



Il diritto nella pandemia

Temi, problemi, domande

a cura di Ermanno Calzolaio, Massimo
Meccarelli, Stefano Pollastrelli

eum

Studi Superiori

6

Collana della Scuola di Studi Superiori “Giacomo Leopardi” dell’Università di Macerata

ISBN 978-88-6056-661-4 (print)
ISBN 978-88-6056-662-1 (on-line)
DOI 10.13138/ss-60566621

Prima edizione: luglio 2020
©2020 eum edizioni università di macerata
Corso della Repubblica, 51 – 62100 Macerata
info.ceum@unimc.it
<http://eum.unimc.it>

Impaginazione: Carla Moreschini
Copertina: +studiocrocevia

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Indice

- 9 Premessa
di Ermanno Calzolaio, Massimo Meccarelli, Stefano Pollastrelli
- La lente dei diritti
- Massimo Meccarelli
- 15 Il tempo della pandemia e le opportunità della storia
- Giovanni Di Cosimo
- 29 Sulle limitazioni ai diritti durante l'emergenza
- Angela Cossiri
- 35 Le norme di contrasto al contagio tra funzione sociale ed efficacia giuridica
- Monica Stronati
- 45 Il diritto di riunione e associazione in tempi di emergenza
- Andrea Francesco Tripodi
- 55 Il controllo del contagio nella prospettiva penalistica ovvero il diritto penale emergenziale in assenza di un nemico visibile
- Romolo Donzelli
- 65 Emergenza pandemica e tutela giurisdizionale dei diritti
- Simone Calzolaio
- 75 Sistema di allerta Covid-19. Osservazioni sull'art. 6, d.l. 28/2020

- Ninfa Contigiani
91 I soggetti socialmente ‘sensibili’ nel rigore delle ordinanze per il coronavirus (fase 1): l’eccezione necessaria nell’eccezionalità del contesto pandemico
- Stefano Pollastrelli
105 Trasporti e turismo nell’emergenza epidemiologica da coronavirus. Sfera soggettiva di protezione dei diritti dei passeggeri
- Il prisma dell’interazione
- Ermanno Calzolaio
121 Il Covid-19 quale ‘sopravvenienza contrattuale’ nella prospettiva comparatistica
- Tommaso Febbrajo
137 Emergenza pandemica e pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori
- Laura Vagni
149 Consenso informato e diritto di autodeterminazione del paziente durante l’emergenza pandemica da coronavirus
- Mariano Cingolani
163 La medicina ai tempi del coronavirus: relazione medico-paziente, diagnosi, terapia e responsabilità nell’emergenza Covid-19
- Alessio Bartolacelli
173 Il diritto commerciale nel tempo della pandemia. Tra neoprotezionismo, zone franche ed emergenza portata a sistema
- Gabriele Franza
193 Tecniche e modelli di gestione dei rapporti di lavoro nel diritto dell’emergenza sanitaria
- Guido Canavesi
207 Dall’emergenza un nuovo modello di tutela?
Gli ammortizzatori sociali al tempo del Covid-19
- Gianluca Contaldi
221 Le misure poste in essere dall’Unione Europea per affrontare la crisi economica generata dalla pandemia Covid-19

- Fabrizio Marongiu Buonaiuti
- 235 Le disposizioni adottate per fronteggiare l'emergenza coronavirus come norme di applicazione necessaria
- 257 Notizie sugli Autori

Massimo Meccarelli

Il tempo della pandemia e le opportunità della storia

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L’eccezione come tempo ascrivibile – 3. L’ultrattività dell’eccezione – 4. I paradigmi dell’eccezione – 5. Conclusioni

1. *Premessa*

Quale rapporto ha il presente con la storia? La domanda risulta tanto attuale quanto problematica, mentre il mondo è alle prese con l’emergenza della pandemia. I fatti e gli eventi che fin ora hanno marcato lo svolgimento di questo tormentato ventunesimo secolo, sembrano aver già segnalato una percezione del tempo storico nel quale il presente, nel progettare le proprie prospettive di senso, si affranca dalle grandi narrazioni del passato, cioè dalla storia. L’esperienza pandemica – che in modo repentino ha coinvolto intere popolazioni, in una vicenda di portata globale capace di produrre i suoi effetti, radicalmente, immediatamente, capillarmente, sincronicamente, in tutto il Pianeta – sembra aver prodotto aggiornamenti nel regime di storicità sottostante a questa comprensione del tempo. Parlo di un *regime di storicità* nel senso indicato da François Hartog [Hartog 2015]: «un certo modo di collegare il passato, il presente e il futuro», una «esperienza del tempo» alla quale viene attribuito significato e ordine proprio dal modo di plasmare i piani temporali. In particolare, il tratto caratteristico sembra consistere nel fatto che il presente sia costretto a vivere in funzione di sé stesso, essendo impossibilitato ad esprimere una capacità *prognostica*, mentre mantiene una funzione meramente *predittiva*, del futuro. Il futuro è, quindi, compromesso da un’eccedenza di presente,

di un presente che non può liberarsi di sé stesso. Allo stesso tempo, il rapporto del presente con il *passato* è segnato da una rottura non solo per la sua irripetibilità, ma anche per la sua *inservibilità*.

Il tempo storico attuale era già caratterizzato da un'eccedenza di presente e da un tramonto del futuro in quanto aspettativa; tale configurazione temporale sembrava, però, contemplare ancora un ruolo per il passato, seppure in modo distorto; esso, qui, veniva, infatti, considerato in chiave retrotopica [Baumann 2017], cioè come il destinatario delle aspettative negate al futuro. Il passato, insomma, rilevava come idea nostalgica e artificiale, indotta dal presente. Nel regime della pandemia e nella storicità post-pandemica, l'eccedenza del presente sembra riuscire ad affrancarsi anche da questo simulacro di passato.

La conseguenza più impegnativa di tale consolidamento nel *presentismo* è nella negazione di un carattere dinamico del tempo storico e quindi nella *stasis* [Agamben 2018] che sembra poter favorire. Occorre infatti domandarsi in che misura una società bloccata, priva di una proiezione nella possibilità di un altro da sé, riesca a rinnovare le ragioni dell'interesse a coesistere. Basti pensare alle dispute sui simboli della memoria, che sempre più spesso vediamo manifestarsi (da ultimo in occasione delle rivendicazioni contro il razzismo *black lives matter*, che si stanno moltiplicando con una rapidità sorprendente, ora, proprio mentre scriviamo queste pagine). Fare memoria è un momento costitutivo della società: essa consiste in una forma di narrazione volta a stabilire una relazione tra passato presente e futuro che si basa su operazioni aperte di ricordo/oblio per fondare e legittimare il presente. I monumenti e le manifestazioni artistiche celebrative, così come anche la toponomastica delle strade, sono momenti di produzione di una *memoria culturale* [Assmann 2016; Paixão 2019], svolgono una funzione politica nel senso di contribuire alla direzione e all'organizzazione della società. Se la produzione di memoria costruisce l'identità collettiva, il conflitto intorno alla memoria mette sotto scacco la sintesi identitaria che ha saldato, fino a quel momento, la coesione sociale. Non possiamo approfondire il discorso, ma ci basti questo accenno per ribadire che l'eccedenza di presente e

la problematica inservibilità del passato in rapporto alle operazioni di rinnovo dell'interesse a coesistere, sembrano rafforzarsi nel tempo pandemico.

Se, però, il problema è la stasi del regime di storicità, il corto-circuito che cattura il tempo storico, proprio la storia può rappresentare una opportunità, nella misura in cui sappia offrire una posizione privilegiata di osservazione della realtà 'dall'esterno'. Con la storia, in effetti, si compie un'operazione culturale diversa da quella che possiamo fare con la memoria [Ricoeur 2000]. La storia non è orientata, come la memoria a svolgere politiche di soggettivazione del passato, al contrario intende storicizzare il passato, dunque, porta ad oggettivare il presente. Questo per sottolineare che con la storia possiamo riappropriarci di una prospettiva di senso per il passato e, in questo modo, produrre un pensiero critico che metta in moto lo sguardo sulla realtà.

La prospettiva storica e, più in particolare, quella storico-giuridica, potrebbe sostenere questo compito da due versanti: quello della riflessione sulla relazione tra tempo e diritto (e dunque sui tempi del diritto); quello della ricostruzione di una fenomenologia dell'eccezione basata sulla dimensione dell'esperienza. Nel seguito ci soffermeremo su questi due aspetti.

2. *L'eccezione come tempo ascrittivo*

La relazione tra tempo e diritto è, in effetti, un tema che ha accompagnato spesso gli svolgimenti della scienza giuridica. Si può considerare il *tempo in senso descrittivo*, per osservare l'accadere della dimensione giuridica. Qui il tempo funge da strumento analitico, individua una fase, un quadro temporale, una cronologia del diritto; resta all'esterno al fenomeno giuridico.

C'è però, anche una diversa relazione tra diritto e tempo, nella quale quest'ultimo svolge una funzione *ascrittiva*. Qui intendo riferirmi all'idea di una condizione temporale che, per le sue caratteristiche attribuisce contenuti specifici e caratteri al diritto. Il tempo è qui considerato come una componente interna al diritto, che contribuisce al processo della sua determinazione.

Se il tempo descrittivo contiene l'accadimento del diritto, il tempo ascrivivo, al contrario, definisce un regime del diritto.

Diverse sono le figure giuridiche che presuppongono tale funzione del tempo; sono sovente quelle che servono a individuare *condizioni di permanenza* del diritto. Si pensi alla consuetudine, al potere costituente, all'abrogazione normativa. Per il nostro problema però risulta di particolare interesse un'altra tipologia di tempo ascrivivo, quello che attribuisce caratteri e contenuti al diritto in ragione della *condizione di impermanenza* di cui è portatore.

L'eccezione è proprio un esempio di questo tipo di temporalità attributiva. L'eccezione non ha fin ora assunto un rilievo nella teoria generale del diritto, se non come categoria negativa, quella che serve a indicare regimi del diritto non riconducibili all'ordine giuridico (e dunque fuori dall'ambito della teoria generale) se non addirittura, nelle definizioni più radicali dello stato d'eccezione, uno spazio vuoto di diritto [Agamben 2003]. La storia, però, offre numerosi esempi che mostrano l'incidenza ascriviva dell'eccezione e ciò con riferimento sia alle emergenze dovute a fattori sociali o politici (si pensi al 'pericolo' anarchico in Europa alla fine dell'Ottocento) sia a quelle dovute alle catastrofi naturali (la vicenda del terremoto di Messina del 1908 è emblematica in questo).

3. *L'ultrattività dell'eccezione*

Il profilo di interesse che si può ricavare da questa prospettiva attiene soprattutto alla possibilità di ricostruire una fenomenologia dell'eccezione a partire dalle esperienze del passato. Anzitutto con questo sguardo si può apprezzare quel carattere dell'eccezione che la filosofia ha definito *evenemenziale* [Romano 2010]. L'eccezione è un evento che produce i suoi effetti un modo ultrattivo occupando lo spazio che va ben oltre la transitorietà. Questo condizionamento del presente sul futuro deriva dal fatto che l'eccezione costringe a riscritture dell'ordine, poiché costituisce il nuovo *a priori* a partire dal quale diventa possibile pensare lo *a posteriori*.

Il fatto di trovarci ancora nel pieno dell'evento, ci impedisce di definire con chiarezza quale impatto l'attuale condizione ec-

cezionale avrà avuto sulla nuova normalità giuridica; i prossimi mesi saranno in questo una base utile per cogliere la linea. Intento di questo breve scritto, dunque, non è certo quello di fare bilanci o fornire una ricognizione esaustiva dei fatti normativi dell'eccezione (che, del resto, in questo volume vengono descritti dai vari articoli con riferimento a diversi campi disciplinari).

Piuttosto qui interessa considerare, tra le numerose novità che erano impensabili fino a poche settimane fa, qualche esempio per tentare una risposta, seppure provvisoria, alle domande sull'ultrattività dell'esperienza attuale dell'eccezione e, come vedremo nel paragrafo successivo, sul paradigma a partire dal quale rappresentare le relazioni tra ordine giuridico ed eccezione.

Intendo riferirmi, in particolare, alla materia dei diritti fondamentali per considerare quattro aspetti: le limitazioni che le libertà fondamentali hanno sopportato e stanno soffrendo; il problema della concorrenza tra diritti fondamentali; i processi decisionali che sfuggono al formato democratico della decisione politica; il consenso diffuso che è corrisposto all'introduzione di queste misure, almeno a giudicare dai comportamenti di massa riscontrabili in tutte le Democrazie europee, che hanno sperimentato misure di restrizione invasive.

Riguardo al primo punto: abbiamo dunque accettato la possibilità di una limitazione delle libertà fondamentali come la libertà di riunione, la libertà di movimento, il diritto alla privacy, il diritto all'istruzione, in alcuni casi il diritto al voto; eppure si tratta di libertà e diritti che avevamo posto in una posizione normativa privilegiata (la Costituzione) e sotto la protezione di speciali poteri di garanzia giurisdizionale (le Corti costituzionali e le Corti internazionali di giustizia), proprio per impedire una loro relativizzazione da parte di qualsivoglia autorità politica. Da un punto di vista storico, oltre che teorico, la collocazione costituzionale di questa materia è stata determinante rispetto all'effettività che tali diritti e libertà hanno potuto produrre nei decenni scorsi. L'esperienza dell'eccezione ci pone di fronte a un inedito *spazio governamentale* [Foucault 2004], sulla cui natura occorrerà interrogarsi, che mostra già piena operatività, richiamando la materia dei diritti nello spazio della normatività

ordinaria, fuori dallo spazio costituzionale protetto in cui era stata messa.

Tale constatazione ci porta a considerare il secondo aspetto, quello relativo al ripensamento dei regimi atti a rendere effettivi i diritti e le libertà fondamentali, che sostanzialmente girava intorno alla centralità del principio di bilanciamento. Stiamo, infatti, sperimentando una gerarchizzazione dei diritti fondamentali, nel momento in cui – per via di norme positive – viene stabilita una prevalenza del diritto collettivo alla salute su tutti gli altri. E tale gerarchizzazione è ancora in atto, perché il ritorno alla normalità viene assicurato *sub condicione* del mantenimento dei livelli epidemiologici, di modo che eventuali loro alterazioni potranno autorizzare in ogni momento un ripristino delle misure restrittive. Questo fa pensare che non stiamo, dunque, tornando al regime ordinario precedente, ma ne stiamo inaugurando uno nuovo.

Il problema non è di poco momento, poiché sappiamo bene che l'effettività dei diritti e libertà fondamentali, secondo il modello emerso dal secondo dopoguerra, riposa sul presupposto che siano tutti sullo stesso piano. Secondo questo modello, infatti, l'eventuale prevalenza di un diritto sugli altri può emergere solo per via *giurisprudenziale*, cioè solo in relazione a casi concreti e a partire da concreti problemi di giustizia sostanziale, in cui due diversi diritti fondamentali entrano in contrasto. Il principio di bilanciamento costituzionale ha senso se esercitato a livello giurisprudenziale; nel momento in cui una regolazione del rapporto di coesistenza di diversi diritti viene stabilita tramite norme positive generali e astratte (per quanto riferite ad una specifica congiuntura, non si basano su fatti concreti che assumono il rilievo di fatti normativi, ma individuano fattispecie generali e si affidano alla dinamica della sussunzione), è evidente che stiamo sostituendo all'idea di bilanciamento un'idea di gerarchizzazione dei diritti fondamentali. Il problema è, che se consideriamo la storia recente, quella svoltasi negli anni di vigenza delle Costituzioni e dell'operatività di istituzioni come le Corti Costituzionali, è stato proprio il meccanismo 'paritario' di coesistenza dei diritti regolato tramite il bilanciamento, ad aver garantito la possibilità di implementare nella società,

l'esercizio di una pluralità di diritti fondamentali individuali e collettivi. Il pluralismo di valori e interessi che questa pluralità di diritti fondamentali assicura, del resto, è uno dei fondamenti dei regimi democratici. Per questo la possibilità di un superamento dell'idea di un equilibrio dinamico tra i diversi diritti, tutti fondamentali e sullo stesso piano, richiede una riflessione sulle conseguenze rispetto ai regimi della democrazia.

Ciò appare quanto più urgente se consideriamo il terzo aspetto collegato a questa vicenda e che concerne la natura delle norme eccezionali, introdotte in forza del potere di decretazione e attraverso la inconsueta tipologia del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri; questo è uno strumento di solito impiegato per la regolamentazione di attività amministrativa, che si differenzia dalle altre forme più tradizionali di esercizio di un potere di normazione da parte del governo, inquadrate in un regime di sindacato e controllo da parte del Parlamento e dei poteri di garanzia. Ciò, se da un lato conferma il fatto della dislocazione dei diritti fondamentali in uno *spazio governamentale* basato su norme positive dettate dal potere politico, dall'altro indica che tali norme non nascono dall'ambito legislativo, dove il potere politico sarebbe più direttamente esposto al controllo democratico.

Ragionando in termini di impatto del tempo storico della pandemia sui diritti fondamentali, c'è un ulteriore tema a cui appare opportuno accennare: quello relativo ai caratteri della coesione sociale e della comunità. È un tema di confine, che le scienze giuridiche possono solo marginalmente illuminare e che potrebbe giovare di una riflessione interdisciplinare, che sappia raccogliere il contributo di altre scienze sociali e umane.

In questa sede possiamo, però, accennare ad alcuni aspetti che interrogano le forme giuridiche fin ora messe a disposizione per inquadrare le dinamiche della coesione sociale e i meccanismi di appartenenza alla comunità. Un aspetto, che colpisce di questa vicenda, è la attiva collaborazione dei cittadini degli Stati europei nella attuazione delle misure restrittive legate al *lockdown*. Insieme a questo è stato possibile riscontrare anche una riscoperta del valore aggiunto derivante dall'appartenenza ad un gruppo, una sorta di presa di coscienza dell'imperfezione

del singolo. Non è solo la riscoperta della funzione tutelare dello Stato, che pure è un dato interessante. È di più. Riguarda il rilievo delle diverse comunità a cui apparteniamo, che tornano a diventare importanti punti di riferimento, mentre la nostra vita viene costretta a gravitare nello spazio della *casa*. Visto dalla storia e dalla teoria del diritto tutto questo appare di grande interesse, almeno per due aspetti.

Anzitutto segnala una riscoperta, in chiave inedita, del valore dei corpi intermedi, oltre che per il loro collegamento funzionale ai dispositivi normativi per la produzione di tutela giuridica e alle istituzioni dello Stato, anche come strumento organizzativo del sociale e come rete per l'esercizio dei diritti fondamentali. Certo, in questa fase non sappiamo ancora se tale nuova attitudine comunitaria finirà per tradursi in un dato strutturale o se gli scenari che si apriranno con la nuova normalità (ad esempio a seguito della già annunciata crisi economica) cambieranno ulteriormente il quadro. Pur tuttavia questa esperienza in ogni caso meriterà di essere tenuta presente nella considerazione degli effetti ultrattivi dell'eccezione.

Inoltre, considerando il quadro più generale, sarebbe opportuno riflettere sul valore della localizzazione come forma di attuazione della tutela giuridica. Locale e globale costituivano due poli rilevanti nello sviluppo e nello svolgimento del diritto contemporaneo. Si è interrotto questo circuito? Che resta della dimensione globale, mentre ci affidiamo alle dinamiche di localizzazione per proteggerci dalla pandemia? Alcuni passaggi mancano per effettuare una valutazione in questo senso. La dimensione globale però non sembra aver cessato di essere presente. Lo scenario (ancora in movimento) sembra infatti suggerire che il livello delle reti inter e ultrastatali stia iniziando a rivestire un rilievo strategico nella individuazione delle soluzioni alle conseguenze economiche e sociali della pandemia. Le istituzioni internazionali, si pensi all'Unione Europea, sono ora fortemente interpellate e stanno iniziando a fornire risposte, che mostrano di poter avere un certo impatto sia in termini di risorse messe a disposizione, sia in termini di rafforzamento e estensione (ora anche al campo del sociale e della salute) dello spazio giuridico comune.

C'è poi un profilo soggettivo che fa pensare che lo spazio globale o ultra-statale sia destinato ad essere, anch'esso, uno spazio di occorrenza degli *a posteriori* dell'emergenza pandemica. Esso riguarda un aspetto che ha caratterizzato l'esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali nei decenni del nuovo secolo: mi riferisco alla attitudine cosmopolitica che ha caratterizzato l'esserci del soggetto di diritti. La capacità di relazionarsi e di muoversi su scala immediatamente mondiale, favorita dallo sviluppo delle tecnologie a tutti i livelli, ha rappresentato un rilevante luogo di accadimento dei diritti fondamentali. Possiamo domandarci cosa resti di tutto questo e, alla luce di quanto abbiamo potuto fin ora considerare, possiamo formulare una prima ipotesi circa il fatto che la tensione/esigenza cosmopolitica non abbia ancora cessato di rappresentare un modo di esserci del soggetto di diritti contemporaneo, che il nuovo senso di comunità che sta nascendo includa la dimensione cosmopolitica, che l'attitudine e forse anche la possibilità, di cercare le soluzioni ai problemi (non solo quelli economici) continui a dipendere da un circuito globale.

Qui il giurista avverte una volta di più la necessità di un dialogo con le altre scienze sociali e umane, per comprendere fino a che punto l'esperienza dell'eccezione abbia inibito o invece accentuato la propensione alla socialità senza confini. Si tratta dunque di un terreno sul quale occorrerà svolgere studi e approfondimenti, per fornire una risposta scientificamente fondata.

4. *I paradigmi dell'eccezione*

La portata delle criticità che l'esperienza dell'eccezione sta evidenziando sui sistemi in atto, oltre che per la loro proiezione sulla dimensione giuridica della nuova normalità, suggerisce di spingere a considerare anche un ulteriore livello di indagine, quello sistematico, che descrive la relazione tra ordine giuridico ed eccezione. Anche in questo la storia offre indicazioni preziose.

La dimensione dell'esperienza, infatti, mette in luce i paradigmi culturali e scientifici, che stanno alla base dell'inquadramento dell'eccezione nell'ordine giuridico. A questo riguardo appare

chiaro che un punto di svolta sia stato rappresentato dall'avvento della modernità giuridica. La storiografia [Hespanha 2012; Grossi 2003] individua nella 'modernità giuridica' quella svolta culturale e scientifica nella concezione del diritto, che segna il distacco dalle forme e le strutture dell'esperienza giuridica medievale (basata su dinamiche giurisprudenziali di produzione e costruzione dell'ordine giuridico), per dare spazio ad una concezione potestativa del diritto, fondata sull'idea del primato del potere politico e, dunque, sulla centralità della legge come fonte del diritto. Ebbene, questa svolta, che sul piano cronologico si è consumata definitivamente nel Diciannovesimo secolo con l'edificazione dei sistemi a diritto codificato, ha segnato l'abbandono di una concezione *inclusiva* dell'eccezione a favore di una concezione *escludente* della stessa [Meccarelli 2009; Meccarelli, Palchetti, Sotis 2011].

Il paradigma *inclusivo*, che ha caratterizzato l'esperienza giuridica medievale e dell'età moderna, spiega l'eccezione come momento interno alla vita dell'ordine giuridico. Percepisce l'eccezione come manifestazione di straordinarietà e la include nell'ordinamento ponendo la questione di una correlazione (da costruire) tra *ordinarium* ed *extraordinarium*. In tal modo vengono individuati due piani interdipendenti costitutivi dell'eccezione: quello necessitante dell'autoevidenza oggettiva della misura straordinaria e quello legittimante della sua funzionalità sistematica, cioè della idoneità, anche della misura straordinaria, a contribuire allo sviluppo del sistema. Questo modello si riferisce ad un ordine giuridico flessibile e se vogliamo incerto, poiché sempre sollecitato dalla possibilità della variante straordinaria; allo stesso tempo concepisce l'eccezione solo se regolata e coerente con i principi fondamentali dell'ordine giuridico esistente. Si tratta di un modo di organizzare i regimi dell'eccezione per un mondo giuridico fondato sul pluralismo e sulla multinormatività come spazio di accadimento del diritto e sul diritto giurisprudenziale come principale ambito di differenziazione del giuridico.

Il paradigma *escludente*, proprio dell'età contemporanea, spiega l'eccezione come ciò che è irriducibile all'ordine, uno stato del diritto imposto dalla necessità e per questo estraneo

all'ordine giuridico. Esso mette in rapporto l'eccezione con l'emergenza e la esclude dal campo dei processi costitutivi del sistema, ponendo l'esigenza di una contrapposizione (da mantenere) tra ordinario ed eccezionale. Il valore della certezza formale, essenziale per i sistemi nati nel Diciannovesimo secolo, ha imposto di rendere intangibile l'ordine giuridico dall'eccezione, ma allo stesso tempo ha reso imprescindibile accettare l'eccezione come uno *stato* del diritto sottratto all'insieme di regole, principi e orientamenti assiologici dell'ordine giuridico stesso.

Appare importante evidenziare che una tale ri-configurazione dell'eccezione ha corrisposto al prodursi di un orizzonte sistemico fondato sulla forza ordinante del monismo giuridico e sul diritto positivo come principale forma di definizione dello spazio giuridico. È inoltre importante rilevare, con la storia, che le esperienze dell'eccezione basate su un paradigma escludente, hanno segnato un momento di sospensione dell'ordine giuridico garantito e di superamento dei suoi principi fondamentali; la forza attributiva dell'eccezione, il suo carattere evenemenziale, hanno anche prodotto inevitabili riflessi strutturali sul nuovo regime ordinario modificandone assetti essenziali. Un simile modello – mentre ha una sua ragion d'essere in ordinamento, come quelli dominati dal primato del potere politico sul diritto grazie alla riduzione del diritto nel formato della norma positiva – rivela un difetto di sostenibilità in contesti come quelli europei attuali, che sono stati fondati sul primato della Costituzione, proprio nel tentativo di sottrarre al potere politico la possibilità di disporre liberamente su principi e valori considerati fondamentali per la coesione sociale.

Le esperienze di eccezione che pure hanno segnato gli ultimi decenni – si pensi da ultimo all'emergenza rappresentata dal terrorismo internazionale, seguita ai fatti dell'undici settembre 2001 [Donini, Papa 2007; Bartoli 2008] – ogni volta di più hanno evidenziato questa criticità. Di nuovo, oggi, torna a porsi il problema della sostenibilità di un regime dell'eccezione concepito in base ad un paradigma escludente. Ci sono, del resto, profili strutturali che caratterizzano oramai i sistemi giuridici europei contemporanei (a partire dalla configurazione monistica, che è stata superata proprio dal regime del primato della

Costituzione e dalla costruzione di uno spazio multinormativo tra ambito nazionale e internazionale), che evidenziano come il problema non sia solo quello di controllare l'effetto ultrattivo dell'eccezione, ma anche quello di riconsiderare il suo regime sul piano sistematico. Sono aspetti complessi che richiederanno una riflessione, quando il quadro del mutamento giuridico, ora ancora in movimento, si sarà consolidato.

5. Conclusioni

Abbiamo iniziato il nostro percorso interrogandoci sul nuovo tempo storico della pandemia, in particolare sul regime di storicità fondato sulla eccedenza del presente. Come conseguenza abbiamo considerato la possibilità di guadagnare, tramite la storia, un punto di vista critico, che ci permettesse di acquisire maggiore consapevolezza sulla fenomenologia dell'eccezione. A questo proposito abbiamo valutato che essa ci induce ad interrogarci sugli *a priori* che la fase attuale sta introducendo, e su come ciò, alla sua conclusione, condizionerà le nostre possibilità di pensare un *a posteriori*. La storia, allo stesso tempo, ci invita anche a chiederci dentro quale paradigma si colloca l'esperienza attuale dell'eccezione, se, cioè, possiamo affrancarci dalla dimensione del moderno, che ci impedisce di includere il momento eccezionale per regolarlo nell'ordine (accettando al contempo che esso costituisca un momento di inveroamento dell'ordine).

Pensare quale *a posteriori* resta come conseguenza del nuovo *a priori*, domandarsi a partire da quale concezione dell'eccezione (e dunque attraverso quali meccanismi e regimi) pensiamo di poter dare delle risposte ai questi problemi, appare compito arduo, ma al contempo possibile e certamente utile. Quanto più attento sarà l'esercizio di una consapevolezza critica sugli effetti attributivi dell'eccezione, tanto maggiori saranno le possibilità di orientare il processo di ricomposizione dell'ordine, nella forma di un progetto.

Bibliografia essenziale

- G. Agamben, Stasis. *La guerra civile come paradigma politico*, Torino, Bollati Boringhieri, 2015;
- G. Agamben, *Stato d'eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003;
- A. Assmann, *Formen des Vergessens*, Göttingen, Wallstein, 2016;
- R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale: tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, Giappichelli, 2008;
- S. Baumann, *Retrotopia*, Cambridge, Polity Press, 2017;
- M. Donini, M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007;
- M. Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978)*, Paris, Seuil, 2004;
- F. Hartog, *Regimes of Historicity*, New York, Columbia University Press, 2015;
- P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003;
- A.M. Hespanha, *A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2012;
- M. Meccarelli, *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale*, «Quaderni storici», 131, 2, 2009, pp. 493-521;
- M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, eum, 2011;
- C. Paixão, *Memorial histórico y verdad ficcional en Incidente de Antares de Erico Verissimo*, in J. Calvo González (ed.), *La cultura literaria del derecho. Alianzas transatlánticas*, Granada, Comares, 2019 pp. 99-113;
- P. Ricoeur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000;
- C. Romano, *Il possibile e l'evento. Introduzione all'ermeneutica evenemenziale*, Milano, Mimesis, 2010.