

L'incontro tra la biopolitica e il diritto costituzionale

Laura Buffoni*

THE ENCOUNTER BETWEEN BIOPOLITICS AND CONSTITUTIONAL LAW

ABSTRACT: The article analyses the relationship between biopolitics and constitutional law. From the point of view of constitutional theory, the microphysics of power is full of conceptions of law and, specifically, of sovereignty, law, constitutions and the subject. It reaches biopower starting from war, moving through dominations, and ending with the governmentality of the population. But in the meantime constructs and overturns a doctrine of the State. From the perspective positive law, the point is to measure the constitutional text with the categories of biopolitical thought, such as government, the disciplinary normation and the normalization of the security and the population.

KEYWORDS: Biopolitics; constitutional theory; sovereignty; governmentality; population

ABSTRACT: Il lavoro indaga la relazione tra la biopolitica e il diritto costituzionale. Dal punto di vista della teoria costituzionale, la microfisica del potere è piena di concezioni del diritto e, più specificatamente, della sovranità, della legge, delle costituzioni e del soggetto. Giunge al biopotere partendo dalla guerra, passando per le dominazioni, fino ad arrivare al governo della popolazione. Ma nel frattempo costruisce, rovesciandola, una dottrina dello Stato. Dal punto di vista del diritto positivo, il punto è misurare il testo costituzionale con le categorie del pensiero biopolitico, quali il governo, la norma della disciplina e della sicurezza e la popolazione.

PAROLE CHIAVE: Biopolitica; teoria costituzionale; sovranità; governamentalità; popolazione

SOMMARIO: 1. La contaminazione – 2. Il metodo del contro-sapere – 3. L'essere e il dover essere del diritto – 4. La sovranità e la governamentalità – 5. La legge e l'interdizione – 5.1. La norma della disciplina e della sicurezza – 6. Le costituzioni e la Rivoluzione – 7. La libertà e il potere – 8. Lo stato di natura e lo stato civile – 9. Il popolo, l'uomo economico e la popolazione – 10. Biopolitica apocrifa.

* *Professore associato di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Sassari. Mail: labuffoni@uniss.it. Il presente lavoro costituisce la rielaborazione dell'intervento svolto in occasione del Convegno, *Biopolitica e diritto. Un binomio impossibile?*, organizzato dal Prof. Giuseppe Tropea, Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, 1 marzo 2024, con interventi dei Proff. Guido Corso, Fulvio Cortese, Luigi Garofolo e Olimpia Malatesta. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*



1. La contaminazione

È metodologicamente diffusa nel diritto costituzionale e, più estesamente, nel diritto pubblico l'interpretazione delle proprie categorie fondative e dei propri elementi primi, quali sovranità, governo, legge, popolo e libertà, attingendo alla biopolitica e in particolare al pensiero critico di Foucault. In questo scritto, si indaga se la contaminazione tra il diritto e ciò che programmaticamente è un sapere anti-giuridico o a-giuridico sia una opzione metodologica teoricamente e dogmaticamente fondata.

In linea generale, le discipline non esistono in natura ma sono l'insieme di costrizioni e costruzioni artificiali. Il disciplinamento dei saperi presuppone che il sapere e la verità appartengano al registro dell'ordine e della classificazione dei saperi. Ma perciò stesso implica la normalizzazione e l'omogeneizzazione dei saperi e, quindi, tanto la loro gerarchizzazione quanto la loro intercambiabilità e comunicabilità.

Dal punto di vista specifico della teoria costituzionale, la microfisica del potere è piena di concezioni del diritto e della costituzione dello stato, seppure ne sia il contro-sapere. Ma per il giurista positivo l'apertura della scienza del diritto in generale e di quella del diritto costituzionale in particolare all'altro' sconta una questione ulteriore. Le categorie di sovranità, legge e così via sono diritto positivo perché sono scritte nel testo costituzionale. Quindi, il costituzionalista deve selezionare, tra le teorie e le storie degli istituti giuridici, quelle che dogmaticamente hanno conseguenze normative, ovvero che consentono di trarre norme dalle disposizioni vigenti, che sono il vincolo, appunto, dogmatico. Dal punto di vista del diritto positivo, il punto è allora verificare se le categorie del pensiero biopolitico siano compatibili con le norme ricavabili dalla Costituzione positiva. Va da sé che, in ogni caso, quel pensiero resta un potente strumento di intelligibilità, diagnosi e critica del reale.

2. Il metodo del contro-sapere

«Nelle società occidentali, sin dal medioevo, l'elaborazione del pensiero giuridico si è fatta essenzialmente intorno al potere reale. Il diritto in Occidente è un diritto commissionato dal re [...] E il potere reale viene affrontato in due modi. O per mostrare in quale armatura giuridica esso veniva investito [...] O per mostrare, al contrario, come bisognava limitare il potere del sovrano [...] all'interno di quali limiti doveva esercitarsi per conservare la sua legittimità [...]. Ho dunque cercato di fare il contrario, di far valere cioè, tanto nel suo segreto quanto nella sua brutalità, la dominazione, e di mostrare, a partire di qui, non soltanto come il diritto sia, in linea di massima, lo strumento della dominazione il che va da sé ma anche come, fin dove e sotto che forma, il diritto trasmette e mette in opera rapporti che non sono rapporti di sovranità, ma di dominazione. [...] Dunque, il problema per me è di mettere in cortocircuito, o di evitare, la questione, centrale per il diritto, della sovranità e dell'obbedienza degli individui ad essa sotto-messi, per far apparire, al posto della sovranità e dell'obbedienza, il problema della dominazione e dell'assoggettamento»¹

Il diritto è una forma che occulta, dissolve e mistifica i rapporti di forza, la cui matrice reale è la guerra che permane nella struttura binaria che attraversa tutta la società, dove ci sono sempre due parti, due gruppi, due categorie di individui, i potenti e gli impotenti, gli ingiusti e i giusti, «un'aristocrazia e una

¹ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società. Corso al Collège de France (1975-1976)* (1997), Milano, 1998, 30-31.

massa di popolo»². Il diritto vive da sempre attorno al re, lo costituisce e lo limita, ma è sempre diritto determinato dal re: è sempre strumento al servizio del potere, quindi è vuoto. È discorso giuridico quello del contratto sociale che costituisce il potere e che ha nello scambio dei beni, quindi nell'economico, il suo modello formale: quando scambia diritti fonda la sovranità, quando scambia prodotti fonda un corpo sociale che è economico³. Questo discorso dice che il potere politico comincia quando cessa la guerra. Non è un discorso vero.

Tutto al contrario, «la guerra non è mai scongiurata perché ha presieduto alla nascita degli stati. Ma la guerra qui è reale e non ideale. Non si tratta di una selvatichezza teorica. La legge non nasce dalla natura, presso le sorgenti dei pastori. Ma nasce da battaglie reali»⁴. La guerra non è la sospensione o l'interruzione del diritto, la sua rottura, ma lo copre interamente⁵: come schema di intelligibilità, sostituisce il reale al fittizio⁶.

Il discorso di svelamento del discorso filosofico-giuridico, falso, deve essere metodologicamente storico-politico. Il contro-sapere è il sapere della storia. È piuttosto una controstoria, che fa emergere la parte dell'ombra, scava sotto la superficie del diritto, demistifica e decostruisce e così trova il potere. È un sapere antiggiuridico e antinaturale: combatte sia il selvaggio teorico-giuridico, «uscito dalle foreste per stipulare il contratto e fondare la società», sia il selvaggio economico, «votato allo scambio e al baratto»⁷. È stato il sapere che la nobiltà francese del XVII e XVIII secolo ha tentato di «conficcare tra il sapere del sovrano e le conoscenze dell'amministrazione, per poter disgiungere la volontà assoluta del sovrano dall'assoluta docilità della sua amministrazione»⁸. È stato uno strumento di lotta all'assolutismo in nome della disgiunzione del sapere-potere amministrativo, ereditato e riorientato, ad esempio, dal discorso rivoluzionario degli inizi di Marat⁹. Quel sapere non pone, al modo del diritto pubblico, un problema di legittimità di quel diritto, ma pone «un problema di tipo economico-politico», ovvero i motivi della vittoria e della disfatta, le cause della grandezza e della decadenza¹⁰. Non è un sapere che giudica il potere in termini di bene o di male, secondo un modello ideale di una ragione o di una legge: pone piuttosto la questione del potere in termini di «esistenza». È un sapere «barbaro»¹¹

² *Ivi*, 137.

³ *Ivi*, 168.

⁴ *Ivi*, 49.

⁵ *Ivi*, 136.

⁶ È esattamente la guerra moderna che perde la continuità con il diritto e recupera quella con la politica, laddove la guerra medievale si poneva dentro il mondo del diritto, privato e, quindi, per ciò stesso pubblico, della controversia e della sua risoluzione: M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)* (2004), Milano, 2010, 218-219.

⁷ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 168.

⁸ *Ivi*, 118.

⁹ Va da sé, però, che lo storicismo degli aristocratici non poteva essere il sapere della Rivoluzione, perché il Terzo Stato non aveva una storia e una costituzione da ricostituire: il suo sapere sarà quello della filosofia e del diritto con il ricorso al diritto naturale e al contratto sociale. Quindi, il roussovismo della borghesia del XVIII secolo e il diritto rivoluzionario, per Foucault, paiono essere dalla parte della finzione: *ivi*, 180-181.

¹⁰ *Ivi*, 129.

¹¹ Il barbaro per Foucault è l'avversario del selvaggio: il barbaro è estraneo alla civiltà, è vettore di dominazione e conquiste e autore di saccheggi; il selvaggio è l'uomo della reciprocità, dello scambio di diritti e beni e della natura. Si comprende, scrive Foucault, perché «nel pensiero giuridico-antropologico e nelle utopie bucoliche americane» il selvaggio è buono e il barbaro conquistatore è cattivo: *ivi*, 169.

che mostra ciò che il potere e, in particolare, la *forma* di legge ha occultato, il fatto di essere nata «nella casualità e nell'ingiustizia delle battaglie»¹². Usa lo schema dominazione-repressione nel quale l'opposizione pertinente non è quella fra esercizio legittimo ed illegittimo del potere ma tra lotta e sottomissione. Pone i meccanismi di potere nel campo dei rapporti di forza e dei complessi di forze. Evita gli universali antropologici e giuridici, gli *a priori* e muove dal contingente, dal particolare storico, dal singolare, ma senza indurre il generale. Non fa storia delle idee ma storia degli accadimenti, degli avvenimenti: delinea una genealogia della evenemenzialità.

Nel passaggio dalla guerra e dalla dominazione al governo, e con esso alla biopolitica, come matrice delle relazioni di potere, Foucault dirà che il suo «metodo di decifrazione» è «l'analisi dei micropoteri, o delle procedure della governamentalità»¹³. Sostituisce al modello giuridico di analisi del potere un modello strategico, che guarda alla «governabilità» come campo strategico di relazioni di potere «mobile, trasformabile, reversibile»¹⁴. Il fine resta, però, sempre liberare l'elemento politico da quello giuridico, dalla «forma del diritto»¹⁵. L'analisi deve essere microfisica e non macrofisica, ascendente e non discendente, perché il potere «preesiste allo Stato e continua ad esistere anche al di fuori dello Stato»¹⁶, tanto che ciò che importa è l'estremità del potere, quella «sempre meno giuridica del suo esercizio»¹⁷.

Detta così, non parrebbe possibile discutere giuridicamente di ciò che non è giuridico. È un pensiero che guarda alla normalità sociale, al reale, alla forza, all'economico e non alla normatività e alla validità. Mira a demistificare la menzogna pacificante del contratto sociale e delle teorie democratiche perché il potere è sempre, fisiologicamente, repressione, dominazione ed abuso e la realtà è sempre polemica: non ha, quindi, senso distinguere tra esercizio legittimo ed illegittimo del potere e tra le diverse forme di stato. Non gli interessa il fondamento di validità del potere ma come si esercita effettivamente. Gli interessano ancora meno i «modi» in cui il diritto costituisce e regola il potere. Sembra insomma un discorso muto per il diritto. Sembra fondato il giudizio diffuso del suo anti-giuridicismo radicale o addirittura del suo a-giuridicismo o, come soglia minima, della sua svalutazione del diritto. Al più include il governo, l'amministrazione, l'economia, ma non la Legge. Sembra partecipe di un «affetto antimoderno»¹⁸ in quanto pensiero critico della ragione e dello Stato, che della ragione moderna è il più perfetto e calcolato prodotto. Sembra ancora di più irrelato allo Stato costituzionale di diritto e alle sue categorie, concettuali e dogmatiche. La giuridicizzazione della risoluzione delle controversie costituzionali e, quindi, la loro neutralizzazione non può, infatti, apparire a Foucault la soluzione dello scontro. È piuttosto l'occultamento della sostanza del conflitto: e la lotta va disvelata e non risolta per mezzo del diritto, appellandosi al re o, dalla parte opposta delle barricate, al popolo.

¹² *Ivi*, 67.

¹³ Pone in questi termini la questione di metodo M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 154.

¹⁴ Ripone la questione metodologica in M. FOUCAULT, *L'ermeneutica del soggetto. Corso al Collège de France (1981-1982)* (2001), Milano, 2011, 222, ove, però, discorre di governabilità e non di governamentalità.

¹⁵ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità 1* (1976), Milano, 2013, 79.

¹⁶ M. FOUCAULT, *Microfisica del potere. Interventi politici*, Torino, 1977, 181.

¹⁷ *Ivi*, 183.

¹⁸ L'espressione è mutuata da L. CEPPEA, *L'affetto antimoderno di Michel Foucault*, in *Id.*, *Il diritto della modernità. Saggi habermasiani*, Torino, 2009, 239.

Le cose, però, sono più complicate. La sua analitica del potere, una microfisica, una micromeccanica concreta dei meccanismi infinitesimali del potere e non una teoria, seppure *ex professo* non giuridica, è intrisa inaspettatamente di diritto e di concezioni del diritto e, più specificatamente, della sovranità, della legge, delle costituzioni, della libertà e del soggetto di diritto.

È vero che la sovranità, la legge/costituzione e il soggetto sono sempre l'“altro”, il non-modello, della analitica del bio-potere, ciò che si deve rovesciare, invertire o evitare per non restare catturati dalla loro mistificazione dei rapporti reali di dominazione. Dice che

«in luogo del triplice preliminare della legge, dell'unità [della sovranità] e del soggetto – che fa della sovranità la fonte del potere e il fondamento delle istituzioni – sia necessario assumere il triplice punto di vista delle tecniche, dell'eterogeneità delle tecniche e dei loro effetti di assoggettamento, che fanno dei procedimenti di dominazione la trama effettiva delle relazioni di potere e dei grandi apparati di potere. Il tema può essere enunciato così: “si tratta di analizzare la fabbricazione dei soggetti piuttosto che la genesi del sovrano”»¹⁹.

Ma proprio il rovesciamento del giuridico o la sua esclusione esplicita finiscono per metterlo sempre in questione, come ogni contro-storia implica sempre la storia, ogni contro-condotta la condotta. È un in-contro in senso etimologico. È l'esclusione includente o l'inclusione esclusiva. Giunge al bio-potere partendo dalla guerra, passando per le dominazioni, fino ad arrivare al governo. Ma nel frattempo costruisce, decostruendo, una vera e propria dottrina dello Stato.

Insomma, più che occultare e stare fuori dal diritto (pubblico), il metodo di Foucault sta «sulle frontiere»²⁰, né dentro, né fuori, e per questo dice qualcosa al costituzionalista che vi attinge.

Non sempre, però, ciò che dice è utile al giurista positivo perché non ha conseguenze normative: non sempre consente di ricavare norme dalle disposizioni costituzionali vigenti. In ogni caso, consente di stabilire ciò che non è vero per il diritto costituzionale vigente e, quindi, ciò che, in quanto parziale, è anche teoricamente invalido.

3. L'essere e il dover essere del diritto

Dalle proposizioni generali di metodo è possibile, innanzitutto, dedurre quale concetto di diritto è presupposto dalla (o compatibile con la) analisi biopolitica, se solo questa si occupasse di diritto.

Nella grande divisione delle teorie del concetto di diritto, sta dalla parte dell'effettività più che della validità del diritto, dell'esperienza giuridica più che della norma, della realtà più che dell'idea, della positività più che della trascendentalità, della materia più che dell'astrazione, della vita più che della forma, della singolarità e dell'eccezionalità più che della universalità, dell'accidente più che del programma. Vi convergono molti indizi, quasi dei “segnavia”. Nel progetto filosofico biopolitico, uno dei principi metodologici è l'analisi delle «pratiche» di vita, degli «stili», dei «gesti», di ciò che «si faceva», per comprendere la costituzione correlativa del soggetto e dell'oggetto²¹. In un discorso in memoria del

¹⁹ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 45.

²⁰ M. FOUCAULT, *Che cos'è l'Illuminismo?*, in Id., *Antologia. L'impazienza della libertà*, Milano, 2008, 229.

²¹ M. FLORENCE (i.e. M. FOUCAULT), *Foucault, ivi*, 4.

maestro Hyppolite, Foucault conclude che «se grigia è la teoria, verde è l'albero della vita»²². L'ordine, il sistema, la forma, uccidono la vita. Più da vicino, se la *forma* di legge appare l'occultamento della *vita* del potere e ciò che importa è l'«economia» generale del potere, la concezione normativista del diritto è lontana e quella realista, casistica, più vicina. La vita, vera, sopravanza, la forma, falsa. Rinvia ad un positivismo materialistico del diritto la sua spiegazione dal basso: «all'origine della storia e del diritto si farà valere una serie di fatti bruti (vigore fisico, forza, carattere)»²³. Alla base, ci sono i corpi, i «casi», «un'irrazionalità bruta e nuda, ma in cui si manifesta la verità». Quello che sta sopra è «una razionalità fragile, transitoria, sempre compromessa e legata all'illusione e alla malvagità»²⁴. È un progetto opposto al tentativo, illuminista, del diritto di individuare, dietro la brutalità visibile dei corpi e delle passioni, una razionalità fondamentale, permanente, legata in modo essenziale al giusto, al vero e al bene. Non c'è un progetto razionale da realizzare ma solo una natura matrigna. Nella grande contesa sulla relazione tra potere e diritto, sta dalla parte della linea di pensiero del potere che fonda il diritto e non del potere che lo presuppone, salvo poi ritenere il fondato un occultamento della sua fondazione. Si avvicina, invece, all'ontologia sociale l'idea che la legge «è un interdetto, è la formulazione di un'interdizione, e quindi è una realtà, una realtà istituzionale» e l'allusione alla teoria degli *speech acts* di Austin e Searle²⁵. L'interesse per la filosofia analitica anglosassone (e per la filosofia pragmatica di Wittgenstein)²⁶ deriva dal fatto che «non si propone di riflettere sull'essere del linguaggio o sulla struttura profonda della lingua; riflette sull'uso quotidiano nei diversi tipi di discorso». Fa «analisi critica del pensiero a partire dal modo in cui vengono dette le cose»²⁷. È coerente la relazione che Foucault pone tra critica e Illuminismo, che è «l'orizzonte e non solo il bersaglio della critica»²⁸: da Kant in poi la filosofia ha l'obiettivo di impedire alla ragione, divenuta maggiorenne, di oltrepassare i limiti di ciò che si dà nell'esperienza. È pragmatica, nell'ermeneutica del soggetto, la critica alla cura di sé come principio universale, «forma della legge», a favore della sua dipendenza dalla pratica, dai «modi di vivere»²⁹.

La concezione esperienziale del diritto sottesa alla bio-politica non significa, però, la sua naturalizzazione e ancora meno la sua biologicizzazione. Se del diritto è predicabile una natura, questa è una 'seconda natura'. Foucault non accoglie la nozione di istituzione, perché «dal momento in cui si parla di istituzione, si parla in realtà di individui e insieme di collettività, presupponendo come già dati l'individuo, la collettività e le regole che governano entrambi. Diventa facile, di conseguenza, far precipitare qui tutta una serie di discorsi di tipo psicologico o sociologico»³⁰. Così come è vero che sostituisce alle regolarità istituzionali espressioni ellittiche quali «disposizioni di potere», «correlazioni», «reti», «correnti», «scambi», «punti di appoggio», «differenze di potenziale», «che caratterizzano una forma

²² M. FOUCAULT, *Jean Hyppolite. 1907-1968*, in Id., *Il discorso, la storia, la verità. Interventi 1969-1984*, Torino, 2001, 10.

²³ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 232 e, già, 52.

²⁴ *Ivi*, 52-53.

²⁵ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)* (2004), Milano, 2005, 208.

²⁶ *Ivi*, 202.

²⁷ M. FOUCAULT, *La filosofia analitica della politica*, in *Archivio Foucault. Interventi, colloqui, interviste. 3. 1978-1985. Estetica dell'esistenza, etica, politica*, Milano, 1998, 104.

²⁸ C. GALLI, *Forme della critica. Saggi di filosofia politica*, Bologna, 2020, 48.

²⁹ M. FOUCAULT, *L'ermeneutica del soggetto*, cit., 97-98.

³⁰ M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico. Corso al Collège de France (1973-1974)*, Milano, 2004, 27.

di potere, e che credo siano appunto gli elementi costitutivi al contempo dell'individuo e della collettività»³¹. Ma resta che la critica all'istituzione, fondata o meno che sia, è tutt'uno con la rivendicazione del suo carattere artificiale che solo consente agli uomini di evitare il condizionamento della natura e della tradizione.

Ne è conferma la distanza siderale tra l'innatismo radicale (o materialismo naturalistico) di Noam Chomsky e il pensiero critico (o materialismo storico, in senso ampio) di Foucault, tra l'invariante biologico e la convenzionalità della biopolitica³². La vita cui rinvia *bios* è, infatti, una "forma" di vita qualificata, inventata, che incontra il *logos* e implica un modo di vivere, il benessere e non solo l'essere, la nuda vita, che è, invece, *zoè*. La vita della biopolitica, che si estende dall'organico al biologico, dall'anatomo-politica del corpo umano, individualizzante, alla biopolitica della popolazione, massificante, è artificio e non natura: nel primo caso il corpo è preso in carico in quanto «macchina», nel secondo il corpo-specie è attraversato dalla «meccanica del vivente»³³.

Può, però, sollevarsi il dubbio che, seppure in prospettiva antibiologicista, Foucault finisca per accedere, nella critica alla normatività trascendentale propria della sovranità e della legge, all'idea di una norma immanente alla vita come *physis*, alla normatività della natura e, quindi, alla naturalità della norma, con «un *nomos* che è *bios*»³⁴. Ma così, nell'immanenza della biopolitica, proprio come nel cognitivismo neurobiologico, non c'è posto per la possibilità, per la simbolicità della cultura, per la "politica".

Per capire se sia così, passiamo dalla teoria generale del diritto alla dottrina dello Stato e, poi, della Costituzione.

4. La sovranità e la governamentalità

«Il sovrano, la legge, l'interdizione, tutto ciò ha costituito un sistema di rappresentazioni del potere che è stato in seguito trasmesso dalle teorie del diritto: la teoria politica è rimasta ossessionata dal personaggio del sovrano [...] Ciò di cui abbiamo bisogno è una filosofia politica che non sia costruita intorno al problema della sovranità, dunque della legge, dunque dell'interdizione. Bisogna tagliare la testa del re: non lo si è ancora fatto nella teoria politica»³⁵

Foucault non destruttura o decostruisce la sovranità dello Stato, non mette in questione l'equazione diritto=sovranità e non ne sostiene l'inconsistenza. Gioca ad un altro gioco.

La sovranità come categoria giuridica, a partire dal medioevo e precisamente dalla riattivazione del diritto romano, è irrealtà e astrattismo contro i rapporti effettivi di dominazione e di assoggettamento che fabbricano i soggetti. È un fattore di mistificazione, che occulta l'intelligibilità delle effettive tecnologie di assoggettamento, che legittima e convalida l'esercizio del potere e che va rimosso per far emergere il «movimento indefinito – e indefinitamente storico – dei rapporti di dominazione degli uni

³¹ *Ibidem*.

³² N. CHOMSKY, M. FOUCAULT, *Della natura umana. Invariante biologico e potere politico* (1994), Roma, 2008.

³³ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 123.

³⁴ Come ne dubita L. BAZZICALUPO, *Dalla natura all'artificio e ritorno. Un breve circuito a proposito di norma*, in A. CATANIA, F. MANCUSO (a cura di), *Natura e artificio. Norme, corpi, soggetti tra diritto e politica*, Milano-Udine, 2011, 11 ss. e spec. 19.

³⁵ M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, cit., 15. L'argomento ricorre in Id., *La volontà di sapere*, cit., 79.

sugli altri», come fece il contro-discorso storico-politico dei *Levellers* inglesi³⁶ e degli storici aristocratici francesi del XVII secolo contro il sapere della monarchia e della ‘sua’ amministrazione³⁷. La soluzione è far emergere i rapporti di dominazione e non l’origine della sovranità: occorre «mettere in circuito»³⁸, evitare la questione della sovranità, il fondamento di legittimità di quei rapporti, e «far funzionare i rapporti di potere nella loro molteplicità e non farli derivare dall’unità statale della sovranità»³⁹. Ma proprio per questo lascia intatta la sovranità. Anzi, accoglie una specifica teoria giuridica della sovranità, una teoria tattica e strategica per argomentare la necessità della fuoriuscita dalla sovranità e dal diritto. Così, però, taglia la testa non solo al re ma anche al popolo.

La sovranità per Foucault denota la relazione comando-obbedienza, «i diritti legittimi della sovranità» e «l’obbligazione legale all’obbedienza»⁴⁰. Alle volte si ha l’impressione che denoti il potere, la *maiestas* del diritto romano e poco di più. È, comunque, vicina, per intenderci, ad Austin. Dà l’idea di presupporre che l’effettività fonda la validità, che il potere preceda il diritto o che il diritto sia potere. Attribuisce la paternità di quella concezione a Hobbes, letto più dall’alto, nel binomio minaccia-paura o protezione-sicurezza, che non dal basso, dal lato dell’autorizzazione e del riconoscimento da parte del popolo della persona sovrano-rappresentativa. Non mette in dubbio che in Hobbes vi sia contenuto il dna non solo della monarchia assoluta ma anche del moderno Stato rappresentativo di diritto, che vivrà nelle esperienze politiche antiassolutistiche della Rivoluzione francese, delle rivoluzioni borghesi dell’Ottocento e delle democrazie. Ma è, appunto, una sovranità che accomuna il Re all’Assemblea nazionale, che è sempre un Re⁴¹. La sua cifra è l’illimitatezza: la sovranità o è illimitata o non è. Non ha senso prevedere meccanismi di neutralizzazione o di auto-limitazione. Quindi, la democratizzazione della sovranità non muta i termini della questione. Solo se la si elimina con la guerra o con il pensiero, come ha già fatto Kelsen, la si può destituire e con essa disarmare la forza. In questo modo si potrà vedere quanto la democrazia sia paradossale.

Ma è, questa, una teoria della sovranità che, in disparte la correttezza o meno della lettura della persona sovrana in Hobbes, sta e cade con l’idea che la sovranità è “per natura” illimitata e misteriosa. Questa è un po’ l’idea schmittiana⁴² che (il potere costituente e) la sovranità è illimitata e abissale e

³⁶ I *Levellers* traducono, infatti, la relazione tra il diritto normanno, assoluto, e il diritto sassone, quello della *Magna Charta*, del Parlamento e della pratica dei tribunali, più antico e liberale, come una relazione di conquista e, quindi, come un discorso etnico, razziale, che propugna il ritorno alle leggi sassoni come leggi di natura: M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 95.

³⁷ Qui la critica aristocratica, contro l’assolutismo del monarca, fa valere le presunte libertà fondamentali del popolo germanico o franco, un diritto quasi costituzionale e, contro il Terzo Stato, fa valere i diritti illimitati che discendono dall’invasione germanica: *ivi*, 97 e 126.

³⁸ *Ivi*, 31.

³⁹ *Ivi*, 45.

⁴⁰ *Ivi*, 28.

⁴¹ Nel discorso storico, che Foucault rivaluta, la Rivoluzione francese è, infatti, il compimento tragico ma politicamente vero della monarchia: «la convenzione nazionale rappresenta la verità della monarchia disvelata» e la sovranità sottratta dai re alla nobiltà è «nelle mani di un popolo che sembra essere l’erede legittimo del re. È il popolo sovrano» (*ivi*, 201).

⁴² Ma Foucault cita Schmitt a proposito della governamentalità come razionalità immanente ai micropoteri, una «generalità singolare» che non ha realtà che non sia evenemenziale: manipolando Schmitt scrive che «niente è politico, tutto è politicizzabile, tutto può diventare politico. La politica non è niente di più e niente di meno di ciò

come tale è irrelata alla competenza della competenza che è sempre costituita. È vero che ciò porta solo Schmitt, e non Foucault, a escludere l'identificazione tra sovranità e potere legislativo supremo ed a identificare la sovranità con «la superiorità dell'esistente sulla normazione»⁴³. Ma in entrambi la sovranità, messa a nudo, è, dentro la giuridicità, esistenza più che normatività.

In ogni caso, non è una dottrina vera per la sovranità di uno Stato popolare. Più precisamente, non è vera dogmaticamente perché non permette di spiegare il diritto positivo che, all'opposto, la contraddice perché iscrive la sovranità nel diritto costituito: è, cioè, arbitraria. Ma se non include il diritto positivo non è neppure valida teoricamente: lo sarebbe, infatti, solo se includesse e spiegasse tutte le ipotesi.

Nella Costituzione italiana la sovranità è in "forma" dentro il diritto, contro la sua infondatezza, eccedenza e trascendenza politica o, al contrario, contro la sua fattualità bruta. L'art. 1 attribuisce la «sovranità» al popolo posto dentro la Costituzione e presupposto prima della Costituzione. E quel popolo sovrano agisce rappresentativamente, «nelle forme e nei limiti della Costituzione», accettando la regola della legge come deliberazione parlamentare e non popolare. Si potrebbe obiettare che l'art. 1, che accosta la sovranità ai limiti e alla forma, è un non senso, perché la sovranità è illimitata e se la si limita non è più tale, quindi, il popolo rappresentato non è sovrano. Ma così si ragionerebbe, come Foucault, al contrario. Proprio perché l'art. 1 dispone una sovranità limitata, esclude che la sovranità sia potere illimitato e illimitabile, informe e abissale e fonda l'idea della sovranità costituita dal diritto e non della sovranità che costituisce il diritto, dal che se ne trae che non è il sovrano che fa la legge, bensì è la legge che fa il sovrano. Lo stesso discorso può farsi per la distinta categoria, teorica e dogmatica, della sovranità dello Stato quale ordine delle competenze statali presupposto dagli artt. 7 e 11 della Costituzione. Il primo presuppone che vi siano almeno due ordini indipendenti e sovrani, quindi, esclude che la sovranità sia una e illimitata; nel secondo la sovranità dello Stato coesiste con la pari sovranità degli altri Stati e consente espressamente proprie «limitazioni».

La medesima operazione la si può compiere sulla categoria della "governamentalità", criticamente coestensiva al campo semantico del governo, che all'unità, verticalità, linearità, intenzionalità e concettualità del potere sovrano oppone la diagonalità, la molteplicità, la disseminazione, l'empiricità e l'impersonalità degli effetti e delle tecniche di potere e che «attua strategie senza strateghi»⁴⁴. Quando Foucault passa, nel disvelamento del reale e dello sfruttamento, dalla guerra al governo vuol dire che la relazione specifica del potere non deve essere più ricercata né dal lato della lotta né del legame volontario «ma piuttosto nell'area di quel singolare modo di azione, né bellico, né giuridico, che è il governo»⁴⁵. Va interrogato il problema dello Stato a partire dalle pratiche della governamentalità per decostruirla dal basso e sottrarre gli individui alla normalità del biopotere normalizzante. Quindi, la nozione di governo si sostituisce a quella di dominazione: i rapporti di forza non sono più, di per sé stessi, rapporti di guerra, ma di governo.

che nasce con la resistenza alla governamentalità, la prima sollevazione, il primo fronteggiarsi» (M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 291).

⁴³ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, 151.

⁴⁴ Rende così la prospettiva desoggettivante, seppure intenzionale, del potere di Foucault C. PUNZI, *Democrazia come paradosso. Luhmann Foucault Canetti: sentieri convergenti*, Lecce, 2011, 22 e 152.

⁴⁵ M. FOUCAULT, *Il soggetto e il potere*, in H.L. DREYFUS, P. RABINOW, *La ricerca di Michel Foucault. Analitica della verità e storia del presente*, Firenze, 1989, 249.

Il governo di Foucault non è l'istituzione Governo, ma è la guida, con strumenti statuali, delle condotte degli uomini, meglio delle possibilità di azione, è "condotta delle condotte", è governo dell'ambiente in cui la popolazione vive. È «tecnica generale di governo degli uomini» che costituisce il «rovescio delle strutture giuridiche e politiche della rappresentanza, e la condizione di funzionamento di quegli apparati»⁴⁶. Nella storia della governamentalità Foucault non ha studiato la pratica reale di governo, ma l'arte di governare in luogo dei principi generali di diritto pubblico e, tra tutti, della rappresentanza politica. Si tratta di una tecnica il cui dispositivo tipo è, prima, la disciplina del corpo individuo e, poi, la sicurezza della popolazione.

Il governo è il governo sulle cose, l'amministrazione, l'economia delle anime e dei corpi, il domestico, l'immanenza: è l'anti-sovrano, il non giuridico, il non rappresentativo. È un potere «materialista» che tratta «cose reali, come il corpo e la vita»⁴⁷. Vi è contiguità tra il governo della famiglia e dello Stato, tra la legge della casa e quella della città. Il governo attinge al modello pastorale ebraico e cristiano, fondato sulla sottomissione e sull'obbedienza ad un individuo: la legge è individualizzata e gli uomini sono un gregge, una "moltitudine". La sovranità, invece, attinge al modello greco del rispetto della legge generale, ove gli uomini/cittadini costituiscono una comunità politica, un "popolo" e pone una netta discontinuità tra l'*dikos* e la *pòlis*. La ragione di stato del governo è conservazione e gestione, più che fondazione e trascendenza, che pertengono al paradigma della sovranità. Nel governo non interessa, infatti, l'origine e il compimento, come nella sovranità, ma la permanenza, la derivazione e la ripetizione: è il tempo della pace perpetua e non quello della pienezza dei tempi o del giorno del giudizio. La misura di quello è, con l'utilitarismo, il successo o il fallimento dell'azione e non la sua legittimità o illegittimità; il fine è la convenienza e non il bene comune. Non nasce dalla critica dei giuristi alla ragione di stato. Questa è tutta interna alla concezione del diritto ed è protesa alla limitazione dall'esterno del potere monarchico attingendo alle leggi fondamentali del regno, che precedono lo Stato poiché lo costituiscono: qui il diritto pubblico è diritto di opposizione⁴⁸. La «ragione di governo critica»⁴⁹, invece, nasce, nel XVIII secolo, dall'economia politica quale limite interno, di fatto e non di diritto, alla ragione di stato, con uno spostamento dalla veridizione giuridica alla veridizione epistemica. Il governo, con i diritti dei governati al posto dei diritti dell'uomo, è una limitazione del potere pubblico diverso dallo sbocco rivoluzionario che fonda il potere: la pratica di governo definisce in termini di utilità il limite di competenza del governo e la sfera di indipendenza degli individui. Il governo assume il senso stretto di arte di esercitare il potere nella forma dell'economia, da cui deriva la definizione del liberalismo come un'arte di governo. L'economia politica comporta, infatti, l'esigenza di un'autolimitazione della ragione di governo che è fondata non sull'artificialismo della governamentalità di polizia e della ragion di stato, ma sulla conoscenza delle regolarità e del corso naturale delle cose.

Bisogna intendersi su questa naturalità del governo. È una naturalità dei meccanismi e non del cosmo, è una naturalità della società, è la naturalità specifica dell'esistenza in comune degli uomini e non la naturalità dei diritti naturali anteriori all'esercizio della governamentalità. Ma proprio la società come

⁴⁶ M. FOUCAULT, *Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-1875)* (1999), Milano, 2000, 52.

⁴⁷ M. FOUCAULT, *Le maglie del potere*, in ID., *Archivio Foucault. Interventi, colloqui, interviste*, cit., 164-165.

⁴⁸ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 20-21.

⁴⁹ *Ivi*, 24.

campo specifico di naturalità dell'uomo farà apparire la società civile come interfaccia dello Stato: né prodotto dello Stato né naturalità dell'uomo ma prodotto delle tecniche di governamentalità. Lo Stato non si occupa della natura primitiva di sudditi sottomessi indefinitamente a una volontà sovrana, ma prende in carico la gestione di una società civile, che poi sarà nazione e quindi popolazione⁵⁰. Alla fine, il liberalismo costituisce la condizione di intelligibilità della biopolitica, la forma di razionalità propria dei dispositivi di regolazione biopolitica, ove i soggetti di diritto sui quali si esercita la sovranità politica appaiono a loro volta come «una popolazione che un governo deve gestire»⁵¹. Ma la questione del biopotere viene sempre eclissata dal governo, dal governo dei viventi, che è il punto di passaggio dall'analitica del potere all'etica del soggetto, al governo e alla cura di sé e degli altri.

Sovranità e governo, come in Rousseau, possono coesistere, ma sono due schemi di comprensione differenti e nella storia della modernità il secondo ha occupato la prima: lo Stato è una «peripezia», uno strumento della governamentalità e non il governo uno strumento dello Stato⁵².

L'esito è, dunque, uno spostamento. Il governo non designa più le tecniche attraverso cui il potere fa presa sugli individui, ma l'esercizio stesso della sovranità politica. È divenuto «la razionalizzazione della pratica di governo nell'esercizio della sovranità politica»⁵³. La governamentalità diventa la genealogia dello Stato moderno, ove la biopolitica è «una bioregolazione attraverso lo Stato»⁵⁴. La governamentalità, con la sua critica interna di natura economica, squalifica la ragione politica ancorata allo Stato e alla sua sovranità. Con estrema precisione, la governamentalità liberale, il liberalismo nella sua consistenza moderna, è «l'incompatibilità essenziale tra la molteplicità non totalizzabile, caratteristica dei soggetti di interesse, dei soggetti economici e l'unità totalizzante del sovrano giuridico»⁵⁵.

È complicato tradurre in categorie giuridiche ciò che nasce come via di fuga dal giuridico. Possiamo, però, dire che l'analisi della governamentalizzazione delle relazioni di potere in Foucault coglie una tendenza, un movimento, che, nato nella Monarchia, ha investito lo Stato popolare/rappresentativo e che, grossomodo, converge nella direzione di una sua de-democratizzazione o aristocratizzazione ed economicizzazione. Nella Monarchia l'amministrazione fa corpo con la volontà illimitata del re, ma il re «è indotto a fare corpo con la propria amministrazione, a essere unito a essa, attraverso il sapere che l'amministrazione gli ritrasmette, [...] dal basso verso l'alto». Ma così «l'amministrazione regna sul re grazie alla qualità e alla natura del sapere che gli impone»⁵⁶. E il meccanismo del sapere-potere, che è una declinazione del binomio teoria-prassi, non muta al cambiare delle forme di governo e di stato. Descrive abbastanza bene l'esistente. È un fatto perdurante la «preminenza», per adoperare pressappoco le parole di Foucault, di questo tipo di potere che chiamiamo governo su tutti gli altri, tra cui la sovranità e, con esso, dell'obbligazione di risultato e della validazione economica sulla legalità. È un fatto che l'amministrazione, da *poiesis*, opera, produzione, è divenuta *praxis*, azione politica e che è

⁵⁰ Sono le idee di 'governo' disseminate in molti dei corsi tenuti al *Collège de France* e qui 'ricostruite' secondo un ordine interno al nostro discorso: si è attinto soprattutto a M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 27 ss. e Id., *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 252 e 282 ss. e spec. 285.

⁵¹ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 33.

⁵² M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 183.

⁵³ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 14.

⁵⁴ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 216.

⁵⁵ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 32.

⁵⁶ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 113.

fine e norma di sé medesima e, come tale, ha in sé il proprio compimento, i propri fini, i propri limiti e le regole del proprio funzionamento.

In linea teorica, però, tutte quelle elencate sono buone ragioni per non rinunciare ad occuparsi della teoria della sovranità, per distinguere tra sovranità e sovranità e per non introdursi comodamente nelle fauci della ragione di governo. È come se il linguaggio biopolitico, tutto forgiato attorno alla governamentalità e, seppure più di rado, alla “governabilità” per svelare l’essere del potere, ne abbia alla fine ipotecato il dover essere, penetrando nel diritto, fino a farsi, contro le sue intenzioni, legge. Insomma, a forza di dire che il diritto va visto non dal lato di «una legittimità da stabilire, ma da quello delle procedure di assoggettamento che mette in opera», quelle procedure hanno catturato il diritto⁵⁷. E, se la ragione di governo è ciò che Foucault dice di essere, se è assoggettamento diagonale, obliquo, per induzione più che governo diretto delle azioni, prescrizione, è evidente che è peggio della dominazione mascherata dalla sovranità, perché è più difficile smascherarla, combatterla, opporla. Ma allora la contromossa non è rimuovere la sovranità, bensì continuare lo sforzo, il cesello, del pensiero giuridico politico del XVIII secolo che si interroga sul modo, sulla forma, per passare dalla molteplicità degli individui e delle volontà ad una volontà, per individuare la persona sovrana e per costituire l’unità politica e, casomai, rimuovere la governabilità.

In linea dogmatica, il problema per il diritto vigente è se l’esistente è conforme al dover essere costituzionale e quale sia la relazione costituzionalmente imposta tra legalità e risultato, tra sovranità e governo.

Se si tenta una riduzione costituzionale del “governo”, ciò che nella Costituzione è governo, amministrazione, economia, non delibera, non rappresenta, ma esegue l’incarico con fedeltà, è governo di ciò che è dato, è scienza degli utensili e non sapere dei fini, è *poiesis*, produzione, che non ha in sé il suo scopo ma deve essere giustificata nel contesto dei fini che le sono assegnati. È in posizione servente e strumentale di ciò che deve essere. Il pubblico impiegato è – secondo la lettera dell’art. 98 della Costituzione italiana – al «servizio esclusivo della Nazione» nel preciso senso che è funzionario, «servitore». È coerente con l’art. 97, comma 2, con le riserve di legge e, più in generale, con il principio basilare della preferenza di legge, ovvero della non contrarietà dell’atto amministrativo alla legge. Ma è, altresì, coerente con il più intenso principio di legalità formale e sostanziale dell’amministrazione, ove lo si ritenga principio generale di rango costituzionale. Nel testo costituzionale, l’amministrazione non è una griglia di intelligibilità parallela o solo diversa dalla legge, che è atto di sovranità: le è subordinata, perché i ministri o i “magistrati” del popolo agiscono su commissione e non sovranamente. Per la Costituzione economica vale lo stesso: la legge del valore non si dà – non deve darsi – senza il valore di legge. Se di fatto avviene il contrario, se l’indirizzo politico comunitario – della città e non del Governo – non sta nella legge o nella fonte equi-valente ma nell’atto che dovrebbe servirla o se, comunque, la legge diviene strumento o esecuzione dell’amministrazione, significa che il fatto, l’essere, non è conforme al dover essere. L’effetto netto è la de-democratizzazione ovvero la aristocratizzazione del governo rappresentativo e popolare. Ma un effetto in qualche modo analogo, seppure meno potente, si produce anche laddove, a cascata, l’amministrazione si sottragga all’indirizzo politico generale del Governo: ne sono segno le autorità amministrative indipendenti, seppure costituite e regolate con legge.

⁵⁷ *Ivi*, 31.

Insomma, il dover essere costituzionale è leggibile più con Rousseau che con Foucault. È nel primo che l'economia "politica" dipende dal diritto pubblico, perché è economia generale, pubblica, è «governo» che (e)segue «come unica norma la ragione pubblica, che è la legge»⁵⁸. E in quanto governo è distinta dalla «sovranità», che è il potere di emanare le leggi⁵⁹ ed è ad essa sotto-ordinata, perché «la prima regola dell'economia pubblica è che l'amministrazione sia conforme alla legge»⁶⁰. Il legame è la volontà generale, «il primo principio dell'economia pubblica e la fondamentale norma di governo»⁶¹. Il secondo lascia intravedere ciò che dovrebbe essere attraverso la critica della governamentalità ma il suo non è un discorso ascrivibile al registro della normatività.

Non cambia la conclusione se si dice che la genealogia teologica della struttura della macchina governamentale manifesta che non vi è una sostanza del potere, ma solo un'economia, in quanto non sono gli effetti (il Governo) a dipendere dall'essere (dal Regno), ma l'essere consiste nei suoi effetti⁶². Se ciò può essere una feconda linea di studio per pensare filosoficamente il governo e la sua economia, almeno per ora, non è compatibile con il diritto costituzionale vigente, che subordina il Governo al Regno, l'azione all'essere, l'atto esecutivo, la "polizia", alla legge.

La Costituzione, insomma, non consente di sbarazzarsi della teoria dello Stato in nome della ragione di governo.

5. La legge e l'interdizione

Dal paradigma della sovranità e da quello del governo derivano dispositivi differenti e, nei termini del diritto costituzionale, fonti del diritto di qualità differente.

La sovranità si manifesta nel «rituale maestoso» della Legge che comanda il popolo. Il governo ricorre alle «procedure modeste» della disciplina, che «fabbrica» gli individui⁶³ e ai meccanismi pervasivi della sicurezza, che costituisce il proprio oggetto e soggetto, la popolazione. Lo strumento elettivo della disciplina e della sicurezza, dell'anatomo-politica del corpo umano e della biopolitica del corpo-specie umana, è la norma e non la legge. Foucault, quindi, spezza il binomio hobbesiano di sicurezza e sovranità, da cui deriva lo Stato di diritto e il principio di legalità nel diritto pubblico europeo.

Partiamo dalla legge. La forma di legge è il comando della legittima autorità politica che esige obbedienza. Nella rappresentazione giuridico-discorsiva la legge/regola «crea, per il fatto stesso di articolarsi, uno stato di diritto. Parla, ed è la regola»⁶⁴ e di fronte ad «un potere che è legge, il soggetto che è costituito come suddito – che è "assoggettato" – è colui che obbedisce. All'omogeneità formale del potere in tutte queste istanze, corrisponderebbe in colui che è costretto – che si tratti del suddito di fronte al monarca, del cittadino di fronte allo Stato, del figlio di fronte ai genitori, del discepolo di

⁵⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discorso sull'economia politica*, in ID., *Scritti politici*, I, Bari, 1971, 277 e 280.

⁵⁹ *Ivi*, 280.

⁶⁰ *Ivi*, 287.

⁶¹ *Ivi*, 204.

⁶² È la riattualizzazione di Foucault da parte di G. AGAMBEN, *Oikonomia. Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, in ID., *Homo sacer. Edizione integrale. 1995-2015*, Macerata, 2018, 503, 512 e 636-637.

⁶³ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino, 2014, 187.

⁶⁴ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 74.

fronte al maestro – la forma generale della sottomissione. Potere legislatore da una parte e soggetto obbediente dall'altra»⁶⁵.

La legge appartiene all'ordine dell'«universale»⁶⁶ e della trascendenza, dell'«immaginario»⁶⁷. Foucault ascrive, specificatamente, la legge all'immaginario del limite negativo perché «immagina e trova la sua formulazione solo immaginando tutto ciò che potrebbe essere fatto e che non va fatto»⁶⁸. Presuppone che il modello giuridico della sovranità-legge non possa che poggiare su un individuo come soggetto di diritti naturali o di poteri originari, da cui si deve muovere per rendere conto della genesi ideale dello Stato. La legge della sovranità è solo la «legge di proibizione», è la legge che vieta, senza l'efficacia produttiva della positività degli apparati di potere. È legge della sola reazione. E «la ragione è che il potere è tollerabile a condizione di dissimulare una parte importante di sé. La sua riuscita è proporzionale alla quantità di meccanismi che riesce a nascondere. Il potere sarebbe accettato se fosse interamente cinico? Il segreto non è per lui un abuso; è indispensabile al suo funzionamento [...]. Il potere come puro limite tracciato alla libertà è, almeno nella nostra società, la forma generale della sua accettabilità»⁶⁹. Però, il punto di emersione della verità – e qui sta la critica esterna di Foucault alla legge come forma universale e limite ai diritti – non è immaginare idealmente soggetti che hanno ceduti diritti e poteri per lasciarsi assoggettare alla legge che protegge e uccide, ma analizzare storicamente come le relazioni di assoggettamento fabbricano soggetti⁷⁰. La critica è alle finzioni del diritto naturale e all'universalismo della legge, che è occultamento dell'assoggettamento. Come hanno mostrato i *Levellers* inglesi, nel discorso storico-popolare teso a sopprimere la dominazione normanna, «le leggi sono dei tricks, dei trucchi, malvagità, trappole»⁷¹. La critica è più estesamente alla «giuridificazione progressiva della cultura occidentale», che ci ha fatto ritenere che «la legge, e la forma della legge, potesse essere assunta come principio generale di ogni regola nell'ordine della pratica umana». Al contrario, la legge è solo un «episodio» e una «forma transitoria» nella storia delle «tecniche e tecnologie delle pratiche» utilizzate dal soggetto nei confronti di sé stesso⁷². Per tutte queste ragioni occorre allora prenderne congedo per oltrepassarla, per liberarsi del privilegio teorico della legge (e della sovranità), per farne piazza pulita, dice più volte Foucault. Solo così si sfugge al «sistema» Sovrano-Legge che per tanto tempo ha affascinato il pensiero politico. Il metodo giuridico va rovesciato: si coglie il come del potere non dalle regole di diritto che fissano «limiti di diritto al potere» ma indagando «quali regole di diritto il potere mette in opera per produrre effetti di verità»⁷³. Questa sembra a Foucault la via per la liberazione dalla schiavitù della legge, dalla *forza* della legge.

La legge, però, è schiavitù solo se è ciò da cui muove Foucault. Ma quella è solo l'idea liberale della legge come limitazione delle azioni e, conseguentemente, dei diritti, ponendo ciò che è positivo nella

⁶⁵ *Ivi*, 76.

⁶⁶ M. FOUCAULT, *L'ermeneutica del soggetto*, cit., 98.

⁶⁷ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 47.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 76-77.

⁷⁰ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 229.

⁷¹ *Ivi*, 95.

⁷² M. FOUCAULT, *L'ermeneutica del soggetto*, cit., 97.

⁷³ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 28: rovesciando due volte Hobbes, la legge produce effetti di verità e la verità, a sua volta, fa la legge, produce effetti di potere. La critica è l'interrogazione della verità nei suoi effetti di potere e del potere nei suoi effetti di verità.

natura e la società nel negativo. È vero che l'idea interdittiva, negativa, «scheletrica» della legge è stata condivisa da molti, ma non «da tutti»⁷⁴. Con molta sintesi, il processo di democratizzazione del governo rappresentativo ha sostenuto la autonomia della legge e non la sua forza. Non vi è contrapposizione logica tra la forza della legge che prescrive, punisce, ricompensa, etc. e la libertà della volontà del suo destinatario, che partecipa del popolo rappresentato. Ha aperto all'idea che la forma rappresentativa di legge non elide la sovranità del popolo che elegge i propri rappresentanti politici e che la rappresentanza del popolo non è concettualmente un ossimoro e non è un inganno. Nella stessa direzione, il pensiero giuridico occidentale ha elaborato, in parallelo alla concezione positiva di libertà garantita da leggi contro quella libertaria di assenza di leggi, una legge di segno positivo, che costituisce diritti di libertà e non limita diritti preesistenti, che crea e non distrugge. Nella concezione comunitaria e non immunitativa, la legge è limite solo nel senso che limita la libertà di ciascuno per consentire la eguale libertà di tutti. Il che va di pari passo con l'idea che la (forma di) legge è libertà. Tra il potere e la libertà non vi è relazione, che è sempre opposizione alla confusione tra i due relati, ma simbiosi. Il potere non è limite alle libertà originarie, naturali degli individui, perché queste non sono un fatto che pre-esiste al diritto o che pertiene ad un fantasmatico diritto di natura, che va difeso, garantito dal diritto positivo, ma sono già da sempre libertà *civili*, costituite dall'artificio del diritto. A dire che al di fuori della legge posta non c'è alcuna libertà. E quando si discorre di lotta tra potere e libertà, si tratta – questa volta si – di una mistificazione che copre sempre una lotta tra due poteri, di cui uno si chiama, per comodità, libertà. In fondo, il ripensamento del rapporto tra libertà e legge si sostiene teoricamente con la distinzione kelseniana tra causalità e imputazione, che corrisponde a quella tra necessità e libertà, tra natura e società, tra realtà e valore. L'imputazione che governa le leggi del diritto crea la libertà perché rende l'uomo, punto finale dell'imputazione, responsabile delle proprie azioni ed emancipato dalla necessità naturale: nei termini della relazione causa ed effetto, l'uomo non è imputabile perché libero, ma è libero perché imputabile. Ma per tutti questi motivi, se la legge non è teoricamente (e non è sempre stata storicamente) limite alla libertà, l'impazienza della libertà non passa dalla estromissione della legge.

Tutto questo per Foucault è irrilevante perché è la superficie che inganna. Non bisogna lavorare dentro la legge, dentro le sue concezioni, per separare il diritto dal potere come fa la dottrina pura del diritto, ma solo sfuggirle. Né ha senso chiedersi se la legge sia innata, ricognitiva dell'esistente o costitutiva⁷⁵. La legge è, infatti, sempre una maschera che copre il fatto che «dietro la legge la guerra continua a infuriare all'interno di tutti i meccanismi di potere»⁷⁶. La forma dell'obbligazione politica è solo assoggettamento, è il volto della conquista degli uni e della sottomissione degli altri. Per tagliare la testa al re occorre togliere di mezzo la maschera della legge.

5.1 La norma della disciplina e della sicurezza

Bisogna dotarsi di una differente griglia di interpretazione storica. La cifra della legge della teoria classica della sovranità è, infatti, la morte: «la legge non può non essere armata, e la sua arma, per

⁷⁴ Come ebbe invece a dire in una intervista M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, cit., 13.

⁷⁵ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 80, a proposito del rapporto tra legge e sessualità.

⁷⁶ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 49.

eccellenza, è la morte»⁷⁷. Il sovrano esercita un potere sulla vita perché può uccidere. La trasformazione del diritto pubblico nel XIX secolo trasforma, però, il diritto di sovranità di “far” morire o “lasciar” vivere in un altro diritto, che sarà il potere di “far” vivere e di “lasciar” morire⁷⁸. Si passa dalla sovranità sulla morte alla regolazione della vita. Si passa dal compito negativo della *Die Politik*, che combatte i nemici interni ed esterni dello Stato, al compito positivo della *Die Polizei*, che favorisce la vita dei cittadini e quindi la forza dello Stato. Ma un potere che ha il compito di occuparsi della vita non può usare la legge, la spada, la morte. Ha bisogno di meccanismi continui, regolatori e correttivi e non intermittenti come è l’obbedienza alla sovranità. Non si tratta più di far entrare in gioco la morte nel campo della sovranità, ma di distribuire ciò che è vivente in un dominio di valore e di utilità⁷⁹. E la “normatività” che deriva dalle arti di governo, disciplina e sicurezza, è una normatività fatta di effetti multipli e pluridirezionali, strategie impersonali e indirette, né individuali né collettive, reti, influenze, indirizzi, che, dal basso, attraversano il corpo sociale. È una rete di relazioni produttiva, nel senso che produce o induce il reale e non negativa come la legge. È alla fine una “normalità”. Così una società normalizzatrice è l’effetto storico di una tecnologia di potere centrata sulla vita. Vediamo come funziona la norma, partitamente, nella disciplina e nella sicurezza.

L’ordine della disciplina riguarda sempre i singoli individui separati gli uni dagli altri, con la loro individualità corporea o più precisamente singolarità somatica: al contrario dei dispositivi di sovranità, non è cioè l’ordine di collettività organizzate, unite. È solo in parte un «ordine «artificiale», posto in maniera esplicita da «una legge, un programma, un regolamento»⁸⁰. Rispetto al diritto pensato dagli illuministi, nel suo meccanismo, è un «contro-diritto»⁸¹. È, infatti, anche un «ordine definito da processi naturali ed osservabili», che rinviano ad un apprendistato, un addestramento, una attitudine riferita ad «una regolarità, che è anche una regola»⁸². E la norma è esattamente la parte naturale dell’ordine «giuridico-naturale» della disciplina⁸³, che misura, paragona, differenzia, gerarchizza, classifica, omogeneizza, esclude, in ogni istante, la ««natura» degli individui» in vista di una conformità ad un modello da realizzare⁸⁴. La norma è una «regola»⁸⁵. Appunto, normalizza e la normalizzazione è il nuovo principio di coercizione. Così nel XVIII secolo «il potere della Norma» si è aggiunto a «quello della Legge, quello della Parola e quello del testo, quello della Tradizione»⁸⁶. È allora conseguente che «il potere della norma funzioni facilmente all’interno di un sistema di uguaglianza formale, poiché all’interno di una omogeneità che è la regola, esso introduce, come imperativo utile e risultato di una misurazione, tutto lo spettro delle differenze individuali»⁸⁷. La norma è insomma una «nuova forma di «legge»: un misto di legalità e di natura, di prescrizione e di costituzione», che, tra i molti effetti, consente di «riconoscere

⁷⁷ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 127.

⁷⁸ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 207; ma in termini simili *Id.*, *La volontà di sapere*, cit., 119.

⁷⁹ *Ivi*, 127.

⁸⁰ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 196.

⁸¹ *Ivi*, 242-3.

⁸² *Ivi*, 196.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ivi*, 200.

⁸⁵ *Ivi*, 201.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ivi*, 202.

il normale e l'anormale»⁸⁸. È la norma che vive nell'ordoliberalismo, con la sua valenza di normalizzazione e di disciplinamento sociale tesi alla spoliticizzazione dei conflitti economici. Il «liberalismo delle regole» costituzionali della Scuola ordoliberale di Friburgo, Francoforte e Colonia è, infatti, una istanza di ordine artificiale, di legalità formale-procedurale del «gioco» del mercato. Ma la sua coazione, a tratti organicistica, è immanente al mercato, perché – contro la normatività della critica dell'economia politica – è tesa a «lasciar essere» il sano e naturale funzionamento dell'economia e a bandire tutte le concettualizzazioni dei fini generali della società, che appaiono vaghi, generici ed inutili. Il nemico dell'economia *sociale* di mercato è, cioè, tanto la politica economica del *laissez-faire*, perché la concorrenza è manufatto, prodotto artificiale, quanto lo Stato-*termite*⁸⁹. In estrema sintesi, l'ordine concorrenziale del mercato non è un dato naturale, bensì un *eidos*, un privilegio di formalizzazione⁹⁰. Ma questo ordine causa l'aumento della produttività e, quindi, sviluppa la crescita economica e, per questa via, determina già una prestazione sociale da parte dell'economia di mercato. Al contrario, gli interventi redistributivi della ricchezza turbano inutilmente il meccanismo dei prezzi, la stabilità della moneta e più estesamente i meccanismi di mercato, frustrandone così anche la sua funzione sociale. Allo stesso modo, la tecnologia regolatrice e assicurativa della popolazione agisce mediante norme che regolano i processi biologici dell'uomo-specie per ottenere «stati complessivi di riequilibrio», di «regolarità»⁹¹, una «omeostasi» della massa vivente che cerca di modificare le probabilità degli avvenimenti aleatori che si producono al suo interno e compensarne gli effetti⁹². Il dispositivo di sicurezza ha cioè «la capacità di regolare stando dentro l'elemento della realtà»⁹³. Ma con una differenza rispetto alla norma dell'ordine disciplinare: in questo è prioritaria la normazione e non la normalizzazione, perché è la prescrittività della norma che consente di distinguere il normale dall'anormale, cosicché la *legalità* resta una tecnica funzionale alla disciplina; nell'ordine securitario, invece, la normazione è dedotta dalle normalità differenziali perché parte da ciò che è e non da ciò che deve essere, con la priorità della normalizzazione⁹⁴. Quindi, la disciplina prescrive e la sicurezza regola. È esemplare la medicina del XX secolo, che è una pratica sociale. Al sistema sociale diretto da un «sistema di leggi», inventato dai giuristi nel XVII e XVIII secolo, i medici hanno sostituito il sistema di sicurezza sociale della medicalizzazione indefinita e collettiva che si interessa non solo all'individuo ma alla specie umana intera e che ha inventato «una società della norma e non della legge», ove «quel che regge la società non sono i codici, ma la distinzione permanente tra il normale e l'anormale, l'impresa perpetua di ristabilire il sistema di normalità»⁹⁵.

Foucault qui prende congedo non solo dalla legge ma soprattutto dal normativismo, nel modo più radicale e violento possibile, ovvero privandolo del suo linguaggio: la norma transita dal piano del dover essere a quello dell'essere, dalla normatività alla normalità, dal piano dei valori ai fatti. Così

⁸⁸ *Ivi*, 335-336.

⁸⁹ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 78.

⁹⁰ *Ivi*, 111.

⁹¹ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 213.

⁹² *Ivi*, 215.

⁹³ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 47.

⁹⁴ *Ivi*, 50-55.

⁹⁵ M. FOUCAULT, *La medicalizzazione indefinita*, in Id., *Antologia. L'impazienza della libertà*, cit., 156.

l'anormale, benché etimologicamente implichi il riferimento alla norma come valore⁹⁶, quindi alla normatività, alla valutatività, è divenuto sinonimo di anomalo, che, invece, designa un fatto, un'irregolarità: così un giudizio di valore diventa un fatto. Ora, c'è da sempre e di continuo nelle teorie del diritto – e della Costituzione in particolare – il movimento di circolarità e di inversione della relazione tra normatività e normalità: sono le norme a produrre, ad imporre la normalità che esse stesse presuppongono; la normalità del normativo si capovolge nella normatività del normale. Foucault vede nella norma della disciplina del corpo e della regolazione della popolazione la standardizzazione, la naturalizzazione della norma stessa. È «regola naturale»⁹⁷. È regola nel senso più vicino alla tradizione delle *regulae iuris* che non alla loro riscrittura normativista. È la norma della tecnica che normalizza l'esistente, lo “lascia giocare” e non del diritto della trascendenza che prescrive. È un concetto di norma coerente con l'obiettivo polemico di Foucault di emanciparsi dal problema della fondazione. Non si vuole dire che in Foucault la normalità produca la normatività, alla maniera dell'istituzionismo, perché qui la normalità non è un fatto. La normalità, come la natura, è sempre il prodotto di una costruzione culturale, sociale o storica. È sempre il risultato di una messa in ordine, di un potere disposizionale che crea gerarchie, abitudini e comportamenti. Ciò che è normale è sempre un giudizio. Ma questa normalità già normativa, l'essere già da sempre condizionato dal dover essere, come la natura dalla cultura, è il prodotto della forza normativa di norme sociali molteplici, diffuse, e non di una deliberazione accentrata. È l'effetto appunto di tecniche disciplinari, meccanismi standardizzati di misura del reale, dispositivi, che guidano, orientano e influenzano le condotte, ma non prescrivono. Non conta la deliberazione legislativa ma l'«*enforcement of law*», la «forza della legge»⁹⁸, la «misura»⁹⁹, ovvero l'insieme di strumenti per conferire all'atto dell'interdizione forza reale, di una realtà sociale-politica. Se traduciamo, sempre un po' riscrivendo, nel nostro discorso, se ne trae che le “fonti” di quella ragione di governo non sono leggi scritte, men che meno a contenuto generale, ma sono consuetudini, «manuali di cortesia» e «buona creanza», di cui non è difficile individuarne gli eredi nel diritto vigente. Il movimento dalla legge alla norma, che Foucault registra, non significa che la legge e la giurisdizione scompaiano, ma che l'una funzionerà sempre più come una norma e l'altra «s'integra sempre di più ad un continuum di apparati (medici, amministrativi, ecc.), le cui funzioni sono soprattutto regolatrici»¹⁰⁰. Lo Stato si appropria della (o è catturato dalla) ragione di governo. Così, le costrizioni disciplinari, per nascondere i propri meccanismi di dominazione, si appoggiano alla legge di una sovranità democratizzata, «con la costituzione di un diritto pubblico articolato sulla sovranità collettiva»¹⁰¹. Per la biopolitica della popolazione accade qualcosa di simile. Nell'ordine cetuale, prerivoluzionario, francese il discorso delle razze, al plurale, in lotta, quale discorso della reazione nobiliare di una molteplicità di nazioni contro l'identificazione del corpo della nazione con il corpo del re, da cui emergerà il problema rivoluzionario della nazione e poi il discorso delle lotte di classe, è stato il contro-discorso rispetto al discorso storico-politico della sovranità romana. Ma dal problema rivoluzionario della nazione, al singolare, emergerà anche la nozione di razza al singolare e di razzismo di Stato ovvero la statalizzazione del

⁹⁶ Come notava l'epistemologo G. CANGUILHEM, *Il normale e il patologico*, Torino, 1998, 101.

⁹⁷ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 40.

⁹⁸ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 208.

⁹⁹ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 211.

¹⁰⁰ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 128.

¹⁰¹ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 39.

biologico¹⁰². E «il discorso della razza al singolare è stato un modo per rovesciare quest'arma, e per utilizzarne l'incisività a vantaggio della sovranità conservata dello Stato, di una sovranità il cui splendore e il cui vigore sono assicurati non più da rituali magico-giuridici, ma da tecniche medico-normalizzatrici. La sovranità dello Stato ha investito, ripreso a carico, il discorso della lotta delle razze, ma a prezzo del trasferimento dalla legge alla norma, dal giuridico al biologico»¹⁰³. È l'idea della guerra sociale, guerra intestina a difesa della società, «contro i pericoli che nascono all'interno del suo stesso corpo e dal suo stesso corpo», con il passaggio «dal costituente al medico»¹⁰⁴. Roma ha conquistato la Rivoluzione, dice Foucault¹⁰⁵.

Ma la soluzione alla società della normalizzazione, in cui si intersecano, con una articolazione ortogonale, la norma della disciplina e la norma della regolazione, non è il diritto della sovranità, la legge quale "effetto" della volontà sovrana.

«Non è ricorrendo alla sovranità contro la disciplina che si potranno limitare gli effetti del potere disciplinare [...] A dire il vero nel condurre le lotte contro le discipline [...] non è al vecchio diritto della sovranità che ci si dovrebbe rivolgere, ma a un nuovo diritto che, pur essendo antidisciplinare, dovrebbe al tempo stesso essere affrancato dal principio della sovranità»¹⁰⁶.

Cosa, però, sia questo nuovo diritto anti-sovrano e, al tempo stesso, anti-disciplinare resta teoricamente un mistero.

Dogmaticamente, il diritto costituzionale pone questioni ulteriori e diverse alla relazione Legge-Norma delineata da Foucault.

In breve, è incompleta perché non considera le costituzioni che prevedono la rappresentanza parlamentare del popolo e, al contempo, la sovranità di questo popolo rappresentato. Quindi, non contempla l'ipotesi che il governo popolare sia realmente – e non fittiziamente – rappresentativo. Foucault non discute il governo rappresentativo e la tendenza alla sua democratizzazione. È coerente perché l'alternativa positiva al dispotismo e allo stato di polizia è il dispositivo liberale dello Stato di diritto, il *Rechtsstaat*, il *Rule of law*, ove ciò che rileva è solo la distinzione tra le leggi, quali atti espressione della sovranità, qualsiasi essa sia e qualsiasi sia la forma della legge, e le misure amministrative¹⁰⁷. E il liberalismo ha accettato la regolazione nella forma della legge «non perché il formalismo giuridico gli fosse particolarmente congeniale, bensì in quanto la legge definisce forme di intervento generale che escludono misure particolari, individuali, eccezionali, e la partecipazione dei governati all'elaborazione della legge in un sistema parlamentare costituisce il sistema più efficace di economia di governo»¹⁰⁸. Dunque, l'organizzazione di un sistema parlamentare «realmente rappresentativo»¹⁰⁹ è la forma migliore per un assoggettamento efficace. È una riproposizione della critica alla rappresentanza parlamentare

¹⁰² *Ivi*, 117 e 206.

¹⁰³ *Ivi*, 74.

¹⁰⁴ *Ivi*, 187.

¹⁰⁵ *Ivi*, 76.

¹⁰⁶ *Ivi*, 41.

¹⁰⁷ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 142-143, a proposito dell'ordoliberalismo come teoria giuridica del mercato.

¹⁰⁸ *Ivi*, 264-265.

¹⁰⁹ Le virgolette alte sono nel testo: *ivi*, 265.

quale finzione, menzogna, inganno o dilemma senza soluzione o, comunque, alla ineluttabile aristocraticità del governo rappresentativo.

Ma la legge nella Costituzione positiva non è servitù. È vero che l'art. 70 la costituisce come deliberazione parlamentare e non popolare, ma l'art. 70 non è incompatibile con la sovranità del popolo dell'art. 1, comma 2: il popolo sovrano e rappresentato non è un ossimoro. Se la volontà collettiva è costituita artificialmente come volontà di tutti dalla regola – accettata – secondo cui deliberano nell'interesse generale i rappresentanti del popolo, non vi è contrapposizione tra la volontà rappresentativa e la volontà di tutti e di ciascuno, perché la prima è l'unica forma di espressione di un volere unitario del soggetto collettivo, è l'unico modo di esistenza delle organizzazioni giuridiche. La rappresentanza non è una forma politica: tutte le organizzazioni umane agiscono rappresentativamente. Anche il popolo esiste sempre rappresentativamente ovvero anche il governo popolare è rappresentativo, come ogni forma politica¹¹⁰. Quindi, nel diritto costituzionale la emancipazione dalla legge non è liberazione da una schiavitù, ma è segno di de-democratizzazione del governo rappresentativo.

La legge nella Costituzione non è neppure limite, non è ascrivibile al registro del negativo. La forma di legge, proseguendo la Costituzione/legge che costituisce e autorizza la legge, è costitutiva di potere e perciò stesso costituisce diritti di libertà. È evidente che non crea fatti di natura, eventi, accadimenti, che esistono di per sé, ma inventa nuove qualificazioni per quei fatti e, quindi, è produttiva. Coerentemente, tra Costituzione dei poteri e Costituzione delle libertà non vi è alcuna separazione: dov'è la libertà, lì è il potere e viceversa, tanto da rendere insensata la stessa distinzione. Le norme che creano o regolano il potere e le competenze sono diffusamente intrecciate con i modi e le forme di creazione o regolazione di diritti e le norme di obbligazione, che riconoscono e garantiscono o costituiscono e regolano diritti e doveri, contengono altrettante regole sulla competenza. Dal lato dei diritti, poi, la Costituzione costituisce e definisce il soggetto in funzione degli stessi diritti che riconosce, a dire che i diritti della persona non hanno nulla di naturale, sono maschere, non sostanze o la sostanza è ciò che è *di diritto*. Anche laddove, agli artt. 2 e 29, i diritti sembrano presupporre di essere riconosciuti come diritti naturali anteriori alla legge, è impressione fallace: è la norma costituzionale che prescrive il vincolo del diritto alla natura e non questa che limita quella. È, quindi, la norma costituzionale che costituisce le libertà. Può essere che così facendo crei, fabbrichi, il soggetto, ma solo quello di diritto. Quindi, non c'è motivo, in nome della lotta alla reazione liberticida, per abbandonare la legge. Al contrario, può essere la soluzione alla normalizzazione, alla naturalizzazione della norma che, nel suo determinismo e nella sua ineluttabilità, è di per sé illibertaria.

Infine, la legge nella Costituzione, così come la Costituzione che la costituisce, non è la norma, nel senso della normatività del normale. La Costituzione/legge del potere costituente del popolo rappresentato fonda la propria validità su una forma/norma costitutiva e non sull'economia descrittiva propria della natura delle cose. Non è legge di natura, "regola naturale", perché non segue un ordine delle cose: non dispone ciò che la cosa già è, ciò che è realizzato e compiuto, non si limita a "far giocare" le relazioni di potere, ma fa deliberatamente sussistere la cosa, separata e divelta dall'ordine di ciò che si dà. Questo inizio si ripete dentro l'ordine, nella forma di legge dell'art. 70, che deriva da quell'inizio e appartiene all'ordine che pone. La legge parla il medesimo linguaggio del dover essere e non

¹¹⁰ P. PINNA, *La rappresentanza democratica e aristocratica*, Modena, 2021, 14 ss. e Id., *La rappresentanza fra realtà naturale e artificiale*, in *Lo Stato*, 14, 2020, 347 ss.

dell'essere. Pertiene al registro del valore e non del fatto, della validità e non della forza. Non si dà dover essere senza essere, ma nel diritto costituzionale positivo la legge è dalla parte della normatività e non della fattualità/normalità del diritto. All'esatto opposto della diagnosi di Foucault, la legge è valore e non forza, "enforcement".

6. Le costituzioni e la Rivoluzione

Il discorso sulle costituzioni è conseguente al discorso sulla legge perché, nel discorso giuridico della sovranità, le costituzioni sono leggi. Sono segni della medesima sovranità delle leggi, quindi, la fine di questa ipotesi quelle.

Nel passaggio dalla sovranità al governo, infatti, il discorso giuridico non codifica e non rappresenta più il potere. Scrive Foucault che «la linea di tendenza allontana da un regno del diritto sebbene la rivoluzione francese, con l'era delle costituzioni e dei codici, sembrava promettere un prossimo avvenire»¹¹¹. La dimensione giuridica a partire dal XVIII secolo regredisce e «le Costituzioni scritte, nel mondo intero, dalla Rivoluzione francese in poi, i Codici redatti e rimaneggiati, tutta un'attività legislativa permanente e rumorosa, non devono creare illusioni: sono le forme che rendono accettabile un potere essenzialmente normalizzatore»¹¹².

Questo ci dice che Foucault coglie la specificità della scrittura delle Costituzioni del tornante rivoluzionario. La Rivoluzione, attingendo al testo di Kant sull'*Aufklärung*, conta non tanto per il suo contenuto, che «in ogni caso è un pasticcio», quanto come «valore di un segno»¹¹³. È segno «del fatto che gli uomini considerano un diritto di tutti darsi la costituzione politica [...] scelta a proprio piacimento» e che eviti «ogni guerra offensiva»¹¹⁴. La Rivoluzione, con la sua costituzione politica, ha cioè «rivelato nella natura umana una disposizione e un potere per il meglio tali che nessun uomo politico avrebbe potuto dedurli dal corso delle cose», a dire che l'avvenimento in sé è una virtualità permanente nella storia futura e segno di un cammino continuo verso il progresso¹¹⁵. Più avanti dirà che il Terzo Stato chiedeva una costituzione che non fosse una ri-costituzione, ma che fosse essenzialmente una costituzione antistorica o astorica¹¹⁶. Ma proprio la *forma* della costituzione, la sua antistoricità, è ciò che ne determina l'iscrizione al regno della finzione, delle illusioni. Rileva poco o nulla il passaggio dalla monarchia pura a quella costituzionale o alla democrazia parlamentare, con la dottrina del potere costituente del popolo: la persona rappresentativa che approva la costituzione/legge, sia essa il Monarca sia essa l'Assemblea nazionale eletta, sono Re, sono il Sovrano, sono il Potere. Come prima il Re era la

¹¹¹ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 80. Il corsivo è aggiunto.

¹¹² *Ivi*, 128.

¹¹³ M. FOUCAULT, *Il governo di sé e degli altri. Corso al Collège de France (1982-1983)* (2008), Milano, 2009, rispettivamente, 28 e 25.

¹¹⁴ *Ivi*, 28.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 181. E quando, nel corso del processo rivoluzionario, il Terzo Stato ricorrerà alla storia per diventare la nazione, l'universalità dello Stato, per riempire di sostanza (storica) lo stato giuridico formale che gli è dato da una legge comune e da un corpo legislativo, la sua storia sarà una storia rettilinea, lineare e non originalista, nel segno del ritorno all'ordine primitivo delle cose, come quella del discorso storico nobiliare: *ivi*, 188.

Nazione, così ora il Terzo stato è *la* Nazione. La diversa forma di rappresentatività delle une e delle altre non sposta nulla.

Ci dice, però, anche che Foucault non accede ad alcuna relazione disgiuntiva tra Costituzione come legge del governo rappresentativo e sovranità, alla maniera del costituzionalismo liberale-garantista: la costituzione è potere statale sovrano e non ne è un limite esterno a protezione degli *iura*. Ma proprio perché partecipa della natura della legge, della sovranità, per Foucault è limite delle libertà e non limite del potere a garanzia dei diritti. Per dire che, proprio perché è diritto, occulta il potere, quindi va teoricamente estromessa.

Poteva immaginarsi un esito diverso. Un pensiero critico, per il quale la critica – che deve accompagnare l'uso sorvegliato della ragione uscita dallo stato di minorità nell'*Aufklärung* – è «l'arte di non essere eccessivamente governati»¹¹⁷ dinanzi alla onnipervasività politica ed epistemologica del potere e il liberalismo è forma di riflessione critica sulla pratica governamentale ovvero è esercizio di una governamentalità secondo una critica, poteva virare nella direzione del costituzionalismo liberale, della Costituzione garanzia come tecnica giuridica della libertà. Ma la critica è limite immanente alla governamentalità che assoggetta attraverso determinate pretese ed effetti di verità e la costituzione, come la legge, è, invece, sovranità e non governo. La costituzione poteva essere al più limite, secondo il discorso giuridico, esterno alla ragione di stato: in Foucault è, infatti, frequente il significato di diritto come strumento di limitazione del potere, come sistema di limiti e come resistenza al potere, soprattutto con riguardo alla monarchia pura e a quella costituzionale. La costituzione non poteva, però, garantire i diritti alla stregua dell'idea liberal-costituzionale perché, in quanto legge, è al contrario segno di sovranità che limita quei diritti: protegge ma uccide. In ogni caso, comunque sia, il diritto, il discorso giuridico, ha perso e il limite interno, l'auto-limite, è divenuto l'economica politica, che così diventa il nuovo sovrano.

La conclusione in Foucault è allora la svalutazione della costituzione scritta e della sua progettualità, in qualche modo eredi dell'intenzionalismo del contratto sociale. Il popolo rappresentato che scrive una Costituzione è il medesimo popolo del contratto sociale come ideale regolativo normativo, come rasoio critico dell'autolegittimazione del moderno nei confronti dell'ordine esistente e come artificio costitutivo di un ordine nuovo. La critica di Foucault alle teorie del contratto(-oppressione) e dell'origine ideale della società non può che travolgere le costituzioni scritte, così come la contro-storia sull'origine e sulla validità dei diritti effettivamente esercitati, sempre a partire da un fatto storico, narrata dal pensiero dello storicismo politico che è, nel XVIII secolo, una storia dei nobili con una forma profondamente antiggiuridica e che Foucault oppone al discorso giuridico-filosofico mistificatore, è nemica dichiarata del contrattualismo.

Nel suo progetto di analisi dell'intelligibilità della storia, la costituzione diviene qualcosa di simile alla costituzione della filosofia della storia, di una storia che si sviluppa in un tempo ciclico. Cerca «il punto costituente della politica e della storia, il momento di costituzione del regno». Ma dice «“punto costituente”, “momento di costituzione”, per evitare, senza tuttavia cancellarla, interamente, la parola “costituzione” [...] si fa storia per ristabilire la costituzione, ma non la costituzione intesa come insieme specifico di leggi [...] non si tratta neppure di ritrovare una sorta di convenzione giuridica fondatrice, o stipulata nell'*archi-temps* tra sovrano e sudditi». Piuttosto «si tratta di ritrovare qualcosa che ha

¹¹⁷ M. FOUCAULT, *Illuminismo e critica*, Roma, 1997, 38.

consistenza e situazione storica; che non fa parte tanto dell'ordine della legge quanto dell'ordine della forza; che non è tanto dell'ordine di un documento scritto quanto dell'ordine dell'equilibrio. Qualcosa che sia una costituzione, ma quasi come la intenderebbero i medici, vale a dire: rapporti di forze, equilibrio e gioco di proporzioni, dissimmetria stabile, ineguaglianza congruente»¹¹⁸. Nel discorso costituzionale è una riscrittura della metafora della Costituzione bilancia¹¹⁹ opposta alla Costituzione orologio. Ma questa è esattamente l'idea di costituzione, medica e militare, che si forma intorno alla reazione nobiliare, in cui la storia e il diritto pubblico procedono appaiati: «si insegnava il diritto pubblico e il diritto costituzionale sotto le specie figurate della storia»¹²⁰. Tanto che, dice Foucault, dieci anni prima degli stati generali, è la creazione del ministero della storia che fa emergere le leggi fondamentali del regno e conduce alla prima accettazione implicita da parte del re di una sorta di costituzione, di «qualcosa che può inserirsi tra il suo potere e la sua amministrazione»: prima saranno le leggi fondamentali e poi la rappresentanza del popolo¹²¹. La costituzione viene associata alla rivoluzione, non già però nel senso di rottura, aperta sul futuro e non sul passato, ma in quello conservatore di un ritorno all'età dell'oro. È l'ambiguità del termine rivoluzione, tutta iscritta nel suo etimo latino *re-volutio*, che indica, nell'antichità greco-romana, il ritorno a o il rivoltare, in senso molto prossimo a quello di restaurazione, oppure, nel latino medievale, il moto ciclico o ellittico delle stelle oppure, nella *glorious Revolution*, un ritorno a principi e norme ingiustamente calpestati. Ma Foucault precisa che non era il ristabilimento di vecchie leggi.

«Fintantoché nella letteratura storico-giuridica (che era stata fondamentalmente quella dei parlamentari) per costituzione si erano intese le leggi fondamentali del regno, vale a dire un apparato giuridico, qualcosa dell'ordine della convenzione, risultava evidente che il ritorno della costituzione non poteva essere altro che il ristabilimento in qualche modo decisivo delle leggi rimesse in piena luce. Al contrario dal momento in cui la Costituzione non è più un'armatura giuridica o un insieme di leggi, ma è un rapporto di forze, è chiaro che questo rapporto non può essere ristabilito a partire dal nulla, ma solo dal momento in cui esiste una sorta di movimento ciclico della storia, solo dacché esiste in ogni caso qualcosa che permette di far girare la storia su se stessa e di ricondurla al suo punto di partenza. Di conseguenza, attraverso l'idea di una costituzione che è medico-militare, cioè rapporto di forze, [...] si reintroduce qualcosa come una filosofia della storia ciclica o in ogni caso l'idea che la storia si sviluppa secondo cerchi [...] È il vecchio tema millenaristico del ritorno delle cose»¹²².

Non è, quindi, una dottrina della costituzione che può avere conseguenze normative nel caso di una Costituzione che è deliberazione legislativa scritta del popolo rappresentato.

¹¹⁸ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 166-167.

¹¹⁹ La metafora della «bilancia» come equilibrio che tende a una escatologia relativa e non assoluta torna a proposito dell'idea di Europa che esce dal trattato di Westfalia in M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 217 ss.

¹²⁰ *Ivi*, 110-111.

¹²¹ *Ivi*, 120.

¹²² *Ivi*, 167.

7. La libertà e il potere

La relazione tra potere e libertà in Foucault è ambigua e complica i concetti di diritto e di legge perché il potere non è solo il potere politico.

Qui non interessa il progetto filosofico di Foucault e il suo esito. L'analisi dei modi di soggettivazione, più che del potere, è la via per la liberazione dai rapporti di potere che costituiscono, fabbricano, il soggetto, che non si dà mai allo stato selvaggio. Al posto del discorso di lotta, l'approdo è una stoica cura di sé, l'ermeneutica del soggetto governato, l'etica individuale del sé, il rapporto del sé con sé, come resistenza di un soggetto non egemonico al potere politico. Non interessa perché questa pratica privata della libertà non è una forma del legame sociale, non se ne comprende la visibilità "pubblica" e la sua idoneità a costituire una comunità politica è del tutto casuale.

Interessa, però, la relazione tra diritto e potere e, dunque, tra libertà e potere che ne è implicata. Sembra che la cura di sé significhi un diritto dei governati, più che degli uomini, al governo di sé come opposizione al potere e che, quindi, rinvii al diritto come limitazione esterna del potere e al potere come limite alla libertà. Può essere. Se, però, non vi è mai né «un soggetto costituente», né «un'oggettività pura», bensì un soggetto e un oggetto che si costituiscono sempre simultaneamente, tra l'uno e l'altro vi è simbiosi o qualcosa che le somiglia molto¹²³. Ma allora, realisticamente, non si dà alcuna libertà, alcuna soggettività, senza potere o in opposizione al potere. La libertà, al singolare, non è autodeterminazione, autocausalità o possibilità di scelta. In ogni caso, non vi è un'opposizione alla maniera liberale. Non si dà mai un soggetto originariamente libero che precede l'esistenza del potere e che si assoggetta, cedendo i propri diritti, attraverso un contratto, perché il soggetto è già un prodotto, un effetto dei meccanismi di potere. Contro il contrattualismo giusnaturalistico e democratico, il soggetto non parla, ma è parlato dal discorso che è sempre discorso di potere¹²⁴. L'autocoscienza del soggetto è tutt'uno con il suo assoggettamento.

Ma se è così, questa specifica relazione simbiotica tra libertà e potere, tra soggetto e oggetto, toglie sostegno alla concezione liberale di legge da cui Foucault tatticamente muove per estrometterla e a cui giunge con l'etica e la pratica del governo di sé, che, invece, presuppone una relazione contrastiva tra il potere della legge e il soggetto di libertà.

È, però, coerente con l'idea che la libertà è ciò che distingue i rapporti di guerra, di dominio, dalle relazioni del potere che "governa": in quelli le pratiche di libertà non esistono, queste presuppongono sempre la libertà dei soggetti, la loro capacità di resistenza. Il potere come governo, infatti, è un modo di azione sulle azioni altrui, il quale viene «esercitato soltanto su soggetti liberi, e nella misura in cui sono liberi»¹²⁵. Detto diversamente, «dove c'è potere c'è resistenza», ma proprio per questo la resistenza non è esterna al potere: è immanente al campo strategico delle relazioni di potere¹²⁶. Qui, però, non siamo nel regno della legge ma delle tecniche di governo, talché l'immanenza della libertà al governo non ne implica l'immanenza alla legge e alla sovranità. Anzi, la resistenza è pensabile solo di

¹²³ M. FLORENCE (i.e. M. FOUCAULT), *Foucault*, loc. cit.

¹²⁴ L'espulsione dell'individuo dal linguaggio è in M. FOUCAULT, *Il pensiero del di fuori*, in Id., *Scritti letterari*, Milano, 1984, 113.

¹²⁵ M. FOUCAULT, *Come si esercita il potere?* (1982), in H.L. DREYFUS, P. RABINOW, *La ricerca di Michel Foucault*, Firenze, 2010, 292; ma anche Id., *Il soggetto e il potere*, cit., 248-249.

¹²⁶ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 84-85.

fronte al governo, che presuppone l'alterità del popolo, dei governati, rispetto ai governanti. È, invece, impensabile se si resta dentro al concetto di sovranità che nell'epoca moderna, attraverso il dispositivo della rappresentanza, significa autodeterminazione e autonomia del popolo, che quindi può solo obbedire al proprio comando e mai resistere a sé stesso. La sovranità è, quindi, soggezione e non libertà. Comunque, non è solo una questione definitoria. La libertà consiste «nel poter prendere, nel potersi appropriare, nel poter comandare, nel potere ottenere l'obbedienza, quindi nel potere privare gli altri della libertà»¹²⁷. Anche ad ammettere che sia mai esistito qualcosa come una libertà naturale, una libertà egualitaria in natura, un diritto naturale, «la legge egualitaria della natura è debole rispetto alla legge non egualitaria della storia [...]. La storia ha creato una legge naturale di antitesi tra la libertà e l'uguaglianza, più forte della legge iscritta nel diritto naturale [...] La storia è più forte della natura, allorché la storia comincia, la natura non può più parlare»¹²⁸. Ma se tra natura e storia esiste un rapporto di forza a favore della storia, ciò che residua è al più il privilegio di uno o di pochi, dunque la libertà è il potere di qualcuno. Se non esiste libertà in natura e se esiste in società qualcosa che chiamiamo libertà, più o meno eguale, questa non può che essere il prodotto della società. Conferma che la libertà non esiste in natura.

Allo stesso modo, nell'arte liberale di governo la libertà è garantita ma al contempo è prodotta dal governo liberale e dai suoi poteri reticolari: è il cortocircuito tra sicurezza e libertà, tra il governo che consuma libertà, ma al tempo stesso ne ha bisogno, la produce e la organizza¹²⁹. A dire che l'individuo non è «un nucleo elementare o atomo primitivo», non è «il *vis-à-vis* del potere, ma ne è uno degli effetti principali»¹³⁰. Ne è una costruzione. Il potere cioè produce libertà ma mai, come vorrebbe l'inganno del contrattualismo democratico, autonomia, autodeterminazione, autolegislazione ed emancipazione: le libertà sono gli strumenti raffinati di una governamentalità sempre più pervasiva ed inesorabile. E una libertà indotta non è libera¹³¹.

8. Lo stato di natura e lo stato civile

Il rapporto si precisa nella relazione tra stato di natura e stato civile. Foucault è immune dalle opposizioni duali. Ne parla a proposito di Hobbes.

La guerra di tutti contro tutti, che è propria della condizione selvaggia all'origine dello Stato ma che minaccia lo Stato anche dopo la sua costituzione e sgorga «negli interstizi», è una guerra determinata dall'uguaglianza¹³². Se ci fossero grandi differenze naturali, la guerra risulterebbe immediatamente bloccata. «La differenza pacifica»; per contro l'indifferenziazione naturale – ovvero la capacità egualitratrice di βία – crea incertezze, rischi e conseguentemente la volontà di affrontarsi¹³³. Nella

¹²⁷ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 137.

¹²⁸ *Ivi*, 138.

¹²⁹ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 65-66.

¹³⁰ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 33.

¹³¹ Muove da Foucault per cogliere il significato della libertà neoliberale sotto la mistificazione della autonomia e della emancipazione dell'lo sovrano F. PIZZOLATO, *Mutamenti del potere economico e nuove immagini della libertà*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2017, 5-6.

¹³² M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 80.

¹³³ *Ivi*, 81.

condizione di differenze striscianti, minuscole, il rapporto di forza che attraversa la relazione di guerra è costituito dal gioco tra tre serie di elementi: la serie delle rappresentazioni calcolate, la serie delle manifestazioni enfatiche e contrassegnate dalla volontà, la serie delle tattiche incrociate di intimidazione. Ma questo significa che «tutto sommato [...] lo stato descritto da Hobbes non è affatto uno stato naturale e brutale, in cui le forze giungerebbero ad affrontarsi direttamente: non siamo cioè nell'ordine dei rapporti diretti tra le forze reali». Nello stato di guerra descritto da Hobbes non si affrontano armi, forze scatenate e selvagge, ma rappresentazioni, inganni, volontà travestite. È teatro di rappresentazioni e costruzioni. Non è «uno stato di ferinità bestiale, in cui gli individui viventi si divorerebbero tra di loro». Non ci si trova allora in una guerra reale, ma «in ciò che Hobbes chiama, per l'appunto, lo "stato di guerra"»¹³⁴, ovvero una non-guerra. Il che vuol dire almeno due cose.

Primo, contro tutte le attribuzioni di false paternità del discorso storico-politico della guerra, per Hobbes all'origine dello Stato e dietro il potere non c'è la guerra. Lo stato di guerra è quel gioco di doppiezze, astuzie, rappresentazioni attraverso le quali non si fa la guerra. E questo, secondo Foucault, vale sia per la sovranità di istituzione, nata dallo schema contrattualistico del rapporto reciproco, che per quella di acquisizione, nata dalla battaglia. Per la prima, è scontato. «Nelle repubbliche di istituzione non c'è che il gioco della volontà, del patto e della rappresentazione»¹³⁵: il rappresentante, in cui sono «presenti» gli individui, è «un'individualità fabbricata, ma non per questo sarà meno reale», e ciò sia quando è un monarca naturalmente individuale, sia quando è un'assemblea¹³⁶. Nelle repubbliche di acquisizione sembra che si parli di una sovranità fondata su rapporti di forza reale, su battaglie combattute. Ma non è così. In Hobbes siamo sempre dentro l'idealità giuridica del contrattualismo e dentro il regime giuridico della sovranità e non dentro la brutale e feroce verità dei rapporti storici di dominazione e di servitù. Quando il vinto, per paura, sceglie «la vita piuttosto che la morte fonda una sovranità che è giuridicamente altrettanto fondata e legittima di quella costituita in base al modo dell'istituzione e del reciproco accordo»¹³⁷. Costituisce i vincitori come propri rappresentanti. La serie che fonda lo Stato è la stessa: volontà, paura e sovranità. Non rileva che la serie sia scatenata da un calcolo implicito, da un rapporto di violenza, da un fatto di natura. Ciò che rileva è che la guerra come realtà storica è eliminata dalla genesi della sovranità¹³⁸. Gli argomenti di Hobbes sono strategici. Il suo problema storico era, infatti, quello di esorcizzare, meglio eliminare, il problema della conquista e delle guerre civili all'interno del discorso storico e nella pratica politica: la conquista è, infatti, il nemico dello Stato.

Ora, è corretto che in Hobbes non è il fatto, la forza, che produce diritto. È, all'opposto, la legge che rende pensabile lo stato di natura, perché questo, di per sé, come condizione originaria degli uomini indipendente dalla legge e antecedente lo Stato, non è mai esistito. Ma per tutto questo Hobbes è fundamentalmente inutile per Foucault. Hobbes rassicura e non fa paura, perché resta dentro le menzogne del contratto dietro la guerra, della sovranità e dello Stato: fonda il potere sulla «volontà, giuridicamente addirittura valida, dei vinti terrorizzati, la sera della battaglia»¹³⁹. Dissolve la guerra reale che sta dietro al potere, perché nell'Hobbes letto da Foucault la conquista o l'accordo sono la stessa

¹³⁴ *Ivi*, 82.

¹³⁵ *Ivi*, 84.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ivi*, 85.

¹³⁸ *Ivi*, 86.

¹³⁹ *Ivi*, 88. Il corsivo è aggiunto.

cosa: «siete voi sudditi ad averla voluta, ad aver costruito la sovranità che vi rappresenta. Non ci annoiate dunque più con le vostre insistenti ripetizioni storiche: al termine della conquista (se proprio volete che ci sia stata davvero una conquista) troverete ancora il contratto, la volontà impaurita dei sudditi»¹⁴⁰. Non demistifica le ineguaglianze e le dissimmetrie dei rapporti di forza.

Secondo, se questa guerra primitiva non è tale, se è fatta di calcoli e rappresentazioni, la guerra non è uno stato di natura o meglio lo stato naturale degli uomini è quello civile e viceversa. È allora sensato che la guerra permanga anche dopo la nascita dello Stato, perché lo stato di natura è già civile.

Si lascia in disparte la correttezza o meno dell'assimilazione dell'istituzione all'acquisizione e quindi del diritto a fatto o a forza e la sostanziale elisione del significato dell'autorizzazione, del riconoscimento e dell'accettazione della persona sovrana. È vero che Foucault afferma che Hobbes intende mostrare che la volontà si forma sempre dal basso, e non dall'alto, «attraverso la volontà di quelli che hanno paura»¹⁴¹. Ma è una formazione dal basso di una volontà costretta dalla paura, quindi, alla fine questa lettura di Hobbes porta sempre ad una formazione dall'alto.

Ciò che, invece, è produttivo anche per chi sta dentro il diritto, dentro il discorso della validità e non della forza, è la contiguità tra stato di natura e stato civile. È la sola che consenta una origine razionale dello Stato. Lo stato civile, la comunità politica, è già naturale perché è prodotto del calcolo, della ragione, dell'intenzionalità che è parte della natura umana, degli uomini-lupo e quello naturale, che è tutt'uno con la ragione calcolante degli uomini, contiene in sé la possibilità di quello civile. Tra la condizione artificiale, rappresentativa degli uomini e quella naturale, materiale, corporea, non è vi separazione e contrapposizione. Se non fosse così, il problema della costruzione delle organizzazioni umane resterebbe sostanzialmente irrisolvibile. Se tra natura e società vi fosse l'abisso, l'individuo non potrebbe mai volontariamente e consapevolmente passare all'organizzazione della comunità, alla strutturazione politica della socialità umana, allo Stato. Evadendo dal razionalismo moderno, in direzione decisamente antiscientifica, per superare le difficoltà logiche del passaggio dalla natura alla convenzione, all'artificio, bisognerebbe, infatti, affidarsi all'intervento esterno, alla provvidenza, all'eccezione, al miracolo, alla teologia politica o, addirittura, alla politica teologica.

A catena, se tra natura e artificio non vi è opposizione, cade l'opposizione liberale tra società e Stato. È una caduta perfettamente coerente con il paradosso della relazione tra società e stato che Foucault mette in evidenza nel discorso sulla governamentalità: da un lato, la società è il principio in nome del quale il governo tende ad autolimitarsi, dall'altro, la società diventa il bersaglio di un permanente intervento di governo finalizzato non a restringere sul piano pratico le libertà formalmente riconosciute, bensì a produrre, moltiplicare e garantire quelle libertà. Così la libertà non è solo iscrizione di diritti contro il potere ma è elemento indispensabile alla stessa governamentalità¹⁴².

Tutto questo, però, è, ancora una volta, incoerente con l'idea polemica, interdittiva e negativa di legge come limite della libertà da cui Foucault muove. Ma quell'idea era strategicamente l'unica idea di legge che consentiva a Foucault di dire che il discorso della legge va eliso. Sembra, dunque, un elemento spurio nella sua costruzione teorica complessiva.

¹⁴⁰ *Ivi*, 87-88.

¹⁴¹ *Ivi*, 86.

¹⁴² M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 257 ss.

9. Il popolo, l'uomo economico e la popolazione

La relazione simbiotica tra libertà e potere, natura e artificio, società e stato, è il punto di passaggio al soggetto della biopolitica.

I soggetti, i "personaggi", in gioco sono tre: il popolo, l'uomo economico e la popolazione, che corrispondono al soggetto di diritto, al soggetto di interesse e agli esseri viventi. Il movimento porta alla sostituzione o piuttosto a un «raddoppio»¹⁴³ del popolo nella popolazione, passando dalla sovranità sul territorio alla disciplina e alla regolazione della popolazione in un ambiente, dal controllo della terra a quello dei corpi. Lo snodo è l'uomo economico.

Il popolo è il soggetto, ovvero il suddito, di diritto della sovranità che si esercita su un territorio. È il soggetto delle teorie del contratto, che rispetta il patto e che obbedisce al sovrano-legge. È il soggetto della rivoluzione, è il terzo stato, che diventa la nazione e pretende il riconoscimento nella forma giuridica dello Stato. Ma quella nazione, affinché sussista, non è solo il suo corpo legislativo e la sua legge: è l'insieme di quelle «condizioni storico funzionali che sono i lavori, le funzioni e gli apparati»¹⁴⁴. È una lettura corretta della dottrina della rappresentanza politica elaborata dal pensiero rivoluzionario del Settecento. Quel popolo è, difatti, un corpo economico-sociale, la classe borghese costituita come Nazione: il popolo agisce economicamente e politicamente. Anzi, il legame tra lavoratore/produttore e cittadino è tutt'uno con la dottrina rivoluzionaria della rappresentanza, consistita nell'operazione di rendere politico, fine o interesse generale, Stato, il progetto di una parte, di un gruppo sociale. Quel legame è alla base della rappresentanza della Nazione di Sieyes con la riduzione dell'uomo a «*machine à travailler*»¹⁴⁵.

La popolazione, l'uomo-specie, è, invece, il soggetto della governamentalità che «ha nella popolazione il bersaglio principale, nell'economia politica la forma privilegiata di sapere, nei dispositivi di sicurezza lo strumento tecnico essenziale»¹⁴⁶. Nel XVIII secolo la popolazione non indica più la potenza del sovrano, ma rappresenta il fine stesso del governo. È l'esito del processo che parte dalla disciplina del corpo umano, del corpo-macchina da sorvegliare, normalizzare ed esaminare e che giunge al corpo-specie, ove il corpo è il supporto dei processi biologici con controlli regolatori. È «un corpo molteplice, un corpo con una quantità»¹⁴⁷, quasi senza soggetto. Più precisamente, il governo della popolazione come gestione della specie e come gestione del pubblico, governo delle anime, è il punto di convergenza tra la filosofia utilitaristica e la postorale cristiana, che preannuncia la governamentalità. Con la popolazione la vita entra nella strategia generale del potere e diventa pubblica.

La «naturalità» della popolazione, degli «esseri viventi»¹⁴⁸, è incommensurabile alla volontà sovrana nella forma della legge. Non si inserisce nella relazione comando-obbedienza, ma è un oggetto tecnico-politico per la gestione del governo. La popolazione è il referente immediato del governo, come il

¹⁴³ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 33.

¹⁴⁴ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 189 ss.

¹⁴⁵ J.-E. SIEYES, *Discorso dell'Abate Sieyes sulla questione del veto regio alla seduta del 7 settembre 1789*, in Id., *Opere e testimonianze politiche*, a cura di G. Troisi Spagnoli, I, Milano, 1993, 441.

¹⁴⁶ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 88.

¹⁴⁷ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 212.

¹⁴⁸ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 269.

popolo della sovranità. Detto diversamente di fronte alla sovranità sta il soggetto/suddito di diritto, di fronte al governo sta l'uomo¹⁴⁹.

Più a fondo, la popolazione appartiene al paradigma economico. È un soggetto economico¹⁵⁰, nel senso che ha nella modernità un'esistenza naturale al modo dell'economia: lo stato/governo non impartisce ordini o divieti alla popolazione, ma sviluppa pratiche di "presa in carico", tenendo conto delle sue leggi naturali di trasformazione, della naturalità di meccanismi di regolazione interni alla popolazione¹⁵¹. La governamentalità non prescrive, ma suscita, manipola, lascia fare, fa giocare tra loro le regolazioni naturali e necessarie, dice ripetutamente Foucault, in una, "gestisce" i processi economici intrinseci alla popolazione. Si fissa la norma come conseguenza di ciò che è naturale, normale. La naturalità è il legame che unisce popolazione ed economia e fa dell'economia politica la scienza ausiliaria, collaterale, della governamentalità, dove l'*homo economicus* è l'uomo che accetta la realtà. Le ragioni della contiguità tra il soggetto di interesse e la popolazione sono il rovescio della irriducibilità tra il soggetto di interesse e il soggetto di diritto che si costituisce attraverso il contratto. Questo obbedisce al contratto per forza di legge, quello, se permane dopo il contratto, rispetta la promessa per interesse. Il soggetto di diritto è il soggetto diviso che accetta la trascendenza, la negatività della legge; il soggetto economico vive in un campo di immanenza che conosce solo la meccanica pluriverso degli interessi e le dipendenze che instaurano¹⁵². L'interesse ha sopravanzato il diritto, il tribunale economico dell'azione di governo ha sostituito la giurisdizione amministrativa, la misura di diritto della potenza pubblica. Alle regole di obbedienza la natura di popolazione sostituisce la legge dei suoi bisogni fondamentali. Allo Stato, quale realtà rappresentativa, trascendente, sostituisce la Nazione, riconvertendola nel fatto naturale della nascita, nella impoliticità della vita naturale.

Così, dal lato del soggetto, la prospettiva biopolitica segna il passaggio dall'astrazione della persona, dalla maschera, all'uomo-corpo, il corpo individuale, e all'uomo-specie, la massa vivente, alla sua cura e sicurezza e, con un rovesciamento ineluttabile, alla sua cattura.

Bisogna, però, delineare meglio il corpo, l'uomo in carne e ossa, l'uomo come essere vivente di Foucault e, quindi, la "natura" della popolazione. Da un lato, il corpo è l'unica possibilità di liberazione del soggetto: il corpo, una materia nervosa, è libero in assenza del soggetto, della razionalità, della coscienza, dell'anima. Così, l'analisi della sessualità come «dispositivo politico» non implica l'elisione del corpo, dell'anatomia, del biologico, del funzionale, perché i dispositivi di potere si articolano direttamente con il corpo: il punto è piuttosto un'analisi in cui l'elemento biologico e quello storico non si succedono, ma si sovrappongono¹⁵³. Dall'altro, la libertà si dà come "autorialità", con una qualche contaminazione con la creatività individuale e il naturalismo delle scienze della mente. Ma non è l'uomo delle scienze biologiche, perché l'uomo come essere vivente va compreso a partire dalla nascita della popolazione in quanto elemento correlato al potere come oggetto di sapere. «L'uomo non è altro che una figura della popolazione»¹⁵⁴. La società raggiunge la «soglia di modernità biologica» quando la vita dell'uomo, la sua specificità di vivente, è messa «all'esterno della storia, come suo limite biologico e

¹⁴⁹ *Ivi*, 69.

¹⁵⁰ *Ivi*, 255.

¹⁵¹ *Ivi*, 257.

¹⁵² M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 223-224 e 324.

¹⁵³ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 135.

¹⁵⁴ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 282.

all'interno della storicità umana, penetrata dalle sue tecniche di sapere e di potere»¹⁵⁵. Non è la vita che fa nascere lo Stato ma lo Stato che costituisce la vita come oggetto del binomio sapere/potere. Con la popolazione la «naturalità della specie» irrompe «nell'artificialità politica di un rapporto di potere»¹⁵⁶, ma la natura della specie umana, come la libertà, non è un dato prediscorsivo o una materia primordiale, perché è già da sempre preformata o trasformata dalle strategie politiche. La natura della popolazione, attraversata al modo di Marx da rapporti economici, sociali e politici, è, insomma, un artificio. A seguire, l'uomo che ne è figura è sempre un prodotto storico-sociale, infondato, e non naturale, innato, predeterminato e fondato, e la soggettivazione, di conseguenza, non è auto-creazione ma è assoggettamento. Lo storicismo non può che portare Foucault lontano dal soggetto di diritto kelseniano, disincarnato, costituito dal diritto, ma ne esclude, al pari, il biologismo del materialismo naturalistico. La posta in gioco nel governo della popolazione è il «ben-essere [...] al di là dell'essere»¹⁵⁷, la deontologia che segue l'ontologia, proprio perché la natura umana è vita biologica e rappresentazione della vita, natura e cultura, in una, bio-storia. Il che, però, cortocircuita l'antigiuridicismo del discorso di Foucault perché porta a dire che l'esistenza biologica, naturale, dell'uomo e della popolazione non può essere separata dalla forma di vita umana, che è sociale, ed induce a chiedersi se davvero qualcosa che riguarda l'uomo, come prodotto storico-sociale, sia separabile dal diritto e non sia, invece, già dal medesimo costituito.

Il segno politico della normativizzazione della vita è, poi, ambiguo. È consentanea, nella prospettiva comunitaria, sia alla socializzazione dello Stato e, dunque, allo Stato democratico-sociale del benessere sia alla reazione illibertaria e, in quella individuale, al paradigma comunitario o immunitativo della libertà e alla tanatopolitica. Sul presupposto nichilistico della decidibilità della vita e della morte, è esposta alla duplice possibilità di divenire politica *della* vita o politica *sulla* vita, secondo il paradosso del biopotere che, per curare una popolazione, produce il razzismo di stato e secondo il paradosso pastorale dell'*omnes et singulatim* che può sacrificare l'intero gregge per una pecora oppure, al contrario, una pecora per la salvezza dell'intero gregge; è presa in carico del corpo del singolo e della comunità; è declinabile in chiave comunitaria o securitaria, in chiave di fine o di mezzo e così via. Ma, per la critica biopolitica della filosofia del soggetto, il soggetto è già da sempre *assoggettato*, soggiogato ed etero-determinato da pratiche contingenti di potere (mediche, politiche, economiche, etc.), sia ove è l'oggetto passivo di disciplinamento, sia ove è il soggetto che chiede prestazioni di sicurezza o immunità allo Stato/governo.

Il passaggio dal popolo alla popolazione nella microfisica del potere pone al costituzionalista la questione della sua compatibilità con il soggetto dei diritti della Costituzione. È la questione speculare alla relazione tra sovranità e governo: allo stesso modo e per le medesime ragioni, il diritto costituzionale vigente non sostituisce la popolazione al popolo.

La Costituzione, a differenza dell'art. 5 del Codice civile, evita il contatto diretto con il corpo. Lo disincarna sempre.

Nella sfera pubblica, il soggetto è il popolo. La sovranità dell'art. 1 è attribuito del popolo, che è il soggetto implicato nell'ordinamento della *Repubblica* agli artt. 71 e 101. Ma il popolo è un popolo di

¹⁵⁵ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 127.

¹⁵⁶ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 30.

¹⁵⁷ *Ivi*, 238 e 241.

lavoratori, unendo il primo e il secondo comma dell'art. 1. Quindi, la Costituzione, mescolando *status* politico e condizione economico-sociale, correla, come la dottrina di Sieyes del potere costituente, il popolo (e non la popolazione) alla struttura economica, ai rapporti economici di produzione, supponendone la reciproca implicazione. Il soggetto di interesse non deve sopravanzare il soggetto di diritto. Quando, poi, il testo costituzionale passa dall'universale al singolare, il soggetto è il cittadino, che è lo statuto pubblico dell'uomo. Esclude che nella comunità politica acceda la condizione naturale dell'uomo. Solo in questo modo ha senso il principio di eguaglianza dei cittadini dell'art. 3, che si fonda su quella «tremenda livellatrice di tutte le differenze che è la cittadinanza»¹⁵⁸ e che è invece insensato nell'infinita differenziazione delle vite naturali degli «uomini». Quando la dimensione corporea, il corpo del singolo e della popolazione, diventa l'interlocutore del potere politico, sino a divenirne l'unica fonte di legittimazione, la democrazia si disorienta perché il principio di eguaglianza tramonta, sostituito dalla ineliminabile singolarità di ciascuna vita biologica, in cui «pubblico e privato, naturale ed artificiale, [...] s'intrecciano in un vincolo che nessuna decisione a maggioranza sarà in grado di sciogliere»¹⁵⁹. È, in fondo, l'accoglimento in ambiente pluralista dell'idea schmittiana che «il concetto centrale della democrazia è il popolo e non l'umanità»¹⁶⁰.

Nella esistenza privata, la Costituzione trasfigura il corpo nella dialettica di universale e singolare che vive, rispettivamente, nella soggettività dell'«uomo» e dell'«individuo» o nell'astrazione giuridica della «persona», l'artefatto che dissocia i soggetti dai corpi. Lo stesso diritto alla salute, il campo eletto della medicalizzazione indefinita della governamentalità al servizio dell'individuo in buona salute, nell'art. 32 è riferito, appunto, all'individuo o alla persona (umana).

Una qualche dimensione biologica, però, resta come sostrato del soggetto. Il testo vi allude nel riferimento alla violenza fisica dell'art. 13, quarto comma, e al benessere psico-fisico dell'art. 33, ultimo comma. Il corpo non è solo libera determinazione ma anche integrità psico-fisica. Così come presuppone caratteristiche biologiche ove, tra i cittadini dell'art. 48 e 51, distingue, per assimilarli giuridicamente, i due «sessi», gli uomini dalle donne oppure, sebbene senza ricorrere al biologicismo delle categorie di maschio e femmina, associa la madre del bambino, dunque il fatto del parto e della nascita, alla donna (lavoratrice) all'art. 37.

Ma soprattutto il lessico costituzionale nasconde un sostrato biopolitico. Vi sono luoghi in cui si ha un qualche «raddoppio» nel senso in cui ne dice Foucault, in cui cioè il popolo appare come popolazione. Si intravede quando il popolo diventa Nazione, nel suo nesso con la nascita, ma, per dirla ancora con Foucault, resta una definizione «statale» di Nazione presa lungo l'asse verticale dello Stato. Si vede nel termine popolazione negli artt. 56, 57, 132 e 133, come fenomeno di natura, specie umana, oggetto di calcoli, proporzioni e censimenti. Ma l'esiguità e il significato, più biologico che pubblico, dei riferimenti inducono a concludere che nel testo il soggetto politico è il popolo e non la popolazione e che questa è strumentale a quello. Nel testo scritto il popolo sovrano resiste al governo della popolazione.

¹⁵⁸ H. ARENDT, *Il tramonto dello Stato nazionale e la fine dei diritti umani*, in Id., *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2009, 418.

¹⁵⁹ R. ESPOSITO, *Termini della politica. Comunità, immunità, biopolitica*, Milano, 179-180.

¹⁶⁰ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 307.

10. Biopolitica apocrifa

La biopolitica ha avuto molte declinazioni, attualizzazioni e riattualizzazioni. Ma per il diritto costituzionale sono meno significative del biopotere di Foucault.

Si è detto che è biopolitica apocrifa rispetto all'originale¹⁶¹. Può essere che se ne differenzi, ma per ciò stesso ne dipende. Qui ci limitiamo a verificarne la proficuità per il diritto positivo. Ci occupiamo della moltitudine di Negri, che in qualche modo riformula l'idea del potere come tecnica positiva produttiva di realtà e la forza di legge di Agamben, che attualizza l'idea del diritto come forza, violenza governamentale.

Negri sostituisce al popolo la moltitudine, che si avvicina al *General intellect* di Marx e, soprattutto, previa mediazione di Deleuze, alla categoria foucaultiana di popolazione, intesa quale oggetto di «una regolazione eccedente la pura definizione formale e giuridica di popolo»¹⁶². La sua è una concezione vitalistica del bio-potere, come forza vitale del vivente. Fonda una teoria ontologico-spontaneistica della moltitudine informe, quale titolare di un potere costituente che «sta fuori»¹⁶³. Contrappone, fondatamente o meno, la linea Hobbes, Rousseau, Hegel e Schmitt alla linea Machiavelli, Spinoza e Marx. Nella teoria ontologica il potere costituente è irriducibile all'ordine costituito e la sovranità non è connotato del potere costituente¹⁶⁴. La sovranità, infatti, è potere fissato, determinato e, per ciò stesso, limitato dalla sua stessa istituzionalizzazione; cosicché segna la fine della libertà del processo costituente. Invece, il potere costituente è atto di scelta libera, pura creazione, costruzione di un nuovo tempo: «il potere costituente si presenta come distensione rivoluzionaria dell'umana capacità di costruire la storia, come atto fondamentale di innovazione e quindi come procedura assoluta»¹⁶⁵. Ma, primo, non si capisce come la «molteplicità aperta», l'«insieme di singolarità»¹⁶⁶, la moltitudine, intesa come potenza aristotelica, pienezza di assenza, vuoto di infinite possibilità, *fiat* creativo inesauribile, infinito, incommensurabile e irrappresentabile, possa volere, compiere azioni, chi e come prende la parola nella moltitudine e per la moltitudine. Secondo, il potere costituente cessa di essere un concetto politico e si presenta come una categoria dell'ontologia: il problema del potere costituente è, appunto, quello della costituzione della potenza, del rapporto tra potenza e atto. Così, per sciogliere il potere costituente dalle aporie della sovranità occorrerebbe pensare una ontologia della potenza che sostituisca l'ontologia fondata sul primato dell'atto.

Per Agamben, «forza-di-legge», la forza-di-legge senza legge, è manifestazione sensibile, fenomeno, nel diritto vigente dello stato di eccezione¹⁶⁷. In quello stato la vita è nuda vita, vita naturale, con un residuo naturalistico che allontana Agamben dalla concezione artificiale, culturale, della vita che, nel materialismo storico di Foucault, è *bios* e non *zoè*.

¹⁶¹ È il caustico giudizio di A. FONTANA, *Lezioni sulla sicurezza*, a cura di E. Cristofaro, Milano-Udine, 2021, 20, che discorre al proposito di «falsificazione del concetto di bio-potere».

¹⁶² S. CHIGNOLA, *Da dentro. Biopolitica, bioeconomia, Italian Theory*, Roma, 2018, 187.

¹⁶³ A. NEGRI, *Il potere costituente. Saggi sulle alternative del Moderno*, Roma, 2002, e, con toni camusiani, *Id., Il comune in rivolta. Sul potere costituente delle lotte*, Verona, 2012.

¹⁶⁴ A. NEGRI, *Il potere costituente*, cit., 31 ss.

¹⁶⁵ *Ivi*, 40.

¹⁶⁶ *Ivi*, 28.

¹⁶⁷ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Torino, 2003, spec. 50 ss.; già *Id., Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005, spec. 57 ss.



L'eccezione è, infatti, il «dispositivo originario attraverso cui il diritto si riferisce alla vita e la include in sé attraverso la propria sospensione»¹⁶⁸. L'eccezione concerne una soglia, «una zona di indifferenza, in cui dentro e fuori non si escludono, ma s'indeterminano»¹⁶⁹. Lo stato di eccezione di Agamben non è uno stato del diritto ma è uno spazio senza diritto, ove il diritto è disattivato: vi prevale la vita, il fatto, l'azione. Non è uno stato *pleromatico*, uno stato di pieni poteri, ma uno stato *kenomatico*, un vuoto e un arresto di diritto¹⁷⁰, l'in-esecuzione del diritto sulla base del *iustitium* romano¹⁷¹. Ma non è neppure uno stato di natura: non lo è perché l'anomia risulta dalla sospensione del diritto e implica il diritto proprio nel momento in cui lo esclude, sospendendolo. È, in qualche modo, impuro, condizionato.

Lo spazio dell'anomia – e qui è il passaggio decisivo – è (in-)definibile come la separazione, l'isolamento, della «forza-di-legge» dalla «forma» di legge, dell'applicazione dalla vigenza: una soglia di indecidibilità fra vita e diritto, fra anomia e *nomos*. L'anomia «vive», in senso proprio, nella moderna forza-di-legge come nell'antica legge vivente. Nel diritto e nella gius-pubblicistica contemporanei, «forza di legge» si riferisce, infatti, non alla legge ma ai decreti del Governo d'urgenza: la forza di legge è esattamente il dispositivo che attribuisce ai decreti un'efficacia pari alla legge, valgono come leggi, ma per ciò stesso separa l'applicazione, la *vis obligandi*, della legge dalla sua forma. In questo senso Eichmann diceva che «le parole del Führer hanno forza-di-legge [*Gesetzeskraft*]»¹⁷². A dire che l'esistenza è superiore alla validità. La decisione di chi è sovrano, perché decide sullo stato di eccezione, è la pura forza che vale come legge. E la forza-di-legge è manifestazione dello stato di eccezione perché è uno stato in cui la norma vige ma non si applica (non ha forza) e in cui, invece, i decreti che non hanno valore di legge (perché non ne hanno la forma) ne hanno, però, la forza. È una «forza-di-legge senza legge»¹⁷³, graficamente forza-di-legge: la sospensione della (forma di) legge libera la forza. Nel caso dei decreti del Governo con forza di legge norma e applicazione esibiscono la loro separazione: «una pura forza-di-legge attua (cioè applica-dis-applicando) una norma la cui applicazione è stata sospesa»¹⁷⁴. Il diritto si scinde in una pura vigenza senza applicazione (la forma di legge) e una pura applicazione senza vigenza (la forza-di-legge).

Ciò, alla fin fine, porta a «la disattivazione e l'inoperosità del diritto», del dispositivo che lega il diritto alla vita, vale a dire proprio ciò che la forza-di-legge «– che mantiene in opera il diritto al di là della sua sospensione *formale* – intende impedire»¹⁷⁵.

Qui non si vuole – né si saprebbe – discutere teoricamente se lo stato di eccezione – e la forza di legge che ne sarebbe fenomeno – sia l'arresto del diritto: non è possibile, come abbiamo detto all'inizio, discutere giuridicamente di ciò che non è giuridico. Questa dottrina è, però, invalida per il diritto costituzionale vigente.

¹⁶⁸ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 10.

¹⁶⁹ *Ivi*, 34.

¹⁷⁰ *Ivi*, 63.

¹⁷¹ Ma per una critica alla lettura dell'istituto del *iustitium* nel diritto romano come meccanismo di arresto del diritto L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, 2009, 117 ss. e Id., *Echi del diritto romano nell'arte e nel pensiero*, Pisa, 2018, 179 ss.

¹⁷² *Ivi*, 51.

¹⁷³ *Ivi*, 52.

¹⁷⁴ *Ivi*, 54.

¹⁷⁵ *Ivi*, 83.

Nella Costituzione italiana è vero che la «forza di legge» è separata dalla forma legislativa, ma non è uno stato *kenomatico*, l'indeterminazione tra fatto e diritto, il punto in cui il fatto è diritto e il diritto è fatto. La «forza di legge» è diritto positivo, è posta da e in un documento giuridico: è dentro l'ordine giuridico costituito. Se il documento costituzionale, quale legge costituzionale deliberata, include come diritto vigente i decreti con forza di legge, non può dirsi che quei decreti siano forza-di-legge, almeno non nel senso di forza-di-legge senza legge, vita, mera efficacia/applicazione, violenza governamentale e, dunque, non diritto. Gli art. 76 e 77, come l'art. 70, sono diritto esistente-vigente, efficace e valido, in quanto fondato e riconosciuto. Nella forza di legge l'efficacia, la produzione di effetti, presuppone un atto giuridicamente esistente, in quanto conforme alla propria regola costitutiva e, benché disgiunta dalla validità (costituzionale), ne è variamente condizionata. La legge esiste a prescindere dalla sua validità, ma non ne è affatto superiore. Solo se la legge o l'atto equiparato è inesistente, perché non è riconducibile al "tipo", rileva come mero fatto, ma allora è privo di forza di legge.

La conclusione non muta se si guarda al solo atto con forza di legge che ha a che vedere con l'eccezione, il decreto-legge, che è poi l'unico decreto a cui la Costituzione attribuisce espressamente «forza di legge», considerato che del decreto legislativo predica il «valore di legge». All'art. 77, comma 2, è stata formalizzata una tipica competenza di emergenza: è quel tanto di stato di eccezione che la Costituzione democratico-pluralistica ha sopportato e ha incluso nel diritto. Forse, proprio per includere, escludendolo, lo stato di eccezione come stato estremo, anomia e violenza pura, ha messo in forma il potere di eccezione come esercizio di una competenza delimitata dal diritto, un'eccezione relativa. La Costituzione ammette la sospensione, la deroga temporanea, della legge con un atto che non ne ha la forma. È in un certo qual modo il legame, la relazione, che il diritto scritto tenta di assicurare tra quel tanto di *Gewalt* anomica che il diritto può concepire e il diritto stesso. Ma è diritto e non pura applicazione: il decreto con forza di legge del Governo non è un fatto, ma una competenza istituita dall'art. 77, comma 2. Se poi si ritenesse il decreto-legge diritto, originariamente, invalido, resterebbe diritto, non diverrebbe un fatto: diversamente non se ne potrebbe predicare la validità o invalidità. In ogni caso, dal punto di vista interno al diritto posto, la limitazione del decreto con forza di legge ai «casi straordinari di necessità ed urgenza» è ciò che precisamente ne esclude la normalizzazione: l'eccezione non deve divenire la regola e, se si rispettano le condizioni di validità, i suoi due elementi costitutivi, il fatto e il diritto, l'efficacia e la validità, separati ma correlati, non si indeterminano e non trasformano il dispositivo giuridico in una «macchina letale»¹⁷⁶. Per il diritto posto, l'eccezione che diviene regola è diritto invalido.

¹⁷⁶ È, quindi, esclusa dall'orizzonte del diritto positivo la conclusione che G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 110, trae dalla trasformazione dello stato di eccezione, in cui vita e diritto si indeterminano, in regola.