

SIGNIFICATO E LIMITI DELL'ECCEZIONE PENALE: IL «FEINDSTRAFRECHT» COME «AUSNAHMEZUSTAND»

Dante Valitutti

Università di Salerno, Dipartimento di Scienze giuridiche (Scuola di Giurisprudenza), dante.valitutti@alice.it

Abstract: Meaning and limits of the exception criminal

The present paper studies the relationship between criminal law and exception. In the first part are presented the categories of legality and legitimacy, in relation to the crisis of the liberal state. The second part presents the theory of Agamben on the state of exception, seeing a connection with the legal theory of Jakobs.

Keywords: Criminal Law, State of Exception, Liberal State, Feindstrafrecht

1. La crisi del principio di legalità e l'emersione della categoria di eccezione nel penale

Può il concetto d'inimicizia essere ricompreso nell'universo teorico dello stato di diritto¹? Può la neutralizzazione di un individuo, soggetto di reato, essere considerata una risposta adeguata sul piano della repressione dei delitti? Il diritto per la sua natura di tecnica, di strumento di mediazione tra interessi pubblici e interessi privati può contemplare in sé la realtà del

¹ Sul tema si veda *Lo stato di diritto. Storia, Teoria, Critica*. A cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002.

conflitto con un delinquente, non rappresentandolo più solo come un violatore di norme, un criminale recidivo o il responsabile di un particolare crimine efferato, ma un nemico pericoloso cui applicare sanzioni esemplari per il ristabilimento dell'ordine leso? Interrogativi come questi negli ultimi anni hanno animato un dibattito scientifico internazionale assai importante sui contenuti, le forme ed i limiti di un ipotetico statuto speciale del diritto penale². Tale dibattito si è mostrato decisivo in special modo perché in esso si sono levate voci autorevoli in grado di porre in discussione la *funzione irenica* come unica costante esclusiva del giuridico. Appare indubbio infatti che, grazie alla discussione degli scritti di un giuspenalista riconosciuto a livello internazionale come Gunther Jakobs, la scienza giuridica abbia cercato, in relazione ad alcune tendenze securitarie sviluppatesi di recente, di trovare all'interno di esse una spiegazione che superasse gli schemi di comprensione propri del modello liberale garantista. In questa prospettiva la questione del *Feindstrafrecht* (il diritto penale del nemico) è diventata uno dei temi centrali del dibattito pubblico attuale.

Ciò che in queste pagine si vuole discutere sono dunque i (presunti) limiti della *ragione garantista*³ in riferimento al verificarsi delle ipotesi di attacco, gravità o pericolo, che il sistema giuridico/penale non è in grado di regolare. Partire dalla dottrina jakobsiana, tentando con essa un confronto parziale, significa allora inserirsi nel più ampio discorso riguardante la crisi del modello penale dello Stato contemporaneo. In realtà si tratta di una crisi di più ampio periodo. Già ai tempi dello Stato

² Sul dibattito inerente il “diritto penale del nemico” esiste un’ampia letteratura, soprattutto in area tedesca e spagnola. Tra i lavori più importanti *Derecho penal del enemigo*, a cura di G. Jakobs-Cancio Melià, Madrid, Cuadernos Civitas, 2003; G. Jakobs, *Individuum und Person*, in «ZStW» 117 (2005); G. Jakobs, *Personalität und Exklusion im Strafrecht*, in *Festschrift für Dionisios Spinellis*, Atenas, 2001. In Italia ricordiamo il lavoro collettaneo *Diritto penale del Nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini, M. Papa, Milano, Giuffrè editore, 2007.

³ Cfr. sulla questione della razionalità garantista, L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

etico fascista il guardasigilli Rocco, nell'argomentare i principi della codificazione penale, da lui elaborata, non lesinò critiche a quel progetto liberale che, nel suo sviluppo, aveva tentato di coniugare garanzie e sicurezza⁴. Riferendoci ai problemi dell'oggi, la crisi della penalità suddetta, crisi di senso e di forma, appare legata alle difficoltà di declinare in termini giuridici autenticamente liberali, la categoria dell'inimicizia, data la piena e originaria appartenenza della *Feindschaft* al politico⁵. In tal senso ci si chiede se il diritto penale (di matrice liberale e democratico/sociale) sia in grado di rapportarsi, dandone una configurazione giuridica, al fenomeno dello scontro, del conflitto radicale con l'altro – sia esso un terrorista, un mafioso o un criminale particolarmente efferato – senza incorrere in esiti particolarmente repressivi e deroganti dalle logiche proprie di uno *Staatsrecht*. Come sottolinea Preterossi: “Il diritto ordina il caos e limita la violenza, se riesce a commisurarsi a questa, assumendone all'interno del proprio dispositivo la sfida. L'ostilità è da un lato *l'altro* del diritto in quanto ordinamento della sopravvivenza, situazione normale. Ma dall'altro è anche la sua matrice genetica, il suo problema, non trattabile attraverso astrazioni o procedure che già presuppongono la soluzione, ovvero una pacificazione condotta con successo e di misura adeguata. L'ostilità spiega per tanti aspetti la funzione del diritto”⁶. È importante allora cercare di osservare taluni fenomeni senza pregiudiziali di sorta, arrivando al punto di stabilire se l'inimicizia sia o non sussumibile nel diritto (penale) – se essa sia cioè suscettibile (o meno) di una qualsiasi mediazione giuridica. Ma avanziamo per gradi. Nelle prossime pagine si affronteranno questioni di diritto, ma nel farlo si seguirà un metodo di indagine filosofica dato che

⁴ Sulla crisi della penalità liberale in epoca fascista cfr. F. Colao, *Il delitto politico tra ottocento e novecento*, Milano, Giuffrè editore, 1986. Cfr. anche C. Galli, *Il codice Rocco e noi*, in *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, a cura di F. Mancuso, G. Preterossi, A. Tucci, Milano, Mimesis, 2012, pp. 211-220.

⁵ C. Schmitt, *Il concetto di politico*, in *Le categorie del politico* (1972), a cura di G. Miglio, P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1998.

⁶ G. Preterossi, *La politica negata*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 55.

L'obiettivo di chi scrive consiste, prendendo le mosse da Jakobs, nel ragionare filosoficamente sulla de-formazione in atto che coinvolge tanto il diritto costituzionale quanto (e soprattutto) il diritto penale in riferimento al problema della conversione del criminale in nemico. Ragionare filosoficamente intorno al (nemico nel) diritto penale significa non già circoscrivere lo studio al dato normativo (che è compito della dogmatica); la filosofia giuridica deve invece continuamente interrogarsi sul fattore ontologico e teleologico della pena, sulla natura della sanzione e sul suo scopo finale in riferimento al contesto sociale. “Il diritto penale” scrive Agata C. Amato Mangiameli “con il suo criterio di valutazione lecito/illecito, è sempre stato oggetto dei condizionamenti della società che è chiamato a regolamentare, subendone i possibili regressi oppure giovandosi degli auspicati progressi”⁷. Sicuramente Jakobs si pone in questa direzione: il suo è infatti un tentativo di filosofia del diritto penale che si lega ad una più generale analisi politica del diritto nella società per cui “il diritto penale si studia parallelamente con alcune delle sue cause, alla luce della società occidentale moderna”⁸.

Premesso ciò, spingiamoci oltre, osservando quale sia il nodo teorico da sciogliere nella presente riflessione. La domanda da porsi è se l'inimicizia possa assumere veste giuridica e quali effetti, sui già precari equilibri istituzionali dello stato democratico, ciò determina. Argomento sicuramente complesso, che nondimeno è stato affrontato in passato da diversi giuristi e studiosi di dottrina dello Stato. Tra questi il più noto e importante rimane Carl Schmitt. “Per Schmitt”, nota sempre Preterossi “la costruzione di un concetto giuridico procede sempre dalla sua negazione”⁹. In tale senso il diritto penale diventa un campo d'elezione, ai

⁷ Agata C. Amato Mangiameli, *Filosofia del Diritto penale. Quattro voci per una introduzione*, Torino, Giappichelli editore, 2014, p. VII.

⁸ G. Jakobs, *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente*, in *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, a cura di A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt, Valencia, 2004, p. 53.

⁹ G. Preterossi, *La politica negata*, cit., p. 56.

fini di un'indagine sul nesso giuridicità/inimicizia, poiché in esso “più forte ed evidente è la connessione tra diritto e forza, giuridicità e patologia”¹⁰. Tornando a Jakobs, è possibile notare come nella sua prestazione teorica sul *Feindstrafrecht* si avverta proprio l'eco di temi cari alla riflessione schmittiana - anche se notevoli rimangono le differenze tra i due. In entrambi chiara apparirebbe l'esigenza di pensare il conflitto con l'altro, il diverso, l'escluso, quale momento generativo dell'ambito politico costituzionale (in Schmitt) e giuridico penale (in Jakobs), traendo spunto dalla rivalutazione della dottrina dello Stato hobbesiana e dalle considerazioni kantiane sull'ordine giuridico. Ma rivendicare l'importanza del legame tra Schmitt e Jakobs serve soprattutto a ribadire il ruolo, in parte della tradizione giuridico-politica moderna, dei concetti, l'uno specularmente all'altro, di decisione e di eccezione¹¹. Se infatti grande rilievo viene dato alla decisione e insieme con essa alla categoria di eccezione, questo avviene perché in virtù di queste categorie viene capovolta l'intera impostazione liberale. A tal proposito è opportuno ricordare che in Jakobs l'eccezione non si colloca evidentemente sul piano politico/costituzionale, come avviene in Schmitt, per il quale “sovrano è chi decide sullo stato di eccezione”¹², ma, secondo la teoria jakobsiana, l'eccezione si produce principalmente a livello penale/processuale, per cui l'eccezione è illecito. Per Jakobs (e Schmitt) il potere, sia esso di natura politica, amministrativa o giudiziaria viene così (ri)legittimato a muoversi libero tanto da poter autorizzare situazioni di fatto, estranee all'ordine – si pensi ad alcune disposizioni di carcerazione preventiva prese in situazione di *vacatio legis* – le quali, visto anche il loro essere frutto di scelte politiche maturate nell'emergenza, non sono verificabili giuridicamente. Con Jakobs, il potere

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Cfr. sulla relazione decisione/eccezione, per una sua rilettura eterodossa rispetto alla tradizione schmittiana, M. Guareschi, F. Rahola, *Chi decide. Critica della ragione eccezionalista*, Verona, ombre corte, 2011.

¹² C. Schmitt, *Le categorie del politico*, cit., p. 33.

– il riferimento è a quello esecutivo/giudiziario – agisce, forte della propria legittimità, per prevenire un pericolo da parte di un individuo pericoloso al di là di qualsiasi vincolo di legalità: ciò che conta è l'immediatezza della reazione che conduce al risultato, al fine (*Zweck*) della protezione dell'ordinamento, con evidente sacrificio dei diritti di chi è sottoposto alla misura coattiva¹³. Il diritto penale per Jakobs segue in questo modo due fasi, una ordinaria l'altra stra-ordinaria, legata in qualche modo ad uno stato emergenziale: “Da un lato, il trattamento del cittadino, nel quale si ripongono aspettative sino a quando egli non esteriorizzi le sue azioni, reagendo solo allora, al fine di confermare la struttura normativa della società; e dall'altro il trattamento del nemico, che è immediatamente bloccato già nello stadio precedente e che si combatte in quanto pericoloso”¹⁴. Emerge tra le pieghe della speculazione jakobsiana una diade concettuale che, tra le altre, rimanda a Schmitt, e che può aiutarci nella comprensione della crisi del modello penale contemporaneo: quella composta dalla coppia legalità/legittimità¹⁵. La Rivoluzione – intesa come *metabolatio*, naturale trasformazione di una forma di governo in un'altra – prodottasi nel Moderno, giunta a completo sviluppo con lo Stato di diritto costituzionale, aveva in qualche modo distinto le sfere della legalità e della legittimità, per cui non sempre ciò che rilevava sul piano della legittimità (del potere politico) conservava valore sul piano della legalità (dell'ordinamento giuridico). Lungo tale direzione si è andato formando il diritto penale moderno: in quest'ottica è la legge a stabilire ciò che è reato e chi è il colpevole e mai il (potere) sovrano arbitrariamente. Nessuna condizione straordinaria poteva da sola giustificare l'adozione di determinate misure a carattere repressivo: così si presentavano i principi

¹³ G. Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in *Derecho penal del enemigo*, a cura di G. Jakobs-M. Cancio Melia, Cuadernos Civitas, Madrid 2003. Tale lavoro ha avuto anche una versione italiana a cura di F. Resta in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., pp. 5-28.

¹⁴ Ivi, p. 19 (versione italiana).

¹⁵ Cfr. in tema di Legalità/legittimità, C. Schmitt, *Le categorie del politico*, cit., pp. 209-244.

di legalità e tassatività del diritto penale, architravi della modernità giuridico-liberale.

Con l'obiettivo di ricostruire la genealogia del rapporto tra diritto (penale) e politica negli ultimi tre secoli, non si può che partire quindi, insieme a Jakobs, e con l'occhio rivolto a Schmitt, dalla coppia costituita dai concetti di legalità/legittimità e vedere come i termini di questa oscillino in un duplice senso: se all'inizio della vicenda dello Stato classico europeo era presente una sovrapposizione informe, non regolarizzata, tra il piano della legittimità e quello della legalità, col tempo tale relazione costitutiva si è indebolita formalizzandosi, e con il declinare dello Stato assoluto e l'emergere dello Stato di diritto borghese, si è avuta la conseguente conversione della legittimità (il piano della politica) in legalità (il piano del diritto) – il potere legale della teorica weberiana. In particolare, per Meccarelli “l'emersione del principio di legalità nel penale [...] 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)”¹⁶. Tutto questo si è prodotto grazie anche ad un radicale processo di secolarizzazione che ha coinvolto lo Stato e le sue istituzioni¹⁷.

Sul piano penale tale traduzione del politico nel giuridico ha significato l'instaurazione di una serie di garanzie a tutela del reo, facendo di esso il fulcro del sistema, rendendo il sistema stesso, secondo la celebre formula di Liszt, una vera e propria *magna charta del delinquente*. Ma qui iniziano i problemi. Guardando infatti al presente sembra che vi sia un ritorno forte a quell'origine dis/ordinata: di nuovo i piani della politica e del diritto

¹⁶ M. Meccarelli, *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale*, in «Quaderni storici», 2, 2009 p. 501.

¹⁷ G. Marramao, *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2005.

paiono confondersi, sovrapporsi, determinando una caduta di senso di un insieme di categorie – Catania non a caso parla di metamorfosi del diritto¹⁸ – che nell'incertezza acquistano un nuovo (vecchio?) significato. La teorica jakobsiana sul *Feindstrafrecht* non sarebbe altro che una spia di questa deriva semantica e fattuale: “Di fronte a questo modello di diritto penale” afferma Eduardo Demetrio Crespo “occorre domandarsi se la modernizzazione del diritto penale che ne consegue rappresenti realmente un'evoluzione o piuttosto, come qui si suggerisce, un'indesiderata involuzione”¹⁹. Secondo quella che a ragione può considerarsi come una dinamica immanente a ogni svolta politico-istituzionale, ad ogni crisi di sistema segue un relativo arretramento del diritto (penale) e delle difese ad esso connesse. Ciò è quello che sta accadendo in parte negli ultimi anni: come nota Cancio Melià, “questo sviluppo può riassumersi essenzialmente in due fenomeni: il cosiddetto diritto penale simbolico e quello che può definirsi il risorgere del punitivismo”²⁰. A livello della prassi, entrambi contribuiscono a una crescita ipertrofica degli apparati di sicurezza la quale, a sua volta, determina un fenomeno di ibridazione tra il campo politico e quello giuridico, con il primo che assorbe il secondo. A riguardo sempre di tali dinamiche regressive, presenti nel diritto penale in particolare, Ferrajoli scrive: “la cultura dell'emergenza e la pratica dell'eccezione, ancor prima delle trasformazioni legislative, sono infatti responsabili di un'involuzione del nostro ordinamento punitivo che si è espressa nella riedizione, in panni ammodernati, di vecchi schemi sostanzialistici propri della tradizione penale premoderna”²¹. Dal nostro punto di vista si può ben aderire a queste riflessioni, rimarcando come, nella prassi giuridica attuale, riemergano con forza modelli arcaici, simili,

¹⁸ A. Catania, *La metamorfosi del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

¹⁹ E.D. Crespo, *Il “Diritto penale del nemico”. Darf nicht sein!*, in «Studi sulla questione criminale», 2, 2007 p. 44.

²⁰ M. Cancio-Melià, “Diritto penale” del nemico?, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 69.

²¹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 844.

nella forma e nella sostanza, a quelli appartenenti alla tradizione dei *crimina maiestatis*²². È forse eccessivo riconoscere o ammettere tutto questo?

Se poniamo ad esempio attenzione al disegno istituzionale, così come esso si configura nella statualità odierna, osserviamo come, rispetto ad alcune funzioni classiche dello Stato di diritto, si assista ad uno stravolgimento. Per esempio, si può discutere ancora dell'esercito e della polizia nei termini tradizionali²³? Se prima rappresentavano il discrimine netto tra il diritto e la politica, tra lo spazio interno e quello esterno dello Stato – con l'esercito quale strumento dell'agire dell'unità statale nella dimensione internazionale contro i nemici e la polizia quale forza interna cui era affidato il compito di presidiare lo Stato per garantirne la sicurezza contro i criminali –, oggi assistiamo a missioni belliche chiamate operazioni di polizia, mentre la sicurezza interna è sovente compito di forze militari. Non crediamo di cadere in errore se affermiamo allora che il (ri)manifestarsi del *punitivismo* e del *simbolismo penale*, il mutamento di *status* di organi pubblici, il riemergere di “vecchi schemi sostanzialistici propri della tradizione penale premoderna”²⁴ siano non tanto il risultato di un presente confuso, ma il frutto avvelenato di un processo di lunga durata, dato da un lato dal (ri)prodursi di logiche giustappositive tra diritto e politica per cui alcuni tipi di criminali sono visti come nemici dello Stato, e, dall'altro, dall'apparire prepotente del potere economico/finanziario, che, con la sua pretesa di normare la realtà istituzionale e politica, sconvolge gli assetti caratteristici dello *Staatsrecht*. La predominanza del discorso economico, vera e propria (auto)narrazione dell'Occidente in crisi, può essere considerata come uno dei segni principali dell'epoca nostra, in cui agiscono forze diverse e in cui tutto non è più leggibile nella

²² Cfr. sulla figura del *Crimen laesae maiestatis*, M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè editore, 1974.

²³ A. Aponte, *Il Diritto penale dell'emergenza in Colombia tra pace e guerra: una riflessione sul diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., pp. 159-190.

²⁴ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 844.

prospettiva statale, ma affonda le sue radici in una costellazione di senso oramai globale, nella quale qualsiasi distinzione tra interno ed esterno, tra pubblico e privato, sembra essere saltata in favore dello *sconfinamento*, vera e propria modalità e prassi operativa della globalizzazione in atto²⁵. Ciò innesca processi destrutturanti delle tradizionali costruzioni politico-giuridiche di cui beneficia un potere economico-finanziario sempre più libero, non più soggetto alle capacità frenanti di una politica e di un diritto oramai indeboliti, quantomeno nella loro dimensione costituzionale. Al contrario il tipo di regolazione economico-commerciale, come dimostra il caso della *lex mercatoria*, è ben lungi dall'essere in crisi. Siamo dunque in presenza di una latente *ri-funzionalizzazione* del diritto e del diritto penale?

Senza dubbio la natura del Leviatano pare essersi geneticamente modificata in favore dell'interesse economico, pietra angolare della postmodernità. Nondimeno un'analisi simile, giusta nelle premesse, pare essere in contraddizione con la pretesa jakobsiana di uno Stato capace di indicare al suo interno chi è il nemico, e di conseguenza combatterlo. Per farlo servono una realtà istituzionale ed un sistema penale forti, non già con funzioni serventi e in una posizione subalterna rispetto ad interessi eterogenei. Ma qual è la realtà giuridico-penale cui pensa Jakobs? E quale modello istituzionale egli suggerisce, in riferimento al problema del contenimento della minaccia dei criminali/nemici? Insomma si tratta di chiedersi se “*der Staat immer und gegen uberjedermann in Recht bleiben kann*”²⁶ (lo Stato possa rimanere sempre e contro chiunque nell'ambito del diritto). Ma, inoltre, di quale diritto stiamo parlando: quello della tradizione liberaldemocratica o quello radicalmente diverso, emergenziale, proposto dalla dottrina del *Feindstrafrecht*?

²⁵ Cfr., sul paradigma dello sconfinamento, C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001.

²⁶ G. Jakobs, *Feindstrafrecht? Eine unter suchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit* in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di Gamberini, Milano, Monduzzi editore, 2007, pp. 109-129.

2. Feindstrafrecht: eccezione interna o esterna all'ordinamento?

Dopo aver riflettuto sulla crisi della penalità (e della statualità) contemporanea, volgiamo ora lo sguardo ai caratteri particolari del diritto penale atti a definirlo come diritto penale del nemico. Innanzitutto, per diritto penale del nemico si può e si deve intendere un regime giuridico d'eccezione. Rimaniamo convinti di questo, persuasi dalle considerazioni in merito di un giurista autorevolissimo come Ferrajoli. Ma che cos'è un regime giuridico d'eccezione? Quando si manifesta in concreto? Utilizzando proprio le parole di Ferrajoli con tale locuzione si indica da una parte “la legislazione d'eccezione rispetto alla Costituzione e quindi il mutamento legale delle regole del gioco”²⁷, dall'altra “la giurisdizione d'eccezione, a sua volta degradata rispetto alla stessa legalità alterata”²⁸. Alla base di questo sta un processo che conduce “all'assunzione dell'*eccezione* o dell'*emergenza* (antiterroristica, o antimafiosa o anticamorristica) come giustificazione della rottura, o se si preferisce del cambiamento delle regole del gioco che nello stato di diritto disciplinano la funzione penale”²⁹. Se questi sono dunque i caratteri che definiscono un regime giuridico d'eccezione, il *Feindstrafrecht* teorizzato da Jakobs sembra iscriversi pienamente in questa tipologia. Osserviamo allora come si determina.

Uno dei fattori che maggiormente contribuiscono a rendere il diritto penale (del nemico) un regime giuridico d'eccezione è rappresentato dall'*amministrativizzazione dell'intervento punitivo*. Abbiamo sottolineato come, nella teorica jakobsiana, ma soprattutto nella prassi penale contemporanea,

²⁷ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 845.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ivi*, p. 844.

vi sia una particolare attenzione verso le misure repressive prese in situazione di *vacatio legis*. Queste paiono contribuire a quella generale tendenza volta a degradare la figura dell'illecito penale: esso scivola così dal piano della legislazione ordinaria verso quella amministrativa, nel quale è implicito l'allontanamento dalla legalità costituzionale³⁰. Secondo autorevoli osservatori, una delle caratteristiche precipue dell'*eccezione giuridica* è proprio quella di manifestarsi in assenza di legge, e, contemporaneamente, serbando i crismi della legalità. Per Agamben la questione ruota intorno al sintagma *forza di legge*, di cui Agamben ritrova le radici nella tradizione del diritto romano e medioevale. “Il sintagma forza di legge si riferisce, tanto nella dottrina moderna che in quella antica, non alla legge, ma a quei decreti – aventi, appunto, come si dice, forza di legge – che il potere esecutivo può essere autorizzato in alcuni casi – e, segnatamente, nello stato di eccezione – a emanare”³¹.

È abbastanza evidente come nella prassi penale degli ultimi anni vi sia stato un abuso dello strumento/decreto, sulla base di valutazioni dettate ora dalla paura per l'immediatezza della minaccia terroristica, ora dall'esigenza di ripristinare una situazione di pace e di ordine pubblico in un arco di tempo se possibile breve. Come ha notato Aponte, riferendosi alla situazione in Colombia, il potere esecutivo ha di fatto sostituito il legislativo nella gestione del penale: “titolare della funzione legislativa è diventato il potere esecutivo. Quest'ultimo è stato incaricato della politica criminale o per lo meno di quella dell'emergenza, che ha peraltro un maggiore impatto su tutto l'ordine sociale, giuridico e politico”³². In Colombia, continua Aponte, “il sovrano, dal punto di vista dell'eccezione

³⁰ Sul mutamento di paradigma delle legge penale, sulla amministrativizzazione del fenomeno punitivo cfr. A. Fiorito, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, il Mulino, 2008.

³¹ Cfr. G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2010, p. 51.

³² Cfr. A. Aponte, *Il Diritto penale dell'emergenza in Colombia tra pace e guerra: una riflessione sul diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 172.

– che è divenuta la regola – è stato storicamente il potere esecutivo³³. In realtà, nell'attuale contingenza storica non solo in paesi come la Colombia, relativamente giovani dal punto di vista delle garanzie e dello Stato di diritto – sebbene sia la democrazia sudamericana più antica –, ma anche nei paesi dell'Occidente maturo, i piani della politica e del diritto (penale) tendono nuovamente a sovrapporsi così che risulta assai difficile discernere in essi la legalità (di una norma) dalla legittimità (di un potere). Si pensi al riguardo alla legislazione antiterrorismo prodotta negli ultimi anni del mandato dall'amministrazione Bush, nella quale i valori metagiuridici di Dio, della Patria, della Religione, ricevono legittimità giuridica ed ispirano la normativa particolare.

Il diritto penale torna allora ad incarnare – quantomeno in una sua parte – una pura forza non regolamentata? È ciò che segnala la presenza di uno *Ausnahmestand*? Scrive Agamben: “la prestazione specifica dello stato di eccezione non è tanto la confusione dei poteri, su cui si è fin troppo insistito, quanto l'isolamento della forza-di-legge dalla legge. Esso definisce uno stato della legge in cui, da una parte, la norma vige, ma non si applica (non ha forza) e, dall'altro, atti che non hanno forza di legge ne acquistano la forza³⁴. Dunque in una situazione che un giurista autorevolissimo come Moccia definisce una situazione di *perenne emergenza*³⁵ in relazione alla crisi del modello penale liberale, ciò che richiama uno stato d'eccezione non sarebbe tanto la confusione dei poteri, il ruolo egemone dell'esecutivo – a discapito del legislativo – nella disciplina dei reati, quanto

³³ Cfr. *ivi*, p. 173.

³⁴ Cfr. G. Agamben, *Stato di eccezione*, cit., p. 52.

³⁵ S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, ESI, 1997: “Da tutta la nostra indagine, ci sembra che emerga con chiarezza il dato, secondo cui legittimità ed effettività devono camminare di pari passo, illuminate dall'idea di sussidiarietà che, nello stato sociale di diritto, impone il ricorso al sistema penale solo come *extrema ratio* e nel rispetto di tutte le garanzie stabilite, sforzandosi di affrontare alla radice i problemi che generano disagio sociale” (p. 268). In questo senso l'eccezione (penale) si evita con il ricorso alla politica sociale, la grande assente delle politiche pubbliche degli ultimi anni.

il fatto che attraverso la decretazione d'urgenza, l'amministrativizzazione delle funzioni muti lo statuto ontologico della norma penale. Per Ferrajoli “non può più infatti neppure parlarsi di soggezione alla legge, né di garanzie di certezza per i cittadini, ove le leggi siano, quanto ai reati, delle scatole vuote incapaci di porre limiti all'arbitrio giudiziario e, quanto alle pene, delle indicazioni eccessivamente severe e per questo suscettibili di qualunque transazione”³⁶.

Ciò però ci persuade solo in parte. È chiaro infatti che l'emergere della decretazione d'urgenza determina uno svilimento della legge penale, una sua generale trasformazione; tuttavia questo non può rappresentare la causa, bensì l'effetto. Ciò che emerge con evidenza nella configurazione dell'eccezione è infatti l'ipertrofico ruolo dell'esecutivo che si fa carico, nel caso esso operi nello spazio penale, sia dell'individuazione sia della repressione dei reati. Su questo punto la posizione agambeniana sembra convergere. Nel suo lavoro sullo stato d'eccezione attraverso una puntuale operazione ermeneutica risale all'espressione *plenitudo potestatis*, di chiara matrice romanistica, per riferirsi alla facoltà del governo, in situazione di crisi, di emanare decreti aventi forza di legge: ciò si presenta come una dinamica istituzionale tipica dello stato d'eccezione. “Il presupposto è qui che lo stato di eccezione implichi un ritorno a uno stato originale pleromatico in cui la distinzione tra i diversi poteri (legislativo, esecutivo ecc.) non si è ancora prodotta”³⁷. Tuttavia il problema di come configurare l'eccezione sul piano giuridico-penale rimane apertissimo: se è indubbio che l'uso sempre più massiccio della decretazione d'urgenza, quale riflesso immediato dell'aumento del potere del governo, determina un cambio di paradigma della legge (non più atto ma fatto), questo “definisce una delle

³⁶ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 873.

³⁷ Cfr. G. Agamben, *Stato di eccezione*, cit., p. 15.

possibili modalità di azione del potere esecutivo durante lo stato d'eccezione, ma non coincide con questo"³⁸.

Al di là dunque di qualsiasi considerazione – pur importante – sulla forma della legge penale (auspicandone una sua *riabilitazione*³⁹), tutto pare a noi ruotare intorno ad un punto: l'eccezione (si pensi a Guantanamo ma anche agli innumerevoli episodi occorsi nel nostro paese, dall'eversione nera e poi rossa degli anni '70 e '80 alla fase stragista, di stampo mafioso, dei primi anni '90) rappresenta uno spazio pieno o un vuoto del diritto? Sulla questione nota Donini: "C'è una tradizione importante in tutto il corso del Novecento, che si colloca su una linea di rifiuto rispetto alla possibilità di disciplinare giuridicamente gli stati di eccezione. [...] La realtà delle emergenze viene così solitamente inquadrata in situazioni di mero fatto (se accettabili, perché veramente emergenziali, benché non disciplinate), oppure in situazioni giuridicamente illegittime (se non emergenziali o comunque contrastanti con discipline di legge)"⁴⁰. In questo senso, si potrebbe definire l'eccezione – quand'essa si manifesti nello spazio penale, dunque finanche il *Feindstrarecht* – come una sorta di *Iustitium*, pur con tutte le distinzioni del caso. "Il termine *iustitium*", nota Agamben, "significa letteralmente arresto, sospensione del diritto [...]. Esso implicava, cioè, una sospensione non semplicemente dell'amministrazione della giustizia, ma del diritto come tale"⁴¹. Esso creava perciò un *vuoto giuridico*. Nel caso del diritto penale del nemico però, pur ammettendone le numerose anomalie rispetto ai presupposti classici dello Stato di diritto, non ci troviamo dinanzi ad uno spazio privo di

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 873.

⁴⁰ Cfr. M. Donini, *Il diritto di fronte al "Nemico"*, in «Cass. Pen.», 2, 2006, pp. 694-735.

⁴¹ Cfr. G. Agamben, *Stato di eccezione*, cit., p. 56. Qui Agamben entra in polemica con Schmitt poiché, sulla base dell'interpretazione del termine *Iustitium*, considera inesatta la considerazione della dittatura come luogo dell'eccezione: "In questa prospettiva, lo stato di eccezione non si definisce, secondo il modello dittatoriale, come pienezza dei poteri, uno stato pleromatico del diritto, ma come stato kenomatico, un vuoto e un arresto del diritto".

norme, un luogo in/disciplinato del diritto, anzi. Per Jakobs principio fondamentale è che “la lotta non ha luogo, nella pratica, senza alcuna regola”⁴². In questo senso il *Feindstrafrecht* – di cui lo stesso Jakobs riconosce il carattere di diritto d’eccezione – rimane diritto senza se e senza ma, perché se “il Diritto penale del cittadino è il diritto di tutti; il Diritto penale del nemico è invece il diritto di coloro che contrastano il nemico; nei cui confronti è ammissibile soltanto la coazione fisica, sino ad arrivare alla guerra”⁴³. Esso si mostra così come *lotta giuridica regolamentata*. È evidente tra l’altro come una simile posizione contrasti, sotto diversi aspetti, con le tesi di coloro che, rifiutando l’equiparazione diritto/guerra, sostengono l’irriducibilità del fenomeno giuridico a quello bellico: “il diritto penale, anzi il diritto tout court, è la negazione del nemico; perché è lo strumento, il tramite mediante il quale i rapporti di convivenza trapassano dallo stato selvaggio allo stato civile e ciascuno è riconosciuto come persona. La pena in questo senso è la negazione della vendetta, così come il diritto in generale è la negazione della guerra”⁴⁴. Ciò significa che “nella società civile istituita dal diritto non esistono più nemici ma consociati”⁴⁵. Tutta la prestazione teorica jakobsiana sul *Feindstrafrecht* si fonda invece sul tentativo di disciplinare giuridicamente l’anomia prodotta dallo scontro con chi si ritiene un nemico dell’ordinamento: “Se si indaga sul vero concetto di diritto penale del nemico, questo ultimo è una guerra, il cui carattere limitato o totale dipende (anche) da quanto si tema il nemico

⁴² G. Jakobs, *En los límites de la orientación jurídica: derecho penal del enemigo*, in *Terrorismo y Estado de derecho*, a cura di Jakobs-Polaino Orts, Bogotá 2009. Nei casi di emergenza (penale, costituzionale) si assisterebbe dunque ad un ipertrofismo normativo e ad un gigantismo giurisdizionale, in chiave governamentale. Si veda sul punto anche G. Micciarelli, *Emergenza ed eccezione nel diritto contemporaneo*, in *Disaggregazioni. Forme e spazi di Governance*. A cura di A. Tucci, Milano-Udine, Mimesis Edizioni, 2013, pp. 57-68.

⁴³ G. Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in *Derecho penal del enemigo*, a cura di G. Jakobs-M. Cancio Melia, Madrid, Cuadernos Civitas, 2003.

⁴⁴ L. Ferrajoli, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in “*Questione giustizia*”, 4, 2006 p. 804.

⁴⁵ *Ibidem*.

stesso”⁴⁶. L’eccezione jakobsiana espressa nelle forme del *Feindstrafrecht* è dunque interna all’ordine, disciplinata giuridicamente; essa vive in funzione della tenuta del sistema, ne è una parte fondamentale.

Invero tale posizione, sebbene aspramente combattuta da molti – tra cui, particolarmente, Ferrajoli e Moccia in Italia – non è rimasta isolata, nel dibattito internazionale. Altri, oltre Jakobs – partendo da posizioni teoriche differenti – hanno cercato di trovare una via per *istituzionalizzare l’eccezione*, o meglio per *ri-razionalizzarla*, tentando soluzioni in grado di contenere (chiaro è il rimando al ruolo e alla funzione del *katechon* schmittiano), attraverso l’ipotesi di una disciplina costituzionale, la deriva incarnata da comportamenti pericolosamente devianti dalle logiche dello *Staatsrecht*. Ci riferiamo, per esempio, alle proposte avanzate da Ackerman, che nel suo *The Emergency Constitution*⁴⁷ tenta di risolvere la questione del pericolo terrorista proponendo una serie di misure agenti sul piano della legalità costituzionale, al fine di regolare l’emergenza causata da situazioni di attacco interne al sistema, preservando la legalità (costituzionale) del sistema stesso. L’intento di Ackerman consiste dunque nell’elaborare un tipo di modello costituzionale utile, elastico, adattivo rispetto al verificarsi dei casi d’emergenza. Come Jakobs, egli approfondisce tematiche di carattere penale-processuale – il ruolo politico del giudice, il carattere generalpreventivo delle pene, la necessità di un giusto indennizzo in caso di errore giudiziale -, centrali nella ridefinizione del modello liberaldemocratico, sorvolando però su tutta una serie di interrogativi, che pure permangono. “Oltre alle specifiche incongruenze e ai gravi problemi, ciò che emerge è l’ingenua pretesa intellettuale di sottoporre a trattamento analitico neutralizzante ciò che strutturalmente ad esso si sottrae, rappresentando una dismisura non irreggimentabile in nome della

⁴⁶ Cfr. *Diritto penale del Nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 50.

⁴⁷ B. Ackerman, *La costituzione d’emergenza*, a cura di A. Ferrara, Roma, Meltemi, 2005.

decenza”⁴⁸. Ciò che non può essere sottoposto “a trattamento analitico neutralizzante” è evidentemente quell’ostilità (o inimicizia) che della politica (e del diritto) rappresenta “la matrice genetica” che abbiamo visto all’inizio.

Perché allora interrogarsi su Ackerman tentandone un confronto con Jakobs? Date le ragioni teoriche che ci muovono – ovvero ragionare sul nesso diritto(penale)-inimicizia osservando come con tale nesso s’instauri un regime giuridico d’eccezione – è comunque interessante prendere nota di ogni proposta di ripensamento complessivo della dottrina dello *Ausnahmezustand*, sottraendola all’egemonia del politico schmittiano (“dobbiamo riappropriarci del concetto e sottrarlo a pensatori fascisti come Carl Schmitt”⁴⁹ rivendica Ackerman), ora assumendo l’eccezione nella dimensione penale (Jakobs), ora dandole una configurazione costituzionale nella logica di uno Stato democratico di diritto (Ackerman). In questo ultimo senso, “uno stato di emergenza o di eccezione deve contenere il massimo di garanzie che il rientro delle normalità avvenga il più rapidamente possibile”⁵⁰ nota Ferrara, secondo il quale “pensare uno stato di emergenza da una prospettiva democratica significa incastonare nelle sue linee costitutive in primo luogo la sua provvisorietà”⁵¹.

Il punto però è se l’eccezione possa davvero vivere nelle maglie strette di uno Stato di diritto: stabilirne a monte, per legge, la provvisorietà, la precarietà dello statuto, la rende per questo compatibile, a pieno, con un regime democratico? E se il problema fosse quello di rielaborare, *in toto*, le categorie classiche dello Stato di diritto così come ereditate dalla tradizione giuridica occidentale? Per Jakobs infatti non esiste – se non nei sogni di alcuni – uno *Staatsrecht* ideale, assoluto nelle garanzie, mentre dal confronto con la realtà quotidiana emergerebbe invece la necessità di una

⁴⁸ G. Preterossi, *I diritti alla prova del “politico”*, in «Ragion Pratica», 2, 2008 pp. 279-290.

⁴⁹ B. Ackerman, *La costituzione d'emergenza*, cit., p. 35.

⁵⁰ A. Ferrara, *Prefazione* a B. Ackerman, *La costituzione d'emergenza*, cit., p. 5.

⁵¹ *Ibidem*.

Dante Valitutti

serie di compromessi – di cui il *Feindstrafrecht* rappresenta un esempio paradigmatico – che non possono essere elusi al fine di non sacrificare la sicurezza generale dell'ordinamento. Così ritiene anche Ackerman, che si domanda se non sia preferibile al caos de-istituzionalizzato una normalizzazione (intesa come costituzionalizzazione) delle condizioni di emergenza. Tanti dubbi, alcune certezze – tra queste, lo ricordiamo, la tesi dell'assoluta equiparazione tra *Feindstrafrecht* e *Ausnahmezustand* – paiono sollevare queste analisi: lo stato di eccezione è e rimane una categoria sfuggente, sempre sul crinale tra diritto e politica, legge e forza; esso “ha per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia”⁵². E, come il miracolo, si manifesta lasciando sul campo una miriade di interpretazioni diverse.

⁵² C. Schmitt, *Teologia politica*, in *Le categorie del “politico”*, cit., p. 61.