

PARADIGMI DELL'ECCEZIONE NELLA PARABOLA DELLA MODERNITÀ PENALE

UNA PROSPETTIVA STORICO-GIURIDICA

Il saggio si propone di analizzare, in un quadro cronologico di lungo periodo, i regimi giuridici dell'eccezione, giustapponendo due approcci al problema basati su due diverse concezioni ordinanti: quella tipica dell'età medievale e moderna, caratterizzata dalla centralità del diritto giurisprudenziale di *ius commune* e quella propria dei secoli XIX e XX, connotata dal primato della legge e dalla codificazione del diritto. Il primo approccio percepisce l'eccezione come manifestazione di straordinarietà e la include nell'ordinamento ponendo la questione di una correlazione (da costruire) tra *ordinarium* ed *extraordinarium*. Il secondo mette in rapporto l'eccezione con l'emergenza e la esclude dal campo dei processi costitutivi dell'ordine giuridico, ponendo l'esigenza di una contrapposizione (da mantenere) tra ordinario ed eccezionale. Il mutamento di paradigma che la modernità introduce con l'affermarsi della svolta illuministica, trova una sua rispondenza nel duplice livello di legalità che caratterizza i sistemi penali dei secoli XIX e XX; il saggio ne segue gli andamenti con riferimento alla vicenda italiana nelle diverse fasi dello Stato unitario, per concludere con qualche osservazione sui limiti di tale impostazione di fronte ai problemi di gestione degli stati d'eccezione e di tenuta dell'ordine giuridico posti dal momento attuale.

Eccezione, emergenza e ordine giuridico positivo: i vincoli di un paradigma contemporaneo

Nella fase storica attuale il problema dell'eccezione assume un rilievo tutto particolare: mentre pone una domanda di senso, evidenzia il limite delle categorie con cui può essere compreso. La prospettiva storico-giuridica, che in queste pagine si vuole illustrare, sembra poter dare un suo specifico contributo al ripensamento degli orizzonti concettuali attraverso i quali leggere e descrivere il fenomeno.

Un approccio ricorrente nelle analisi contemporanee al problema dell'eccezione è di considerarlo come (nuovo) terreno nel quale la dimensione politica afferma il suo primato su quella giuridica; ciò vale per

la stessa categoria generale dello «stato d'eccezione», sia essa declinata per indicare uno «stato del diritto» che uno «spazio vuoto di diritto»¹. Tale rappresentazione dicotomica dei rapporti tra politica e diritto è però il risultato di una precisa discontinuità storica (senza voler negare i tempi lunghi che sempre preparano le trasformazioni radicali) nella quale attraverso il concetto di sovranità, inteso come potere originario e assoluto, si è dato fondamento allo Stato, unico produttore e gestore del diritto². Nell'esperienza giuridica continentale questo passaggio ha una sua diretta riconoscibilità nei caratteri sistematici assunti dagli ordinamenti giuridici attraverso l'affermarsi del primato della legge e la conseguente adozione del principio di legalità nel corso del XIX secolo.

Come cercheremo di mostrare, nella concezione del diritto di punire messa a punto dall'operoso laboratorio illuministico, il problema dell'eccezione è stato escluso dal campo dei processi costitutivi dell'ordine giuridico. Quest'ultimo nasceva e si articolava sulla base di principi e categorie del tutto autosufficienti rispetto ai problemi della contingenza; essa non doveva incidere, con il suo carattere necessariamente instabile, sulle strutture di quello.

In materia penale l'ordine legale scaturisce dunque da una rappresentazione del diritto di punire astratta dal campo di azione storicamente dato: c'è l'uomo, l'individuo nella sua condizione di libertà e c'è lo Stato che esercita un diritto di punire attraverso una griglia predefinita, resa esplicita dalla forma codice³. In un certo senso possiamo dire che si tratta di un «penale senza storia» e per questo necessariamente affrancato dal problema dell'eccezione. Se però ci spostiamo dal momento della progettazione del nuovo diritto penale legale a quello del suo impiego, scopriamo quanto invece il problema dell'eccezione sia stato parte integrante di quell'esperienza giuridica. Tale ribaltamento di prospettiva, pur nella conservazione degli assetti sistematici fondati sul primato della legge, ha prodotto a nostro avviso dei riflessi importanti in ordine agli spazi di legittimazione che l'eccezione, ridotta a «stato d'eccezione», ha acquisito nel sistema penale.

Scopo di queste pagine è giustapporre, in un quadro cronologico di lungo periodo, due approcci al problema della collocazione (della delimitazione, della gestione) dell'eccezione: nell'esperienza giuridica d'impronta giurisprudenziale, che ha preceduto la svolta illuministica, potremo analizzare l'eccezione come espressione di straordinarietà; nella fase del diritto penale codificato, osserveremo invece la vicenda di emersione del penale eccezionale come espressione dell'emergenza. In questo confronto potrà meglio porsi in evidenza il mutamento di paradigma che, ad avviso di chi scrive, si è determinato tra antico e nuovo regime.

L'ordo come spazio inclusivo e la diversa concezione dell'eccezione in età di «ius commune»

Il paesaggio giuridico che precede la svolta per la codificazione, in Europa, è costituito dalla centralità di un diritto giurisprudenziale alimentato dallo *ius commune*, cioè un diritto sviluppato, secondo la tradizione medievale, attraverso una *interpretatio* costruita sui testi (principalmente *corpus iuris civilis* e *corpus iuris canonici*), ma fortemente ancorata alla fattualità del diritto. Si tratta di un diritto pratico-dottrinale concepito come riproduzione di una dimensione oggettiva; il lavoro della scienza giuridica consiste nel discernere e collocarla entro schemi ordinanti. Qui il ragionamento dottrinale è necessariamente inclusivo perché i fenomeni effettivi sono (tutti) espressione dell'ordine giuridico.

Tale percezione, d'impronta tomistica⁴, connota anche lo spazio dell'eccezione. Con le nostre categorie potremmo dire che l'eccezione, come «fatto che esce dalla normalità», seppure esprima un'anomalia, non indica uno stato di anomia; è «fuori dell'ordinario», ma non per questo esterno all'ordine giuridico. Al contempo l'eccezione, pensata come «stato del diritto», non si traduce in una mera condizione di pienezza dei poteri correlata a una sospensione dei principi fondamentali dell'ordinamento. Per quanto determini regimi giuridici speciali, essa resta vincolata alla condizione, che vale per ogni espressione giuridica fattuale, della sua necessaria corrispondenza all'*ordo*. Con ciò vogliamo dire che l'eccezione può essere percepita come possibile terreno dello sviluppo dell'ordine giuridico e pertanto viene rappresentata come riducibile (e da ridurre) entro un quadro di regole garantite sotto il profilo della compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento.

L'eccezione nella dimensione dell'«extraordinarium»

Nella dottrina dell'età medievale e moderna emerge dunque un primo profilo di originalità nella posizione del problema: l'eccezione qui è un fenomeno più ampio di quello che noi oggi concepiamo come stato d'eccezione. Essa include tutte quelle forme di «tradimento» della regola che caratterizzano la *vita del diritto*, più che la sua sospensione.

Significativamente il concetto di *exceptio* ha un impiego di tipo tecnico soprattutto per profili legati all'azione processuale (*rei defensio, actionis exclusio, oppositio ad excludendum actionem*, ecc.)⁵, ma non sembra avere a che fare con il nostro problema. Un ruolo chiave è

invece svolto dalla categoria dell'*extraordinarium*. Come spesso capita nella trattazione dottrinale del *ius commune*, non siamo di fronte ad una figura dogmatica profilata sul piano definitorio. Il concetto di straordinarietà più che una categoria generale del diritto è una dimensione dell'ordinamento, cui la dottrina attinge attraverso una costellazione semantica molto ampia. Si pensi, tanto per citarne alcuni, ai concetti di *dispensatio*, *derogatio*, *arbitrium*, *privilegium*, *immunitas*, *exemptio*.

La caratteristica ricorrente di questo tipo di lettura dottrinale dell'eccezione è di considerare due livelli costitutivi: il piano (necessitante) della *autoevidenza oggettiva* della misura straordinaria presuppone l'altro (legittimante), che potremmo chiamare, della sua *funzionalità sistemica*, intesa quest'ultima come proprietà delle strutture e degli assetti dell'ordinamento giuridico, che li rende capaci di corrispondere in concreto al compito di *facere iustitiam*.

Infatti, per fare qualche esempio, presupposto del principio *necessitas non habet legem* è che «necessitas et utilitas aequiparantur»⁶. La *iuris relaxatio* che si produce nel caso di una *dispensatio e provida*, perché è «utilitate vel necessitate pensata»⁷, o si fonda su una *aequitas rationabilis*⁸ o su una *iusta causa*⁹. Del resto va ricordato che la categoria *dispensatio* serve a sopperire le inadeguatezze delle regole date, rispetto ai casi particolari¹⁰. Anche il dispositivo dell'*arbitrium*¹¹ è del tutto immerso in una dimensione regolante oggettiva e costitutiva della sua natura giuridica. Il quadro è omologo nel campo del *privilegium*: un «principis beneficium contra ius commune indultum»¹², uno *ius singulare* «contra tenorem rationis», ma «propter aliquam utilitatem»; un *recessus a iure* che, per non risultare *odiosus*, non deve derogare alla *publica utilitas*¹³. Si aggiunga che per le tipologie del *ius singulare* la dottrina ha sempre ritenuto costitutivo l'ancoraggio all'*aequitas*¹⁴. Dispositivi come *immunitas* o *privilegium* del resto attingono a una concezione della libertà che è pensata come condizione anzitutto collettiva prima che individuale; le speciali prerogative accordate al soggetto servono a proteggere esigenze e interessi comunitari¹⁵. Proprio nell'irrelevanza del fondamento individualistico e nell'assenza di una giustapposizione rispetto al vincolo comunitario, sta la discontinuità storica e concettuale con il paradigma immunitario invece veicolato dalla modernità¹⁶.

C'è un secondo aspetto da considerare: questi sono spazi d'eccezione pensati per operare sempre nell'alveo legittimante della *iurisdictio*¹⁷ cioè di quella categoria che, presupponendo il *princeps* come *custos iusti*, nell'indicare una sintesi di poteri, vincola i modi della relazione tra potere politico e diritto al paradigma giudiziale del *ius dicere*. Si tratta di un ancoraggio particolarmente significativo, perché pone quella

relazione in una prospettiva, ribaltata rispetto alla nostra, nella quale anche il potere politico, come ogni attività dell'uomo nel campo del diritto, è destinato a operare come strumento di riconoscimento di un ordine giuridico oggettivamente dato¹⁸.

Il quadro è confermato anche quando la dottrina impiega direttamente il registro semantico dell'*extra-ordinem*. Posta nel campo della straordinarietà, infatti, l'eccezione alla regola viene proposta come un diritto, *singulare* o *temporale*, in quanto espressione di un caso specifico meritevole di apprezzamento giuridico¹⁹. L'*extraordinarium* è, sotto tale ottica, un rimedio necessario²⁰ che serve a supplire all'*ordinarium* dove questo risulti carente, ad esempio quando si manifesta un caso nuovo²¹ o vi sono ragioni riconducibili a una utilità pubblica²².

Così percepita, l'eccezione alimenta un metodo di strutturazione dell'ordinamento. Basti guardare ad alcune figure applicative nel penale. La straordinarietà svolge un ruolo molto importante, se non decisivo, nell'itinerario che segna la lenta emersione del rito inquisitorio. Si pensi al processo sommario *de plano* e in generale ai processi condotti attraverso le così dette *clausulae diminuentes iuris ordinem*: fondendosi con i regimi giuridici dell'*arbitrium procedendi* e uscendo progressivamente dall'originario alveo canonistico, esse vanno a costituire uno spazio di sperimentazione dell'*inquisitio* intesa come maniera procedurale²³.

La straordinarietà riesce a dare completamente alla dimensione penale anche sotto altri profili. Ad esempio nelle applicazioni che conosce in materia sanzionatoria. È con la *poena extraordinaria* che si introduce nel processo la prova per *indicia indubitata*; è attraverso tale implementazione che la giustizia penale può all'occorrenza affrancarsi dalla necessità della confessione e dalla tortura come mezzo di prova per ottenerla. Il principio che le prove dovessero essere *luce meridiana clariores* implicava infatti che il sistema probatorio si ispirasse ad un principio di predeterminazione dei caratteri e del valore di ogni prova. Solo alcuni tipi di prova (ad esempio prove scritte o documentali; doppia testimonianza oculare e concorde; *notorium*; confessione) potevano giustificare la condanna. Ciò rendeva centrale la ricerca della confessione come regina delle prove e questo a sua volta legittimava il ricorso a mezzi di prova come la tortura. In tale quadro, per attribuire rilevanza *ad condemnandum* alla prova indiziaria forte e concludente (l'*indicium indubitatum* che «iudicis animum ad perfectam credulitatem trahit»²⁴), si ricorreva al registro straordinario; se la prova tipica consentiva di condannare alla pena ordinaria, quella indiziaria ma indubitata avrebbe consentito di condannare ad una pena straordinaria²⁵.

È sempre attraverso la pena straordinaria che quel sistema sanzionatorio si arricchiva di alcuni elementi di ponderazione della pena secondo le circostanze e la qualità della persona. È infatti tramite il principio della sostituzione *ex iusta causa* della pena ordinaria con una pena *ad arbitrium* che era possibile individuare una pena «secondo la qualità del fatto e della persona» («iuxta facti et personarum qualitatem»)²⁶. Il principio di commisurazione della pena, fondamentale anche per quel sistema penale, operava dunque attraverso l'attivazione del registro straordinario²⁷.

Questi possono apparire apporti meramente tecnici, ma in realtà hanno una valenza più ampia: consentono di dare concretezza (nel senso di metterla in rapporto con il *facere iustitiam*) a una materia giuridica, quella penale, che nell'epoca in oggetto non conosce le strutturazioni che noi diamo per scontate oggi, come, per esempio la separazione tra processuale e sostanziale. Ciò assegna ben altro rilievo alla determinazione delle regole procedurali rispetto agli orientamenti e ai caratteri complessivi del penale.

A sua volta il processo non si presenta come assetto chiuso di regole predefinite. L'esito «autoreferenziale» che siamo abituati a presupporre in una procedura funzionale all'amministrazione della giustizia non può operare nel *ius commune*. Non solo mancano i presupposti sistematici (riduzione del diritto nella legge), ma la fluidità della fase storica pone al sistema processuale una domanda di giustizia complessa che attinge da istanze diverse, ora comunitarie ora statali. La dimensione dell'*extraordinarium* opera appieno in questa complessa attività di amministrazione della giustizia contribuendo a conferirle effettività.

L'apporto strutturante della correlazione «ordinarium/extraordinarium»

Proprio per il fatto di dare un contributo alla tenuta dell'ordine giuridico (e non alla sua sospensione) gli spazi occupati dalla dimensione straordinaria, così come le soluzioni tecniche che in essi si sperimentano, si sono consolidati nel tempo fino a costituire una nuova dimensione dell'*ordinarium*²⁸. Si pensi ancora una volta all'esempio dell'inquisitorio. Nel lungo periodo si profila un fenomeno di suo consolidamento come procedura ordinaria; ciò non implicherà una cancellazione della più antica procedura ordinaria di stampo accusatorio, tanto da potersi affermare che accusa e inquisizione sono entrambe procedure ordinarie: «dicitur de inquisitione et accusatione, quae erat remedium ordinarium, et inquirere ex officio erat extraordinarium, nunc vero utrumque dicitur ordinarium, nec unum facit cessare alterum»²⁹. Va inoltre osservato

che tale regolarizzazione non eliminerà il registro dell'*extraordinarium*; esso continuerà ad operare anche rispetto alla nuova procedura inquisitoria ordinaria, come dimostrano i cosiddetti *specialia* impiegati per situazioni particolari (reati di difficile prova, particolarmente efferati e produttivi di elevato allarme sociale, concernenti problemi di ordine pubblico, ecc.)³⁰.

Molti sarebbero gli esempi da fare a proposito dell'apporto strutturante della correlazione *ordinarium/extraordinarium* (si pensi a quelli appena illustrati sopra con riguardo alla materia delle prove e delle circostanze del reato) ma qui ci interessa piuttosto soffermarci sul senso della correlazione tra *ordinarium* ed *extraordinarium*.

La straordinarietà, per manifestarsi, presuppone necessariamente l'esistenza della dimensione ordinaria; non solo come termine di confronto, ma anche come approdo potenziale del proprio divenire. Lo straordinario, in altre parole, tende a trasformarsi in ordinario. Da tale processo di convergenza dialettica, l'ordinamento trae linfa per il proprio sviluppo e aggiornamento. In questo senso possiamo sostenere che la coppia oppositiva *ordinarium/extraordinarium* riveste una funzione «strutturante» l'ordine giuridico.

Non si tratta solo di una rappresentazione teorica ma anche di un processo reale. Tale funzionalità se pure è riferita alla coerenza interna dell'ordinamento giuridico inteso come «sistema», corrisponde anche a caratteri e tendenze in atto del quadro socio-politico di riferimento. Anche lo sviluppo sapienziale del *ius commune* esprime infatti quella capacità «de mise en forme du réel» tipica del diritto medievale³¹. Non a caso la storiografia medievistica ha in più occasioni segnalato il forte legame sussistente tra giustizia penale, emersione di nuovi gruppi sociali e ridefinizione degli assetti di potere³².

Torniamo brevemente sul punto al quale abbiamo appena accennato. Da un punto di vista storico, lo svolgimento teorico della straordinarietà nel penale corrisponde a quel processo di lungo periodo che segna l'emersione di una nuova giustizia pubblica in corrispondenza alla nascita dello Stato moderno. A partire dalla seconda metà del Duecento non c'è più solo la giustizia comunitaria, che attraverso la negoziazione assicura la pace sociale e la soddisfazione della vittima; emerge una giustizia egemonica intesa come espressione di un potere politico sulla società che ricerca nel sistema punitivo la tutela di interessi suoi propri³³. È in atto un processo di riscrittura della rilevanza pubblica della giustizia e quindi di pubblicizzazione del penale basato sul paradigma della punizione dell'infrazione *ne crimina remaneant impunita*³⁴. I giuristi, lavorando sulla correlazione *ordinarium-extraordinarium*, riconoscono la nuova fase politica e assecondano il necessario mutamento.

Contemporaneamente cercano di metterlo in rapporto con il consueto tessuto connettivo dei principi che costituiscono il punto di tenuta del *facere iustitiam*.

Per questo, sotto certi aspetti, possiamo dire che la messa a punto della nuova giustizia straordinaria, l'emersione di una giustizia egemonica, lo sviluppo di un sapere su di essa, diventano anche l'ambito di una costruzione (dottrinale ma non per questo meno effettiva) di un sistema di principi e garanzie³⁵. Non s'intende negare né sminuire la funzione di copertura ideologica assolta da questa scienza giuridica rispetto alle tendenze in atto sul piano politico e ai connessi processi di riorganizzazione della società. I giuristi, sviluppando un sapere su tali modi di esercizio della giustizia, ne hanno fornita la giustificazione. La dottrina dell'*extraordinarium*, oltre che aggiornare l'ordinamento, funge, in effetti, anche da luogo della legittimazione dei nuovi assetti e dei nuovi equilibri di potere. Qui però vogliamo mettere in evidenza un profilo ulteriore, che attiene al ruolo specifico assolto dalla scienza giuridica nel modellare i regimi giuridici dell'eccezione: in tale «collaborazione per il potere» i giuristi non erano chiamati a governare i processi politici, ma a renderli compatibili con la dimensione della *iustitia* e dell'*aequitas* (intesa come parametro di adeguatezza tra diritto ed esigenze di giustizia nel contesto storico dato)³⁶ di cui si ritenevano custodi. Ciò mi pare rappresenti un tratto di originalità della concezione antica dell'eccezione, che merita di essere tenuto presente per la comprensione del mutamento di paradigma che la modernità ha attuato.

Nuove concezioni ordinanti e mutamento di paradigma nell'età dei codici: la scoperta della legalità penale e l'esclusione del problema dell'eccezione

Vediamo ora cosa accade nel passaggio dall'antico al nuovo regime. È stato osservato, giustamente, che da un punto di vista sistematico la scoperta della legge come strumento di governo del diritto ha messo in moto un progressivo processo di deresponsabilizzazione del giurista³⁷. Tuttavia, va tenuto presente che i concreti progetti di codificazione messi a punto in Europa dopo la Rivoluzione francese, seppure si fanno interpreti della medesima tendenza alla modernizzazione che porta la legge al centro dell'ordine giuridico, riflettono obiettivi e poggiano su premesse ideologiche sensibilmente diverse: basti pensare alla codificazione penale nella Francia rivoluzionaria del 1791, a quella napoleonica del 1810, a quella austriaca del 1803 e ai progetti avviati in Italia dalla stagione inaugurata dai fratelli Verri e da Cesare Beccaria³⁸. Tali diversi approcci riflettono una differente percezione

della funzione e degli scopi dell'introduzione del principio di legalità nel penale.

Se facciamo poi riferimento all'illuminismo penale italiano, che ha mostrato di poter produrre un'influenza di lungo periodo³⁹, appare chiaro che nello scegliere di impostare il sistema penale sulla legge, quei giuristi, lungi dal perseguire un disegno deresponsabilizzante, hanno voluto interpretare in modo nuovo l'antico compito di custodia della giustizia. Infatti, la loro scelta è consistita nel promuovere una radicale trasformazione che appariva, in quel momento storico, necessaria per riportare il sistema punitivo sul binario dello *iustum*⁴⁰ e si mostrava, inoltre, efficace via d'uscita dall'ormai ipertrofico e incoerente ordine giurisprudenziale del *ius commune*.

Per il nostro percorso è importante ricordare che la lotta per la legalità nel penale è una lotta anzitutto per una sua più effettiva sintonizzazione con il senso comune di giustizia, prima che per una ristrutturazione formale dell'ordinamento. L'emersione del principio di legalità nel penale, infatti, come recentemente ha rilevato Pietro Costa, si svolge storicamente su un campo di tensione legittimante: da un lato esso sorregge la sovranità statale, finalmente portata alla sua realizzazione compiuta (legge come espressione della decisione sovrana); dall'altro predefinisce le regole attraverso le quali quella sovranità può esprimersi (legge come vincolo per la volontà statale)⁴¹.

In un orizzonte di sovranità moderna, il problema delle garanzie si gioca tutto sulla piattaforma di principi che la legge pre-definisce e non anche nello spazio ad essi offerto dalla dinamica giurisprudenziale. Qui sta da un lato la forza del nuovo impianto ma anche – per l'irrigidimento che ne consegue – la sua intrinseca fragilità.

Il terreno dell'eccezione, esclusa la possibilità di spazi dialettici nella strutturazione dell'ordinamento, risulta allora estraneo alla battaglia per l'incivilimento del penale⁴², poiché diventa il terreno sul quale quella battaglia può essere solo persa. Il campo semantico in cui pensare i regimi giuridici dell'eccezione non sarà più quello della correlazione (da costruire) tra *ordinarium* ed *extraordinarium*, piuttosto sarà quello della contrapposizione (da mantenere) tra ordinario ed emergenza.

L'emergenza penale tra forma codice e leggi eccezionali

Le conseguenze di questo spostamento di piano sono notevoli. Nel nuovo sistema l'eccezione diventa uno spazio di sospensione dell'ordine giuridico⁴³ pensato in funzione della *salus reipublicae*⁴⁴, dove il diritto cede il passo alla politica. Ciò distingue profondamente i modi e il senso

del recupero teorico dello spazio dell'eccezione in età contemporanea, rispetto a quanto rilevato per la fase del *ius commune*.

Il punto di tenuta dell'ordine giuridico sarebbe venuto a consistere (solo) nel formato legale che il penale eccezionale avrebbe dovuto comunque conservare (cioè il fatto di essere il prodotto di una legittima attività di legiferazione)⁴⁵; si sarebbe esaurito a tale livello, vale a dire in una questione di compatibilità con le regole di formalizzazione dell'ordinamento, il problema della riduzione dei regimi giuridici del penale d'eccezione nella cornice dei principi fondamentali.

Ciò avrebbe prodotto una complicazione strutturale: una dimensione di legalità speciale avrebbe affiancato l'altra incastonata nella forma codice, andando a formare un doppio binario su cui il diritto penale si sarebbe legittimamente svolto. Le due legalità avrebbero corrisposto a finalità diverse: quella del codice avrebbe assolto una funzione di tutela della persona anche contro le ingerenze dello Stato; quella dei provvedimenti per l'emergenza avrebbe svolto una funzione di difesa dello Stato (cioè dell'ordine costituito) anche contro la persona. È un tratto aporetico destinato a persistere fino ai giorni nostri.

C'è poi un ulteriore elemento di complicazione che sarebbe emerso: i due ordini di grandezza della legalità non sarebbero rimasti tra di essi impermeabili. La legalità codificata, tendenzialmente più fedele all'originaria impostazione ideologica garantistica, non avrebbe rinunciato a far propri alcuni approdi della legalità d'eccezione. Il doppio binario della legalità non sarebbe servito a tenere distinti i piani ma a riconfigurare – in un orizzonte sistematico rigido – una flessibilità applicativa dello strumento penale rispetto a una molteplicità di scopi.

Tale strutturazione dei regimi della legalità a ben vedere emerge da subito in Francia nella stessa congestionata fase rivoluzionaria, quando alla codificazione del 1791, di stampo programmaticamente illuministico, succede la fase del Terrore con le sue misure speciali contro i nemici della rivoluzione⁴⁶. Quest'ultima avrebbe avuto un riflesso strutturale nei programmi di codificazione napoleonici: essi, facendo sintesi della stagione rivoluzionaria, non avrebbero più presentato un progetto garantistico per l'individuo⁴⁷; il nuovo codice penale del 1810 sarebbe stato ripensato come «un pacte de guerre»⁴⁸ e sarebbero ricomparsi antichi mostri come il *crimen lesae maiestatis* trasfigurato nei crimini contro la sicurezza dello Stato⁴⁹.

L'esperienza giuridica europea continentale avrebbe però conosciuto altre nuove derive emergenziali nelle quali sperimentare la riduzione in senso formalistico del valore della legalità. Particolarmente significativa per i nostri discorsi appare l'esperienza di diritto penale eccezionale che si svolge nei decenni finali dell'Ottocento. In quella fase, l'ordine

liberale sarebbe stato minacciato da alcuni esiti della rivoluzione industriale. Conflitti sociali nascevano dalle nuove diseguaglianze economiche e favorivano la nascita di soggetti politici (sindacati, partiti di massa) incompatibili con l'ordine liberale monoclasse messo a punto nel corso del XIX secolo. Il campo d'azione del diritto penale non poteva esaurirsi nella costruzione di un diritto di punire funzionale all'esercizio della libertà individuale e non poteva mantenersi solamente come strumento per tutelare, dallo Stato, diritti e libertà dei consociati. L'ordinamento doveva affiancare alla capacità reattiva un'attività preventiva (e liberticida) a difesa dell'ordine costituito.

Il codice, che era servito da strumento per fissare il diritto penale come sistema di leggi «fuori dalla storia», era largamente insufficiente per fronteggiare questo prepotente ritorno della contingenza. Ciò confermava le opportunità offerte dal registro dell'eccezione, inteso come secondo livello di legalità.

L'esempio italiano nel tardo Ottocento

Il fenomeno a cui stiamo facendo riferimento si manifesta su scala europea. La vicenda italiana è però al riguardo un esempio particolarmente emblematico. Qui la delicata emergenza a cui facevamo cenno, si profila, infatti, all'indomani della emanazione del Codice penale Zanardelli nel 1889. Ci riferiamo a quella fase di forte turbolenza politica apertasi con il 1893-94 e che poi si è protratta fino alla fine del secolo (si pensi ai Fasci siciliani, ai moti della Lunigiana e in generale al dissenso anarchico e socialista) che venne affrontata da Crispi con metodi repressivi (linea sostanzialmente confermata poi da Rudinì e Pelloux); sul piano giuridico ciò volle dire ricorso alle proclamazioni di stato d'assedio ed emanazione di leggi speciali⁵⁰.

Il codice penale che era stato emanato solo pochi anni prima di quella stagione di emergenze era il primo codice penale unitario; esito di un trentennale dibattito che ha visto coinvolti giuristi del livello di Francesco Carrara e Luigi Lucchini, rappresentava il conseguimento di un risultato importante nella prospettiva di un ordine penale in sintonia con la costituzione liberale. Esso ha costituito l'obiettivo strategico di quella penalistica civile, che nel codice penale voleva veder consacrata la lezione illuministica circa l'alleanza «tra legge del sovrano e diritti del soggetto»⁵¹.

Per questo la vicenda a cavallo tra Otto e Novecento analizzata sul terreno italiano è particolarmente significativa: in essa è possibile osservare la messa a punto di quel doppio livello di legalità, a cui si accennava

sopra, che giustamente è stato indicato come un «tratto permanente»⁵² e strutturale del nostro sistema penale.

Gli interventi d'eccezione operati tra il 1894 e il 1899 hanno interessato profili di tipo sistematico, sostanziale e processuale.

Riguardo ai primi l'emergenza ha provocato una serie di provvedimenti eccezionali anzitutto sotto l'aspetto della loro natura. Si tratta, infatti, di tipologie varie che in quella fase non sono oggetto di una disciplina normativa e neanche di un'elaborazione dogmatica consolidata. Anzitutto vi è una gamma di provvedimenti emanati dal Governo in forza del potere di decretazione d'urgenza, generali o specifici, come quelli che proclamano lo stato d'assedio nelle regioni più esposte ai disordini, o ancora interni al funzionamento delle istituzioni come i decreti di proroga e chiusura delle sessioni parlamentari. Vi sono poi le leggi speciali, temporanee, di proroga, ecc. senza dimenticare i decreti dei commissari straordinari nelle regioni in stato d'assedio. Il ricorso a questo tipo di provvedimenti, oltre a produrre riflessi sul sistema penale, modificava anche la fisiologica dialettica costituzionale tra Governo e Parlamento a favore del primo: svuotava il potere legislativo delle proprie prerogative tipiche e annullava i meccanismi di controllo sull'attività normativa (eccezionale) del potere esecutivo.

Riguardo ai profili di diritto sostanziale, le nuove misure possono essere distinte in diverse tipologie. Solo in alcuni casi si è operato attraverso modifiche o integrazioni del codice⁵³, più frequente fu l'introduzione di nuove norme esterne al codice penale⁵⁴ e che potevano essere permanenti⁵⁵ o temporanee⁵⁶. Si trattava di estendere il raggio di azione del sistema punitivo arricchendo il catalogo delle fattispecie di reato, – per colpire, per esempio, l'esercizio della libertà di riunione, di associazione e di stampa – o anticipando e aggravando la sanzione penale all'interno di alcune di esse. Si trattava anche di introdurre, accanto a quelle relative alla punizione dei reati, anche misure di prevenzione dirette a contrastare la pericolosità sociale, le quali implicavano limitazioni consistenti della libertà personale sul presupposto di condotte dai contorni indeterminati⁵⁷.

Riguardo ai profili processuali, il penale eccezionale introduceva procedure speciali esercitate attraverso le giurisdizioni militari, oppure altri tipi di procedimenti funzionali alla repressione, ma consistenti nell'applicazione di misure di polizia e dunque sottratti al controllo di un circuito giurisdizionale⁵⁸.

Il quadro del penale eccezionale si completava poi con una serie d'interventi di clemenza, consistenti in specifiche misure di amnistia e indulti che, superata l'emergenza, cancellavano progressivamente (e selettivamente), provvedimento dopo provvedimento, gli effetti repressi-

vi scaturiti dalle misure eccezionali introdotte per fronteggiare l'emergenza⁵⁹. Anche tale spazio di *eccezionalità riflessa* sembra costituire un tratto strutturale del secondo livello di legalità. Ciò sottolinea ulteriormente il carattere organico di quest'ultimo al sistema penale nel suo complesso.

Come si nota da queste sommarie indicazioni, l'impatto della legislazione d'eccezione, quanto agli elementi di contraddizione che introduceva nel sistema penale, era notevole. Interessante è per noi a questo punto verificare l'atteggiamento assunto dalla provveduta e agguerrita penalistica italiana impegnata nella battaglia per l'incivilimento del penale.

Figure autorevoli, orientate a difendere l'idea originaria che vedeva nella legge penale uno strumento di garanzia per il cittadino contro lo Stato, si impegnarono a contestare i provvedimenti eccezionali⁶⁰. La dottrina, per operare questa difesa, sembra però aver eletto come terreno strategico il piano giuridico-formale⁶¹, affermando, da un lato, l'estraneità del problema dell'emergenza penale al programma della codificazione e proclamando, dall'altro, l'irriducibilità del diritto penale politico nel sistema penale.

Esemplificativa è al riguardo la posizione di un penalista di primo piano come Francesco Carrara espressa già negli anni Settanta. Quanto al primo profilo – l'estraneità dell'emergenza penale al programma della codificazione – il giurista toscano osservava: «alle eccezionalità di luoghi o di tempi l'autorità provveda con misure eccezionali. Ma il codice penale, destinato ad essere perpetuo regolatore di tutti i cittadini, deve contemplare soltanto le condizioni normali e prevalenti della Nazione»⁶².

Codificare significava per Carrara non solo salvare una concezione del penale ancorata al primato della legge, ma insieme quei principi che gli derivavano dall'essere espressione della «suprema ragione giuridica»⁶³ e strumento di difesa delle «libertà dei moderni». Il progetto di «codicizzazione» non era pensato per fare del diritto un semplice strumento della sovranità dello Stato legislatore; piuttosto serviva ad ancorare il diritto penale a un complesso di valori indisponibili⁶⁴. Per questo le misure eccezionali, che erano suggerite dalle «transitorie condizioni dei tempi», non dovevano essere consolidate in un codice⁶⁵.

La necessità di accettare l'esistenza di una legislazione penale speciale – separata dal Codice – era poi rafforzata dall'altro profilo argomentativo che rendeva irriducibile il diritto penale politico nel sistema penale. Il delitto politico, nella misura in cui risultava incompatibile con la concezione del penale che si voleva difendere, non poteva essere oggetto di una trattazione scientifica. A tal proposito Carrara, come è noto, s'impose un significativo silenzio rifiutando di trattare la materia

nel suo Programma⁶⁶. Le ragioni sono chiare: ogni tentativo di pensarlo nel sistema avrebbe fornito copertura scientifica alle «pratiche di autotutela» del potere politico attuate tramite il registro repressivo⁶⁷, e si sarebbe tradotto in una minaccia per la tenuta dell'impianto assiologico del diritto penale codificato.

La dottrina successiva a Carrara, pur nella diversità di accenti, di posizioni e di strategie che si possono riscontrare, conferma pienamente il punto. «Le leggi eccezionali sono sempre leggi» affermava Contuzzi illustrando la voce «Stato d'assedio» nel *Digesto italiano*: «sono più restrittive di fronte alle leggi imperanti in periodi normali, ma costituiscono sempre una situazione di legalità che freni l'arbitrio. E le autorità delegate all'esecuzione delle dette misure eccezionali debbono mantenersi scrupolosamente nella *cerchia della legalità* quale viene *tracciata dalle leggi eccezionali*»⁶⁸.

In certe letture il fenomeno delle leggi eccezionali appare fisiologico o comunque necessario nella misura in cui contribuisce al salvataggio dell'ordine costituito. Significativa, sotto quest'aspetto, è la distinzione tra strumenti di tutela dell'ordine morale e dell'ordine sociale. Il codice sarebbe servito a proteggere dagli atti che costituivano minaccia all'*ordine morale*, mentre le leggi temporanee e gli altri provvedimenti eccezionali avrebbero agito sul diverso campo della conservazione dell'*ordine sociale*; campo in cui anche comportamenti «non immorali» potevano però risultare pericolosi «per l'ordinamento politico e dello Stato»⁶⁹.

Qui, nella complicazione dei piani strategici necessari per custodire quell'ordine, trovava la sua ragion d'essere il doppio livello di legalità: il diritto penale speciale si affermava come strutturalmente necessario alla stessa centralità del codice. Lo spazio separato riconosciuto al momento eccezionale diventava un modo per evitare che l'impianto del diritto penale codificato entrasse in frizione con le insuperabili contraddizioni dell'ordine liberale.

La persistenza del paradigma legalistico nei nuovi regimi giuridici dell'eccezione tra Ventennio fascista e Repubblica

La legislazione eccezionale di fine secolo aveva rappresentato per certi versi un luogo di sperimentazione di una nuova dimensione della legalità, che si esauriva nella indicazione dei caratteri formali del diritto penale e non anche dei suoi vincoli sostanziali⁷⁰. Ora nel Novecento il campo di tensione originario tra «legge-potenza» e «legge-garanzia»⁷¹ si dissolveva in una dimensione legale intesa come pura espressione di volontà dello Stato, senza valori ad essa indisponibili e per essa condi-

zionanti; rotto, come denunciava Luigi Lucchini nel 1925, il legame originario tra «leggi penali e pubbliche libertà»⁷², restava una legalità al servizio del potere politico.

Se, come è stato da più parti colto, c'è dunque un tratto fondamentale unitario che lega, pur nella discontinuità del quadro politico e costituzionale, la fase liberale a quella fascista e in certa misura a quella repubblicana⁷³, esso si spiega anche nella persistenza del paradigma legalistico.

La collocazione dell'eccezione che si è prodotta ha spinto nell'oblio le stesse concezioni teoriche dell'originaria funzione della legalità e ha favorito l'avvio di una nuova fase, basata sulla dicotomia tra scelte di politica criminale (tutta appannaggio insindacabile del governo legislatore) e dimensione tecnico-giuridica del diritto penale (oggetto esclusivo delle attenzioni della scienza giuridica).

Ne abbiamo riscontro, non a caso, sul terreno metodologico, dove si determina un riassetto importante rispetto alle impostazioni della penalistica civile ottocentesca. Come è noto, la svolta tecnico-giuridica, avviata da Alfredo Rocco con la prolusione sassarese del 1910, tendeva a confermare l'ancoraggio del sistema penale alla legalità; essa costituiva (prima dell'avvento del fascismo), una risposta alle derive di segno illiberale legate a certi sviluppi della Scuola positiva (ispirata ai principi guida della difesa sociale, della prevenzione e dell'esclusione)⁷⁴. Tale strategia ridefinitoria dello statuto disciplinare del penalista però implicava una rinuncia della scienza giuridica a esercitare, sulle scelte del legislatore, ogni sindacato di valore. L'elaborazione dottrinale del problema penale si sarebbe fatta tecnica, o semmai dogmatica. Tali approcci avrebbero smarrito progressivamente lo spirito della penalistica civile.

Il quadro determinatosi negli anni del fascismo avrebbe mostrato le conseguenze. Lo svuotamento dei valori orientanti la legalità da un lato e la neutralità della scienza giuridica dall'altro, avrebbero lasciato campo libero ad un uso autoritario della legge penale. L'uso politico del dispositivo penale avrebbe inglobato, questa volta, anche il codice penale riscritto nel 1930, poiché era il penale nel suo insieme che veniva trasformato in «un'arma nelle mani dello Stato»⁷⁵ diretta a combattere i suoi nemici.

Significativo per il nostro discorso è osservare che di fronte a questa importante novità lo spazio del penale speciale e dell'eccezione non sarebbe scomparso (si pensi alle leggi di pubblica sicurezza del 1926 e 1931, e soprattutto alla legge n. 2008 del 1926 contenente Provvedimenti per la difesa dello Stato, tra cui l'istituzione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato)⁷⁶. Sarebbe venuto a mancare quel differenziale assiologico tra ordinario ed emergenziale che connotava l'ordinamento

dell'età liberale, ma il secondo livello di legalità avrebbe continuato a occupare uno spazio rilevante nell'economia del sistema penale. Esso avrebbe costituito un diverso grado di specializzazione nell'uso politico dello strumento penale; inoltre, dando una prima applicazione e sperimentazione ai nuovi orientamenti ideologici posti alla base della funzione punitiva, avrebbe contribuito a preparare il terreno per la ricodificazione del 1930.

Dalla seconda metà del secolo XX, quando ha preso forma l'ordinamento democratico, si è determinata una modificazione sostanziale del quadro, ma ancora, a nostro avviso, nella persistenza del paradigma legalistico.

La grande novità è consistita nella emanazione della Carta costituzionale, che ha rappresentato una svolta sistematica e un vero e proprio mutamento di forma di Stato⁷⁷.

In particolare si trattava di riagganciare la legalità a un sistema di valori e principi superiori costituzionalmente protetti⁷⁸, subordinando la legge ordinaria alla Carta costituzionale. Per rendere effettiva questa forma di limitazione e orientamento della legge è stata anche prevista l'istituzione di un organo ad hoc, la Corte costituzionale, chiamata a esercitare un sindacato sulla costituzionalità delle leggi.

Tale ancoraggio ad una base di principi indisponibili avrebbe riguardato le future scelte del legislatore così come il diritto positivo già in vigore sul quale si sarebbe intervenuti, con emendamenti e reinterpretazioni, per conformarlo alla Costituzione. Il dato è particolarmente rilevante per la materia penale, tanto più se si tiene presente che all'indomani della caduta del fascismo era stata scelta la strada della conservazione del codice penale Rocco.

L'innovazione ha permesso di recuperare il senso costruttivo di un rapporto dialettico tra legge e giustizia; ciò ha costituito il presupposto per l'avvio, a partire dagli anni Settanta, di una nuova stagione per la penalistica, che, abbandonata la neutralità tecnico-giuridica, si è impegnata sul terreno della costituzionalizzazione del penale⁷⁹.

La scienza giuridica, seppure con mezzi e metodi nuovi, è tornata a riscoprire l'antico compito di custodia del *iustum et aequum* dando un apporto determinante per la rilettura costituzionale del diritto penale con riferimento sia alla sua dimensione legislativa che dogmatica.

La spinta innovativa non è giunta fino al punto di superare l'orizzonte sistematico della legalità; esso anzi, alla luce della rivitalizzazione costituzionale, è parso recuperato alle sue virtù.

Sul piano del sistema in atto, tuttavia, il doppio livello di legalità si è riprodotto inevitabilmente anche nel corso del sessantennio democratico e la critica ad esso sembra essersi attestata (qui procediamo, però,

per semplificazione) sulla linea della denuncia di «incompatibilità tra stato di diritto e diritto penale d'eccezione»⁸⁰. Il tentativo di riaffermare la garanzia nella legalità (o se vogliamo di ripristinare il regime della legge-garanzia), non è passato cioè attraverso una messa in discussione di quell'originario tratto aporetico, già presente nel progetto illuministico, derivante dalla riduzione del diritto nella legge e dalla conseguente esclusione di spazi dialettici nella strutturazione dell'ordinamento.

I limiti del paradigma legalistico nell'attuale fase eccezionale

La nuova fase del diritto penale indotta dalla stagione democratica non si è spinta dunque fino al punto di sciogliere il nodo dell'eccezione. Due fattori recenti sembrano però poter riaprire la questione.

Un primo riguarda proprio i riflessi che su tale terreno può produrre il consolidamento della nuova dimensione costituzionale: la svolta cui si accennava, reintroducendo la dialettica tra legge e giustizia, ha mostrato sempre più negli anni che i principi, e dunque anche la base di ancoraggio del diritto penale⁸¹, si presentano dotati di una certa plasticità e la dimensione dell'*indisponibile*, costituzionalmente fondata, affida la propria tenuta (e la sua realizzazione) a una necessaria «metabolizzazione ermeneutica delle sostanze normative»⁸².

Va infatti considerato che con la Costituzione si è inteso individuare valori e principi fondamentali per garantire le coesistenze possibili, senza fissare alcun assetto sociale in concreto, volendosi favorire lo svolgimento democratico delle relazioni sociali e politiche⁸³. Cosa ben diversa è accaduta durante il XIX secolo con l'affermazione del primato della legge e in particolare con la codificazione del diritto: qui si intese realizzare un progetto di società conformativo⁸⁴.

Sottolineiamo ciò poiché tale differente fondazione del sistema dei principi, posti alla base dell'ordinamento, ha dato una rilevanza diversa al diritto giurisprudenziale: se al codice corrispondeva una giurisprudenza che tendeva a stabilizzare il diritto, con la Costituzione la funzione della giurisprudenza, e in particolare di quella costituzionale, è consistita in un'opera di messa in movimento del diritto, attraverso la ricerca della dimensione giuridica materiale del principio costituzionale. Se il codice attuava una riduzione del diritto nella legge, la Costituzione, pur non rinnegando il primato della legge, ha restituito il diritto alla giurisprudenza, riconoscendo a quest'ultima un compito anche nomopoietico.

In tale prospettiva la tutela di libertà e diritti trova nell'orizzonte giurisprudenziale un suo possibile terreno di cura; l'impianto sistema-

tico-assiologico alla base del sistema penale si arricchisce di un profilo, potenzialmente determinante per l'effettività delle garanzie, ma che, al contempo, resta inapprezzabile attraverso il mero paradigma legalistico.

C'è poi un secondo fattore che sembra riaprire la questione dei regimi giuridici dell'eccezione. Esso è rappresentato dal prodursi di un nuovo inedito scenario di intervento penale – quello che per intenderci ruota intorno al drammatico problema del terrorismo internazionale – il quale si colloca su una dimensione super-statuale, occupando spazi globali non più governabili (solo) con la legge e le costituzioni nazionali⁸⁵.

È questo un terreno in cui è tornata «incerta la definizione dei limiti delle regole ordinarie, degli spazi per le discipline di eccezione»⁸⁶. Qui il paradigma legalistico non sembra offrire vie d'uscita soddisfacenti, seppure certe costruzioni tipiche della sua sperimentazione bisecolare sembrano riproporsi in alcune dottrine che intendono descrivere la nuova fase d'eccezione.

Si pensi, per fare un esempio, alla teoria del *Feindstrafrecht*⁸⁷. Essa propone in chiave aggiornata il consueto sdoppiamento del sistema penale: il piano del *diritto penale del cittadino* viene distinto da quello del *diritto penale del nemico*, fino a concepire la necessaria instaurazione del secondo per una conservazione del primo. La differenziazione viene costruita enucleando una particolare tipologia di comportamenti criminali – le condotte tese alla distruzione dell'ordinamento giuridico – tra quelle che costituiscono il terreno sul quale (re)agisce il sistema penale.

Il punto di discriminazione tra criminalità del nemico e criminalità del cittadino sta nel diverso modo con cui nemico e cittadino si rapportano al *pactum subjectionis*, cioè a quel patto costitutivo della società che, secondo la lezione di Thomas Hobbes, viene definito come patto di «non ostacolare il processo di auto-organizzazione dello Stato»⁸⁸. Il nemico ha come scopo proprio quello di impedire allo Stato di esistere; si pone cioè al (e agisce dal) di fuori dell'«ordinamento costituzionale civile», al quale accettano di assoggettarsi invece i cittadini (anche nel caso delinquano)⁸⁹.

Di conseguenza, si prosegue, la risposta dello Stato «deve» essere differenziata, altrimenti si finirebbe per violare «il diritto alla sicurezza degli altri consociati». Una integrazione del diritto penale del nemico nel diritto penale generale viceversa è da respingere, poiché incompatibile con i regimi penalistici propri dello Stato di diritto⁹⁰. La logica della reazione dello Stato contro il fenomeno criminale individuata nelle due ipotesi è del resto radicalmente diversa: nel caso del nemico il parametro di riferimento è «l'entità del pericolo potenziale», mentre per il diritto penale del cittadino è invece «il danno inferto alla vigenza della

norma»; conseguentemente, la funzione della pena è nel primo caso l'«eliminazione di un pericolo» e nel secondo la «contraddizione»⁹¹.

Si tratta, come si accennava, di un modo nuovo di rappresentare quel doppio livello di legalità di cui abbiamo parlato. Vi ricorrono alcuni tratti tipici: l'idea di una inconciliabile contrapposizione (da mantenere) tra dimensione ordinaria ed emergenziale; l'idea che la loro separazione sul piano sistematico sia funzionale al salvataggio del diritto ordinario e del suo complesso di garanzie; l'idea che per questo l'eccezione sia appunto affrancata dal catalogo di principi fondanti la dimensione ordinaria della legalità penale; l'idea che la molteplicità degli scopi che assolve la giustizia penale non debba essere posta dentro una lettura unitaria della dimensione giustizia.

Non a caso la distinzione tra nemico e cittadino è ricavata proprio dal grado di compatibilità del loro comportamento antisociale con quel tipo di patto fondativo che la modernità ha ricavato dalla concezione di un ordine giuridico contrattualisticamente originato e volontaristicamente sviluppato, e che sta alla base dell'idea del primato della legge⁹².

La funzionalità argomentativa del riferimento a tali radici mi pare ci confermi quella saldatura, che è emersa nella nostra ricostruzione, tra legalismo e sviluppi biopolitici, cioè di quel tratto che ci mostra la legge, nell'occorrenza della contingenza storica, come uno strumento di potenza piuttosto che di garanzia.

Una insufficienza di tale tipo di lettura ancora legalistica del problema sembra del resto essere evidenziata già dalla portata e dai caratteri stessi del nuovo fenomeno eccezionale con il quale ci stiamo confrontando. Esso ha una ampiezza che va oltre lo Stato e non solo in senso quantitativo per la sua scala di diffusione globale. Proprio tale dimensione del problema mostra che il fondamento costituzionale che qui viene messo in discussione non è il semplice *pactum subjectionis* che, affermando la sovranità dello Stato (e il primato della sua legge), garantisce la sicurezza degli individui. La questione sembra più complessa perché qui il *pactum societatis* da salvaguardare sembra fondarsi su una dimensione costituzionale inedita, in fieri e da intendersi anzitutto in senso materiale.

Per questo, al fine di continuare a condurre l'antica battaglia per lo *iustum* e l'*aequum*, appare necessario oggi dotarsi di strumenti di comprensione nuovi, che, complicando l'orizzonte ermeneutico di riferimento, permettano di affrancarsi dal mero paradigma legalistico.

Non a caso alcune risposte dottrinali alle nuove aggiornate derive dello stato d'eccezione, volte a recuperare un suo necessario ancoraggio ai principi fondamentali dell'ordinamento democratico, si orientano – adottando un approccio per così dire inclusivo – a costruire una

prospettiva analitica atta a comprendere la «struttura» reale dei regimi giuridici eccezionali, al fine di compiere un più «esauriente apprezzamento valutativo»⁹³.

Del resto anche alla prova dell'esperienza storica il paradigma legalistico (non la legalità in sé come dispositivo ordinante, ma la sua trasfigurazione mitologica in strumento esclusivo e autosufficiente di governo della dimensione giuridica) appare aver agito come campo di riduzione delle possibilità di gestione dell'eccezione, perché, mentre ha confermato il primato della politica sul diritto, ha vincolato il giurista ad assumere posizioni rigide (esclusivamente descrittive e legittimanti o esclusivamente valutative e delegittimanti) e gli ha impedito di svolgere un possibile e opportuno sindacato conformatore.

Chiusa nel perimetro del legalismo l'eccezione sembra destinata a restare una *no man's land* dalla quale tenersi lontani, ma che di tanto in tanto si torna a calpestare, un canto delle sirene in sottofondo, fin quando, anche come giuristi, non affronteremo le difficoltà e i rischi di un ripensamento complessivo del problema della regola e dei suoi tradimenti.

MASSIMO MECCARELLI

Note al testo

1 Per questa distinzione si veda G. AGAMBEN, *Stato d'eccezione*, Torino 2003, pp. 66-7.

2 Per un'illustrazione della relazione che esiste tra questa svolta nel pensiero giuridico e politico e gli sviluppi del diritto in senso biopolitico si veda R.M. FONSECA, *Foucault, o direito e a «sociedade de normalização»*, in ID. (orgs.), *Crítica da modernidade. Diálogos com o direito*, Florianópolis 2005, pp. 109-27. Per gli esiti teoretici si veda R. ESPOSITO, *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Torino 2004.

3 Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 383 e ss; C. ALVAREZ ALONSO, *¿Neoclásicos o prerrománticos? La Ilustración penal española entre la «barroca prohibición» de interpretar las leyes y el principio de legalidad 'revolucionario'*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), pp. 96 ss; e nello stesso volume A.M. HESPANHA, *A evolução da doutrina e do ensino do direito penal em Portugal*, pp. 431ss.

4 Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1997, pp. 82-5 e 139 e ss; ID., *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, pp. 166-8 e 203; D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna 2004, pp. 33 e ss. e pp. 83-91; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino 2007, pp. 33-42. Sull'«ordine come corpo inclusivo» si veda P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari 2001, pp. 508-9 e più ampiamente ID., *Civitas*, vol. 1. *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari 1999, pp. 6 e ss.

5 Basta guardare ai repertori di opinioni nelle varie fasi della lunga esperienza giuridica del *ius commune* per constatarlo; cfr. G. BERTACCHINI, *Repertorium iuris*, Lugduni 1548, v. *Exceptio*, fol. 226^a; A. DE NEBRUJA, *Vocabularium utriusque iuris*, Venetiis 1575, v. *Exceptio*, foll. 140^b e ss;

D. TOSCHI, *Practicae conclusiones iuris*, Lugduni 1660, concl. 370 *Exceptio quid sit et quotuplex*; M.A. SABELLI, *Summa diversorum tractatum*, Venetiis 1748, v. *Exceptio*, fol. 112.

6 O anche «necesse id est utile»; BERTACCHINI, *Repertorium* cit., cfr. *Necessitas*, fol. 405^a.

7 DE NEBRIJA, *Vocabularium* cit., cfr. *Dispensatio*, fol. 118b.

8 BERTACCHINI, *Repertorium* cit., cfr. *Dispensatio*, fol. 80.

9 SABELLI, *Summa* cit., cfr. *Dispensatio*, fol. 527.

10 DE NEBRIJA, *Vocabularium* cit., cfr. *Dispensatio*, fol. 118^b: *dispensatio* «est de iure concessa propter impossibilitatem providendi de omnibus particularibus». Per i fondamenti canonistici del concetto si veda il saggio di A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Les origines: la dispense en droit canonique*, in «Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques», 25 (1997), pp. 11-8.

11 Rinviamo su questo a M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998, pp. 15-128.

12 DE NEBRIJA, *Vocabularium* cit., cfr. *Privilegium*, fol. 279^a.

13 SAVELLI, *Summa* cit., cfr. *Privilegium*, n. 1, fol. 495.

14 Cfr. TH. DUVE, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum ius singulare und privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in Alter und Neuer Welt*, Frankfurt am Main 2008, pp. 255 e ss.; H. MOHNHAUPT, *Erteilung und Widerruf von Privilegien nach der gemeinrechtlichen Lehre vom 16. Bis. 19. Jahrhundert*, in B. DÖLEMAYER, H. MOHNHAUPT (Hg.), *Das Privileg im europäischen Vergleich*, Bd. 1, Frankfurt am Main 1997, pp. 99 e ss.; V. PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione*, Napoli 1976, pp. 348 e ss.

15 M. BIGLIARDI, *Il privilegio. Contributo a una teoria dei «benefici» politici e sociali*, in «Filosofia politica», VII.2 (1993), pp. 258-9; GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* cit., pp. 195-201; COSTA, *Civitas* cit., vol. 1, pp. 28-50 e vol. 4, pp. 485-514; C. LATINI, *Il privilegio dell'immunità. Diritto d'asilo e giurisdizione nell'ordine giuridico dell'età moderna*, Milano 2002, pp. 14 e ss.; VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto* cit., pp. 34-8.

16 Si veda in proposito ESPOSITO, *Bios* cit., pp. 47 e ss. e ID., *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino 2002.

17 BERTACCHINI, *Repertorium* cit., cfr. *Dispensatio*, fol. 80; DE NEBRIJA, *Vocabularium* cit., cfr. *Dispensatio*, fol. 119. Cfr. LATINI, *Il privilegio dell'immunità* cit., pp. 17 e ss.

18 GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* cit., pp. 130 e ss.; P. COSTA, *Iurisdicatio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Milano 2002 (prima ed. 1969).

19 T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, Venetiis 1590, to. I, lib. V, cap. II *De ordinariis et extraordinariis criminibus*, n. 1, spiega: «ordinarium in genere dicitur quod iuris ordine regulari et communi sit, certa regula et perpetua forma adhibita», l'*extraordinarium* è invece «quod nulla certa lege, neque perpetuo sed singulari quodam ac temporali iure constitutum est, habita ratione circumstantiarum vel personarum, vel loci, vel temporis, vel causae».

20 O. CAVALCANI, *Tractatus de brachio regio*, Venetiis 1608, pars I, n. 126; DE NEBRIJA, *Vocabularium* cit., ad vocem, fol. 148^a.

21 BALDO DEGLI UBALDI, *In Decretalium volume commentaria*, Venetiis 1580, c. Rodulphus, tit. *De rescriptis*, n. 15; TOSCHI, *Practicae conclusiones iuris* cit., to. I, concl. 473 *Arbitrium iudicis ad quae se extendat in poenalibus*, n. 6.

22 BERTACCHINI, *Repertorium* cit., cfr. *Iudex supplet*, fol. 219; TOSCHI, *Practicae conclusiones iuris* cit., concl. 394 *Iudex ex officio potest multa*, nn. 51-52, e concl. 397 *Iudex in quibus ex officio pro parte supplere debeat vel non*, nn. 1 et 50.

23 MECCARELLI, *Arbitrium* cit., pp. 255 e ss.; M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna 2005, pp. 211 e ss.; M.P. ALONSO ROMERO, *El solemne orden de los juicios. La lenitud como problema en la historia del proceso en Castilla*, in «Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad autonoma de Madrid», 5 (2001), pp. 40 e ss.; ID., *Orden procesal y garantias entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid 2008, pp. 45 e ss.; L. LACCHÈ, *Ordo non servatus. Anomalie processuali, giustizia militare e specialia in Antico regime*, in «Studi

storici», 29 (1988), pp. 361-84; E. DEZZA, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano 1989.

²⁴ P. FARINACCIO, *Repertorium iudiciale*, Lugduni 1639, q. 15, n. 8. P. Farinaccio, *Praxis et theoricæ criminalis*, Lugduni 1634, pars I, tit. *De indicis et tortura*, q. 36, nn. 35-37, definisce *iudicium indubitatum* quel tipo di indizio che «arctat mentem iudicis, ita ut omnino credat nec possit in contrarium inclinare [...] Indicium indubitatum et plenum est demonstratio rei per signa sufficientia, per quae animus in aliquo tamquam in proprio existente quiescit, et plus investigare non curat».

²⁵ MECCARELLI, *Arbitrium* cit., pp. 240 e ss.; ID., *Tortura e processo nei sistemi giuridici dei territori della Chiesa: il punto di vista dottrinale (sec. XVI)*, in B. DURAND (dir.), *La torture judiciaire. Approches historiques et juridiques*, Lille 2002, pp. 675-707. Cfr. J. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof*, Chicago 1977; G. ALESSI, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli 1979; ID., *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari 2003, pp. 104 e ss.; M. SCHMOECKEL, *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, Köln-Weimar-Wien 2000, pp. 187 e ss.; VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto* cit., pp. 97-102.

²⁶ G. CLARO, *Practica criminalis*, Augustae Taurinorum 1579, § fin, q. 83, n. 6.

²⁷ MECCARELLI, *Arbitrium* cit., pp. 225 e ss. Non è possibile in questa sede illustrare più ampiamente il relevantissimo apporto che le applicazioni della pena straordinaria hanno dato alla strutturazione del sistema penale. Rinviamo al riguardo a quanto esposto ivi, pp. 195 e ss.

²⁸ Cfr. ivi, pp. 367 e ss.; pp. 292 e ss.

²⁹ CAVALCANI, *Tractatus de brachio regio* cit., pars I, n. 129 post princ. Cfr. DEZZA, *Accusa e inquisizione* cit., pp. 6 e ss.

³⁰ Su questo si veda LACCHÈ, *Ordo non servatus* cit., pp. 361-84.

³¹ J. CHIFFOLEAU, *Conclusions*, in J. CHIFFOLEAU, C. GAUVARD, A. ZORZI (dir.), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'occident à la fin du Moyen Age*, Roma 2007, p. 729. Si veda sul punto la lezione di M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, in P. GROSSI (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro*, Milano 1986, pp. 141-3; ID., *Fonti giudiziarie e fonti giuridiche. Riflessioni sulla fase attuale degli studi di storia del crimine e della giustizia criminale*, in «Studi storici», XXIX.2 (1988) pp. 499-500; ID., *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. BELLABARBA, G. SCHWERHOFF, A. ZORZI (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Bologna-Berlin 2001, p. 347.

³² Cfr. A. ZORZI, *Negoziato penale, legittimazione giuridica e poteri urbani nell'Italia comunale*, in BELLABARBA ET AL., *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia* cit., pp. 13-34; ID., *L'egemonia del penale in Mario Sbriccoli*, in L. LACCHÈ ET ALII (a cura di), *Penale, giustizia, Potere. Metodi, ricerche, storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata 2007, pp. 174-178; VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale* cit.; J. THÉRY, *Faide nobiliaire et justice inquisitoire de la papauté à Sienne au temps des Neuf*, in S. LEPSIUS, TH. WETZSTEIN (Hg.), *Als die Welt in die Akten kam. Prozeßschriftgut im europäischen Mittelalter*, Frankfurt am Main 2008, pp. 275-345; J. CHIFFOLEAU, *Conclusions*, in J. CHIFFOLEAU ET ALII, *Pratiques sociales et politiques judiciaires* cit., pp. 713-29; per un'ampia rassegna dei più recenti approcci europei in materia si veda ivi l'Introduzione di A. ZORZI, pp. 3-15. Il fenomeno del consolidamento della straordinarietà appare inoltre interessante, già nel medioevo, le stesse dinamiche di trasformazione del quadro istituzionale; si pensi alla rilevanza della concessione dei privilegi e delle dinamiche pattizie nello sviluppo istituzionale delle città. Cfr. G. MILANI, *Il potere delle città*, in S. CAROCCI (a cura di), *Storia d'Europa e del Mediterraneo dal medioevo all'età della globalizzazione*, vol. IV: *Il medioevo (secoli V-XV)*, VIII, Roma 2006, pp. 629-64; ID., *Lo sviluppo della giurisdizione nei comuni italiani del secolo XII*, in F.J. ARLINGHAUS ET ALII (Hg.), *Praxis der Gerichtsbarkeit in europäischen Städten des Spätmittelalters*, Frankfurt am Main 2006, pp. 21-45, in partic. pp. 38-41; M. VALLERANI, *I rapporti intercittadini nella regione lombarda tra XII e XIII secolo*, in G. ROSSETTI (a cura di), *Legislazione e prassi istituzionale nell'Europa*

medievale. *Tradizioni normative, ordinamenti, circolazione mercantile, secoli XI-XV*, Napoli 2001, pp. 221-90.

³³ Per una messa a punto dei concetti di giustizia negoziata ed egemonica rinviamo a SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica* cit., pp. 345-64.

³⁴ Al riguardo si veda M. SBRICCOLI, *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in M. CAVINA (a cura di), *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, Udine 2004, pp. 91-119; ID., *Giustizia criminale* cit., pp. 173 e ss.; ID., *La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in AA.VV., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano 2003, pp. 41-95.

³⁵ Spunti in questo senso ora anche in ALONSO ROMERO, *Orden procesal y garantias* cit., pp. 68 e ss.

³⁶ Cfr. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* cit., pp. 175 e ss.; A. CAVANNA, *La «coscienza del giudice» nello stylus iudicandi del Senato di Milano* (1999), ora in ID., *Scritti* (1968-2002), Napoli 2007, pp. 1062-4.

³⁷ Cfr. TARELLO, *Storia della cultura giuridica* cit., pp. 15 e ss.

³⁸ Si vedano in proposito i saggi di A. CAVANNA, raccolti ora negli *Scritti* cit.: *Giudici e leggi nella Milano di Cesare Beccaria*, pp. 627 e ss.; *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nella Milano napoleonica*, pp. 833 e ss.; *Ragioni del diritto e ragioni del potere nel Codice penale austriaco del 1803*, pp. 1137 e ss.; *Il codice penale napoleonico. Qualche considerazione generalissima*, pp. 1219 e ss. Si vedano inoltre SBRICCOLI, *Giustizia criminale* cit., pp. 190 e ss.; S. SOLIMANO, *L'établissement de l'ordre juridique napoléonien: le rôle de Guy Jean-Baptiste Target*, in *Forum Historiae Iuris* (www.forhistiur.de), 5. Feb. 2004; L. GARLATI, *Nella diseguaglianza la giustizia. Pietro Mantegazza e il codice penale austriaco (1816)*, Milano 2002, pp. 4-23; M.G. DI RENZO VILLATA, *Verrì, Martini e il Regolamento giudiziario. Riflessioni sparse in tema di «conservare» e «distruggere»*, in AAVV., *Studi di storia del diritto*, vol. III, Milano 2001, pp. 641-712; M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l'Impero*, Torino 2000; G. DE FRANCESCO, *Illuminismo e codificazione penale: le vicende francesi e l'esperienza italiana*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 32 (2002), pp. 277-84.

³⁹ Cfr. CAVANNA, *Ragioni del diritto* cit., pp. 1181 e ss.

⁴⁰ Ad esempio il progetto beccariano di riforma risponde ad una teoria della giustizia e della libertà che pone la questione penale nel cuore del processo di trasformazione della società. Cfr. M. SBRICCOLI, *Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et émergence de la question pénale*, in M. PORRET (dir.), *Beccaria et la culture juridique des lumières*, Genève 1997, pp. 177-87; F. TOMAS Y VALIENTE, *La tortura en España*, Barcelona 1994, pp. 143-54 e pp. 237 e ss.; CAVANNA, *Giudici e leggi nella Milano di Cesare Beccaria* cit., pp. 629 e ss. Anche in figure come Mario Pagano il disegno di riforma del sistema penale si inquadra in un progetto di rigenerazione sociale; cfr. A. CERNIGLIARO, «Difendere il cittadino dall'insulto più che vendicarlo dall'offesa». *Nuovi orizzonti nel penale per nuovi scenari costituzionali*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), pp. 289 e ss.; R. AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976, pp. 15-6; V. FERRONE, *I profeti dell'illuminismo. Le metamorfosi della ragione nel tardo Settecento italiano*, Roma-Bari 2000, pp. 278-300.

⁴¹ P. COSTA, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), p. 16.

⁴² Su tale nozione, che serve ad indicare «l'interminabile cammino per «fuoriuscire dalla vendetta» e il sempre precario «avvento della garanzia»», si veda SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica* cit., p. 354.

⁴³ LACCHE, *Ordo non servatus* cit., in partic. pp. 362-3, con riferimento a Mario Pagano. Si veda anche G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna 2007, pp. 184-6.

⁴⁴ Come osservato in P. COSTA, *Estado do direito e direitos do sujeito: o problema dessa relação na Europa moderna*, in R.M. FONSECA, A. CERQUEIRA LEITE SEELAENDER (orgs.), *Historia do direito em perspectiva. Do antigo regime à modernidade*, Curitiba 2008, p. 74, lo stato di diritto esprime una normalità permanentemente esposta al rischio di essere sospesa dallo stato d'eccezione.

⁴⁵ Si pensi allo sviluppo delle dottrine sul potere di decretazione del governo che tanto rilievo hanno avuto tra Otto e Novecento. Su queste, fra gli altri, cfr. M. MECCARELLI, *La questione dei decreti-legge tra dimensione fattuale e teorica: la sentenza della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 riguardo al r.d. 22 giugno 1899 n. 227*, in «Historia Constitucional. Revista Electrónica», (<http://hc.rediris.es>), 6 (2005), pp. 263-83; C. LATINI, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2005, in particolare pp. 95 e ss.

⁴⁶ Per una descrizione dei caratteri di questo diritto penale d'eccezione si vedano DA PASSANO, *Emendare o intimidire?* cit., pp. 66-71; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. II, Milano 2005, pp. 494 e ss.; A. DAL RÌ JUNIOR, *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*, Rio de Janeiro 2006, pp. 185-200; ID., *Ressignificações do crime contra a autoridade do Estado no jacobinismo penal: estratégias discursivas de Robespierre e Merlin de Douai*, in FONSECA, CERQUEIRA LEITE SEELAENDER, *Historia do direito em perspectiva* cit., pp. 119-40; R. MARTUCCI, *Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica criminale e codificazione in Francia dalla Rivoluzione all'Impero*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), pp. 220-40.

⁴⁷ CAVANNA, *Il codice penale napoleonico* cit., p. 1227; SBRICCOLI, *Giustizia criminale* cit., pp. 191-3.

⁴⁸ Cfr. SOLIMANO, *L'établissement de l'ordre* cit., n. 3; DA PASSANO, *Emendare o intimidire?* cit., pp. 106-11.

⁴⁹ Sul punto cfr. DAL RÌ JUNIOR, *O Estado e seus inimigos* cit., pp. 203-10; MARTUCCI, *Logiche della transizione penale* cit., pp. 272-4; DA PASSANO, *Emendare o intimidire?* cit., pp. 146-147 e 155-157.

⁵⁰ Cfr. da ultima COLAO, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento*, cit., pp. 697-742 e l'ampia bibliografia ivi citata. In realtà un'importante relativizzazione dell'impianto garantista del codice Zanardelli era rappresentata dalla stessa legge speciale di pubblica sicurezza del 1888. Cfr. L. MARTONE, *Aspetti del sistema penale liberale e fascista tra leggi speciali e garanzie processuali*, Torino 2008, pp. 53 e ss. Fra i principali provvedimenti eccezionali a cui stiamo facendo riferimento ricordiamo: le proclamazioni dello stato d'assedio in Sicilia (13 gennaio 1894) e Toscana (16 gennaio 1894); le «leggi antianarchiche» del 19 luglio 1894 (n. 314, sui reati commessi con materie esplodenti; n. 315, riguardo a reati di istigazione a delinquere e l'apologia dei reati commessi a mezzo stampa; n. 316, provvedimenti eccezionali di pubblica sicurezza); le proclamazioni dello stato d'assedio nel 7 e 9 maggio 1898 a Milano, Firenze e Livorno, Napoli; la l. 17 luglio 1898 n. 297 contenente *Provvedimenti urgenti per il mantenimento dell'ordine pubblico*; il decreto legge del 22 giugno 1899 n. 227 sulla pubblica sicurezza e la stampa.

⁵¹ COSTA, *Il principio di legalità* cit., p. 26. Cfr. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990, pp. 147-232.

⁵² Cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali*, 14. *Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998, pp. 489-92; L. LACCHÈ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano 1990, pp. 140 e ss.; P. MARCHETTI, *L'armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia. Una genealogia*, Ancona 2008, pp. 35-7; nella rivista «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), si vedano i saggi di COSTA, *Il principio di legalità* cit., pp. 25 e ss., COLAO, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento* cit., pp. 712-3 e M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le zone grigie della legalità penale tra Otto e Novecento*, p. 752. Il penale eccezionale aveva fatto la sua comparsa immediatamente dopo l'Unità di Italia in relazione a problemi di controllo del territorio nell'Italia meridionale.

La vicenda del rinvio della codificazione penale, mentre si emanavano gli altri quattro codici, si spiega in parte anche con questo problema. Frutto della prima emergenza post-unitaria fu la famigerata legge Pica del 15 agosto 1863, che ha costituito un punto di riferimento anche per la legislazione emergenziale degli anni Novanta. Cfr. R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale. Regime eccezionale e leggi per la repressione dei reati di brigantaggio (1861-1865)*, Bologna 1980; SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., p. 173; ID., *Caratteri originari e tratti permanenti* cit., p. 488; MARTONE, *Aspetti del sistema penale liberale e fascista* cit., pp. 3-12.

⁵³ Si pensi ad esempio all'art. 1 della legge 19 luglio 1894 n. 315, che prevedeva un aggravamento di pena per i reati previsti dal codice penale (artt. 247 e 246) nel caso ricorresse la circostanza dell'uso del mezzo della stampa.

⁵⁴ Si pensi agli articoli 2, 3 e 8 del r.d. 22 giugno 1899 n. 227.

⁵⁵ Così ad esempio la l. 19 luglio 1894 n. 314, che configura nuove fattispecie come la fabbricazione, il trasporto o la detenzione di materiali esplosivi, con finalità eversive. Altre norme tese ad anticipare la tutela penale attraverso l'introduzione di nuovi reati sono contenute nella l. 19 luglio 1894 n. 315.

⁵⁶ Si pensi all'art. 5 della l. 19 luglio 1894 n. 316.

⁵⁷ Si pensi appunto al domicilio coatto previsto dalla l. 19 luglio 1894 n. 316 (e poi reintrodotta con la l. 17 luglio 1898 n. 297): qui si introduceva una misura restrittiva della libertà personale da applicarsi a coloro che venivano «ritenuti pericolosi alla sicurezza pubblica» e avevano già riportato una condanna per reati contro l'ordine pubblico, l'incolumità pubblica e per reati commessi con materie esplosive (art. 1). La condotta che poteva giustificare una misura restrittiva fino a tre anni, consisteva nell'aver manifestato «il deliberato proposito di commettere vie di fatto contro gli ordinamenti sociali» (art. 3).

⁵⁸ È il caso della procedura prevista per l'applicazione di misure come il domicilio coatto dalla l. 19 luglio 1894 n. 316 (artt. 2-4). In quanto misura di polizia non era assoggettata al controllo giudiziario ma a quello del Ministero dell'Interno e dunque era sottratta alle garanzie processuali che l'alveo della giurisdizione garantiva. Una Commissione provinciale formata dal Presidente del Tribunale, dal Procuratore del Re e da un Consigliere di Prefettura, decideva anche in contumacia sulla misura da adottare, potendo anche disporre «per gravi ragioni di pubblica sicurezza» un arresto preventivo prima ancora di pronunciarsi sulla misura del domicilio coatto. Il provvedimento era impugnabile di fronte ad una Commissione di appello definita dalla legge di pubblica sicurezza; sul parere della Commissione avrebbe provveduto il Ministro dell'Interno.

⁵⁹ Si potrebbe fare, ma non è questa la sede, una ricostruzione puntuale delle corrispondenze tra i numerosi provvedimenti clemenziali emanati tra Otto e Novecento e quelli eccezionali a cui abbiamo fatto cenno. Solo per indicarne alcuni si pensi, con riferimento all'emergenza del 1894, ai regi decreti del 20 settembre 1894, nn. 422 e 423, del 14 marzo 1895 n. 56, del 20 settembre 1895, n. 575, del 14 marzo 1896 n. 58, 24 ottobre 1896, n. 464. Con riferimento all'emergenza del 1898 si possono considerare invece i regi decreti del 29 dicembre 1898 n. 503, del 4 giugno 1899 n. 192, del 31 dicembre 1899 n. 467, del 1 giugno 1901 n. 187. In tema di politiche penali clemenziali nell'Italia post-unitaria si vedano V. MAJELLO, *La politica delle amnistie*, in *Storia d'Italia*, Annali 12. *La criminalità*, Torino 1997, pp. 937-79; F. COLAO, A. SANTOSUOSSO, *Politici e amnistia: tecniche di rinuncia alla pena per i reati politici dall'Unità ad oggi*, Verona 1986.

⁶⁰ Cfr. COLAO, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento* cit., pp. 701 e ss.

⁶¹ Come ha osservato SBRICCOLI, *Caratteri originari* cit., pp. 491-2, «quando si tratta della legalità “in basso” e del penale di secondo livello, la dottrina perde sovente acutezza e lungimiranza, si distrae, sottovaluta e delega, salvo poi tornare a battersi ogni volta che il livello non garantito, per l'effetto di qualche evenienza politica, finisce per inquinare in qualche modo l'area presidiata dai codici e dall'ordinaria giurisdizione».

⁶² F. CARRARA, *Confronti storici*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. VI, Lucca 1876, p. 388.

⁶³ ID., *Codicizzazione*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, Lucca 1870, p. 224.

⁶⁴ ID., *Necessità di profondi studi giuridici*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Lucca 1870, p. 98. «Il giure attuale che si è formulato coi loro codici dai legislatori contemporanei non è che la proclamazione di verità preesistenti ed il risultamento di una lunga epurazione maturata per secoli e secoli mediante consimili tentativi», spiegava. Cfr. F. BRICOLA, *Introduzione a F. Carrara, "Programma del Corso di diritto criminale"* (1993), ora in F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna 1997, pp. 297-8; L. LACCHÈ, *La penalistica costituzionale e il «liberalismo giuridico». Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), pp. 668 e ss.

⁶⁵ CARRARA, *Codicizzazione* cit., p. 225: «Un principio erroneo ed ingiusto attuato per eccezionali cagion in un regolamento particolare è un male sensibile ma limitato. Il male diventa troppo più grave più funesto e pernicioso nelle sue conseguenze quando di quel principio erroneo l'autorità sociale fa solenne proclamazione in un codice: perché con ciò corrompe la coscienza pubblica presentandole come severo e costante dettato della ragione giuridica quello che si accetta per le transitorie condizioni dei tempi». Va ricordato che quando Carrara scriveva, il dibattito sulla codificazione era ancora in corso e dagli esiti incerti. Il timore che la codificazione riflettesse la logica emergenziale era pertanto concreto. Cfr. ivi, pp. 215-30; ID., *Se la unità sia condizione del giure penale*, in *Opuscoli di diritto criminale* cit., vol. II, pp. 5-39; *Sulla crisi legislativa in Italia*, ivi, pp. 169-214; *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Roma-Torino-Firenze 1874, pp. 393-407.

⁶⁶ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca 1871, vol. VII, § 3939, pp. 635-7.

⁶⁷ Cfr. SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., pp. 174-9; ID., *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal «Programma» di Carrara al «Trattato» di Manzini*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2 (1973), pp. 638-44. Sulle linee strategiche seguite da Carrara si vedano inoltre A. SCIUMÈ, *Garanzie legali e misure arbitrarie nell'Italia fin de siècle: i processi agli anarchici, ovvero dell'errore impossibile*, in A. GOURON et alii (Hg.), *Error iudicis. Juristische Wahrheit und justizieller Irrtum*, Frankfurt am Main 1998, pp. 241-3; LACCHÈ, *La penalistica costituzionale* cit., pp. 663-95; G. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), p. 621 e ss.

⁶⁸ F.P. CONTUZZI, *Stato d'assedio*, in *Digesto italiano*, XXII, parte II, 1895, p. 243 [miei i corsivi].

⁶⁹ G. ARANGIO RUIZ, *Intorno all'efficacia delle leggi penali temporanee*, in «Rivista penale», XLIV (1896), p. 10: con le leggi antianarchiche si colpiva un atto politicamente pericoloso come «il socialismo, non un atto immorale; credette il potere legislativo che tali associazioni e riunioni potessero turbare l'ordine pubblico profondamente, onde un'azione lecita divenne temporaneamente proibita e punita». In tale prospettiva poteva apparire scorretto perseguire l'eversione anarchica e socialista con la fattispecie di associazione a delinquere prevista dal codice.

⁷⁰ Un riscontro viene dal dibattito sul controllo giudiziale di costituzionalità dei provvedimenti eccezionali; il punto fermo è proprio costituito dall'idea di una impossibilità di concepire un controllo nel merito; si riconosce entro certi limiti solo un controllo sulla forma dei provvedimenti (la così detta costituzionalità estrinseca). Cfr. M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata*, Milano 2005, pp. 238 e ss.

⁷¹ COSTA, *Il principio di legalità* cit., pp. 13 e ss.

⁷² L. LUCCHINI, *Inaugurando il 2° Cinquantenario della Rivista*, in «Rivista penale», LI (1925), pp. 11-2.

⁷³ Al riguardo si veda G. PROCACCI, *Osservazioni sulla continuità della legislazione sull'ordine pubblico tra fine Ottocento, prima guerra mondiale e fascismo*, in P. DEL NEGRO ET ALII (a cura di), *Militarizzazione e nazionalizzazione nella storia d'Italia*, Milano 2006, pp. 83-96; U. ALLEGRETTI, *Dissenso, opposizione politica, disordine sociale: le risposte dello Stato liberale*, in *Storia d'Italia*, Annali 12 cit., p. 720.

⁷⁴ SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., pp. 217 e ss.; ID., *Caratteri originari* cit., p. 531; ID., *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 28 (1999), p. 846; ID., *Il diritto penale sociale. 1883-1912*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 3-4 (1974-75), pp. 557-642.

⁷⁵ SBRICCOLI, *Le mani nella pasta* cit., p. 821 e più ampiamente pp. 817-50. Sull'uso autoritario del principio di legalità nei regimi totalitari europei del Novecento si vedano anche F. COLAO, *Il delitto politico tra Otto e Novecento da «delitto fittizio» a «nemico dello Stato»*, Milano 1986; ID. *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento* cit., pp. 742-3; G. NEPPI MODONA, M. PELLISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, cit., pp. 780-4; e ancora nella rivista «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), i saggi di COSTA, *Il principio di legalità* cit., pp. 16-7 e p. 32, G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, pp. 983-1005 e E. DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, pp. 1031-82.

⁷⁶ Cfr. NEPPI MODONA, PELLISSERO, *La politica criminale durante il fascismo* cit., pp. 766-76; NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale* cit., pp. 960-1001; ID., *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in L. LACCHÈ ET ALII, *Penale, giustizia, potere* cit., pp. 344-51; SBRICCOLI, *Le mani nella pasta* cit., pp. 831-7; MARTONE, *Aspetti del sistema penale liberale* cit., pp. 21-6.

⁷⁷ È il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale. Cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in ID. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari 2002, pp. 7 e ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino 1992, pp. 39 e ss.

⁷⁸ COSTA, *Il principio di legalità* cit., p. 17, pp. 32 e ss. In questa fase si potrebbe ricordare anche l'elaborazione della dottrina di GUSTAV RADBRUCH sull'*übergesetzliches Recht* e sul *gesetzliches Unrecht* (in particolare si pensi al saggio *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in «Süddeutsche Zeitung», 5 (1946), poi ripubblicato nella raccolta di suoi scritti *Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts*, Göttingen 1957). Nella nozione di leggi intollerabilmente ingiuste, infatti, si torna a porre il problema del conflitto tra il valore della certezza del diritto e quello della giustizia e ad affermarci il principio che anche il diritto positivo è chiamato a servire la giustizia. Cfr. G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania post-nazista e nella Germania postcomunista*, Milano 2001.

⁷⁹ Si vedano al riguardo SBRICCOLI, *Caratteri originari* cit., pp. 534-46; A. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), pp. 1293 e ss. e i saggi di BRICOLA, raccolti nel volume *Politica criminale e scienza del diritto penale* cit.: *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico* (1975), pp. 101-129; *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo* (1981), pp. 153-175; *Introduzione a F. Carrara* cit., pp. 291-305.

⁸⁰ FERRAJOLI, *Diritto e ragione* cit., p. 850 e più ampiamente pp. 844-77. L'Autore ha ribadito questa impostazione anche di recente nel saggio *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in «Questione giustizia», 4 (2006), pp. 797-812. Di Ferrajoli si vedano anche 1977: *ordine pubblico e legislazione eccezionale*, in «La questione criminale», 3 (1977), pp. 361 e ss.; ID., *Emergenza penale e crisi della giurisdizione*, in «Dei delitti e delle pene», 2 (1984), pp. 271-92. Il dibattito tra gli anni settanta e novanta del Novecento è stato ovviamente ricchissimo; ci limitiamo a segnalare, fra gli altri, BRICOLA, *Politica criminale e politica penale* cit., pp. 101-29; D. PULITANO, *Misure antiterrorismo. Un primo bilancio*, in «Democrazia e diritto», 1981, pp. 77-98; A. SANTOSUOSSO, *Legislazione speciale in Francia*, in «Critica del diritto», 20 (1981), pp. 29-34; G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli 1982; F. PAZIENZA, *La legislazione per l'emergenza*, in «Indice penale», XVI (1982), pp. 51-65; A. AMODIO, *Il processo penale nella parabola dell'emergenza*, in «Cassazione penale», XXIII (1983), pp. 2114-33; A. BARATTA, M. SILBERNAGL, *La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale*, in «Dei delitti e delle pene», 3 (1983), pp. 543-80; T. PADOVANI, *Il sistema repressivo nella stagione dell'emergenza*, in «Problemi del socialismo», 27-28 (1983), pp. 176-91; E. RESTA, *Il diritto penale premiale: nuove strategie di controllo sociale*, in «Dei

delitti e delle pene», 1 (1983), pp. 41-79; A. GAMBERINI, *Spunti di riflessione sulla riforma penale degli anni '80*, in «Dei delitti e delle pene», 3 (1984), pp. 533-45; G. MARINUCCI, L. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano 1985; A. CERRI, *Legislazione dell'emergenza, cultura del sospetto, democrazia autoritaria*, in «Critica del diritto», 53-55 (1989), pp. 143-51; F. PALAZZO, *A proposito di codice penale e leggi speciali*, in «Questione giustizia», 2 (1991), pp. 310-8; M. LAUDI, *Terrorismo, (diritto interno)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, 1992, pp. 355-370; la discussione ospitata nelle pagine della rivista in «Dei delitti e delle pene», 3 (1992), pp. 31-99, con saggi di M. PAVARINI, L. STORTONI, A. GAMBERINI, S. RINALDI, L. STORTONI, *Diritti dell'uomo ed emergenza: (l'eredità de) gli anni di piombo*, in «Critica del diritto», 1 (1997), pp. 53-63; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli 1995.

⁸¹ R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale: tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino 2008, p. 60 e pp. 181-2.

⁸² VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto cit.*, pp. 210-8. Cfr. J. HABERMAS, *On Law and Disagreement. Some Comments on «Interpretative Pluralism»*, in «Ratio iuris», 16.2 (2003), pp. 187 e ss.

⁸³ Cfr. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite cit.*, pp. 10 e ss.; 167 e ss.; M. FIORAVANTI, *Quale futuro per la costituzione?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 21 (1992), pp. 635-7.

⁸⁴ Cfr. fra gli altri P. CARONI, *Saggi di storia della codificazione*, Milano 1998, pp. 66-76 e pp. 22-37; P. GROSSI, *Le molte vite del giacobinismo giuridico*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2005, pp. 135 e ss.; ID., *Code civil: una fonte nuovissima per la nuova civiltà giuridica*, in AA.VV., *Il bicentenario del Codice napoleonico*, (Atti dei Convegni Lincei 221), Roma 2006, pp. 19-42, e nello stesso volume P. CAPPELLINI, «Napoleone contro Montaigne». *Il modello napoleonico e lo sguardo dell'altra Europa*, pp. 43-53; P. CAPPELLINI, B. SORDI (a cura di), *Codici. Un riflessione di fine millennio*, Milano 2002; R.J. NARVÁEZ HERNÁNDEZ, *La persona en el derecho civil (historia de un concepto jurídico)*, México 2005.

⁸⁵ Cfr. COSTA, *Estado do direito e direitos do sujeto cit.*, p. 77.

⁸⁶ M. DONINI, *Prefazione*, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano 2007, p. XI.

⁸⁷ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in DONINI, PAPA, *Diritto penale del nemico cit.*, pp. 5-28, in particolare pp. 21 e ss. Si tratta della traduzione dell'articolo *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. JAKOBS, M. CANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo*, Madrid 2003, pp. 19 e ss., pubblicato anche in tedesco con il titolo *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in «Höchsrichterliche Rechtsprechung Strafrecht», 2004, pp. 88 ss. Sul punto, sempre di Günther Jakobs, si veda *Terroristen als Personen in Recht?*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 4 (2005), pp. 117-34.

⁸⁸ JAKOBS, *Diritto penale del nemico cit.*, p. 11.

⁸⁹ Ivi, p. 22.

⁹⁰ Ivi, pp. 22 e ss.

⁹¹ Ivi, pp. 23 e 28.

⁹² La teoria del *Feindstrafrecht* tende infatti a individuare i suoi riferimenti filosofici sulla linea che da Hobbes (e in parte da Rousseau) porta a Kant. Cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico cit.*, pp. 9 e ss. Tuttavia anche certi esiti nichilistici del positivismo novecentesco, si pensi a Carl Schmitt, sembrano poter costituire una radice teorica dell'attuale teoria del diritto penale del nemico. Per restare ai contributi raccolti nel volume a cura di DONINI, PAPA, *Diritto penale del nemico cit.*, si vedano al riguardo le osservazioni di K. AMBOS, *Diritto penale del nemico*, pp. 54-6; T. HÖRNLE, *Dimensioni descrittive normative del concetto di «diritto penale del nemico»*, pp. 123-5; A. APONTE, *Il diritto penale dell'emergenza in Colombia tra pace e guerra*, pp. 172 e ss. Sulla deriva nichilistica del positivismo novecentesco con particolare riferimento a Hans Kelsen e Carl Schmitt, si veda VOGLIOTTI, *Tra fatto e norma cit.*, pp. 159-68.

⁹³ BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale* cit., pp. 8-9 e inoltre le pp. 28-65 e 179-198; per questa prospettiva si legga anche F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in «Questione giustizia», 2006, pp. 667, 674 e ss.

