

GIUSEPPE TROPEA

Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza, economia e scienze umane dell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria
giuseppe.tropea@unirc.it

EMERGENZA, PANDEMIA, SOVRANITÀ POPOLARE E DIRITTI DELLA PERSONA. QUALCHE DUBBIO SULLA LETTURA BIOPOLITICA

EMERGENCY, PANDEMIC, POPULAR SOVEREIGNTY AND RIGHT OF THE PERSON. SOME DOUBTS ON THE BIOPOLITICAL READING

SINTESI

Nel saggio si prendono in esame alcune criticità derivanti dall'uso della c.d. biopolitica da parte del giurista, con particolare riguardo all'analisi dell'impatto del Covid 19 sugli ordinamenti giuridici. In particolare la biopolitica, nella misura in cui implica una radicale incompatibilità con le ricostruzioni giuridiche del potere, impone un ripensamento completo anche delle più o meno recenti critiche della sovranità, e una lettura diffidente della stessa nozione di sussidiarietà c.d. orizzontale. Con riguardo a quest'ultimo aspetto si richiamano i casi del contact tracing digitale e dei c.d. assistenti civici. Questo non significa che non sia possibile tentare una rilettura biopolitica delle tendenze del diritto pubblico degli ultimi decenni, a patto però di cogliere fino in fondo le sfide metodologiche lanciate al giurista da quella linea filosofica, generalmente trascurata dagli studiosi italiani del diritto pubblico.

ABSTRACT

The essay examines some critical issues arising from the use of the so-called biopolitics by the jurist, with particular regard to the analysis of the impact of Covid 19 on legal systems. In particular, the biopolitics, since it implies a radical incompatibility with the juridical reconstruction of power, requires a complete rethinking even of the more or less recent criticisms of sovereignty, and a more inquiring reading of the notion of subsidiarity, the so-called horizontal reading. With regard to the latter aspect, it is important to recall the cases of digital contact tracing and the so-called civic assistants. This does not mean that it is not possible to do a biopolitical reinterpretation of the tendencies of public law of recent decades. On the contrary, it is possible to do that if we understand the methodological challenges highlighted by the jurist in relation to the philosophical line, generally neglected by the Italian scholars of public law.

PAROLE CHIAVE: Biopolitica – sovranità – emergenza – sicurezza – salute – contact tracing digitale – assistenti civici.

KEYWORDS: Biopolitics – sovereignty – emergency – safety – health – digital contact tracing – civic assistants

INDICE: 1. Premessa. – 2. Il portato aporetico della biopolitica. – 3. Crisi della coppia concettuale autorità/libertà. – 4. Covid 19 e piattaforme digitali. – 5. Covid 19 e assistenti civici. – 6. Conclusioni: per una rivalutazione del giurista delle sfide della biopolitica

1. Premessa

Nel position paper che ha dato avvio a questa riflessione¹ si indicano in modo limpido i fuochi del dibattito in tema di sovranità popolare e diritti della persona nell'emergenza pandemica.

Il percorso è lineare, coerente, in un certo senso classico.

Si afferma sostanzialmente che lo Stato moderno è costruito sulla pretesa di disporre del monopolio della capacità giuridica di diritto pubblico e che a tale assetto l'occidente ha risposto dapprima con la teoria dello Stato di diritto, poi attraverso l'affermazione dei processi democratici e delle tecniche di protezione dei diritti fondamentali.

Nello stesso tempo si osserva che tale strumentario viene strutturalmente messo a repentaglio nei momenti di emergenza, che comprime quotidianamente i diritti fondamentali intorno al lasco limite della necessità. In particolare, la discrezionalità continua ad apparire una realtà giuridica troppo spesso indefinita, tanto che non si è ancora riusciti a superare l'idea di una discrezionalità come mero esercizio di autorità non regolato dal diritto, e quindi *violenza*².

La prospettiva, in linea con la altrettanto classica lettura benvenutiana, viene trovata nella solida idea di rileggere la sovranità (art. 1 Cost.) come funzione popolare esercitata non solo attraverso la rappresentanza, ma radicata prima di tutto nel riconoscimento dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost.), massimizzando il godimento di questi ultimi e le tutela che ne conseguono.

Interessante qui notare come nella call, fra l'altro, si osservi – sempre a titolo di premessa metodologica – «l'impatto dell'emergenza sull'intera vita personale e collettiva, realizzandosi così la ricostruzione biopolitica del potere pubblico».

Vorrei svolgere il mio intervento sul crinale di questi ultimi due aspetti, cercando di segnalare la non scontata compatibilità fra queste prospettive. In particolare, vorrei mettere in luce come l'approccio biopolitico finisca al contrario per confutare le premesse sopra date, o comunque imponga di spostare l'attenzione su altri altrettanto delicati aspetti.

Si tratta semplicemente di un monito metodologico, che forse potrà ingenerare qualche riflessione e indurre a qualche cautela ricostruttiva in coloro

¹ *Forme della sovranità della persona. Emergenze e poteri*, in *P.A., Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, 5 ss.

² L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *P.A., Persona e amministrazione*, n. 1/2017. *Amplius*, con ampi svolgimenti e aggiornamenti all'emergenza pandemica, ID., *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2020, spec. 92 ss., ove però una più precisa consapevolezza della netta distinzione tra dispositivi giuridici e dispositivi biopolitici.

che cercheranno, sviluppando le intriganti questioni poste dalla call-for papers, di fondare una teoria giuridica sul discorso biopolitico.

2. Il portato aporetico della biopolitica

La prospettiva indicata nella call è ben consapevole della profonda crisi della riflessione liberale, che non ha mai messo in dubbio il principio che il diritto debba essere la forma stessa del potere e che il potere debba esercitarsi nella forma del diritto. Il punto di sorpasso di tale analisi, fatto proprio dalla ricostruzione della call-for-papers, è rappresentato dall'idea che il potere reale sfugga alle regole del diritto, e che lo stesso sistema del diritto non sia che un modo di esercitare la violenza.

Tuttavia questa critica del diritto viene svolta ancora sul postulato che il potere debba svolgersi secondo un diritto fondamentale, dunque secondo una concezione ancora tutto sommato *giuridica* del potere.

La ricostruzione biopolitica classica mette in crisi tale premesse. La sovranità intesa come *limitazione*, come *prelievo*, non è considerata la forma principale del potere, ma solo uno degli elementi fra altri che hanno funzione di incitazione, di rafforzamento, di controllo, di sorveglianza, di maggiorazione e di organizzazione delle forze che sottomette: un potere, insomma, destinato a produrre delle forze, a farle crescere e ad ordinarle piuttosto che a bloccarle, a piegarle o a distruggerle³. In questo senso la vecchia potenza della morte in cui si simbolizzava il potere sovrano viene ricoperta dall'amministrazione dei corpi e dalla gestione calcolatrice della vita: una biopolitica della *popolazione*, appunto, che soprattutto grazie all'imposizione in età classica di discipline quali la salute pubblica, dopo le grandi epidemie del XIV e XVII secolo e i rischi biologici corsi, si è imposta, mettendo al centro del sistema reticolare di potere la *norma* al posto della *legge*⁴.

Questo aspetto costituisce la cifra dei famosi corsi al Collège de France di Foucault che vanno dal 1970 al 1984, che presentano uno scarto importante rispetto alla precedente fase volta all'analisi delle mere forme di disciplinamento. Per restare al tema dell'epidemia, vi è una netta differenza fra il trattamento della lebbra nel Medioevo, caratterizzato dal meccanismo escludente della sovranità, quello della peste nel XVI e XVII secolo, fondato su un tipico sistema disciplinare, e infine quello del vaiolo, che opera invece su meccanismi di sicurezza completamente diversi, portando a un superamento del problema classi-

³ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, Milano, 2011, 120. Cfr. L. BAZZICALUPO, *Biopolitica: la rischiosa ambivalenza del potere produttivo*, in *Contemporanea*, 2009, 549: «Alla struttura trascendente della sovranità risponde una immanenza delle relazioni di potere, alla legge formale una normalizzazione introiettata e condivisa. La biopolitica è il coordinamento strategico di queste relazioni di potere finalizzato a che il vivente produca più forze».

⁴ M. FOUCAULT, *Nascita della clinica. Una archeologia dello sguardo medico*, Torino, 1998, 38: «Non ci potrebbe essere medicina delle epidemie se non affiancata da una polizia». Quest'opera di Foucault è ora richiamata, fra gli altri, da B. HENRI LÉVY, *Il virus che rende folli*, Milano, 2020, 20.

co della sovranità (la sicurezza del principe, *sûreté*)⁵ fino alla centralità della sicurezza della popolazione (*sécurité*), soprattutto nelle città, operando essenzialmente sulle questioni relative alla circolazione⁶.

Agamben ha provato a colmare questa distanza, presentando la sua indagine come “correzione” o “integrazione” di Foucault, e cercando di riportare il biopotere entro i confini di una sovranità intesa al tempo stesso come biopolitica e tanatopolitica⁷. In Agamben vi è un’interpretazione più drammatica della biopolitica, che egli lega alla sovranità, mentre nella linea foucaultiana la biopolitica è decostruzione della sovranità perché oppone alla sovranità il paradigma disciplinante dall’interno e non dall’alto⁸.

Ritengo che la emergenza pandemica, riletta attraverso quest’ottica, come spesso avviene più o meno consapevolmente nei discorsi anche dei nostri giuristi⁹, metta in crisi la lettura del potere come *violenza*, dunque nel suo aspetto esclusivamente sottrattivo, e imponga da un lato una rilettura dell’art. 2 Cost., al cui centro non vi siano tanto i diritti fondamentali quanto i doveri, dall’altro il superamento dell’idea che la valorizzazione della sovranità popolare possa sempre rappresentare una efficace risposta al potere pubblico, poiché il potere reticolare biopolitico è molto più esteso, non semplicemente nel senso del coinvolgimento dei poteri privati di sorveglianza e controllo, ma ben più nel profondo nel farsi istanza di biopotere la stessa popolazione, “corpo docile” che si auto-limita e controlla.

Questo scarto è prefigurato nell’ultima lezione del 5 aprile 1978 al corso al Collège de France¹⁰, dedicata alla “polizia”, nella quale si prefigura la crisi della ragion di stato e l’avvento della “governamentalità liberale” nel corso del XVIII secolo, con l’emergere progressivo della società che si libera dalle costrizioni dello stato, ma non cessa di implicare meccanismi di sicurezza sulla popolazione, anzi – se possibile – ne implica di ben più pervasivi.

⁵ Che secondo Foucault trova in Machiavelli il suo massimo esponente, ma anche l’inizio declinante di questa parabola. In realtà, che il problema della sovranità sia ancora al centro delle più attuali riflessioni sulla crisi epidemiologica lo dimostra il già richiamato lavoro di L.R. PERFETTI, *Il governo dell’arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, cit., *passim*.

⁶ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, trad. it., Milano, 2005, 20-21, 56-57.

⁷ C. CROSATO, *Critica della sovranità. Foucault e Agamben*, Napoli, 2019.

⁸ C. GALLI, *Vicende della biopolitica*, in *Contemporanea*, 2009, 515.

⁹ Si legga, ad esempio, la recente intervista di F. Francario a F.G. Scoca, D. Sorace e G. Montedoro sul dialogo Habermas-Günter (“Diritti fondamentali: nessun diritto fondamentale vale senza limiti”), in www.giustiziainsieme.it, 26 giugno 2020, ove i termini “corpo”, “nuda vita”, etc., ricorrono spesso, e ove G. Montedoro evoca più volte espressamente il pensiero di Foucault, Agamben, Esposito.

¹⁰ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, cit., 240 ss.; costituirà poi l’oggetto specifico dell’intero corso dell’anno successivo: M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005.

3. Crisi della coppia concettuale autorità/libertà

Partirei dalla collaudata coppia concettuale autorità/libertà.

L'emergenza impatta innanzi tutto su tale aspetto. Ne determina probabilmente una rimodulazione nella coppia concettuale, più aggiornata ai tempi che viviamo, solidarietà/individualismo.

A partire dal dibattito, soprattutto iniziale, poi progressivamente mitigato per il cambio di politiche pubbliche degli Usa e della Gran Bretagna, sulla cd. "immunità di gregge"¹¹.

Fra gli effetti dirompenti su tutte le categorie di pensiero sinora consolidate innescati dall'epidemia vi è un meccanismo di avvicinamento fra modelli (per semplificare: occidentale e orientale), in origine diversi, di "società strumentalizzata", sotto alcune unificanti "teste di capitolo": *i*) decidere i propri comportamenti in nome di un bene superiore (es. salute pubblica); *ii*) la pianificazione sostituisce la politica; *iii*) l'uso della pressione sociale per ottenere l'"armonia"; *iv*) l'utopia applicata prodotta dal controllo totale dei mezzi di modifica del comportamento; *v*) la fine dell'individualità, vista come minaccia a "collaborazione", "armonia", "integrazione".

Nel dibattito più strettamente giuridico l'attenzione si è concentrata per lo più sulla portata euristica dell'art. 32 Cost., che configura il diritto alla salute non solo come diritto fondamentale della persona, ma anche come interesse della collettività. In buona sostanza, emergenze e criticità talmente gravi da mettere in pericolo un assetto sociale impongono di disporre in una scala discendente di interessi; esse, inoltre, implicano unità e prontezza di decisione e valorizzazione di doveri e responsabilità. Insomma, si pongono al centro della scena i doveri inderogabili di cui parla l'art. 2 Cost.¹².

Il nostro giudice amministrativo ha riflesso in più occasioni tale posizione, ritenendo che l'interesse privato vada temperato con quello della collettività a prevenire il diffondersi del virus, e che il più delle volte abbia a soccombere rispetto al secondo¹³.

D'altra parte, questo non significa un rilievo indiscriminato a favore dell'interesse collettivo e solidaristico sottostante alla salute pubblica.

4. Covid 19 e piattaforme digitali

Un esempio per tutti, e vengo così al tema dei poteri privati.

Sul punto il Covid 19 ha riaperto di prepotenza i temi del governo delle nuove forme di autorità, delle nuove forme di potere privato chiamate in causa

¹¹ Cfr. G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in www.federalismi.it, paper in *Osservatorio Emergenza Covid-19*, spec. 12 ss.

¹² F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in www.dirittodelleconomia.it, n. 3/2019.

¹³ Cfr., *ex multis*, Tar Calabria - Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841. Per una ricognizione v. A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, in www.dirittiregionali.it, 20 giugno 2020.

nella gestione della crisi: si pensi alle piattaforme digitali, ad esempio nell'ambito sterminato della «produzione» di sapere, accademico e non.

Peraltro, quando si tratta di privacy il diritto alla salute deve essere ponderato con più attenzione, attenendo la prima al nucleo fondamentale della dignità umana¹⁴.

Tuttavia si è ritenuto possibile un intervento sul *contact tracing* digitale¹⁵, purché esso rispetti rigorosamente i seguenti presupposti: deve trattarsi di disciplina di carattere primario, statale, rigorosamente proporzionata. Inoltre i nostri dati debbono confluire in un server di proprietà e gestione rigorosamente pubblica, per evitare che la tracciatura venga utilizzata come merce di scambio in una trattativa con i Google o Facebook di turno¹⁶.

Si evoca qui lo scenario del capitalismo della sorveglianza, fondato sul cd. “surplus comportamentale”¹⁷. Tali strategie vengono descritte con la suggestiva formula “ciclo dell'esproprio”, suddiviso in quattro fasi: *incursione, assuefazione, adattamento e reindirizzamento*. Con la prima si “entra” in uno spazio indifeso (il nostro telefono, una pagina web, la strada dove viviamo, etc.); con la seconda sopravanza la cause e le inchieste che avanzano col passo lento delle società democratiche; con la terza si mettono in atto adattamenti superficiali che soddisfano le richieste più urgenti di autorità governative o indipendenti; con l'ultima l'azienda mette in atto nuovi metodi, ed espedienti retorici, che ridirigono le operazioni contestate così da farle apparire adeguate agli obblighi legali e sociali.

L'art. 6 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28 è apprezzabile perché ha tenuto conto di molti dei suddetti rilievi, a cominciare proprio dalla fonte del diritto impiegata. Il decreto ha chiarito, inoltre, che i dati personali raccolti dall'applicazione saranno “esclusivamente quelli necessari ad avvisare gli utenti dell'applicazione di rientrare tra i contatti stretti di altri utenti accertati positivi al Covid-19”. Così come i dati raccolti non potranno essere utilizzati per finalità diverse, salva la possibilità di utilizzo in forma aggregata o comunque anonima, per soli fini statistici o di ricerca scientifica. Non solo anonimato, ma anche facoltatività dell'installazione, e previsione che la mancata installazione dell'app non comporti alcuna conseguenza pregiudizievole. È quindi imposta la cancellazione dei dati alla data di cessazione dello stato di emergenza, e comunque non oltre il 31 dicembre 2020. Infine si prevede la titolarità pubblica della piattaforma e il coinvolgimento del Garante della privacy da parte del Ministero della salute, ai sensi dell'art. 36, par. 5, Regolamento (UE) 2016/679, nell'adozione delle misure tecniche e organizzative idonee a garantire un livello di sicurezza adeguato ai rischi per i diritti e le libertà degli interessati.

¹⁴ Si v. G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, in *Ragion pratica*, 2012, 75 ss. In giurisprudenza, ad es., Corte cost., sent. 366/1991.

¹⁵ È stata una delle questioni più delicate e dibattute. Mi riferisco, evidentemente, al tracciamento informatico dei “positivi” (ancorché asintomatici), utilizzando una app proposta da una società privata al governo come modalità di uscita *soft* (cd. *mitigation*) dalle durissime regole imposte dall'emergenza epidemiologica.

¹⁶ G. TROPEA, *Il contact tracing digitale e l'epidemia: sindrome cinese?*, in *www.lacostituzione.info*, 9 aprile 2020.

¹⁷ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

In tal modo l'Italia, come molti Paesi occidentali, soprattutto quelli sottoposti a stringenti normative sulla privacy quali il Gdpr, ha preferito ricorrere all'approccio basato sulle interazioni fra cellulari mediante le funzionalità di comunicazione a breve distanza (via Bluetooth), che non usa la geolocalizzazione ma si basa solo sul rilevamento delle interazioni di prossimità fra cellulari.

Senonché in questa diatriba tecnico-filosofica sullo standard da utilizzare si è da poco e prepotentemente inserito un nuovo ed importante *player* costituito dall'insolita alleanza tra Apple e Google: i due giganti tecnologici, che assieme possiedono praticamente il monopolio mondiale sull'ecosistema degli *smartphone*, hanno infatti stabilito di fare fronte comune nella lotta al Coronavirus ed hanno così a tempo di record sviluppato ed offerto ai Governi un loro proprio meccanismo per il tracciamento dei contatti. La situazione, infatti, si è sbloccata quando il nostro Governo, ed altri governi dell'UE, hanno deciso di abbandonare l'idea di una App (pan)europea "governata" dai singoli Stati, a favore dell'infrastruttura tecnologica di marca americana nel frattempo sviluppata e resa disponibile di concerto da Apple e Google (piattaforma A/G), secondo una logica di tipo decentralizzato.

Volendo essere estremamente rispettoso della *privacy* degli utenti, questo sistema si basa esclusivamente sul rilevamento delle interazioni di prossimità e non fa uso di alcuna forma di geolocalizzazione del dispositivo: non a caso il suo scopo è stato definito come *exposure notification* e non più *contact tracing*, proprio per allontanare sin dal nome ogni possibile sospetto di interferenze con le libertà personali e la *privacy*.

D'altra parte restano notevoli perplessità su tale sistema, sia dal punto di vista tecnico, in quanto attualmente non c'è modo di verificare che il dispositivo che invia un RPID anonimo (*Rolling proximity identifier*) sia effettivamente quello che lo ha generato, sia perché questa strategia potrebbe rientrare nei meccanismi sopra decritti di adattamento e reindirizzamento delle corporation. Si pone dunque il problema del "controllo dei controllori", data la difficoltà di vigilare sul fatto che i gestori extraeuropei non utilizzino indebitamente le informazioni a propria disposizione, specie le chiavi di decrittazione dei dati personali pseudonimizzati che transitano e vengono conservati nell'ambito del sistema Immuni¹⁸.

Ecco un primo esempio di come il potere privato sfugga alla prospettiva rassicurante del diritto, si ponga cioè, nel suo farsi *norma* reticolare delle vite e dei corpi, come elemento eccedente rispetto alla prospettiva *violenta*, ma pur sempre limitabile, del diritto, come nella figura del *katechon* paolino¹⁹.

5. Covid 19 e assistenti civici

Altro esempio di come il richiamo alla sovranità popolare possa non essere esaustivo è dato dal modo fuorviante in cui negli ultimi anni il riferimento alla sussidiarietà orizzontale sia stato inteso, foraggiando meccanismi ulteriori di sorveglianza e controllo ispirati da una logica di fondo anche qui biopolitica.

¹⁸ L. TRUCCO, *App Immuni: una storia stran(ier)a e incompiuta*, in www.giustiziainsieme.it, 25 giugno 2020.

¹⁹ M. CACCIARI, *Il potere che frena*, Milano, 2013.

Il tema evoca, in modo più ampio, il ruolo rivestito dai gruppi sociali nella rottura del filo che riconduce il potere all'individuo²⁰: si pensi alla “disindividualizzazione” dei gruppi privati che trascinano quest'ultimo fuori dall'ordinamento generale, all'individuo visto come “partecipante” che, nella misura in cui non assolve alle regole della “democrazia partecipativa” rischia di configurarsi quale cittadino dimezzato, alla crisi della sussidiarietà orizzontale che «da promessa all'individuo di vedersi realizzato anche nelle e contro le formazioni sociali (art. 2 Cost.), è divenuta la mascheratura ideologica di una massiccia cessione di terreno da parte dell'amministrazione pubblica (pur sempre politicamente responsabile) ad operatori privati che, sotto la parvenza del non-profit, accumulano potere lobbistico, oltre che economico»²¹.

La pandemia anche in questo caso ha fornito materiale di indagine, ri-sumando e parzialmente riproducendo, in modalità settata sul Covid 19, la vicenda di qualche anno fa delle cd. “ronde” per la sicurezza.

I quotidiani del giorno 26 maggio 2020 hanno dato conto di convulsi confronti all'interno dell'Esecutivo in merito all'emanando bando della Protezione civile per reclutare 60mila assistenti civici, che dovrebbero accompagnare la Fase 2 dell'emergenza Covid 19²². Il Ministro degli Affari regionali, che ha sostenuto il provvedimento d'intesa col Presidente dell'Anci, ha dichiarato che una questione di pubblica sicurezza non c'è mai stata, che sin dal 29 aprile il progetto era stato annunciato in conferenza Stato-Regioni, anche se ha ammesso che gli assistenti civici avrebbero dovuto svolgere un ruolo attivo nel controllo sul cd. “distanziamento sociale”.

Le critiche a tale misura hanno mostrato un nervo scoperto. Ritengo che la parabola delle “ronde”, istituite con legge e con successivo decreto ministeriale una decina di anni or sono, sia istruttiva.

La legge n. 94/2009 aveva, infatti, suscitato una serie di questioni. In generale si era lamentata una grave sottrazione del monopolio legittimo statale della forza e il rischio di politicizzazione delle ronde, con *vulnus* dell'art. 18 Cost. Il successivo d.m. 8 agosto 2009 aveva fugato varie criticità chiarendo, ad esempio, che le associazioni dovessero svolgere attività senza fine di lucro, che non fossero espressione di partiti o movimenti politici, e prevenendo una serie di requisiti personali quali non essere o essere stati sottoposti a misure di prevenzione.

I paletti posti dal d.m. 8 agosto 2009 hanno avuto una conseguenza pratica: l'ineffettività della normativa. In base ai dati diffusi dal Ministero dell'interno, tale disciplina, anche per la difficoltà di attuazione, ha portato ad

²⁰ L. FERRARA, *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 32.

²¹ R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, in G. Cocco (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Milano, 2010, 95 ss. Per una recente critica al fondamento positivo del principio di sussidiarietà orizzontale, inteso come indebita mascheratura ideologica legittimante un limite inerente al processo politico, che mette in discussione la legittimazione della funzione legislativa ad esprimere gli orientamenti della collettività, v. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 2020, 3 ss.

²² G. TROPEA, *Il pasticciaccio brutto degli “assistenti civici”*, in *www.lacostituzione.info*, 27 maggio 2020.

un bassissimo numero di richieste di iscrizione negli elenchi istituiti presso le Prefetture.

La parabola delle “ronde” dimostra che il controllo sociale è un tema delicatissimo, che suscita una *bagarre* politica molto accesa anche quando, come nel caso in esame, viene anche solo lontanamente evocato.

Si comprende anche, in questo senso, perché il Ministro degli Interni abbia osservato come l'attività di osservazione e controllo avrebbe semmai necessitato della formalizzazione entro un apposito elenco tenuto e revisionato dal Prefetto, evocando proprio la disciplina in tema di “ronde” (dove è sentito anche il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica).

L'utilizzo dei cittadini volontari con funzione di segnalazione e controllo, inoltre, lungi dall'essere espressione di politiche di promozione del welfare della comunità, avrebbe confermato un'altra radicata tendenza dei nostri tempi: la logica securitario-protettiva di cui il bando (nella versione poi superata) sarebbe stato emanazione si sarebbe di fatto sovrapposta all'implementazione di concreti ed efficaci strumenti di welfare, così duramente messi alla prova dall'emergenza epidemiologica.

A ulteriore conferma dell'assonanza fra vicende, dopo la *bagarre* politica e giuridica il provvedimento è stato ritirato.

Due corollari confermano le premesse date: *i*) la vicenda “eccede” la forza contenitiva del *diritto*, tanto che se pone fuori, letteralmente, perdendo – nella misura in cui tende a farsi *norma* (nel senso foucaultiano del termine) forza propulsiva di innovatività ordinamentale; *ii*) la malintesa idea di sussidiarietà orizzontale è spia ulteriore del meccanismo governamentale che fa del corpo docile meccanismo di controllo e sorveglianza, e piega la sovranità popolare in nuova forma di biopotere. L'economia sociale di mercato, tipico portato dell'ordoliberalismo, si autorappresenta anche qui come *governance*, tecnologia di governo tipica della fase biopolitica avanzata²³. Si è notato, sul punto, che non a caso nell'ultimo Foucault la parola chiave sia «autogoverno»: fine dello stesso biopotere, e sua definitiva sublimazione da politica «sulla vita» in politica «della vita»²⁴.

Chiosando ancora con Foucault: «Ironia di questo dispositivo: ci fa credere che ne va della nostra “liberazione”»²⁵.

6. Conclusioni: per una rivalutazione del giurista delle sfide della biopolitica

A conferma delle aporie cui può condurre il richiamo alla biopolitica può osservarsi come già nel 2013²⁶ gli sviluppi più coerenti di essa conducevano alla

²³ G. COMMISSO, *La governance nell'economia sociale di mercato. Una interpretazione foucaultiana*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, 265 ss. Su tali questioni resta fondamentale la nota opera di K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, 2000, 2° ed.

²⁴ L. BAZZICALUPO, *Biopolitica: la rischiosa ambivalenza del potere produttivo*, cit., 552.

²⁵ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, cit., 142.

seguinte descrizione di contesto: *i*) costruzione, sulla base di un rischio possibile, di uno scenario fittizio, in cui i dati vengono presentati in modo da favorire comportamenti che permettono di governare una situazione estrema; *ii*) adozione della logica del peggio (*worst case scenario*) come regime di razionalità politica; *iii*) organizzazione integrale del corpo del cittadino in modo da rafforzare al massimo l'adesione alle istituzioni di governo, producendo un civismo superlativo in cui gli obblighi imposti vengono presentati come prove di altruismo e il cittadino non ha più un diritto alla salute (*health safety*), ma diventa giuridicamente obbligato alla salute (*biosecurity*).

Riprendendo tale assunto, più di recente si è sostenuto che, al di là della situazione di emergenza legata a un certo virus che potrà in futuro lasciar posto ad un altro, in questione è il disegno di un paradigma di governo la cui efficacia supera di gran lunga quella di tutte le forme di governo che la storia politica dell'occidente abbia finora conosciuto²⁷.

Tale lettura batte in breccia ogni tentativo di impiegare l'art. 2 della nostra Carta fondamentale, sia valorizzando i doveri inderogabili ivi indicati sia ponendo al centro la sovranità popolare, come cardine attorno a cui fare ruotare l'asse della proposta ricostruttiva del giurista dinanzi alla crisi epidemiologica²⁸. Anzi, sembra fare di questi due approcci, invero strutturalmente diversi, un unico desolante portato proprio della biosicurezza.

In questo senso paradossalmente sembra che la ricostruzione di Foucault sia più aporetica di quella di Agamben, nella misura in cui rifugge conciliazioni tra biopolitica e diritto. Se così, l'aggiornamento di Agamben finirebbe per ricondurre entro i margini della sovranità la biopolitica, specialmente tramite la nozione di *razzismo*²⁹, e si riaprirebbe la partita critica all'interno delle categorie giuridiche.

E tuttavia, bisogna fare ulteriori brevi precisazioni.

Prima di tutto l'ultimo Agamben sembra tornare a Foucault, o comunque correggere il tiro, laddove ha più di recente ricostruito un'altra genealogia della biopolitica, che muove dalla nozione «economica» di «governo della Provvidenza» fino a giungere, secolarizzata, allo stato sociale³⁰.

Inoltre, pur a voler recepire l'intero drammatico discorso di Agamben in una prospettiva che guarda a Foucault con le lenti di Schmitt e Benjamin (che è quella che pare maggiormente evocata dai nostri amici), contro questo modo di

²⁶ P. ZYLBERMAN, *Tempêtes microbiennes*, Paris, 2013.

²⁷ G. AGAMBEN, *Biosicurezza e politica*, in www.quodlibet.it; amplius ID., *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Quodlibet, Macerata, 2020.

²⁸ Per un diverso approccio, volto a conciliare positivamente sussidiarietà orizzontale e contrasto all'emergenza pandemica, v. A. BARONE, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, 185 ss.

²⁹ Più che in G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita. I*, Torino, 1995, ciò viene teorizzato in ID., *Quel che resta di Auschwitz (Homo sacer III)*, Torino, 1998.

³⁰ G. TROPEA, *Recensione a Giorgio Agamben, Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo. Homo sacer, II, 2*, Torino, 2009, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 3/2012.

ricostruire la realtà si leva la critica radicale che Luigi Garofalo rivolge ad Agamben, svelando le insidie insite in un approccio biopolitico alle figure giuridiche: a decostruirle sulla base di parametri che non attengono al diritto, ma alla nuda vita dell'uomo, si corre infatti il rischio di una lettura omologante di situazioni tra loro diverse sotto il profilo del diritto³¹.

In questo senso, per concludere, ritengo che l'evocazione della biopolitica possa essere un'arma metodologica micidiale, che, se sviluppata sino in fondo e non semplicemente impiegata per ornamento citazionista, rischia di segare l'albero sul quale si è seduti.

Questo non significa certo che sia impossibile una reinterpretazione in chiave genealogica della sovranità, del potere e di altri concetti fondamentali per il diritto, come già una quarantina di anni or sono chiedeva un giovane Romano Tassone³², purché si tratti appunto di reinterpretazione, che non travisi o alteri i tratti che sotto l'aspetto giuridico contraddistinguono la figura oggetto di indagine³³.

³¹ L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, 2009, 154, segnatamente contro la proposta di Agamben di assimilare l'ebreo durante il periodo nazista all'*homo sacer*.

³² Sottolineando, dopo una critica serrata alle tendenze oggettivanti dell'istituzionalismo di Berti e del positivismo di Kelsen, l'ineliminabilità della prospettiva soggettiva nella teoria generale del diritto pubblico, fondata sull'esperienza storica e sociale. Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, *Annali della Facoltà di Economia e commercio dell'Università di Messina*, n. 2/1981.

³³ L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, *cit.*, 155. Una chiave di lettura possibile, in linea col pensiero di Benvenuti e Pastori che ispira gli orientamenti di fondo della call-for-papers, può forse venire oggi da un recupero della tradizione del pensiero istituente, che trova in Hauriou e Santi Romano i suoi ascendenti più noti, e nell'ontologia politica una rielaborazione nel pensiero di Claude Lefort, in opposizione al paradigma destituente heideggeriano (che arriva proprio fino ad Agamben) e costituente deleziano. Cfr. sul punto R. ESPOSITO, *Pensiero istituente. Tre paradigmi di ontologia politica*, Torino, 2020.