchia parlamentare al fascismo; dal fascismo alla Repubblica: lo Stato italiano, in quanto *forma*, giuridicamente rilevante al fine della sua identificazione internazionale, è rimasto lo stesso, o perlomeno così s'è convenzionalmente ritenuto<sup>149</sup>. Ed è *quella* forma che il gestore dell'eccezione può pretendere di salvaguardare, non altra<sup>150</sup>. Chi è sfidato dall'evento-eccezione può soccombere, subendo una definitiva de-formazione, o può tentare il recupero di una *forma*<sup>151</sup>. Nel caso dell'eccezione politica costui non ha altra forma da poter recuperare che quella della *pólis*, salvandola dall'estinzione. Restandogli logicamente e storicamente preclusa quella della sua *politía*, ormai "passata attraverso".

È stato giustamente scritto, però, che "la forma, nell'urto con l'evento, non potendosi mutare né piegare, si spezza"<sup>152</sup>. Come pensare, dunque, che la forma dello Stato, una volta perduta nel magma dell'eccezione, possa davvero recuperarsi? Spetta al diritto rispondere.

Tutte le tre forme di cui abbiamo sin qui parlato (dello Stato, di Stato, di governo) sono *forme giuridiche* e in quanto tali sono costruzioni del diritto positivo (e assieme concettualizzazioni della scienza giuridica, che "vede" ciascuna d'esse proprio in quanto forma, εἶδος). Sennonché, mentre le ultime due sono costruzioni di un diritto positivo (quello interno) travolto dall'eccezione e che di conseguenza sono state ormai definitivamente "spezzate", la prima è costruzione di un diritto positivo (quello internazionale) lasciato intatto dall'eccezione e che di conseguenza non ha potuto "spezzarsi" perché dall'eccezione non è stato davvero trapassato. Insomma: l'eccezione de-forma lo Stato (altrimenti non sarebbe eccezione), ma poiché la forma *dello* Stato è definita da un diritto che abita uno spazio esterno all'eccezione e che pertanto l'eccezione non ha potuto intaccare, la *restauratio formae* è possibile (non lo sareb-

---

<sup>146</sup> In questo senso, ad es., E. TOSATO, *Stato (Teoria generale e diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 774.

<sup>147</sup> C. GALLI, *Le teologie politiche di Schmitt*, loc. cit., sulla scia di C. SCHMITT, *Politische Theologie*, cit., 19, che fa riferimento a un *Selbsterhaltungsrecht* dello Stato, parla di un "diritto concreto e originario dello Stato all'autoconservazione". Che dell'autoconservazione *dello* Stato si tratti sembra - come si dice nel testo - innegabile. È dubbio, invece, che possa qui parlarsi d'un suo "diritto" ad autoconservarsi.

<sup>148</sup> E infatti anche C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 93, lo evoca.

<sup>149</sup> Nel diritto internazionale, infatti, l'elemento del convincimento della comunità internazionale è decisivo (si ricordano i diversi esempi della riconosciuta continuità fra Russia imperiale e URSS e della dichiarata estinzione dello Stato jugoslavo dopo il suo disfacimento: F. PAGANI, *Successioni tra Stati*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, UTET, 1999, 200).

<sup>150</sup> Solo facendo riferimento a questo salvataggio della forma-Stato (e non d'altro) ha senso parlare dello sforzo catecontico di un sovrano "che neutralizzi attivamente l'eccezione" (come dice C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., 360).

<sup>151</sup> Evidente la ripresa, nel testo, del lessico di C. DIANO, *Forma ed evento. Principii per una interpretazione del mondo greco*, Venezia, Neri Pozza, 1952, ora in *Id.*, *Opere*, cit., 47 sgg.

<sup>152</sup> C. DIANO, *Forma ed evento*, cit., 85.

be solo qualora l'intero ordine internazionale fosse attinto dall'eccezione, ma questa è l'ipotesi di una catastrofe globale sulla quale non ha nemmeno senso interrogarsi)<sup>153</sup>.

Ben diversa e meno estrema è la pretesa elevata dal gestore dell'emergenza, cui spetta la difesa - per quanto, diciamo così, mobile, visto che l'emergenza costringe alle deroghe - della legalità costituzionale (della *politéia*, dunque, prima ancora che della *pólis*). Una legalità che è fatta di forma *di* Stato e di forma *di* governo, non della semplice forma *dello* Stato. Quando, dunque, si scrive che in questi due anni si sarebbe data una "gestione eccezionale dell'emergenza"<sup>154</sup> si utilizza una formula abilmente ossimorica, ma inaccettabile, che cerca di conciliare l'inconciliabile. E quando, registrando un'alterazione (vera o presunta, non è il caso di approfondire)<sup>155</sup> del sistema delle fonti durante la pandemia, si sostiene che "proprio di questo marasma parliamo quando si evoca l'espressione «stato di eccezione»"<sup>156</sup>, si fa un uso a dir poco disinvolto delle categorie giuridico-politiche<sup>157</sup>. Lo stato di emergenza pandemica odierna, invece, come qualunque stato di emergenza, non è stato di eccezione. E non è nemmeno stato di guerra o stato d'assedio<sup>158</sup>.

Anche qui conta il diritto positivo. Sebbene l'eccezione sfugga logicamente alla predefinita giuridica, il diritto positivo può almeno aiutare a ragionare *per differentiam specificam*, definendo quei fenomeni cui essa appare *prima facie* imparentata in ragione della comune straordinarietà. E se veniamo al diritto positivo italiano attualmente vigente troviamo indicatori sufficienti a definire emergenza, guerra e stato d'assedio. Bastano poche considerazioni, in sintesi estrema.

Quanto allo stato di emergenza, ne troviamo la definizione (in una con la connessa procedimentalizzazione) agli artt. 7 e 24 del Codice della protezione civile (d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1). Ed è esattamente questo lo "stato" proclamato il 31 gennaio 2020.

Quanto allo stato di guerra (e il conflitto fra Russia e Ucraina l'attesta drammaticamente)<sup>159</sup>, valgono: il diritto internazionale, che così chiama e in quanto tale prova a regolare

---

<sup>153</sup> Quanto si dice nel testo non comporta il conferimento del primato al diritto internazionale e men che meno equivale a una professione di kelseniano monismo. Riconoscere al diritto internazionale la capacità di definire la "forma" dello Stato significa solo riconoscergli la capacità di definire la platea dei suoi soggetti, mentre le questioni della fondazione della comunità politica e della legittimazione del potere dello Stato, essenziali per il costituzionalismo, gli restano estranee.

<sup>154</sup> C. GALLI, *Epidemia tra norma ed eccezione*, cit., par 4.

<sup>155</sup> Rinvio, a tal proposito, a M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 109 sgg., *passim*.

<sup>156</sup> M. CARRIERI - P. FELTRIN - S. ZAN, *Lo strano caso della resilienza delle associazioni di rappresentanza degli interessi*, in AA. VV., *Una società di persone? I corpi intermedi nella democrazia di oggi e di domani*, a cura di F. Bassanini - T. Treu - G. Vittadini, Bologna, Il Mulino, 2021, 55.

<sup>157</sup> E invece, a proposito di guerra, emergenza etc., s'è correttamente osservato che "i giuristi, i costituzionalisti no, non possono usare quell[e] parol[e] se non nel senso specifico del proprio apparato concettuale": S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in AA. VV., *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, ES, 2020, 12.

<sup>158</sup> Riprendo, qui di seguito, osservazioni già svolte in M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., spec. 137 sgg.

<sup>159</sup> Di vero conflitto si tratta e la qualificazione di "operazione militare speciale" data nel discorso del Presidente russo del 24 febbraio 2022 non può coprire la realtà (fattuale e giuridica) della cosa. Anche perché si noterà che "guerra" (война) e "militare" (военный) paiono avere, in russo, la medesima radice (anzi, "военный"

un ben diverso fenomeno<sup>160</sup>; l'art. 78 Cost., che fa conseguire la guerra alla sua dichiarazione; la volontà dei Costituenti, che intesero la guerra come un conflitto tra esseri umani, non come un conflitto tra questi e la natura<sup>161</sup>; l'art. 11, che "ripudia" la guerra, ma certo non ripudia l'emergenza; il fatto che la guerra si fa contro "autorità che, come muovono le armi, così possono fermarle"<sup>162</sup>, e non è questo il caso<sup>163</sup>.

Quanto allo stato d'assedio<sup>164</sup>, valgono: il dato negativo che il nostro ordinamento non conosce più quell'istituto (ormai assorbito nello stato di guerra); la risalente previsione che lo stato d'assedio si caratterizza almeno per l'assumere a presupposto un rischio per l'ordine pubblico (qui assente); quella (essa pure risalente, mancando - ripeto - l'istituto nel diritto vigente) che lo stato d'assedio si risolve nell'estensione delle norme di guerra (e, in genere, dei poteri dell'autorità militare)<sup>165</sup> a una condizione di pace, con conseguente sospensione delle garanzie costituzionali<sup>166</sup>.

Nessuna eccezione, nessuno stato di guerra, nessuno stato d'assedio, dunque.

---

significa indifferentemente "militare" e "di guerra": v. B. MAIZEL - N. SKVORZOVA, *Dizionario Russo-Italiano*, Mosca, Edizioni "Enciclopedia Sovietica", 1972, 87).

<sup>160</sup> Nemmeno ad accogliere le tesi (legittimanti le varie operazioni di "polizia internazionale" o di "intervento umanitario" tragicamente succedutesi negli ultimi decenni) paradigmaticamente sostenute da G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2004, *passim*.

<sup>161</sup> Analoghe considerazioni in A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2020, 208.

<sup>162</sup> G. ZAGREBELSKY, *Introduzione*, cit., 11.

<sup>163</sup> È stata evocata anche, e specificamente, la guerra civile. Ha scritto, in particolare, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione e guerra civile* (9 aprile 2022), sempre nella già ricordata pagina su *Quodlibet*: "Se si analizzano i decreti e i dispositivi messi in atto dai governi negli ultimi due anni appare con chiarezza che essi sono rivolti a dividere gli uomini in due gruppi contrapposti, fra i quali si stabilisce una sorta di ineliminabile conflitto. Contagiati e sani, vaccinati e non vaccinati, muniti di greenpass e privi di greenpass, integrati nella vita sociale o esclusi da essa: in ogni caso, l'unità fra i cittadini, come succede in una guerra civile, è venuta meno". Valuti il lettore se il "conflitto" sia determinato e alimentato dai provvedimenti contestati o da chi li interpreta nel senso patrocinato da questo A.

<sup>164</sup> Che (pur essendo ovviamente una condizione "eccezionale", ma nel senso di "straordinaria") è - come si dice nel testo - cosa diversa dallo stato di eccezione e non costituisce affatto "una forma storica di realizzazione dello stato di eccezione" (così, invece, O. SPATARO, *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, in *Federalismi*, n. 11/2022, 161).

<sup>165</sup> Per questo non può essere considerato "stato d'assedio" lo "stato di pericolo pubblico" previsto dall'art. 216 t.u.l.p.s (così, invece, C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2020, 3), mentre può esserlo lo "stato di guerra" di cui all'art. 217, comma 2, 2° periodo, durante il quale "La facoltà di emanare ordinanze spetta all'autorità che ha il comando delle forze militari". Norme, peraltro, non formalmente abrogate, ma ormai superate dalla Costituzione.

Il collegamento, storico ed etimologico, fra l'assedio come condizione di una città o piazzaforte militare in tempo di guerra e l'assedio "politico" è ben messo in luce da G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, 250 sg.

<sup>166</sup> Analogamente, nella dottrina più recente, M. BENVENUTI, *Alle origini dei decreti-legge. Saggio sulla decretazione governativa di urgenza e sulla sua genealogia nell'ordinamento giuridico dell'Italia prefascista*, in *Nomos*, n. 2 del 2012, 6 sgg.; G. BASCHERINI, *Lo stato d'assedio nell'esperienza statutaria italiana*, in *Giur. cost.*, 1994, 4268.

Tra i classici, v. almeno A. MURATORI - T. GIANNINI, *Lo stato d'assedio ed i tribunali militari*, Firenze, Civali, 1894, 9; A. FERRACCIU, *Le garanzie parlamentari durante lo stato d'assedio*, ne *Il Filangieri*, 1899, 165; G. D'AMARIO, *L'ordinanza d'urgenza per lo Stato di diritto nelle forme di governo a regime libero-costituzionale con speciale riferimento al diritto pubblico italiano*, Torino, Bocca, 1907, 88; L. ROSSI, *Lo stato d'assedio nel diritto pubblico italiano (Rivista della giurisprudenza parlamentare)*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1894, 83; F. RACIOPPI, *Lo stato d'assedio e i tribunali di guerra*, in *Giornale degli economisti*, 1898, 137 sgg.

“Se la necessità, vera o presunta, è una ragione sufficiente e giuridica per non applicare le leggi, se di questa necessità non può farsi giudice l'autorità giudiziaria, e se quindi al governo basta invocarla per rendere incensurabile ogni suo atto, è evidente che tutto il diritto pubblico e con esso il diritto privato *qui sub tutela juris publici latet*, è in piena balia del governo”, scriveva nel 1898 Federico Cammeo<sup>167</sup>. Chi parla oggi di stato di eccezione dovrebbe dimostrare che durante l'emergenza pandemica le garanzie dello Stato di diritto sono state sospese o cancellate e che il timore di Cammeo si è realizzato. E avrebbe il suo da fare<sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1898, 373.

<sup>168</sup> Tutto questo, ovviamente, al di là della gravità e talora dell'irragionevolezza delle restrizioni imposte ai diritti costituzionali. Ma un conto è registrare limiti penetranti e non sempre coerenti, altro immaginare vere e proprie sospensioni della Costituzione e delle sue garanzie. Rinvio, sul punto, alle considerazioni sinteticamente proposte in M. LUCIANI, *Salus*, cit., spec. 45 sgg.