
A proposito dello stato di eccezione.

Contributo critico di un internazionalista intorno alla monografia di Agamben

di

Lauso Zagato

1. Il volume in questione è ormai meritatamente celebre: per l'ardire del tema, per lo stile sempre gradevole e mai involuto, non solo per la ricchezza delle annotazioni e dei richiami al dibattito filosofico e storico-politico, ma anche per la capacità di utilizzare alcune categorie giuridiche, in particolare del diritto pubblico-costituzionale (e pubblico comparato). Soprattutto, l'Autore si misura frontalmente, fin dal primo istante, con la drammatica contemporaneità del problema. L'autore rileva infatti, ancora in sede introduttiva, che "la creazione volontaria di uno stato di emergenza permanente (anche se eventualmente non dichiarato in senso tecnico) è diventata una delle pratiche essenziali degli Stati contemporanei, anche di quelli cosiddetti democratici" (p. 11), e pone il nodo del *Patriot Act*, come invero nella fisicità dei detenuti di Guantanamo, quale "cancellazione radicale di ogni statuto giuridico di un individuo". Determinato l'orizzonte degli eventi, l'autore svolge una indagine che di tale orizzonte si sforza di mostrarsi all'altezza. Per quel che conta, anche chi scrive si è più volte ispirato, e ancora si ispira, quando chiamato ad intervenire sulla tortura, ad intuizioni ed immagini presenti in questo testo. E tuttavia la lettura del libro di Agamben genera nell'internazionalista un senso di disagio, che si trasforma successivamente in perplessità, quindi in aperto dissenso. Dal momento che l'Autore stesso ci sfida a ciò - *quare siletis, juristae, in munere vestro?* - una riflessione critica d'insieme diventa indilazionabile.

2. Non vi è posto per il diritto internazionale nello schema di analisi sviluppato da Agamben. Di per sé, tale dato potrebbe corrispondere ad una scelta limitativa dell'ambito dell'indagine. Scelta, devesi aggiungere, comunque sconcertante, dal momento che la rinuncia preventiva a misurarsi con le fonti di diritto internazionale, generale e pattizio, aventi ad oggetto proprio lo stato di eccezione, pregiudica *in nuce* - lo si vedrà - i risultati dello studio.

Non pare tuttavia che il motivo dell'esclusione sia da ricercare in una scelta auto-limitativa; piuttosto, è la consapevolezza stessa dell'esistenza di un ordinamento internazionale, distinto dall'ordinamento interno, a risultare affatto assente dalle pagine di Agamben: in sua vece, un accenno di diritto costituzionale

comparato in un capitolo del volume. Di qua allora il risultato di chiudere nella categoria “giuspubblicisti” maestri che - come dire - con il diritto internazionale hanno molto a che vedere: Santi Romano, Kelsen, Ballardore Pallieri.

Potremmo, anticipando le osservazioni che seguono, leggere in questo atteggiamento una conferma, sia pure la più involontaria, del fatto che l’approccio giuridico monistico, comunque argomentato - anche quando si fonda, come al fine Kelsen preferisce, su una supposta primazia dell’ordinamento internazionale - porta con sé la sparizione del diritto internazionale vivente dall’orizzonte dell’indagine. Come allora criticare il filosofo per aver fatto il passo successivo ed eliminato *tout court*, in quanto superfluo, ogni riferimento ad esso? Al contrario, la sua scelta è un involontario ma pur utile monito per quanti, dall’interno della disciplina internazionalistica, si baloccano con nozioni quali verticalizzazione dell’ordinamento internazionale, *multilevel governance*, e simili.

3. Me torniamo al tema. L’autore si misura con il nodo dell’appartenenza o meno all’ordine giuridico dello stato di eccezione, ponendosi, anche questa volta senza fronzoli, il quesito: “se il proprio dello stato di eccezione è una sospensione (totale o parziale) dell’ordinamento giuridico, come può tale sospensione essere ancora compresa nell’ordine legale? Come può una anomia essere iscritta nell’ordine giuridico?” E se d’altra parte è una mera situazione di fatto, “come tale estranea o contraria alla legge, com’è possibile che l’ordinamento contenga una lacuna proprio per quanto concerne la situazione decisiva” (p. 33)? La risposta di Agamben - che instaura in un primo tempo un fitto dialogo con le posizioni di Schmitt, per poi distanziarsene - si avventura su quel terreno del “né interno né esterno” all’ordinamento giuridico, anomia come spazio vuoto non privo di relazioni con l’ordinamento giuridico, su cui possiamo senz’altro rinunciare a seguirlo. Il problema della giuridicità dello stato di eccezione si articola invero in maniera ben diversa ove si sappia ricondurre l’analisi ad un quadro scientifico dualistico; quel “dualism revisited”¹, per l’esattezza, capace di superare talune incertezze proprie dell’esperienza storica del dualismo giuridico.

4. Una premessa, il più breve possibile, si impone. Lo Stato del diritto internazionale non è la persona giuridica del diritto interno, né una variante di quella, né tantomeno una differente persona giuridica. Risulta così evidente il circolo vizioso stabilito da Kelsen: per lo studioso tedesco, se il diritto internazionale è il diritto che regola i rapporti fra Stati, e se lo Stato è lo Stato ordinamento giuridico (del diritto interno), allora il diritto internazionale regolerebbe i rapporti tra gli Stati persone giuridiche.

Lo Stato del diritto internazionale non è peraltro neppure, come talora si è ritenuto, quell’unico substrato di fatto che sta dietro ad entrambi gli ordinamenti. A differenza dello Stato dell’ordinamento interno, che esiste (giusta la lezione di Kelsen) solo in quanto persona giuridica plasmata dall’ordinamento costituzionale, lo Stato del diritto internazionale è proprio e precisamente Entità di fatto; il suo

¹ Si veda G. Arangio-Ruiz, *Dualism Revisited: International Law and Interindividual Law*, in “Rivista di Diritto Internazionale”, 4, 2003, pp. 910-999.

venire in essere costituisce un fatto giuridico, quel fatto storico-effettuale cui l'ordinamento internazionale riconosce come specifica conseguenza giuridica la soggettività nell'ordinamento internazionale (il confronto possibile è quello con la nascita dell'individuo biologico, che comporta, nell'ordinamento interno, la nascita della capacità giuridica). Insomma, "unlike the State of national law itself, the establishment of which coincides with the formation of the community's legal system, States as international persons come into being *de facto*, continue to exist *de facto* and are eventually modified or dissolved *de facto* from the standpoint of international law"². Ciò fa' dello Stato del diritto internazionale - non diversamente da qualsiasi altro Ente di fatto in lotta per la propria affermazione: insorti contro il governo centrale, fazioni organizzate nella scomposizione etnico-religiosa degli Stati multinazionali, etc.. - il soggetto di obblighi e diritti nei rapporti con altre entità dotate delle stesse qualità, effettività e indipendenza, e che in quanto tali si muovono ed intrecciano relazioni nella stessa dimensione orizzontale: stiamo evidentemente parlando di un universo sociale piatto, spoglio e limitato (almeno in origine). Se vogliamo, una sorta di Universo bidimensionale. Donde due osservazioni, prima di muovere verso lo stato di eccezione.

In primo luogo la sovranità è nozione propria dello Stato persona giuridica di diritto interno, così come a tale ordinamento, e solo a quello, attengono tutti, assolutamente tutti, i profili che alla sovranità si riferiscono: con buona pace allora delle ardite costruzioni "costituzionalizzatrici" che nella teoria dell'ordinamento internazionale vanno per la maggiore, costruzioni certo profondamente tra loro divergenti sotto vari profili (a partire dalla riconducibilità a progettualità politiche di segno opposto) ma tutte accomunate, a monte, dall'inaccettabile assunto teorico indicato. In tale contesto, anzi, la stessa espressione "sovranità esterna" usata in vece di indipendenza, pur in sé corretta ed anzi a lungo utilizzata dagli studiosi di diritto internazionale, finisce per risultare pericolosa e involontariamente ambigua. In tempi in cui la *multilevel governance* è una merce dispensata senza parsimonia, si rischia infatti che venga richiamato con l'espressione "sovranità esterna" non già lo Stato ente di fatto (del diritto internazionale) quanto piuttosto l'articolazione dello Stato persona giuridica (di diritto interno) costituzionalmente deputata a tenere i rapporti con altre persone giuridiche (di diritto interno), Stati o al limite corrispondenti a organizzazioni internazionali governative: ancora una volta le relazioni tra persone giuridiche, nel senso kelseniano sopra accennato.

In secondo luogo l'Ente di fatto cui ci riferiamo non è prigioniero di alcuna delle sue precedenti configurazioni storiche, neppure di quella che tuttora la caratterizza nella pratica, essendo elemento costitutivo dello Stato persona giuridica (di diritto interno): mi riferisco al controllo del territorio. Ne consegue che proprio nella globalizzazione, ed alla luce degli sviluppi del dopo 11 settembre, va ribadito come l'indebolimento dello Stato territoriale attenga per intero, ancora una volta, alla sfera domestica della persona giuridica, e solo a quella; nell'ordinamento internazionale il fenomeno corrispondente consiste piuttosto - muovendo quindi in una direzione affatto contraria - nella possibilità concreta che

² G. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 950.

Enti di fatto a base non territoriale acquisiscano lo *status* di Soggetti, acquistino cioè effettività e indipendenza³.

Si dimostrerà in altra sede che proprio questo, l'aumento virtuale cioè del numero di *players* operanti nell'ordinamento internazionale, è il portato degli eventi contemporanei. Va da sé che in siffatta prospettiva la stessa moltiplicazione dei livelli di rapporti e di intrecci interindividuali tra Stati persone giuridiche, ed Enti e organizzazioni persone giuridiche a carattere transnazionale o meno⁴ costituisce piuttosto una risposta agli sviluppi in corso degli ordinamenti interni: variamente intrecciati tra loro, questi ultimi, in particolare attraverso la creazione di apparati intergovernativi *ad hoc*,. Attiene quindi alle relazioni interindividuali, non all'ordinamento internazionale. Quest'ultimo conosce al contrario, giova ripeterlo, una dilatazione, nel senso di aumento (almeno potenziale) del numero di Enti-di-fatto che in tale dimensione orizzontale appaiono in grado di operare senza controllo (verticale) di sorta.

5. Torniamo adesso al problema dello stato di eccezione. Lo stato di eccezione consiste nella sospensione a vario titolo del normale funzionamento delle garanzie costituzionali vigenti all'interno dello Stato (persona giuridica) ed è dunque in tal senso figura dell'ordinamento interno; figura cui corrisponde peraltro un comportamento elettivo dello Stato ente di fatto (del diritto internazionale)⁵. Tale comportamento è invero regolato dal diritto internazionale; regolato ben s'intende, nell'ambito, ai fini e nei limiti propri di quest'ultimo: lo stato di eccezione costituisce infatti, a determinate condizioni, articolazione di quella tipica causa di esclusione dell'illecito internazionale che è lo stato di necessità⁶. Ma non basta. Da tale regolamentazione nell'ambito dell'ordinamento internazionale riverberano, per così dire, una serie di conseguenze giuridiche nello stesso ordinamento interno: sia questo l'ordinamento interno dello Stato che ha proclamato - o in cui è comunque in atto - lo stato di eccezione, sia anche l'ordinamento interno degli altri soggetti dell'ordinamento internazionale, Stati o organizzazioni internazionali governative (anche se non si farà cenno a queste ultime per esigenze di brevità).

Cominciamo con il primo profilo. Nell'ordinamento internazionale quella vicenda interna alla vita di ogni singolo Stato (persona giuridica), che è lo stato di

³ Cfr. L. Picchio Forlati, *The Legal Core of International Economic Sanctions*, in *Economic Sanctions in International Law*, a cura di Laura Picchio Forlati – Lino Sicilianos, Hague Academy of International Law, Leiden-Boston 2004, pp. 202-207, e L. Zagato, *La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato all'alba del secondo Protocollo 1999*, Giappichelli, Torino 2007, pp. 197-206.

⁴ Processo semplificato nella nota vulgata dell'Impero (M. Hardt – A. Negri, *Impero*, Rizzoli, Milano 2002), ma che costituisce anche il substrato delle teorie fondate sulla coesistenza di vari "livelli di sovranità", etc.

⁵ Ove non si voglia dire, in modo più sbrigativo, che tale figura del diritto interno costituisce senz'altro una proiezione di scelte politiche effettuate dallo Stato come soggetto di diritto internazionale.

⁶ M. Pedrazzi, *Il limite dei diritti umani fondamentali nella condotta delle ostilità*, in *Controllo degli armamenti e lotta al terrorismo tra Nazioni Unite, NATO e Unione europea*, a cura di Laura Picchio Forlati, CEDAM, Padova 2007, pp. 363-387.

emergenza è comunque rilevante. In quell'ordinamento si distinguono infatti obblighi dello Stato (Ente di fatto) che, verificandosi la situazione in esame, possono essere a vario titolo e condizione sospesi, e obblighi che lo Stato Ente di fatto non può violare; con conseguente esposizione dello Stato medesimo, in quest'ultimo caso, a sanzioni internazionali.

6. L'attenzione, va da sé, si concentrerà in particolare sul diritto internazionale dei diritti umani. Giova precisare: molti tra i principali testi convenzionali, a carattere universale come regionale, presentano una o più clausole di eccezione generale. Si tratta di clausole poste a "significare l'insopprimibile pulsione dello Stato ad agire libero di vincoli quando, in situazioni di forza maggiore e/o di estremo pericolo, ne siano in gioco la sicurezza o addirittura l'esistenza"⁷. Tale è il caso, nel sistema del commercio internazionale, degli artt.li XXI GATT, XIV *bis* GATS, 73 TRIPS. Lo stato di eccezione, oltre agli effetti provocati sul piano interno, produce la conseguenza ulteriore di sospendere *tout court* l'esecuzione degli obblighi pattizi assunti dallo Stato stesso a livello internazionale con i Trattati in oggetto.

I principali strumenti internazionali in materia di diritti umani contemplano peraltro previsioni atte a procedimentalizzare, limitando quindi il campo d'azione di quella insopprimibile pulsione di cui sopra, la facoltà di ricorso unilaterale a detta clausola in caso di emergenza. Tali l'art. 4 del Patto del 1966 sui diritti civili e politici (Patto), l'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), l'art. 27 della Convenzione americana dei diritti umani. Specifiche clausole di deroga sono previste poi, in relazione a specifici diritti, da ciascuno di detti strumenti.

Gli articoli in discorso non si limitano a prevedere che, in caso di pericolo eccezionale per la sicurezza o la sopravvivenza dello Stato, questo possa sospendere l'applicazione degli obblighi assunti con lo strumento in discorso in ordine alla tutela dei diritti umani. Stabiliscono anche precisi presupposti di applicazione della disposizione: le misure devono essere prese nello stretto limite in cui le condizioni lo esigano, non contrastare con altri obblighi internazionali, non essere unicamente fondate "sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'ordine sociale" (quest'ultima condizione non è peraltro ripetuta nella CEDU). Soprattutto, il par. 2 di ciascuna delle disposizioni individua quei diritti la deroga ai quali non è consentita neppure in presenza di pericolo pubblico eccezionale (lo stato di emergenza). I diritti inderogabili non coincidono compiutamente nei tre strumenti: comuni risultano comunque, in particolare, l'inderogabilità del divieto di tortura e di riduzione in schiavitù, nonché l'applicazione del principio *nullum crimen sine lege*. Quanto ai profili di procedimentalizzazione di cui al successivo par. 3, lo Stato che prenda misure

⁷ L. Zagato, *L'eccezione per motivi di emergenza nel diritto internazionale dei diritti umani*, in "DEP.Deportate, esuli, profughe. Rivista telematica di studi sulla memoria femminile", 5-6, 2006, p. 138, consultabile al sito www.unive.it/dep.

eccezionali deve informare gli organi esecutivi (del Patto e delle Convenzioni) delle misure prese e dei “motivi che le hanno determinate”.

Gli organi di garanzia previsti dagli strumenti in esame hanno avocato a sé da subito, il controllo del rispetto dei presupposti di applicazione della clausola di eccezione e del rispetto dei diritti inviolabili vigente lo stato di eccezione. Pur se si nota una comprensibile cautela nel sindacare l'esistenza dei motivi adottati dallo Stato per giustificare lo stato di emergenza (e quindi la sospensione dei diritti garantiti dagli strumenti), in almeno un caso il controllo internazionale si è spinto a controllare la sussistenza di tali motivi. Nel suo rapporto del 5 novembre 1969 la Commissione CEDU⁸, a seguito delle denunce presentate contro il regime dei colonnelli in Grecia da parte di diversi Stati aderenti alla CEDU, negò valore alle motivazioni addotte dal regime. Questo infatti si era avvalso della clausola di cui all'art. 15 CEDU per coprire la sospensione delle garanzie costituzionali, sostenendo l'esistenza di uno stato di emergenza. La Commissione, al contrario, verificò l'inesistenza di motivi di emergenza diversi dalla volontà di avvalersi della deroga stabilita dall'art. 15 per abbattere l'ordinamento costituzionale. A seguito di tale presa di posizione, la Grecia scelse di denunciare la Convenzione, recedendo prima della pronuncia del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

Non solo esce allora confermato che lo stato di emergenza, pur riguardando lo Stato del diritto interno, è atto a produrre conseguenze giuridiche nell'ordinamento internazionale. Emerge invero come quest'ultimo ordinamento disponga anche di strumenti atti a valutarne la liceità o meno, ben s'intende ai propri fini: dal punto di vista, cioè, della esistenza o meno dei presupposti richiesti perché lo Stato Ente di fatto possa, nei confronti degli altri Stati parte e degli organi di garanzia, avvalersi o meno di quelle eccezioni previste, nelle ipotesi analizzate, dai principali accordi internazionali a tutela dei diritti umani. La procedimentalizzazione e i limiti posti nell'ordinamento internazionale alla libertà di ricorso nel proprio ordinamento interno allo stato di emergenza da parte dello Stato, con il conseguente sindacato al riguardo di giurisdizioni internazionali, forniscono elementi decisivi contro la teoria del vuoto giuridico.

7. Gli obblighi internazionali vengono trasformati in norme interne mediante l'adattamento: procedimento giuridico, quest'ultimo, attraverso il quale l'ordinamento interno si modifica, conformandosi ad obblighi e facoltà attribuiti dal diritto internazionale allo Stato Ente di fatto; è per tale via che ad individui ed Enti sub-statali vengono attribuite situazioni giuridiche di origine internazionale⁹. Ciò, si osservi, è sempre vero, anche nel caso l'ordinamento preveda il c.d. adattamento automatico al diritto internazionale pattizio: non si tratta di una misteriosa applicabilità diretta delle norme convenzionali nell'ordinamento interno, quanto del fatto che, in questo caso, la l'entrata in vigore a livello internazionale

⁸ Organo poi abrogato a seguito dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11 alla Convenzione, entrato in vigore il 1 novembre 1998.

⁹ L. Picchio Forlati - G. Palmisano, *La lezione di una vita: cos'è e com'è il Diritto internazionale*, in *Studi di Diritto Internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editrice Scientifica, Napoli 2004, I, pp. XVII-LVIII.

dell'accordo è idonea a produrre automaticamente in quell'ordinamento interno norme dal contenuto identico a quelle presenti nel Trattato (nella Convenzione). Per tale via dunque le conseguenze giuridiche generate dallo stato di emergenza nell'ordinamento internazionale si ripercuotono negli ordinamenti interni: quello dello Stato in cui l'emergenza è in corso, ma anche gli ordinamenti degli altri Stati, in particolare quelli legati al primo da accordi internazionali che prevedano clausole di deroga del tipo di quelle appena prese in esame.

Orbene, nel caso di Stati legati da una delle Convenzioni sopra indicate, i limiti imposti alla proclamazione dello stato di emergenza sono entrati a far parte degli ordinamenti giuridici interni di ciascuno Stato parte. Di conseguenza, il giudice di uno qualsiasi dei 46 Stati che hanno ratificato o aderito alla CEDU giudicherà del caso sottoposto alla sua attenzione che abbia riferimenti alla situazione di emergenza di un altro Stato parte allo strumento in discorso. E' quindi errato sotto il profilo teorico, prima ancora che inadeguato a livello pratico, limitarsi ad analizzare le Costituzioni di alcuni Stati europei (o anche di tutti) per controllare quali tra questi prevedano una disciplina giuridica dello stato di emergenza e quali no. Tutti, assolutamente tutti, gli ordinamenti interni degli Stati europei (con l'unica eccezione della Bielorussia, ma con la presenza di alcuni Stati asiatici) contemplano invero una disposizione dal contenuto identico a quello dell'art. 15 CEDU, disposizione entrata a far parte dell'ordinamento di ciascuno di essi in grazia dell'atto che vi ha assicurato l'adattamento alla CEDU; l'eguale, con riferimento alla Convenzione interamericana, va detto per tutti gli Stati americani (ad eccezione di Canada, Cuba, Stati Uniti). Praticamente tutti gli Stati del mondo sono poi parte al Patto sui diritti civili e politici: non vi è quindi Stato (persona giuridica) il cui ordinamento interno non preveda una disposizione dal contenuto identico a quanto stabilito dall'art. 4 del Patto: disposizione – scusandoci per la ripetizione - entrata a far parte di quell'ordinamento con l'atto che ha assicurato l'adattamento al Patto.

Ancora: nella comparazione delle Costituzioni di alcuni Stati europei, Agamben si sofferma sull'art. 16 della Costituzione francese. Questa attribuisce al Presidente la possibilità di prendere “les mesures exigées par les circonstances”. Orbene, al momento di apporre la ratifica alla CEDU, la Francia presentava una riserva relativa al par. 1 dell'art. 15, dichiarando che il potere del presidente non era limitato dall'inciso “nella stretta misura in cui la situazione lo esiga”. Analoga riserva è stata in seguito proposta da Andorra rispetto all'art. 42 della propria Costituzione (più complesso è il discorso sulla riserva apposta dalla Turchia). Non essendo state le citate riserve oggetto di opposizione ad opera di alcuno degli Stati parte alla Convenzione, deve intendersi che gli art. 16 Costituzione francese e 42 di quella di Andorra sono entrati a far parte degli ordinamenti degli altri Stati parte alla Convenzione: ai soli fini, beninteso, dell'interpretazione dell'art. 15 par. 1 CEDU, quando ciò rilevi (per esempio, ove si discutesse davanti al giudice nazionale di un altro Stato parte alla CEDU di una situazione di emergenza in Francia o in Andorra).

D'altra parte, come si è anticipato, la regola di origine internazionale è anche entrata a far parte, tramite adattamento, dell'ordinamento interno dello stesso Stato in emergenza. Lo Stato in emergenza contempla quindi, nel proprio ordinamento

interno, una serie di disposizioni relative allo stato di emergenza che non cessano di vigere con la proclamazione (o comunque l'apertura) dello stato di eccezione, e rispetto alle quali la stessa liceità dell'apertura della crisi, dal punto di vista questa volta dell'ordinamento interno, verrà, appena ciò sia reso possibile dal corso degli eventi, valutata.

Non sembri quello indicato un "classico" esempio di astrazione, sofisma da giuristi quando i carri armati circolano per le strade... In primo luogo, anche nel caso degli stati d'emergenza di taglio tradizionale (con conseguente sospensione o snaturamento dei diritti costituzionali) sul genere per capirci del colpo di stato dei colonnelli greci, la permanente vigenza nell'ordinamento interno di un insieme di norme prodotte dall'adattamento agli obblighi internazionali in ordine alla tutela dei diritti umani assunti dallo Stato Ente di fatto ha costituito, una volta restaurata la normalità, la strada maestra per fare i conti, nel rispetto delle regole, con quell'interruzione del normale funzionamento della macchina dello Stato e punirne i responsabili¹⁰.

Soprattutto, come giustamente mette in risalto lo stesso Agamben, non è certo l'ipotesi del colpo di Stato militare che abroga formalmente la Costituzione democratica il problema che la risposta all'11 settembre da parte delle potenze occidentali pone in primo piano; l'attenzione va spostata allora proprio su quella situazione di emergenza strisciante e di snaturamento dei diritti, così bene messo in evidenza dall'autore, che viviamo drammaticamente oggi. E' davvero, questo, il terreno del vuoto e dell'anomia?

8. *Vexilla regis prodeunt Inferni*: siamo ormai giunti nei pressi di Guantanamo. Anche se, a dire il vero, più che la discussione attorno ai seguiti del *Presidential Order* del 13 novembre 2001¹¹ sarà l'*Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001* britannico al centro dell'attenzione (oltre, par. 9). Cominciamo dagli Stati Uniti. La costruzione teorico-giuridica degli ideologi della guerra al terrore è fondata per intero sulla necessità di porre la merce umana oggetto dell'attenzione dell'apparato della superpotenza al di fuori di qualsiasi situazione di tutela.

¹⁰ Il punto richiederebbe maggior approfondimento. In ogni caso, l'art. 58 par. 1 CEDU prevede che la denuncia della Convenzione vada effettuata con un periodo di sei mesi di preavviso, periodo durante il quale lo Stato rimane vincolato dagli obblighi contenuti nella Convenzione in relazione a qualsiasi fatto compiuto dallo stesso prima dello scadere del termine. Ancor meno la denuncia potrebbe avere applicazione retroattiva, in relazione a procedimenti già in corso contro lo stato supposto violatore. Orbene, nella riunione del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa del 12 dicembre 1969, il rappresentante della Grecia notificava il recesso dall'ente medesimo e la denuncia della Convenzione, pochi minuti prima che il Consiglio stesso decidesse la sospensione dello Stato ellenico sulla base del rapporto della Commissione. Giustamente il Consiglio riteneva priva di rilevanza giuridica la denuncia e proseguiva nell'esame del ricorso presentato da alcuni Stati parte, adottando il 15 aprile 1970 la Risoluzione DH (1970) 1 in cui constatava l'avvenuta violazione di svariate disposizioni della Convenzione da parte della Grecia, invitando tale Stato a ristabilire senza indugio i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali. Sul punto v. C. Zanghì, *La questione greca al Consiglio d'Europa*, in "RDE", 1-2, 1970.

¹¹ Presidential Order, *Detention, Treatment and Trial of Certain non-Citizens in the War against Terrorism*, November 13, 2001, 66 Fed.Reg. 57, 833 (16 November 2001).

Nello schema dell'esecutivo statunitense invero, le cose funzionerebbero così¹². Il fatto che sia in atto una guerra porta con sé la radicale disapplicazione, tra belligeranti, del diritto internazionale dei diritti umani, in particolare del Patto sui diritti civili e politici e della Convenzione contro la tortura. Si applica quindi il diritto umanitario, il diritto di Ginevra. Tuttavia i catturati non possono essere considerati prigionieri di guerra (POW), trattandosi di *unlawful (combatants)*: non godono di conseguenza della protezione assicurata dalla terza Convenzione di Ginevra. D'altro canto, anche se *unlawful*, sempre *combatants* sono: siamo quindi al di fuori, per gli strateghi presidenziali, della tutela assicurata alla popolazione civile dalla IV Convenzione di Ginevra. Infine, trattandosi di una guerra senza confini, il conflitto è per definizione internazionale: quindi neppure le disposizioni di cui all'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra (conflitto non internazionale) potrebbero trovare applicazione in via residuale. In definitiva, secondo le parole del segretario alla Difesa dell'11 gennaio 2002, costoro "non hanno alcun diritto sotto le Convenzioni di Ginevra" (nonché, per il motivo sopra indicato, sotto quelle poste a protezione dei diritti umani).

Lasciamo stare la rozzezza della costruzione, e le vere e proprie corbellerie giuridiche di cui è intrisa. È sufficiente sottolineare come tale costruzione ideologica sia in aperta contraddizione con la giurisprudenza delle Corti, internazionali e non, che hanno più volte confermato le principali norme a tutela dei diritti umani applicarsi anche in caso di guerra: lo svolgimento della guerra al terrorismo non dispensa dunque lo Stato "detentore" dal rispetto del nucleo essenziale di diritti soggettivi che il diritto internazionale dei diritti umani stabilisce a tutela di chiunque. Il Tribunale per i crimini nella ex-Jugoslavia ha più volte precisato dal canto suo come la IV Convenzione di Ginevra tuteli comunque la popolazione "ostile" alle forze occupanti, quando questa non sia protetta da altre disposizioni di diritto umanitario¹³. Nel corso di un conflitto armato insomma quanti non siano tutelati da una delle prime tre Convenzioni ricadono senz'altro nell'ambito della protezione offerta dalla IV: con alcune possibili restrizioni relative all'intensità della tutela, certo (inevitabili quando l'ostilità della popolazione tenda a manifestarsi attraverso il fenomeno dei cosiddetti kamikaze), restrizioni che comunque non giungono mai ad annullare gli effetti della protezione convenzionale.

Piuttosto alla radice di quel singolare costrutto ideologico elaborato dagli esperti della Casa Bianca tra la fine del 2001 e l'inizio del 2002 c'è proprio la necessità di liberarsi di una serie di disposizioni che vogliono essere applicate anche nell'emergenza della (cosiddetta) guerra mondiale al terrorismo. Come pericolo pubblico, emergenza indefinita nel tempo e nello spazio, la guerra totale al terrore giustifica, esige il vuoto giuridico su cui si soffermava Agamben. Dunque, tale vuoto giuridico, tale anomia, non si sono prodotti spontaneamente tramite il

¹² Per una recente ricostruzione dal punto di vista del diritto umanitario (cd. Diritto di Ginevra) della strategia della Casa Bianca relativa a Guantanamo, dalla fine del 2001 in poi, v. J. Stewart, *Rethinking Guantanamo*, in "Journal of International Criminal Justice", vol.4, 1, 2006, pp. 12-30.

¹³ Si veda in particolare le pronunce *Blaskić* (IT-95-14-T) del 3 marzo 2000 e *Simić* (IT-95-9-T) del 17 ottobre 2003.

ricorso al meccanismo dello stato di eccezione (neppure nella sua giustificazione più classica e radicale: la guerra). Perché l'anomia si realizzasse ci si è dovuta costruire attorno una (sgangherata) teoria.

E puntualmente, nell'estate del 2006 la Corte Suprema, pronunciandosi nella sentenza *Hamdan v. Rumsfeld*,¹⁴ ha preso atto di come la disciplina contenuta nell'art. 3 comune alle quattro Convenzioni, "incorporato" nell'art. 20 del Codice di guerra degli Stati Uniti, si applichi anche ai detenuti di Guantanamo. Non vi è nulla di epocale nella pronuncia in discorso¹⁵. La tardiva presa di posizione della Corte Suprema è stata tuttavia sufficiente per il sorgere di un significativo e (auguriamoci, sul lungo periodo) motivato panico nel, chiamiamolo così, personale militare e civile addetto in questi anni, direttamente o indirettamente, agli interrogatori; panico dovuto all'eventualità di essere prima o dopo chiamato a rispondere per gravi crimini davanti a tribunali americani. Il progressivo avvitarci su se stessa della politica dell'amministrazione, particolarmente evidente nel dopo pronuncia, testimonia il progressivo franare della costruzione fondata sullo stato di eccezione strisciante.

Certo, è stata individuata dalla più rigida ideologia neo.con un'alternativa percorribile perché l'ipotesi di stabilizzazione del "vuoto giuridico" possa assumere fondamento. Gli Stati Uniti dovrebbero denunciare unilateralmente (almeno) le Convenzioni di Ginevra e la Convenzione contro la tortura, eliminando nel contempo dal Codice militare le misure che vi danno applicazione nell'ordinamento interno. Il fatto che il contenuto essenziale di detti strumenti abbia ormai assunto carattere consuetudinario rende peraltro difficilmente percorribile tale via. Rientreremmo comunque a questo punto nella più classica ipotesi della proclamazione dello stato di emergenza come abbattimento anche formale delle libertà e garanzie costituzionali (sul modello greco) di cui già si è detto, e la specificità dell'eccezione strisciante tipica del nuovo millennio verrebbe comunque meno.

9. Come accennato, a ridosso dell'11 settembre, pure il governo del RU emanava una normativa d'eccezione (*ATCSA 2001*)¹⁶ che contrastava nella sua Parte IV con gli obblighi previsti dall'art. 5 (diritto alla libertà ed alla sicurezza) della CEDU¹⁷. A giudizio del Governo di sua Maestà, si trattava di uno di quegli

¹⁴ United States Supreme Court, June 26, 2006, *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S.Ct. 2749

¹⁵ Non si può quindi condividere, pur arrivando a comprenderlo, l'entusiasmo per il "nuovo inizio" del professore della Columbia University: cfr. G. Fletcher, *The Hamdan Case and Conspiracy as a War Crime. A New Beginning for International Law in the US*, in "Journal of International Criminal Justice", vol.4, 5, 2006, pp. 442-447. Di ben altro spessore è invece la pronuncia della Camera dei Lords di cui oltre, par. successivo.

¹⁶ *Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001*, del 12 novembre 2001, riportato in "British Yearbook of International Law", 1/94, 2001, pp. 479 ss. Per un primo commento, cfr. H. Fenwick, *The Anti-Terrorism Crime and Security Act: A Proportionate Response to 11 September?*, in "Modern Law Review", vol. 65, 2002, pp. 724 ss.

¹⁷ E dell'art. 9 del Patto sui diritti civili e politici. Il governo britannico si è comportato in maniera identica in relazione ai due strumenti, mettendo all'opera le procedure per avvalersi dell'eccezione prevista da entrambi: qui si concentrerà l'attenzione sul ricorso alla clausola di eccezione di cui all'art. 15 CEDU.

obblighi in relazione ai quali è possibile derogare ex art. 15 par. 1 CEDU; di conseguenza il RU riteneva di potersi avvalere delle procedure di cui all'art. 15 par. 3 CEDU, dal momento che si era in presenza di un "pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione". Con la comunicazione al segretario generale del Consiglio d'Europa del 18 dicembre 2001, il governo britannico annunciava quindi di derogare da quel momento, e per un periodo indefinito, agli obblighi di cui all'art. 5 CEDU, e ciò in base appunto all'art. 15 par. 1.

Per la precisione, la deroga era intesa a coprire le disposizioni dell'*Act* dedicate alla possibilità di detenzione e trasferimento in altri Stati senza processo, in particolare di immigrati (irregolari e non) e richiedenti asilo. Stante lo stretto rapporto della materia con il regime delle espulsioni, la misura - oltre che cozzare con obblighi posti da altri strumenti internazionali, a partire dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati - vale a legalizzare in maniera strisciante le *extraordinary renditions*. A giusta ragione la dottrina - ma anche svariati commentatori politici - hanno sottolineato non trattarsi allora di mera deroga agli obblighi posti dall'art. 5 CEDU (detenzione senza processo): deroga possibile in caso di emergenza ex art. 15. In realtà sarebbe in gioco l'obbligo posto dall'art. 3 (divieto di tortura), obbligo affatto inderogabile ex art. 15. Anche durante il dibattito a Westminster vi fu invero chi, opponendosi all'*Act*, rilevò che la deroga per motivi di emergenza agli obblighi posti dall'art. 5 nascondesse in realtà una pretesa deroga (sempre illecita) all'art. 3 CEDU, nel punto in cui questo comporta il divieto di consegnare richiedenti asilo alle autorità di Paesi dove possono venire torturati.

In ogni caso, sul piano internazionale, essendosi ogni Stato parte alla CEDU ben guardato dal sollevare obiezioni, la prassi seguita dal RU pareva pagare, salvo attendere il risultato di eventuali ricorsi davanti alla Corte EDU di individui cui fossero negati ulteriori mezzi di ricorso interno. Ma non ce n'è stato bisogno. Nove detenuti in base all'*Act* avevano presentato un ricorso alla Commissione nominata con compiti *ad hoc* alla stregua dell'*Act*, Commissione che poteva giudicare prendendo visione di materiale riservato non posto all'attenzione dei difensori dalle parti. A giudizio di tale Commissione, pur sussistendo gli elementi di grave pericolo che giustificano misure di emergenza, la Parte IV dell'*Act* era in aperta contraddizione con l'art. 14 (divieto di discriminazione) CEDU, da leggersi in una con l'art. 5: non era quindi compatibile nella misura in cui consentiva di tenere in carcere una persona solo perché priva della cittadinanza britannica. Dopo che una Corte d'appello aveva rovesciato la pronuncia a favore della legislazione d'emergenza varata dal governo, la Camera dei Lords stabilì, all'inizio del 2005¹⁸, che le misure contenute nella Parte IV dell'*Act*, pur prese in rapporto ad uno stato di pericolo grave effettivamente esistente, erano però per un verso discriminatorie (come aveva detto la Commissione) e per l'altro verso, e soprattutto, non proporzionate: non rispettose, in quanto tali, dei limiti imposti dall'art. 15 par. 1 della CEDU ai fini del ricorso alla deroga per motivi di emergenza (stretta misura in cui la situazione lo esiga).

¹⁸ *A and Others v. Secretary of State for the Home Office*, 3 All ER 169; per un approfondito commento, E. Bates, *A 'Public Emergency Threatening the Life of the Nation'? The United Kingdom's Derogation from the European Convention on Human Rights of 18 December 2001 and the "A" Case*, in "British Yearbook of International Law", vol.76, 2005, pp. 245-335.

C'è un messaggio forte nella pronuncia della *House of Lords*, con il quale possiamo chiudere la discussione intorno alla natura giuridica dello stato di eccezione: le misure relative ai diritti fondamentali della persona sono e saranno oggetto di stretto controllo da parte delle Corti britanniche a nulla valendo - entro tali limiti - le esigenze di sicurezza nazionale e la stessa proclamazione dello stato di eccezione portate avanti dall'esecutivo di turno. A tal fine le Corti possiedono uno strumento giuridico decisivo, non soggetto a deroghe o sospensioni striscianti in caso di stato d'eccezione¹⁹: il complesso di norme a tutela dei diritti umani vigente nell'ordinamento interno inglese alla stregua delle leggi che ai Trattati e Convenzioni esistenti in materia (la CEDU in primo luogo) hanno dato applicazione.

10. L'aver affrontato il tema dello stato di eccezione alla luce insieme del diritto internazionale e di quello interno consente in definitiva di metterne in luce il carattere giuridico, *in entrambi gli ordinamenti*, a differenza di quanto sostenuto da Agamben. Non si vorrebbe tuttavia correre il rischio di avere con ciò gettato il bambino con l'acqua sporca: l'intuizione politica che sorregge il lavoro di Agamben non può che essere condivisa. E quindi? Da un lato lo stato di eccezione non perde, per il fatto di essere divenuto permanente, il suo carattere giuridico, e non è rispondente al vero l'affermazione per cui "l'aspetto normativo del diritto può essere così impunemente obliterato e contraddetto da una violenza governamentale che, ignorando, all'esterno, il diritto internazionale e producendo, all'interno, uno stato d'eccezione permanente, pretende tuttavia di stare ancora applicando il diritto" (p. 111); nello stesso tempo, dall'altro lato, il nocciolo politico del discorso di Agamben è esatto. Ciò è possibile solo perché il processo in corso è anche più grave di quanto ipotizzato nel testo.

In primo luogo, ed in termini generali, la procedura di controllo sulle deroghe per motivi di eccezione prevista dagli strumenti giuridici esaminati tanto più funziona quanto più si tratti di vere eccezioni: cioè applicate per periodi brevi e definiti. La stessa procedura mal si presta invece ad essere applicata in situazioni di emergenza protratta, come avviene per la Turchia nel Kurdistan, a suo tempo per il Regno Unito in Irlanda del Nord²⁰. A tanto maggior ragione dunque la disciplina giuridica del regime di eccezione mal si presta a venire applicata, nel clima di "guerra al terrore", al conflitto asimmetrico globale.

In secondo luogo, e soprattutto, lo stato d'eccezione strisciante influenza e modifica proprio quello che, nel linguaggio utilizzato da Agamben, è "l'aspetto normativo del diritto". Per rimanere al Regno Unito e all'*ATCSA 2001*: è pur vero che l'attacco esplicito al cuore dei diritti umani essenziali contenuto nella Parte IV è stato rintuzzato. Le previsioni dell'*Act* in materia di immigrati e richiedenti asilo

¹⁹ Salvo per i profili cui si farà cenno nel par. successivo, quello finale.

²⁰ La Federazione russa non ha neppure provato a giustificare sulla base dell'art. 15 CEDU la propria - accettiamo pure di chiamarla così - legislazione antiterrorista in riferimento all'emergenza cecena (ma non solo). Va denunciata al proposito la generale assenza della volontà politica di reagire, facendo ricorso alla strumentazione giuridica utilizzabile, da parte degli altri Stati parte alla Convenzione.

hanno tuttavia nel frattempo permeato di sé e della filosofia che le ispira - sotto la sapiente guida del governo britannico, e nella sostanziale passività quando non aperta complicità degli altri Stati Membri della Unione europea - le direttive comunitarie di armonizzazione del regime giuridico dei richiedenti asilo. Il risultato è che proprio il diritto comunitario vigente in materia (non solo le misure nei confronti dei richiedenti asilo, ma anche quelle sulla protezione temporanea e sussidiaria) finisce per costituire oggi il bastione sicuro cui si appoggiano le pratiche più repressive - e tendenzialmente contrarie ad obblighi internazionali pur vigenti a loro carico (in particolare la Convenzione di Ginevra sui rifugiati) - da parte degli Stati membri²¹.

In altre parole: quei risultati che, in ambiente giuridico europeo, non è possibile conseguire attraverso il ricorso allo stato d'eccezione, strisciante o meno, sono almeno in parte ottenuti attraverso la trasformazione della sicurezza in obiettivo strategico dell'Unione europea, e "costruendovi attorno una specifica politica, invasiva e trasversale rispetto alle altre",²² politica che incide pesantemente sullo standard di tutela dei diritti umani esistente nell'Unione. È quanto ammettere allora che il nocciolo politico del discorso di Agamben alla fine, con le dovute puntualizzazioni, funziona.

²¹ Sull'argomento si vedano i saggi contenuti in *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, a cura di Lauso Zagato, CEDAM, Padova 2006 (in particolare gli interventi di Cortese, Leimsidor, Zagato) e in *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, a cura di Lauso Zagato, Cafoscarina, Venezia 2007.

²² L. Zagato, *Le competenze della UE in materia di asilo dopo i Trattati di Amsterdam e di Nizza, e nella prospettiva del Trattato su una Costituzione per l'Europa*, in *Verso una disciplina*, op. cit., p. 198.