

Partecipazione e dissenso tra legalità formale, realtà sociale e democrazia costituzionale

Marco Damiani

Alessandra Valastro

Questo lavoro prende in esame il rapporto esistente tra società e diritto, mettendo in evidenza la doppia relazionalità del rapporto tra le due sfere di potere. In quest'ottica, si vuole evidenziare l'ambivalenza da sempre esistente fra la necessità di orientare il cambiamento normativo alle trasformazioni sociali e ai bisogni reali quali vanno evolvendosi, e la necessità di regolare i rapporti di forza all'interno della società mediante la forza del diritto positivo e la sua capacità prescrittiva. Snodo di questa tensione è la partecipazione, quale strumento essenziale del sistema democratico, che dovrebbe mantenere la legalità in costante dialogo con i principi e i valori costituzionali. A partire da tali considerazioni il saggio intende approfondire il non facile rapporto che si viene a determinare fra legalità e partecipazione, esplorando talune traiettorie evidenziate dai fenomeni partecipativi più recenti. Ne emergono spunti di riflessioni tanto sul versante della «legalità per la partecipazione», ovvero dei modelli regolativi attraverso i quali la seconda può essere recuperata ai propri obiettivi democratizzanti, quanto sul versante della «partecipazione per la legalità», ovvero delle forme attraverso le quali la seconda può contribuire a ricondurre la legalità formale genericamente intesa ad una più esigente legalità costituzionale.

1. Mutamento sociale e ordinamento giuridico: un processo di interazioni in costante movimento

Lo studio del rapporto esistente tra società e diritto, e di come si formano e si modificano le norme giuridiche in relazione e in conseguenza al mutamento sociale, ha un'importanza cruciale per la migliore comprensione dei meccanismi di funzionamento delle società umane. In particolare, è la sociologia (e, specificatamente, la sociologia giuridica)

a indagare la relazione esistente tra le dinamiche sociali e l'evoluzione dell'impianto normativo di una comunità politica¹. In tal senso, per Alberto Febbrajo è indispensabile guardare «alla capacità che i fatti hanno di mutare le norme e che, correlativamente, le norme hanno di apprendere dai fatti»². Con queste parole, il sociologo e giurista italiano mette l'accento su una questione di primaria importanza, in merito alla relazione esistente tra fatti sociali e norme giuridiche, e su quanto e come gli uni siano in grado di influenzare le altre, e viceversa.

16 A partire da queste considerazioni, è nostro interesse riflettere su tale forma d'interazione. La riflessione muove dal ragionamento proposto da Karl Olivecrona³. Secondo il filosofo svedese: «il sistema giuridico non è mai statico, e la forma e la trasformazione delle norme costituiscono un processo continuo»⁴. Ciò avviene perché il contenuto della legge «non è mai fissato in via definitiva, ma soggiace a sottili modificazioni per i cambiamenti che sempre intervengono nel significato delle parole, nelle condizioni di fatto alle quali le leggi fanno riferimento, nella struttura sociale del paese, nelle opinioni dominanti su ciò che è giusto e sbagliato e nel generale ambiente culturale»⁵. In situazioni di questo tipo, «agenti innumerevoli sono al lavoro per proporre nuove norme, o modificazioni delle vecchie»⁶.

Date tali considerazioni, in questo articolo intendiamo focalizzare la nostra attenzione sugli «agenti» protagonisti dei processi partecipativi concepiti per il governo di conflitti o la costruzione di politiche, e sugli sviluppi che ne conseguono in termini sia sociali che giuridici.

2. Società e diritto (e ritorno)

Dal lato della riflessione teorica, il rapporto tra società e diritto sembrerebbe presupporre una sovraordinazione della prima sfera a discapito della seconda, come se il diritto fosse un riflesso diretto dei rapporti sociali e lo strumento di governo e di regolazione delle controversie esistenti all'interno della società. Tuttavia, lo stato reale dei fatti è molto più complicato di quel che appare, non essendo mai tale relazione sempre lineare, meccanica e/o scontata⁷. Infatti, ancorché sia evidente la tendenza e la volontà del legislatore di adattare il quadro normativo alle trasformazioni registrate nella comunità politica di riferimento, non si può non riconoscere, specie nelle società a sistema complesso, una relativa autonomia dei due ambiti di riferimento. Da un lato, sicuramente, i rapporti di forza e le dinamiche sociali condizionano i contenuti e la forma del diritto positivo,

ma d'altro lato la funzione prescrittiva del diritto condiziona di per sé l'organizzazione sociale, in quanto normalmente concepita per assicurare l'attuazione dei valori e dei principi costituzionalmente definiti in un dato momento storico. Tale condizione di reciprocità è dimostrata dal fatto che non tutte le esigenze e non tutti i bisogni, non ogni manifestazione di nuovi problemi, o il prodursi di conflitti politicamente rilevanti vedono automaticamente la sicura approvazione di un impianto normativo capace di favorire la risoluzione delle controversie registrate. Né l'esercizio del potere legislativo si rende di per sé sufficiente a garantire il governo dei rapporti di forza registrati a livello sociale, o il mutamento di essi tra i principali soggetti portatori di interessi organizzati.

17

Quel che si produce è una visione «dialettica» dei rapporti esistenti tra la struttura economico-sociale e il processo di produzione del diritto positivo, che, lungi dal riprodurre dinamiche di funzionamento semplificate, presenta caratteristiche ogni volta diverse a seconda dei casi⁸. In tal senso, tutte le leggi, in quanto portatrici di «obiettivi, progetti, indirizzi politici, desideri e finalità, scopi e previsioni [sono] l'espressione di una scelta cosciente»⁹, che può essere diversa in relazione alle decisioni da adottare, alla fase storica contingente e all'equilibrio politico-culturale che si viene a determinare. Ancorché appaia evidente che «vaste aree del diritto risentano degli interessi e dell'influenza della classe dominante»¹⁰, è pur vero che – in regime di democrazia complessa – non sono soltanto i rappresentanti dei poteri più forti e organizzati ad essere responsabili della determinazione della norma e della disposizione della sanzione, essendo possibile considerare, a date condizioni, anche la probabilità che la predisposizione del diritto positivo possa financo arrivare a contrastare quegli stessi interessi¹¹. S'inseriscono nel solco di questa considerazione le disposizioni contenute nell'articolo 3 della Costituzione italiana, secondo cui: «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Al di là dei limiti reali registrati al momento dell'applicazione della norma, la sola previsione di tale dispositivo contempla e prescrive la possibilità che l'ordinamento giuridico possa perseguire interessi non necessariamente aderenti ai vantaggi delle classi dominanti.

Questa potente previsione costituzionale indica, di fatto, lo strumento che permette di introdurre nell'ordinamento legislativo contenuti di maggiore democrazia sostanziale, in coerenza con il «modello di società prefigurata» dai Padri costituenti, ovvero il modello di democrazia reale

basato sull'autogoverno del popolo a cui «appartiene» la sovranità¹². Ed è questo, in particolare, ciò che è sì è effettivamente verificato in Italia tra gli anni Sessanta e Settanta del Novecento, quando le riforme approvate in quella stagione hanno prodotto la trasformazione del sistema di welfare, dal modello occupazionale al modello universalistico¹³, producendo un vantaggio generalizzato per tutti, indipendentemente dal reddito, dallo status sociale o dalla nazionalità.

18

Quel che è certo è che i processi di sollecitazione del mutamento normativo sono possibili, o forse più frequenti e più facilmente concepibili, in contesti di fermento e cambiamento sociale. In Italia, per esempio – dopo il Sessantotto e per tutto il decennio successivo –, attori di diversa natura e collocazione politica si sono resi protagonisti di processi di trasformazione e modifica dell'ordine costituito. Il conseguimento dell'obiettivo perseguito dagli attori del cambiamento è, ovviamente, sempre vincolato all'utilizzo di efficaci strumenti di rappresentazione di problemi ed esigenze coerenti al raggiungimento del risultato finale. Determinante, in proposito, è la capacità di tali attori di farsi portatori di un interesse reale, di un problema diffuso o di una domanda condivisa, in grado di suscitare il consenso e la forza necessaria al cambiamento. Riguardo agli attori protagonisti, a volte si tratta di attori individuali, leader politici, di partito o di movimenti sociali, intellettuali, scienziati o portatori di saperi specialistici; altre volte, più frequentemente, il cambiamento è indotto dall'azione prodotta da attori collettivi, movimenti sociali e partiti, gruppi d'interesse, lobby, apparati burocratici, gruppi di potere. D'altro canto, la soluzione ai problemi, alle domande e alle questioni poste all'ordine del giorno, in regime di democrazia rappresentativa, spetta a persone titolari di ruoli istituzionali, che, per quanto condizionati dai processi sociali in corso, sono chiamati ad operare, nel quadro delle regole precostituite, scelte in parte originali, decidendo di volta in volta, a seconda dei rapporti di forza esistenti, il margine del cambiamento e le concessioni alle richieste provenienti dal basso.

È in tal senso che la creazione del diritto riflette un processo dialettico, «un processo nel quale le persone lottano, e nel fare ciò, creano il mondo in cui vivono»¹⁴, o quanto meno – nel migliore dei casi – tentano di farlo. In tal senso, «la forma e il contenuto del diritto sono anche il riflesso di tale lotta»¹⁵. Nel corso di questo processo di trasformazione è particolarmente importante il nesso tra interessi e valori¹⁶. Dal lato giuridico, il perseguimento di un «interesse» avviene laddove si pone il problema dell'allocazione o della suddivisione di un bene finito, difficilmente riproducibile, o scarso in natura. Al contrario, una questione di «valore» si pone quando si registra

un disaccordo nella valutazione di un bene, di un fatto, o di un comportamento. Nelle dinamiche reali di governo, tra queste due dimensioni quasi mai il conflitto è distintamente separato da interessi e valori. Generalmente, nella pretesa di regolazione dei conflitti o nella richiesta di tutela di interessi specifici in capo a determinate categorie sociali non mancano i richiami a valori che si pretende di tutelare, e riferimenti espliciti che assumono spesso la difesa dell'interesse generale. Al contrario, è possibile considerare come, anche per i casi riguardanti questioni tecniche o procedurali, sia possibile assistere al frequente occultamento degli interessi in campo attraverso un ampio ricorso alle retoriche che fanno riferimento ai valori a cui si ispira o si dovrebbe ispirare il processo decisionale e il contenuto attribuito alla decisione concreta¹⁷.

19

Tale ordine di riflessioni, e con ciò la natura positiva delle norme in relazione al perseguimento di interessi e/o valori, consente di cogliere il nesso tra diritto e conflitto e di non limitare l'analisi al solo risultato raggiunto in sede di formulazione legislativa, risultando in tal senso necessaria una ulteriore verifica di efficacia della norma in merito alla sua capacità di trasformare i rapporti di forza reali tra gli attori in campo. Questo significa che se gli attori del cambiamento intestano a sé esplicite battaglie a forte contenuto valoriale, facendo seguire un'intensa stagione di lotta, sul piano reale tali battaglie potrebbero essere largamente vanificate senza perciò poter arrivare a conseguire una vittoria esplicita. Pensiamo a quanto registrato nei primi anni Duemila con il movimento no-global, protagonista di una stagione di lotta molto intensa, con ricadute in molti Paesi, europei e non solo, che tuttavia sul piano normativo non è riuscito a conseguire avanzamenti significativi in relazione al governo dei processi di globalismo e globalizzazione dei processi economici internazionali¹⁸. Una considerazione diametralmente opposta potrà farsi per le battaglie compiute in Italia negli anni Settanta a favore, per esempio, degli istituti del divorzio e dell'aborto. In quel caso, dopo un processo di ampia partecipazione politica, ancorché in un Paese diviso tra una parte maggiormente progressista ed una più conservatrice, l'ordinamento giuridico ha modificato i propri dispositivi di legge, accogliendo l'esito del processo referendario e inserendo nell'ordinamento la previsione legislativa delle due fattispecie giuridiche. Entrambi gli esempi confermano la fondatezza della logica dialogica tra società e diritto, che a seconda dei casi può condurre ad esiti differenti. Il risultato finale dipende dal ruolo che gli attori svolgono sulla sfera politica e sociale, ma anche dalla capacità di recepimento dell'ordinamento giuridico e dalla conseguente applicazione e implementazione delle norme.

Ovviamente, il rapporto tra società e diritto va considerato anche nella direzione opposta, riconoscendo in tal senso un ruolo attivo che il diritto positivo può avere ed ha con riferimento alla determinazione delle forme e dei rapporti sociali. Da questo punto di vista, le funzioni fondamentali che, in letteratura, si riconoscono al diritto sono sostanzialmente tre: 1) orientamento sociale; 2) composizione delle controversie; 3) legittimazione del potere¹⁹. In tal senso, se la società e le dinamiche sociali che si sviluppano al suo interno hanno la forza di cambiare il diritto, è pur vero anche che certi dispositivi normativi possono arrivare a modificare l'articolazione complessiva della società, o alcune parti di essa. Tutto ciò, a condizione che le norme legislative approvate riescano ad esercitare una concreta azione di trasformazione sociale. Si pensi a quanto avvenuto in Italia nel caso della riforma psichiatrica del 1978, meglio conosciuta come legge Basaglia (dal nome del suo primo firmatario, Franco Basaglia). In quel caso, il dispositivo normativo si dimostrò particolarmente efficace e capace di produrre effetti sociali concreti, riuscendo a stravolgere l'organizzazione dell'assistenza psichiatrica, sia ospedaliera sia territoriale, e conseguendo con ciò il superamento e la chiusura delle strutture manicomiali. Quella decisione fu accolta da una maggioritaria parte della popolazione italiana come un importante avanzamento politico e culturale in materia di diritti universali dell'uomo, che seppe mettere fine a inutili accanimenti perpetrati in passato a danno dei pazienti coinvolti.

La forza del diritto «in azione» obbliga, però, a considerare ogni norma di legge non come strumento in grado di produrre un cambiamento sociale certo ed effettivo, essendo semmai l'intero impianto legislativo un dispositivo in grado di esercitare *influenza* sulla società, e con ciò indurre una trasformazione potenziale. Potenziale perché il comportamento dei destinatari sottoposti al contenuto delle norme di legge è il risultato di una serie di scelte (spesso) razionali e consapevoli compiute all'interno del proprio ambiente, ancorché tali scelte facciano riferimento alle norme, e in particolare alle minacce di sanzioni nel caso di mancato rispetto dei termini prescrittivi in esse contenuti²⁰. Si pensi alla legislazione fiscale e alla conseguente previsione sanzionatoria. In Italia, è noto come un'ampia fascia della popolazione nazionale eluda i propri obblighi civili e decida di evadere, parzialmente o integralmente, il pagamento delle tasse, delle imposte e dei contributi previsti a suo carico. Tutto ciò dimostra come – al di là di ogni disposizione legislativa – laddove persista una sacca di resistenza sociale, sarà difficile imporre il rispetto delle norme se queste non s'incrociano con l'ampia condivisione del dispositivo in esse contenuto da parte della popolazione a cui quelle norme vengono rivolte, o

sarà possibile conseguirne il rispetto soltanto a costo di andare incontro a un'imposizione forzata non semplice da effettuare e piuttosto onerosa in termini di costi sociali ed economici.

Tutto ciò conduce verso il trattamento dei principi di effettività ed efficacia della norma, intesi rispettivamente come il principio che prevede la concreta esecuzione di quanto stabilito dal diritto positivo (effettività), e il principio che dà la possibilità alla norma, o complesso di norme, di produrre gli effetti giuridici sull'ordinamento interessato (efficacia). Dall'analisi ex-post del processo di approvazione legislativa, appare evidente come ci si possa imbattere nella distinzione tra piano sostanziale e piano simbolico. Il primo fa riferimento agli esiti prodotti in termini di interessi affermati, tutelati o difesi. Il secondo viene concepito al fine di garantire consenso e legittimazione al sistema, indipendentemente dagli effetti concreti registrati sul campo. A questo proposito, infatti, si possono indicare norme ineffettive, cioè inefficaci sul piano sostanziale, ma comunque capaci di soddisfare gli interessi di legittimazione di chi le ha prodotte, e norme inefficaci (ancorché effettive) in quanto incapaci di produrre effetti concreti sugli equilibri sociali che intendono modificare.

21

3. Le sorti (e la salute) della democrazia nella tensione tra legalità formale e legalità sostanziale

Quella del rapporto fra società e diritto, anzi fra società e giuridicità, è davvero questione antica: la prima permea di sé la seconda e viceversa, in una relazione tanto inestricabile quanto sfaccettata, vitale eppure inquieta, non relegabile entro schemi definitivi né mai compiutamente appagata dei confini che sperimenta.

Costantino Mortati aveva colto plasticamente l'irriducibile ambiguità di questo rapporto nella nota distinzione tra Costituzione formale e Costituzione materiale, laddove la seconda è il prodotto dei rapporti di forza politica che si generano nella società e che mettono costantemente in discussione la prescrittività della prima²¹.

Ma v'è qualcosa di più profondo e diffuso nelle maglie di quel rapporto, che ha a che fare con le ambivalenze del diritto in termini di vicinanza o distanza rispetto al sistema sociale, ai rapporti reali e ai bisogni posti dall'esistenza.

Il fatto è che la domanda di giustizia rivolta dall'essere umano al diritto si rinnova costantemente, in un procedere storicamente mutevole

che riflette l'evolvere dei bisogni sociali, delle minacce che ostacolano il pieno sviluppo della persona, delle condizioni materiali di dignità dell'esistenza.

22 Ricordare l'ineludibile rapporto del diritto con la società è il monito di chi, anche all'interno della riflessione giuridica, intende superare i limiti e i danni dei suoi approcci più formalistici per sorprendere il diritto come esperienza, costantemente alle prese con le grandi questioni poste dai fatti concreti dell'esistere. Il felice concetto di «esperienza giuridica», teorizzato da uno dei più grandi costituzionalisti della prima metà del secolo scorso, alludeva proprio a questo: il diritto è innanzitutto esperienza, «una forma particolare della vita concreta, una esperienza che gli uomini costruiscono vivono soffrono, che fanno e dis fanno con la loro obbedienza e con la loro disobbedienza»²².

Questo concetto è ancora denso di significato e generoso di indicazioni, tanto più in un'epoca in cui l'ideologia neoliberale ha pericolosamente allontanato il diritto dall'esistenza in nome di valori altri rispetto a quelli del costituzionalismo sociale. Riconnettere il diritto con «l'esperienza sparsa della vita»²³ significa sradicare il mito mendace della sua neutralità, funzionale alle strutture del potere e facile preda del totalitarismo²⁴; significa recuperare una riflessione giuridica capace di porsi al servizio del mestiere di vivere, come luogo dell'uomo e non del potere, strumento disponibile e non imposizione insostenibile²⁵.

Del resto, non possono dimenticarsi le lezioni apprese sugli effetti devastanti che si producono quando il diritto e la politica si allontanano dall'esistenza. Auschwitz è uno dei simboli, il più feroce, di ciò che può farsi in nome di uno Stato che si ribalta su sé stesso: quando il diritto si allontana dai valori fondativi che regolano le vicende umane «la storia procede come può, e tutta l'esperienza giuridica – e dentro di essa la medesima scienza – può essere concepita come semplice strumento, come mezzo per perseguire fini disparati»²⁶.

Sta qui il punto più profondo dell'ambivalenza del diritto, perennemente sospeso fra la durezza del comando e le opportunità promesse, strumento del potere e garanzia dei deboli, ordine della complessità sociale ma anche disordine provocato da regole inadeguate.

Insomma, il diritto giusto e il diritto tiranno. È stato scritto molto su questo tema.

Si tratta di quella «dimensione profondamente tragica» con la quale il diritto si confronta ormai da tre millenni, nella quale alcuni uomini devono decidere su altri uomini e per altri uomini²⁷, destreggiandosi fra giustizia e potere, tra fiducia e paura.

Questa ambivalenza è oggi accentuata dalle politiche neoliberiste, basate su principi tecno-finanziari e su dinamiche bioeconomiche di stampo efficientista e competitivo che hanno esasperato le antinomie del diritto. I sentimenti della paura e dell'insicurezza, che pure sono all'origine della nascita del diritto quale forma di protezione dai soprusi, sono spesso alimentati dal diritto stesso (e dalle politiche che lo producono); mentre una rassicurazione solo illusoria si cela dietro alle norme che intervengono sulle complesse questioni esistenziali che affliggono gli individui. Si sono delegate ai saperi specialistici le domande e le risposte, ma questo non ha ridotto lo spaesamento; anzi, ha finito per generare un «bisogno popolare di diritto» che tende a rivestire di una «coltre legalistica» e inflazionante i rapporti e i conflitti sociali, in una «voga gius-riduzionistica della complessità e delle relazioni umane» che lungi dal riaffermare il senso della legalità ne rappresenta l'estrema distorsione²⁸.

23

In quello iato che Mortati aveva scolpito mediante la distinzione tra Costituzione formale e Costituzione materiale si inserisce allora l'ambivalenza, contigua, del concetto di legalità.

Anche in questo caso è di tutta evidenza come una legalità (solo) formale possa contrapporsi o – al contrario – accompagnarsi ad una legalità (anche) sostanziale. Quando la prima prescinde dalla seconda la democrazia è in pericolo. Ma il problema è, sempre più, stabilire i parametri di riferimento dell'una e dell'altra. Perché se il costituzionalismo del secondo dopoguerra doveva offrire argini solidi e principi esigenti per orientare valorialmente la produzione delle leggi e la costruzione delle politiche, l'azione dei poteri si basa oggi su un ossequio formale ad apparati normativi che non sono più specchio fedele di quell'impianto costituzionale (con particolare riferimento ai valori, ai criteri di produzione delle norme, al rapporto fra i poteri, alla democraticità dei decisori e dei processi decisionali).

Alla legalità antica, basata sulla legge come conquista emancipante e regola garantista per la convivenza collettiva²⁹, si è affiancata una legalità che è sovente strumento di afflizione, maschera vuota di un potere che riporta l'individuo alla dimensione atomizzante dell'asservimento.

Già Calamandrei affermava, nel 1945, che «nello stampo della legalità si può calare oro o piombo»³⁰. Perché

la legalità è molto ma non è tutto; l'abbiamo difesa in tempo di disfacimento giuridico, ma ora non ci basta più. Al di sopra e al didentro delle leggi scritte, di cui noi siamo i custodi e gli interpreti, ci occorrono quelle leggi non scritte di cui parlava Antigone, quella legge di cui par-

lava, prima di morire, Cino da Pistoia, nostro confratello, 'che scritta in cuor si porta'³¹.

Da allora, le ambiguità si sono accresciute. Il decisionismo tecno-finanziario di stampo neoliberale e la normalizzazione del governo dell'emergenza prodotta dalle «politiche della crisi» hanno aggiunto nuove crepe nel rapporto tra legalità formale e legalità sostanziale. La

24

legalità come ubbidienza a norme stabili precostituite cede il passo o a poteri d'eccezione a quella legalità o alla creazione di sempre nuova e rapida legalità, cioè alla produzione di norme accelerata o «motorizzata»³².

Per altro verso, emergono altre forme di legalità sostanziale, delle quali la legge non è più l'esclusivo riferimento e che tuttavia «sono ugualmente da osservare, perché la legalità può produrre anche ingiustizia e perché ci può essere un ordine giuridicamente valido anche al di fuori della legalità formale», in cui la collettività si riconosce anche in dissenso con la legalità formale prodotta dalle politiche dominanti³³.

La legalità è insomma una dimensione dai molti volti, protagonista di racconti diversi, che parlano di una tensione mai placata fra equità e diritto, fra i valori etici non barattabili del costituzionalismo emancipante e l'illusoria neutralità del diritto.

Di recente Paolo Grossi è tornato a ricordare la necessità di un diritto «incarnato» nell'esistenza, quale condizione ineludibile di una giuridicità capace di mantenersi coerente con i valori fondanti del modello costituzionale di democrazia sociale: un diritto che ha bisogno di mantenere un «orecchiamento costante verso la realtà esterna» per conquistare un'*effettività* misurata sui bisogni reali, sui fatti di una storia quotidiana che dia alle sue regole «la forza di durare, di incidere»³⁴.

Ebbene, una delle porte che la Costituzione chiede di mantenere aperte per consentire quell'orecchiamento, e per ritessere continuamente la tela sfilacciata del rapporto tra legalità formale e legalità sostanziale, è riconducibile alla partecipazione.

Anche il principio partecipativo, che la Costituzione pone tra i propri fondamenti, ambiva a porsi come conquista democratizzante: un paradigma tutt'altro che neutro sul quale fondare la ricostruzione di un ordinamento che era stato distrutto dal regime totalitario del ventennio fascista, prima ancora che dalla guerra, e dalla spaccatura drammatica che esso aveva determinato tra legalità formale e legalità

sostanziale. I primi quattro articoli della Costituzione sono l'espressione più immediata e inequivoca dell'anima resistenziale della Carta: un'idea di partecipazione destinata a riempire di contenuto mutevole e plurale il principio di sovranità, attraverso una molteplicità di forme che devono potersi estendere oltre il diritto di voto, nelle pieghe delle vicende quotidiane della «vita politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, comma 2), sino al dissenso e al conflitto sociale. L'accostamento al principio di eguaglianza sostanziale doveva farne la valvola di dialogo fra le politiche e le cause generative delle diseguaglianze di fatto, strumento concreto di invero della giustizia sociale. E l'accostamento ulteriore con l'eguaglianza formale intendeva chiarire che i diritti fondamentali sono argini che limitano ma anche orientano il modo di esercizio del potere: non solo il «chi» e il «come» del processo del diritto, ma anche il «che cosa»³⁵.

25

E tuttavia anche la partecipazione, di là da quella istituzionalizzata nelle forme del diritto di voto e della democrazia diretta (referendum, petizione, iniziativa legislativa popolare), ha conosciuto una vita faticosa, altalenante, perennemente sospesa tra regole innovative e ampi margini di ineffettività, esperienze positive e derive demagogiche.

Il rischio della partecipazione solo formale, o «partecipazione di facciata» come la definisce Arnstein, è sempre in agguato³⁶; e l'esplosione dei media digitali ha esasperato le derive nuovamente individualizzanti di processi partecipativi *on line* che affondano troppo spesso nella inutilità o nelle maglie della manipolazione del consenso. Difficile dire quale delle due circostanze produca più danni.

4. Quale partecipazione per quale legalità?

La partecipazione di cui parla l'art. 3, comma 2, della Costituzione rivendica percorsi di altro tipo, tanto più in momenti di disagio sociale e di vulnerabilità diffuse.

Vi sono forme di partecipazione, come i movimenti sociali, che danno voce al dissenso nei confronti di regole percepite come ingiuste o sorde ai bisogni reali; e vi sono forme di partecipazione che si traducono nel mettere in atto concretamente i valori che rivendicano, attraverso forme di collaborazione solidaristica ispirate ad una visione dell'interesse generale divergente da quella delle politiche dominanti, e che giungono talvolta a creare nuove forme di giuridicità (come i patti di collaborazione fra abitanti e amministrazioni locali per la cura dei beni comuni).

Si tratta, in entrambi i casi, di un agire che contesta una legalità per rivendicarne un'altra.

Si è spesso contestato ai movimenti l'uso di modalità illegali. Ma di quale legalità si parla in questo caso? Quale posto occupa, in un sistema che si ripiega sulla legalità solo formale, la partecipazione volta ad esprimere il dissenso e il conflitto sociale? Dove finisce il dovere di osservanza di politiche percepite come ingiuste dal punto di vista dei valori costituzionali di eguaglianza, solidarietà e giustizia sociale?

26 Come abbiamo ricordato, se lo chiedeva già lo stesso Calamandrei; e se lo chiese a lungo l'intera Assemblea Costituente, nel discutere sull'opportunità di inserire in Costituzione un articolo sul «diritto di resistenza», per stabilire che «quando i poteri pubblici violano le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla Costituzione, la resistenza all'oppressione è diritto e dovere del cittadino»³⁷.

Quel diritto doveva porsi come «misura ultima dei confini della sovranità»³⁸: non rifiuto dell'ordinamento, non rivoluzione, bensì sua reintegrazione, riaffermazione «della preminenza del fine sui mezzi quando questi si rivelino inidonei»³⁹. La questione riportava al tema dei «movimenti ineliminabili» che le forze sociali sono in grado di imprimere sul «ritmo di sviluppo di ogni organizzazione politica»⁴⁰: una «sorta di referendum silenzioso, una proclamazione di sciopero» nei confronti del diritto ingiusto, «la cui reale efficacia dovrà essere stabilita dai fatti»⁴¹; uno «sciopero a rovescio», come fu definito da Capitini a proposito del movimento promosso da Danilo Dolci con i contadini di Partinico, che presero a coltivarne le terre e a ricostruirne le strade contro le intimidazioni dell'autorità pubblica.

La proposta di prevedere un diritto di resistenza fu infine abbandonata, ma il senso che essa porta con sé esprime una pulsione della sovranità non sopprimibile, una tensione innata verso le regole di una legalità sostanziale legata ai valori non barattabili della giustizia e della dignità dell'esistenza, individuale e collettiva.

Sono i valori di una giuridicità superiore cui si decide di obbedire contro la legalità ordinaria, come nell'Antigone di Sofocle, non a caso richiamata da Calamandrei proprio nel suo discorso di difesa nel processo a Danilo Dolci.

Sono i valori costituzionali espressamente rivendicati e concretamente agiti dai movimenti e dalle forme di partecipazione di tipo collaborativo-solidaristico a livello locale (beni comuni, imprese di comunità, riqualificazione urbana, economia civile e monete locali complementari, usi collettivi, ecc.)⁴². Sono i valori richiamati dalla Corte costituzionale nel caso Cappato, riconoscendo la prevalenza del principio non scritto

cui l'imputato ha obbedito nell'aiuto offerto a praticare l'eutanasia. Sono i valori richiamati dal giudice che ha negato la convalida dell'arresto di Carola Rakete per aver violato il decreto legge Salvini sui c.d. porti chiusi, affermando che «disobbedire era un dovere»⁴³. Si potrebbe continuare.

La domanda che in genere ci si pone pensando al rapporto fra legalità e partecipazione, allora, deve essere invertita.

Chiedersi quali siano i modi e le forme di partecipazione che meglio possono garantire la legalità rischia di assecondare sostanziali appiattimenti (e di fatto svuotamenti) della sovranità su assetti formali, funzionali a qualsivoglia sistema di regole e al potere di chi ha la capacità di imporle.

Ciò che occorre chiedersi è piuttosto quale legalità si vuol perseguire alimentando e valorizzando la partecipazione. Quella delle regole formali o quella dei valori sostanziali? Quella dei diritti sulla carta o quella dei bisogni sociali nel loro evolvere mutevole e continuo così come chiesto dalla Costituzione?

27

La seconda domanda è assai più esigente della prima, perché costringe a fare i conti con le questioni nodali dei mutamenti in atto nell'assetto democratico.

Cosa vuol dire legalità, quali ne sono il paradigma e l'orizzonte, in quello che è stato definito un tempo di «norme senza patria»⁴⁴?

Il progressivo sradicamento del diritto dai territori e la delocalizzazione della sovranità statale hanno scompaginato i paradigmi della legalità costituzionale in favore di un policentrismo giuridico frammentato ed eterogeneo, ove il diritto statale tradizionale è per lo più arroccato in funzioni difensive (dei beni individuali) rispetto al diritto proteiforme dei soggetti della *global economic governance*⁴⁵, e alla sua pesante influenza sui beni collettivi e i bisogni sociali.

«La sostituzione dell'ordine di fonti predeterminate, caratterizzate da una specifica forma e ordinate in base a criteri preventivamente stabiliti», che le mantengono ancorate ai valori e principi costituzionali, avviene a favore di una «galassia di fonti» che, ben lungi dall'essere neutra, è «legata dalla forza dei soggetti dominanti, ovvero una rete che ondeggia e si plasma secondo i voleri del mercato»⁴⁶.

Da ciò discende inevitabilmente un mutamento dei parametri della normatività e della legalità. La legalità formale come *conformità* procedurale si sgancia definitivamente dalla legalità sostanziale come *coerenza* ai valori costituzionali; e l'efficacia viene ricercata non più nella validità, quale risultato dell'unione di quei due volti, bensì nell'efficienza, ossia nel risultato atteso da chi detiene di volta in volta il potere (per lo più tecnocratico e finanziario)⁴⁷.

In un panorama di questo tipo, il paradigma della legalità può declinarsi – per un verso – in forme riduttive e sterili di *legalizzazione*, funzionali alla realizzazione dei valori dominanti o, ancor peggio, in ideologie di legalismo garantista che rischiano di essere più perniciose dei mali che vogliono combattere, perché facilmente manipolabili in termini di oppressione e di controllo⁴⁸; oppure, per altro verso, può declinarsi in lotta per difendere una legalità diversa, «superiore» perché ancorata a valori avvertiti socialmente come fondamenti irrinunciabili della convivenza.

Vi sono forme di partecipazione che si prestano agevolmente a servire e alimentare la legalità del primo tipo; e forme di partecipazione che si muovono nella seconda direzione.

28

Queste ultime (i movimenti e le esperienze di tipo cooperativo-solidaristico) ambiscono a ricucire il rapporto slabbrato fra sovranità statale e sovranità popolare, soprattutto attraverso la riappropriazione della dimensione spaziale dei diritti. Esse oppongono alla partecipazione proceduralizzata e atomizzante di stampo neoliberale un agire concreto che si appropria dei valori del costituzionalismo emancipante, per proporre e attuare politiche alternative di governo delle vite fondate sulle libertà collettive, sui bisogni sociali, sulla cooperazione e sulla solidarietà⁴⁹. In taluni casi particolarmente virtuosi, poi, la proceduralizzazione viene restituita alla propria funzione garantista e diviene punto di forza dell'agire partecipativo (è il caso dei regolamenti per la cura condivisa dei beni comuni e dei Patti di collaborazione).

Mentre la sovranità statale va perdendo il rapporto con i territori, in favore di un diritto sempre più attratto nella fluidità di parametri tecnofinanziari, efficientisti, competitivi ed emergenziali, la sovranità popolare espressa attraverso questo tipo di esperienze partecipative pone a fulcro e oggetto della propria rivendicazione proprio lo spazio, i luoghi, e con essi l'abitare, quale esperienza quotidiana che non si riduce alla materia urbanistica ma reclama regole sostenibili e dignitose di governo delle vite. In queste esperienze il territorio, che la *global economic governance* assume aprioristicamente, viene restituito alla dimensione originaria, quale elemento costitutivo della «*relazione domiciliare* del diritto con lo spazio»⁵⁰: un processo di riterritorializzazione del diritto nel quale la partecipazione si riappropria della dimensione autenticamente collettiva ed anche di quella del dissenso, resistendo e rinnovandosi negli spazi di compresenza fisica; e l'autonomia viene risignificata quale spazio politico ove l'*autos* si riconosce in un *nomos* inviolabile, radicato nella «consapevolezza dell'interdipendenza, anche interindividuale, insita nella dimensione sociale e politica»⁵¹.

In questa prospettiva, che è ancora oggi quella indicata dagli art. 2 e 3, comma 2 della Costituzione, la partecipazione aspira a porsi come snodo di ricongiunzione tra conformità e coerenza delle norme e delle politiche, tra validità formale e rispetto dei valori fondanti della democrazia costituzionale: una prospettiva in cui l'efficacia del diritto si misura concretamente negli effetti non soltanto ordinatori ma anche emancipanti, e la legalità diviene «occasione per una valorizzazione comunitaria della fiducia sociale»⁵².

Più che con la legalità *tout court*, il concetto di partecipazione andrebbe affiancato allora a quello di legalità costituzionale. Quest'ultimo concetto consente infatti di evidenziare con minore ambiguità il rapporto che la partecipazione può intrecciare con la giuridicità ampiamente intesa: alimento delle garanzie che la giuridicità consente di conquistare quando si mantiene coerente con i principi e i diritti fondamentali della democrazia costituzionale; oppure alibi delle garanzie di facciata dietro alle quali un certo tipo di giuridicità si cela quando disgiunta da quei principi e diritti.

Delle due l'una. In una prospettiva che voglia davvero difendere l'anima valoriale del costituzionalismo emancipante, il concetto di legalità non può non coincidere con quello di democrazia.

5. Partecipazione e democrazia in luogo di partecipazione e legalità, dunque?

Pur semplificando una tematica che richiederebbe ben altra ampiezza di analisi, si dovrebbe rispondere affermativamente. E tuttavia non per svuotare di senso la seconda endiadi, bensì per ricollocarla entro una dimensione più appropriata. L'accostamento fra «partecipazione e legalità» riflette un pezzo del mosaico più ampio disegnato dal rapporto fra partecipazione e legalità costituzionale. E in questo senso, in quanto riferito a situazioni circoscritte e precise, mantiene un'importanza indubbia: si pensi alle forme di collaborazione aventi ad oggetto i beni confiscati alla criminalità, ma anche alle molte forme di partecipazione che in vario modo influiscono sul ripensamento di regole, garanzie e istituti giuridici volti al perseguimento dell'interesse generale, come evidenziato nei saggi che seguono.

L'accostamento fra partecipazione e legalità costituzionale, e in ultima analisi fra partecipazione e democrazia, riporta invece alla mai sopita necessità di presidiare gli strumenti di costruzione di un diritto dal «volto umano»⁵³. Perché dall'esperienza costituente in poi, fino alle sfide più minute del vivere quotidiano, i moniti sono ancora gli stessi: il

non facile e fragile rapporto fra partecipazione e legalità costituzionale riflette il costante riemergere nella storia dei popoli e degli oppressi di quella componente resistenziale della sovranità che Mario Pagano aveva ben delineato più di due secoli fa nel progetto di Costituzione napoletana⁵⁴; e lo Stato continua ad essere lo spazio pubblico nel quale il sistema politico e giuridico ha da essere momento del «pensare che l'uomo fa di sé stesso, della vita, della storia, del mondo, mentre vive sé stesso secondo idee umane»⁵⁵.

30 Note

¹ Cfr. A. COTTINO, *Lineamenti di sociologia del diritto*, Zanichelli, Torino 2016 (ed. 2019).

² A. FEBBRAJO, *Sociologia del diritto*, il Mulino, Bologna 2009, p. 13.

³ K. OLIVECRONA, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Etas, Milano 1972.

⁴ *Ivi*, p. 153.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Cfr. A. COTTINO, *op. cit.*

⁸ Cfr. W.J. CHAMBLISS, R.B. SEIDMAN, *Introduzione allo studio del diritto*, Loescher, Torino 1987.

⁹ *Ivi*, 27. In tal senso, il termine «cosciente» può essere inteso anche come «razionale», cioè «conforme alla ragione» del legislatore, alle sue intenzioni e agli obiettivi che intende raggiungere.

¹⁰ *Ivi*, 213.

¹¹ *Ibidem*.

¹² U. ROMAGNOLI, *Il principio d'uguaglianza sostanziale*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna 1975, p. 162.

¹³ M. FERRARA, *I mondi del benessere: una nuova classificazione dei welfare states*, in «Rivista Italiana di Scienza Politica», Vol. XXII, 1992, No. 2, pp. 233-267.

¹⁴ W. J. CHAMBLISS, R. B. SEIDMAN, *op. cit.*, p. 240.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ V. AUBERT, *Competition and dissensus: two types of conflict and conflict resolution*, in «Journal of conflict resolution», 1963, Vol. VI, No. 1, pp. 26-42.

¹⁷ Cfr. A. COTTINO, *op. cit.*

¹⁸ Cfr. Z. BAUMAN, *Globalization: The Human Consequences*, Columbia University Press, New York 1998.

¹⁹ Cfr. V. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1987.

²⁰ Cfr. A. COTTINO, *op. cit.*

²¹ C. MORTATI, voce *Costituzione*, in Enc. Dir., XI, Milano, 1962, spec. pp. 214 ss.

²² G. CAPOGRASSI, *Leggendo la «Metodologia» di Carnelutti*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XX, 1940, pp. 24-25. Cfr. anche R. ORESTANO,

Della «esperienza giuridica» vista da un giurista, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1980, pp. 1173 ss.

²³ A. PIGLIARU, *La piazza e lo Stato*, Il Maestrale, Nuoro 2012, p. 44.

²⁴ G. AZZARITI, *Contro il revisionismo*, Laterza, Roma-Bari 2016, pp. 40 ss.

²⁵ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Feltrinelli, Milano 2006, p. 72.

²⁶ F. CERRONE, *Sull'esperienza giuridica: Capograssi, Orestano, Giuliani*, in «Diritto Pubblico», n. 3/2016, p. 981, citando G. Capograssi.

²⁷ E. RESTA, *Giudicare e vendicare un testo*, presentazione a M.P. MITTICA, *Raccontando il possibile. Eschilo e le narrazioni giuridiche*, Giuffrè, Milano 2006, p. XI.

²⁸ G. FORTI, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Vita e pensiero, Milano 2018, p. 15,

²⁹ «La legge è tutela dei deboli, i forti non ne hanno bisogno; è stata la plebe a Roma a chiedere e a ottenere le dodici tavole, basilari nel diritto romano scritto»: C. MAGRIS, *Quelle leggi necessarie*, in ID., *Utopia e disincanto*, Garzanti, Milano 2001, p. 250.

³⁰ Cfr. P. CALAMANDREI, *Prefazione*, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Le Monnier, Firenze 1945.

³¹ P. CALAMANDREI, *Intervento al Primo Congresso Nazionale Forense del secondo dopoguerra* (novembre 1947), citato da P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Giuffrè, Milano 2014, p. 47.

³² G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino 2018, p. 174.

³³ F. GIGLIONI, *Che cos'è veramente la legalità?*, in «www.labsus.org», 22 gennaio 2019.

³⁴ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Bari 2006, pp. 64-65.

³⁵ N. CAPONE, *Lo spazio e la norma. Per una ecologia politica del diritto*, Ombre Corte, Verona 2020, pp. 86-87.

³⁶ S.R. ARNSTEIN, *A Ladder of Citizen Participation*, in Journal of the American Planning Association, Vol. 35, No. 4, July 1969, pp. 216 ss.

³⁷ Art. 50 del progetto di Costituzione.

³⁸ S. ROSSI, *Dossetti e la fede nella Costituzione*, in B. PEZZINI, S. ROSSI (a cura di), *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese*, Franco Angeli, Milano 2016, pp. 140 ss.

³⁹ T. SERRA, *Il «diritto» di resistenza in Mortati*, in «Nomos», n. 1/2016, p. 3. V. anche C. MORTATI, *Commento all'art. 1*, in G. BRANCA, *op. cit.*, p. 32; L. CARLASSARE, *Stati di eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in AA.VV., *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano 1990, p. 490 ss.

⁴⁰ T. SERRA, *op. cit.*, p. 7.

⁴¹ A. CERRI, *Resistenza (diritto di)*, in «Enciclopedia Giuridica», XXVI, Roma, 1991, p. 6.

⁴² Per alcuni approfondimenti: A. ALGOSTINO, *Settant'anni di «uso» della Costituzione: da patto sociale e progetto alternativo? Brevi note per un contributo al seminario di costituzionalismo.it*, in «Costituzionalismo.it», fascicolo n. 2/2018, pp. 123 ss.; L. MORLINO, *Dissenso*, in Enc. Scienze Sociali, vol. III, 1993, pp. 169 ss.

⁴³ Gup Agrigento, 2 luglio 2019. Carola Rakete è l'attivista che, al comando della nave da salvataggio Sea-Watch 3 e con a bordo alcune decine di migranti, nel giugno del 2019 decise di forzare la chiusura del porto di Lampedusa e fu arrestata con l'accusa di resistenza a una nave da guerra e tentato naufragio.

⁴⁴ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2004, p. 28.

⁴⁵ Cfr. in particolare A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino 2018; G. SACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità, rappresentanza, territori*, Jovene, Napoli 2017. Sulla recessività del diritto, particolarmente evidente nell'ambito del digitale, ma con argomenti e osservazioni di ricaduta più ampia, v. le considerazioni di M. PIETRANGELO nella *Introduzione* a G. L. CONTI, M. PIETRANGELO, F. ROMANO (a cura di), *Social media e diritti. Diritto e social media*, in «Informatica e diritto», n. 1-2/2017, pp. 13 ss.

32

⁴⁶ A. ALGOSTINO, *Verso un diritto dell'effettività a-territoriale?*, in «Forum Quaderni costituzionali», n. 4/2019, pp. 3-4.

⁴⁷ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, pp. 530 ss., richiamato da A. ALGOSTINO, *op. ult. cit.*, p. 5.

⁴⁸ Per considerazioni e approfondimenti in questo senso v. A. VALASTRO, *Partecipazione e distanziamenti: dove vanno il pluralismo, il dissenso e il conflitto sociale?*, in «Quaderni di Teoria Sociale», n. 1/2021, pp. 87 ss.

⁴⁹ V. i saggi di G. Allegretti e S. Holz, e di D. Ciaffi e U. Di Maggio, in questo numero della rivista.

⁵⁰ P. MADDALENA, *Saggio introduttivo. Tre specie di lontananza*, in N. CAPONE, *op. cit.*, p. 18.

⁵¹ L. RONCHETTI, *Antigone: praticare un'autonomia all'altezza dei doveri inderogabili. Brevi considerazioni sul rapporto tra autonomia e Costituzione*, in AA.VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Diritto costituzionale in trasformazione*, vol. IV – *I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista*, pp. 413 ss. In senso analogo F. GIGLIONI, *Il contributo del principio di sussidiarietà alla cittadinanza*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze University Press, Firenze 2016, pp. 235 ss.

⁵² Così F. Giglioni, in questa rivista.

⁵³ Cfr. F. CASUCCI (a cura di), *Il volto umano del diritto*, E.S.I., Napoli 2019.

⁵⁴ Nel progetto di Costituzione della Repubblica napoletana del 1799 il diritto di resistenza veniva definito quale «baluardo di tutti i diritti» (art. 15). «Come [...] segnare quel giusto punto tra la passiva pazienza, base del dispotismo, e l'anarchica insorgenza? Abbiamo creduto dar la risoluzione di questo interessante problema, fissando che ogni cittadino abbia il diritto d'insorgere contro le autorità ereditarie e perpetue, tiranniche sempre: ma che il popolo tutto possa solamente insorgere contro gli abusivi esercizi de' poteri costituzionali»: Mario Pagano, in F. MORELLI, A. TRAMPUS (a cura di), *Progetto di Costituzione della Repubblica napoletana presentato al Governo provvisorio dal Comitato di legislazione*, Edizioni della Laguna, Gorizia 2008, p. 124.

⁵⁵ A. PIGLIARU, *op. cit.*, p. 20.