





ETICA  
PUBBLICA

STUDI  
SU LEGALITÀ  
E PARTECIPAZIONE

2 | 2021

SEMESTRALE | LUGLIO-DICEMBRE

PARTECIPAZIONE E LEGALITÀ.  
DILEMMI E SFIDE

a cura di

Alessandra Valastro e Marco Damiani

**RUB3ETTINO**

Direttore

*Paolo Mancini* (Università di Perugia)

#### **Condirettori**

*Enrico Caniglia* (Università di Perugia)

*Francesco Clementi* (Università di Perugia)

#### **Comitato editoriale:**

*Nando dalla Chiesa* (Università di Milano)

*Loreto Di Nucci* (Università di Perugia)

*Stefano Giubboni* (Università di Perugia)

*Fabio Raspadori* (Università di Perugia)

*Vincenzo Sorrentino* (Università di Perugia)

*Alberto Vannucci* (Università di Pisa)

#### **Segretario di redazione**

*Roberto Mincigrucci* (Università di Perugia)

*Romina Perni* (Università di Perugia)

#### **Comitato scientifico**

*Alessandro Campi* (Università di Perugia)

*Enrico Carloni* (Università di Perugia)

*Roberto Cavallo Perin* (Università di Torino)

*Colin Crouch* (The University of Warwick)

*Donatella Della Porta* (Scuola Normale Superiore, Firenze)

*David Hine* (University of Oxford)

*Christian Joerges* (Hertie School of Governance, Berlin)

*Agustí Cerrillo Martínez* (Universitat Oberta de Catalunya)

*Francesco Merloni* (Università di Perugia)

*Monica Massari* (Università di Milano)

*Alina Mungiu Pippidi* (Hertie School of Governance, Berlin)

*Roberto Segatori* (Università di Perugia)

*Davide Torsello* (Central European University, Budapest)

#### **Copyright**

© 2021 - Rubbettino Editore

#### **Amministrazione**

Rubbettino Editore

Viale Rosario Rubbettino, 10

88049 Soveria Mannelli

tel. 0968 6664201

fax 0968 662055

e-mail editore@rubbettino.it

#### **Abbonamenti**

Abbonamento annuo per due numeri:

dall'Italia: € 25,00

dall'estero: € 40,00

Prezzo di un singolo numero: € 15,00

Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno.

Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri già pubblicati.

#### **Stampa**

Rubbettino print

per conto di

Rubbettino Editore s.r.l.

88049 Soveria Mannelli (Catanzaro)

Registrazione presso il Tribunale di Lamezia Terme

n. 1/2020

ISSN: 2723-9012

Web: <http://eticapubblica.unipg.it/>

Mail: [redazione.eticapubblica@unipg.it](mailto:redazione.eticapubblica@unipg.it)

Submission: <http://eticapubblica.unipg.it/sottoporti-un-articolo/>

## Indice

- 7 In questo numero  
*Paolo Mancini*

### Saggi

- 11 Partecipazione e legalità. Dilemmi e sfide  
*Alessandra Valastro*  
*Marco Damiani*
- 15 Partecipazione e dissenso tra legalità formale, realtà sociale e democrazia costituzionale  
*Marco Damiani*  
*Alessandra Valastro*
- 33 Fuga dalla gabbia d'acciaio in Europa. Opportunità e minacce per la sussidiarietà orizzontale e la cura condivisa dei beni comuni all'italiana  
*Daniela Ciaffi*  
*Umberto Di Maggio*
- 51 La collaborazione per la legalità: il caso dei beni confiscati alla criminalità organizzata  
*Fabio Giglioni*
- 71 *Stricto sensu VS lato sensu?* Regulating Participatory Processes Between «The Force of Law» and «The Force of Will»  
*Giovanni Allegretti*  
*Sheila Holz*

## **Letti e riletti**

- 95 Forum: Parole rinnovate per la Repubblica che verrà.  
A proposito di «Etica per le Istituzioni. Un lessico»  
*Francesco Clementi*
- 99 Forum: intervento  
*Edoardo Chiti*
- 103 Forum: intervento  
*Roberta Sala*
- 107 La libertà di espressione dei funzionari  
*Recensione di Giacomo Canale*

## **Note e commenti**

- 113 Un paradiso abitato da diavoli. Stato dei diritti umani nel mondo  
*Emanuele Russo*
- 119 Diritti proclamati, diritti negati  
*Piero Basso*
- 127 Gli autori

## In questo numero

Paolo Mancini

Come spiegano bene i due curatori di questo numero monografico, Alessandra Valastro e Marco Damiani, non esiste legalità se non c'è anche partecipazione dei cittadini alla vita e alle decisioni della comunità. È questo il binomio che indirizza la nostra rivista e che è alla base anche dell'intero progetto di eccellenza del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Perugia. Se i numeri precedenti si sono focalizzati prevalentemente su varie questioni attinenti la legalità e le sue sfide, questo numero di «Etica pubblica. Studi su legalità e partecipazione» è invece interamente dedicato alla partecipazione. Mi sembra di poter affermare che la prospettiva secondo la quale essa è discussa è di pregevole originalità mettendo insieme approcci interdisciplinari grazie ai quali le questioni giuridiche si coniugano con gli interrogativi e le esigenze di un più compiuta democrazia partecipata investigando casi in cui la legalità è perseguita attraverso il contributo attivo dei cittadini. La discussione delle criticità che questi casi pongono è certamente un punto dirimente della partecipazione alla legalità. Altrettanto originali sono le note sul possibile contributo di attori privati, singoli cittadini e associazioni, e attori pubblici nella gestione dei beni di interesse comune.

Insomma, un numero, questo di «Etica pubblica. Studi su legalità e partecipazione», che affronta temi che possono certamente contribuire a rendere più compiuta la vita della nostra democrazia. La special issue non è solo espressione, spesso vuota, di *good will*, ma chi vuole può trovarvi anche indicazioni circa gli spazi per implementare contributi resi possibili dai vigenti statuti giuridici

Il forum che Francesco Clementi, in «Letti e rilette», ha voluto titolare *Parole rinnovate per la repubblica che verrà* è un tributo ad un bel libro, ma anche ad un componente del nostro comitato scientifico e alla sua attività come membro e Presidente dell'Autorità anticorruzione.

Ed infine in «Note e commenti», Nando dalla Chiesa ha riunito due contributi di importanti operatori e studiosi, Piero Basso e Emanuele Russo sulla questione dei diritti umani, questione di attualità eppure raramente indagata a fondo.

## Saggi



# Partecipazione e legalità. Dilemmi e sfide

Alessandra Valastro  
Marco Damiani

Partecipazione e legalità sono oggi ad essere affiancate con frequenza, in un discorso pubblico che aspira a riappropriarsi di valori *lato sensu* democratici.

Ma come affermava Calamandrei, «nello stampo della legalità si può calare oro o piombo». D'altro canto, anche il tema della partecipazione si presta a ospitare tanto garanzie autentiche per la sovranità quanto retoriche fuorvianti per la sua effettività.

Si tratta pertanto di un accostamento che deve essere maneggiato con attenzione, per tenerlo al riparo da fraintendimenti che rischiano di alimentare e replicare le ambiguità che entrambi i concetti e le loro applicazioni recano con sé.

Uno degli snodi attorno ai quali ruotano le riflessioni sul rapporto tra legalità e partecipazione è in genere quello della trasparenza, quale condizione irrinunciabile di democraticità del potere: la partecipazione è garanzia di trasparenza, si dice; e la trasparenza è garanzia di legalità.

Si tratta di un assunto ineccepibile su un piano di principio, eppure ambiguo nelle sue attuazioni. L'assunzione sempre più acritica di questo collegamento e l'accentuazione dei suoi profili solo formali hanno infatti portato ad una proceduralizzazione della partecipazione che ne ha sovente trascurato le dinamiche sostanziali e gli obiettivi: una standardizzazione di regole procedurali che, pur guidate in molti casi dalla condivisibile preoccupazione di costruire garanzie più solide e durature, ha finito per appiattirsi su una presunzione di automatismo delle virtù legalizzanti della partecipazione. Basti pensare a referendum consultivi e consultazioni *on line*, le cui criticità in termini di inclusione e capacità di influenza sono ampiamente evidenziate dalla letteratura su tema; ma anche alle forme di dibattito pubblico che pure hanno conosciuto regolamentazioni d'avanguardia, dove tuttavia la massa critica della partecipazione è rimasta fuori o ha percorso altri canali rispetto a quello previsto e disciplinato.

Quello della «legalità per la partecipazione» è un aspetto nodale e da sempre sofferente dell'attuazione del principio partecipativo, relativo all'opportunità e al *quantum* di regolamentazione che i processi partecipativi possono sopportare, all'orientamento teleologico delle relative regole, alla disponibilità effettiva delle classi politiche a condividere la costruzione delle scelte.

Ma accanto a questo vi è il tema della «partecipazione per la legalità», rispetto al quale occorre chiedersi su quali versanti della sovranità le forme della partecipazione possono contribuire alla costruzione di norme e politiche coerenti con una legalità non *bonne a tout faire* bensì ancorata ai valori della democrazia costituzionale.

12

La partecipazione può svolgere un ruolo fondamentale di ricucitura del non facile rapporto tra legalità formale e legalità sostanziale, a condizione di salvaguardarne e rilanciarne la funzione di strumento di invero della giustizia sociale. Muovendo dall'orizzonte del modello di democrazia sociale disegnato dai Costituenti, le riflessioni proposte nei saggi che seguono si muovono su entrambi questi assi, analizzando – da un lato – i punti di forza e le criticità dei modelli regolativi volti a garantire la trasparenza e l'efficacia dei processi partecipativi, e – dall'altro – le forme della partecipazione che più di recente rivendicano espressamente la riappropriazione di sovranità nelle decisioni e azioni concrete di cura dell'interesse generale alla luce di una legalità più propriamente costituzionale.

La complessità sociale e la progressiva alterazione degli assetti tradizionali di produzione del diritto pongono interrogativi importanti circa la risignificazione di valori fondanti della democrazia, come quelli di sovranità, autonomia, solidarietà, pluralismo sociale; ma anche questioni complesse sui paradigmi classici della legalità, oggi messi in discussione da un progressivo scivolamento della validità (conformità procedurale e coerenza valoriale) verso l'efficienza.

A partire da tali considerazioni, il saggio di Marco Damiani e Alessandra Valastro si pone il compito di tracciare il frame teorico all'interno del quale collocare i saggi ricompresi nella parte monografica di questa *special issue*. Lo scopo è indagare il rapporto esistente tra società e diritto, focalizzando in particolare l'attenzione sul ruolo attribuito agli strumenti di partecipazione politica nel quadro normativo e sociale predefinito. È in questo senso che si viene a determinare il non facile rapporto fra legalità e partecipazione, del quale s'intendono esplorare talune traiettorie evidenziate dai fenomeni partecipativi più recenti.

Sull'analisi degli strumenti nuovi della partecipazione si sofferma anche il saggio di Daniela Ciaffi e Umberto Di Maggio. Gli autori pongono

attenzione alle modalità orizzontali di alcuni processi decisionali, capaci di coinvolgere all'unisono attori pubblici e privati, gruppi, associazioni e singoli cittadini attraverso lo strumento dei «patti di collaborazione». Si tratta di dispositivi particolarmente innovativi dal lato della partecipazione, che in Italia vengono formalmente ricompresi all'interno del cosiddetto «Regolamento per l'amministrazione condivisa dei beni comuni». L'obiettivo del saggio è ragionare sulle potenzialità e sulle criticità della cosiddetta «amministrazione condivisa» tra attori di natura e interessi diversi, accomunati da un unico obiettivo di riferimento.

Nell'articolo di Fabio Giglioni si continua ad approfondire il tema della partecipazione con particolare riferimento alle esperienze registrate nel campo dei beni confiscati alla criminalità organizzata. In questo caso, l'obiettivo dell'autore è mettere in evidenza il coinvolgimento delle numerose organizzazioni coinvolte, capaci di fornire un contributo essenziale al dispiegamento del processo di riappropriazione sociale in tema di legalità.

Da ultimo, il contributo di Giovanni Allegretti e Sheila Holz pone attenzione nell'analisi delle forme di creatività dei processi decisionali, e sui rischi e sulle rigidità registrate in termini di efficacia e coinvolgimento dei cittadini alla vita pubblica. Al riguardo, gli autori arrivano a presentare alcune riflessioni sui «legami pericolosi» (*liaisons dangereuses*) che intercorrono tra la garanzia di continuità e i rischi di ritualizzazione dei numerosi strumenti partecipativi e sulla loro capacità di mettere in campo un contenuto di resilienza e adattabilità alle condizioni esterne.



# 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 politica<sup>1</sup>. 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»<sup>2</sup>. 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 Olivecrona<sup>3</sup>. Secondo il filosofo svedese: «il sistema giuridico non è mai statico, e la forma e la trasformazione delle norme costituiscono un processo continuo»<sup>4</sup>. 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»<sup>5</sup>. In situazioni di questo tipo, «agenti innumerevoli sono al lavoro per proporre nuove norme, o modificazioni delle vecchie»<sup>6</sup>.

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 scontata<sup>7</sup>. 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 casi<sup>8</sup>. 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»<sup>9</sup>, 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»<sup>10</sup>, 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 interessi<sup>11</sup>. 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 sovranità<sup>12</sup>. 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 universalistico<sup>13</sup>, 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»<sup>14</sup>, 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»<sup>15</sup>. Nel corso di questo processo di trasformazione è particolarmente importante il nesso tra interessi e valori<sup>16</sup>. 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 concreta<sup>17</sup>.

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 internazionali<sup>18</sup>. 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 potere<sup>19</sup>. 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 contenuti<sup>20</sup>. 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 prima<sup>21</sup>.

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 disfanno con la loro obbedienza e con la loro disobbedienza»<sup>22</sup>.

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»<sup>23</sup> significa sradicare il mito mendace della sua neutralità, funzionale alle strutture del potere e facile preda del totalitarismo<sup>24</sup>; 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 insostenibile<sup>25</sup>.

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»<sup>26</sup>.

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 uomini<sup>27</sup>, 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 distorsione<sup>28</sup>.

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 collettiva<sup>29</sup>, 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»<sup>30</sup>. 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'<sup>31</sup>.

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»<sup>32</sup>.

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 dominanti<sup>33</sup>.

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»<sup>34</sup>.

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»<sup>35</sup>.

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 agguato<sup>36</sup>; 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»<sup>37</sup>.

Quel diritto doveva porsi come «misura ultima dei confini della sovranità»<sup>38</sup>: non rifiuto dell'ordinamento, non rivoluzione, bensì sua reintegrazione, riaffermazione «della preminenza del fine sui mezzi quando questi si rivelino inadeguati»<sup>39</sup>. 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»<sup>40</sup>: una «sorta di referendum silenzioso, una proclamazione di sciopero» nei confronti del diritto ingiusto, «la cui reale efficacia dovrà essere stabilita dai fatti»<sup>41</sup>; 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.)<sup>42</sup>. 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»<sup>43</sup>. 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»<sup>44</sup>?

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*<sup>45</sup>, 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»<sup>46</sup>.

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)<sup>47</sup>.

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 controllo<sup>48</sup>; 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 solidarietà<sup>49</sup>. 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»<sup>50</sup>: 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»<sup>51</sup>.

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»<sup>52</sup>.

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»<sup>53</sup>. 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 napoletana<sup>54</sup>; 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»<sup>55</sup>.

## Note

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

<sup>2</sup> A. FEBBRAJO, *Sociologia del diritto*, il Mulino, Bologna 2009, p. 13.

<sup>3</sup> K. OLIVECRONA, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Etas, Milano 1972.

<sup>4</sup> *Ivi*, p. 153.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Cfr. A. COTTINO, *op. cit.*

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

<sup>9</sup> *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.

<sup>10</sup> *Ivi*, 213.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

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

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> W. J. CHAMBLISS, R. B. SEIDMAN, *op. cit.*, p. 240.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Cfr. A. COTTINO, *op. cit.*

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

<sup>19</sup> Cfr. V. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1987.

<sup>20</sup> Cfr. A. COTTINO, *op. cit.*

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

<sup>22</sup> 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.

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

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

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

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

<sup>27</sup> 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.

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

<sup>29</sup> «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.

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

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino 2018, p. 174.

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

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

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

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

<sup>37</sup> Art. 50 del progetto di Costituzione.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> T. SERRA, *op. cit.*, p. 7.

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

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2004, p. 28.

<sup>45</sup> 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

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

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> 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.

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

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

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> Così F. Giglioni, in questa rivista.

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

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> A. PIGLIARU, *op. cit.*, p. 20.

# Fuga dalla gabbia d'acciaio in Europa. Opportunità e minacce per la sussidiarietà orizzontale e la cura condivisa dei beni comuni all'italiana

Daniela Ciaffi  
Umberto Di Maggio

L'Italia come laboratorio pilota di sussidiarietà orizzontale è da anni sotto l'attenta osservazione di studiosi, attivisti e policy makers internazionali interessati alla cura dei beni comuni attraverso azioni di interesse generale. Rispetto alla concezione verticale che l'Unione europea ha della sussidiarietà, è in un certo senso provocatorio il messaggio che circa 250 comuni italiani e un paio di regioni lanciano, implicitamente, quando pattuiscono quotidianamente forme di cogestione di spazi e servizi comuni. Lo fanno infatti nel più orizzontale dei modi: alla pari con soggetti diversi – pubblici, privati, gruppi, associazioni, gruppi e singoli abitanti attivi – e attraverso migliaia di «patti di collaborazione»: dispositivi tanto innovativi quanto ordinari che esistono nel diritto amministrativo italiano, in quelle città e nei territori in cui la pubblica amministrazione si doti di un «Regolamento per l'amministrazione condivisa dei beni comuni». Il concetto teorico di «amministrazione condivisa» coniato da Gregorio Arena nel 1997 sta rapidamente guadagnando movimento, così che la cura condivisa dei beni comuni materiali e immateriali «all'italiana» fa ipotizzare agli autori di questo contributo che la democrazia si possa evolvere in direzione contributiva, come hanno iniziato a dire in Francia, ma solo a condizione di sfidare davvero alcuni ostacoli che oltre un secolo fa Max Weber iniziò a mettere a fuoco. Nel 1905 il celebre studioso avvertì della condizione di «gabbia di durissimo d'acciaio» per esplicitare il processo di burocratizzazione entro cui la modernità sembra ridursi. Perdita dello spirito vocazionale nella professione, discostamento da sommi valori nell'adempimento lavorativo, nonché mera ricerca di soddisfazione a passioni agonali e spinte competitive sembravano essere le uniche ratio motivazionali per quelle condotte divenute, ormai, «pietificate», anche da parte di coloro che erano e sono oggi predisposti, in

quanto pubblici amministratori, nell'espletamento di attività per il bene comune e l'interesse generale

## 1. Introduzione

34

L'Italia come laboratorio pilota di sussidiarietà orizzontale è da anni sotto l'attenta osservazione di studiosi, attivisti e policy makers internazionali interessati alla cura dei beni comuni attraverso azioni di interesse generale. Rispetto alla concezione verticale che l'Unione Europea ha della sussidiarietà, è in un certo senso provocatorio il messaggio che circa 250 comuni italiani e un paio di regioni lanciano, implicitamente, quando pattuiscono quotidianamente forme di cogestione di spazi e servizi comuni<sup>1</sup>. Lo fanno infatti nel più orizzontale dei modi: alla pari con soggetti diversi – pubblici, privati, gruppi, associazioni, gruppi e singoli abitanti attivi – e attraverso migliaia di «patti di collaborazione»: dispositivi tanto innovativi quanto ordinari che esistono nel diritto amministrativo italiano, in quelle città e nei territori in cui gli enti pubblici (quasi sempre locali, ma anche intercomunali e regionali) si dotino di un «Regolamento per l'amministrazione condivisa dei beni comuni». Il concetto teorico di «amministrazione condivisa» coniato da Gregorio Arena nel 1997<sup>2</sup> sta rapidamente guadagnando spazio, dalle prime esperienze di prossimità sperimentate a Bologna nel 2014 fino a una storica sentenza della Corte costituzionale del 2020<sup>3</sup>: La cura condivisa dei beni comuni materiali e immateriali «all'italiana» può insomma far sperare che la democrazia si possa evolvere in direzione *contributive*<sup>4</sup>, come hanno iniziato a dire in Francia, ma solo a condizione di sfidare davvero alcuni ostacoli che oltre un secolo fa Max Weber iniziò a mettere a fuoco. Questo contributo parte proprio dal pensiero di questo autore, e in particolare dalla potente metafora della «gabbia di durissimo d'acciaio» che costringe la società moderna a forme di burocrazia e legalità non sempre ispirate ai principi di giustizia ed etica della responsabilità. Una delle chiavi per provare ad aprire questa gabbia è individuata dagli autori in un terzo principio, quello della sussidiarietà orizzontale, introdotto nella Costituzione italiana vent'anni fa, e ancor più la sua traduzione in migliaia di concrete forme di pattuizione per la cura dei beni comuni che cittadini attivi e amministratori pubblici stanno sperimentando attraverso nuove alleanze.

## 2. Il poliedro interpretativo weberiano

Max Weber nel 1905, mentre l'occidente viveva grandi sconvolgimenti politici ed economici, parlando del «capitalismo vittorioso», scrive della condizione del mondo costretto in un'inedita «gabbia di durissimo d'acciaio» (*Stahlharte Gehäuse*)<sup>5</sup>. L'immagine è certamente simbolica, nonché di indiscutibile potenza evocativa, e ci descrive un nuovo cosmo ordinamentale entro cui il lavoro e l'adempimento professionale non sono più guidati dallo spirito vocazionale (*Beruf*) e da sommi valori ma, invece, da presupposti meccanici, passioni agonali, spinte competitive che conducono, anche nelle attività che riguardano il bene comune, ad una «pietrificazione meccanizzata» delle condotte<sup>6</sup>.

35

Il sociologo tedesco, di cui nel 2020 è ricorso il centenario della morte, si riferisce ad un cambiamento ancora in atto che risulta essere, a causa del disincantamento del mondo (*Entzauberung der Welt*), sempre più dominato dall'intellettualizzazione e dalla razionalizzazione<sup>7</sup>. Si badi però che Weber si riferisce ad una specifica razionalità e particolarmente a quella formale<sup>8</sup> che riguarderebbe le sfere economiche della produzione e del commercio e che estensivamente interesserebbe anche il diritto, la politica e l'amministrazione pubblica. Semplificando, si può dire che una condotta formalmente razionale è preoccupata solo dalla coerenza, dalla calcolabilità, dalla prevedibilità e predilige la forma alla sostanza. Riferendoci specificamente alle attività dei funzionari pubblici appare chiaro come queste risulterebbero essere imbrigliate da contingenze procedurali. Questi presupposti di mera natura tecnica determinerebbero una strapotente forza coercitiva che costituirebbe, appunto, la gabbia d'acciaio da cui, in tutta evidenza, risulta difficile fuggire.

Per Weber, come è noto, le azioni si possono iscrivere dentro una sfera individualistica guidata dal dominio del mondo (*Weltbeherrschende*) e dal calcolo utilitaristico. All'opposto, invece, si pongono quelle attività che si svolgono avendo come riferimento la sfera civica<sup>9</sup>. Quest'ultima risulta essere caratterizzata dal dovere, da ideali e valori che sono orientati verso il miglioramento complessivo delle condizioni di vita dell'intera comunità. La genesi di questi due orientamenti, che tra di loro si intrecciano, si spiega usando fattori di tipo culturale. Specificamente, Weber si riferisce a determinanti di tipo religioso e inquadra queste tipicità in relazione alla specificità dei contesti geografici. In alcune nazioni, come gli Stati Uniti ad esempio, egli nota come si diffonda l'attivismo civico inteso come partecipazione terrena e intramondana coerente con taluni dettami spirituali. Egli spiega questa tendenza alla maggiore rilevanza attribuita

al successo lavorativo ed imprenditoriale in relazione all'osservanza di comportamenti connotati alla sincerità, al rispetto, alla fiducia, all'etica del fair-play, alla disponibilità, all'aiuto reciproco che dapprima ha riguardato l'ambito commerciale e poi anche gli ambiti della politica e della Pubblica Amministrazione. Come Weber rileva, quindi, i condizionamenti culturali di questo tipo sono stati così potenti al punto che anche i funzionari dell'apparato burocratico hanno dovuto necessariamente adeguarsi<sup>10</sup>.

## 2.1 Burocratizzazione

36

Ritornando, però, alle caratteristiche specifiche della burocrazia, che a noi interessa nella versione che ottusamente impedisce anziché favorire la partecipazione civica, Weber dice come essa sia una macchina che si basi sulla specializzazione del lavoro professionale, sulla delimitazione delle competenze, sulla subordinazione gerarchica. La burocrazia sarebbe, dunque, una forma organizzativa apparentemente efficiente, se l'efficienza la si misura nella coerenza con i dettami razionalistici di cui si è prima detto e che sono il frame entro cui, giova ripeterlo, si regge il costruito logico ed operativo della modernità. Questa imprescindibile qualità riferita all'efficienza si rende necessaria per qualsivoglia organizzazione (imprese, istituzioni pubbliche, etc.) che intende massimizzare il coordinamento delle proprie attività e ridurre quindi l'entropia interna. *Rebus sic stantibus* ciò che si rende necessario è la prevedibilità del comportamento dei tecnici, la parità di trattamento, l'imparzialità dell'applicazione della norma e quindi la sicurezza del diritto. Weber ha indicato la burocrazia come la forma di organizzazione senza la quale «saremmo costantemente esposti al pericolo di una terribile corruzione e di una triviale grettezza, che minaccerebbe anche la prestazione puramente tecnica dell'apparato statale»<sup>11</sup>.

Weber, però, denuncia l'ipertrofia della burocrazia, la cristallizzazione del potere nelle mani della casta dei funzionari che, in quanto organizzazione di ceto, monopolizzano il potere. Costoro, a sua detta, sono spesso guidati da valori impersonali, dalla prudenza, dal calcolo strumentale e dagli interessi personali. Le conseguenze impreviste di questo comportamento corporativistico sarebbero l'antitesi della missione verso il servizio pubblico. Regole e procedure si pongono diametralmente sul fronte opposto dell'interesse generale.

Tale ineluttabile potere dei burocrati, purtroppo, determina, una persistente condizione di immobilità. Weber parla di «pacifismo dell'impotenza sociale»<sup>12</sup> evidenziando il senso di resa della società e la sua

stagnazione onnipervasiva al cospetto della macchinosa ed asfissiante espansione della forza del calcolo e della razionalità strumentale. Il suo tono è caustico, a tratti, apocalittico. Dice, infatti, che «ogni lotta contro la burocrazia statale è senza speranze»<sup>13</sup>.

L'organizzazione burocratica rende simile l'impresa capitalistica (soprattutto la grande impresa) e la Pubblica Amministrazione. Queste sostanzialmente si trovano in una condizione di compresenza, co-operatività e, quindi, esercitano controllo reciproco poiché il mercato sarebbe lo spazio pubblico ove i cittadini/consumatori fanno scelte ed operano razionalmente. Ora, lo stesso Weber osserva come la burocratizzazione avanzi sia nella prima dimensione che nella seconda e si chiede quale sia lo spazio rimasto per la libertà<sup>14</sup>.

37

Il dibattito post-weberiano sulla burocrazia è ampio e certamente non proficua e superficiale sarebbe una sua qualsivoglia trattazione che tenti di sintetizzare le talvolta confliggenti posizioni. Riprendere però alcune questioni riguardanti il rapporto con la legalità è però certamente utile alla nostra riflessione. Si può ricordare, ad esempio, tra i funzionalisti, il contributo di Merton che ha riferito delle conseguenze inattese dell'avanzare della burocrazia e posto l'attenzione sulla formazione inadeguata di taluni funzionari<sup>15</sup> che ritardano l'azione amministrativa anziché favorirla. Meno ottimista di Weber, che confidava nelle capacità dei burocrati di aggiornarsi e di elevarsi in termini di competenze e conoscenza, Merton ha parlato di «incapacità addestrata» evidenziando come spesso la formazione specifica dei burocratici si traduca in mancanza di duttilità, in resistenza, in incapacità di adattamento, in ritualismo, in staticità e rigidità che imbriglia l'azione amministrativa che invece necessita di costante innovazione per il perseguimento dell'interesse pubblico. Stimolante ai nostri fini è il richiamo all'applicazione pedissequa delle leggi come patologia della condotta burocratica. Ciò è coerente alla nostra riflessione rispetto al rapporto tra burocratizzazione e legalità formale. Egli dice «*Le regole diventano ad un certo punto simboliche piuttosto che strettamente utilitarie*»<sup>16</sup> e così sottolineando evidenza come tali dinamiche possono auto-generarsi da un'attestazione riflessiva dell'organizzazione della sua incapacità di rispondere efficacemente alle richieste esterne.

Selznick, tra gli istituzionalisti, parlando di «recalcitranza di mezzi», ha detto che «le organizzazioni, come gli uomini stessi, si trovano in momenti cruciali coinvolte in un tentativo di coprire il divario fra quello che vogliono e quello che possono fare. L'organizzazione stessa risulta essere un «prodotto naturale delle esigenze e delle pressioni sociali; è un organismo reattivo e adattivo»<sup>17</sup>. È naturale quindi che, al momento opportuno,

il conflitto si risolve con un compromesso fra i desideri e le possibilità»<sup>18</sup>. Quella sua risulta essere una lettura sulle distorsioni ambientali esterne all'organizzazione ma anche sulle degenerazioni interne che si traduce nella costituzione di autentiche «cricche» di potere.

Un altro contributo che insiste sul legame perverso tra centralizzazione del potere e sclerotizzazione burocratica è quello di Crozier. «L'equilibrio di un sistema organizzativo burocratico si basa sull'esistenza di una serie di circoli viziosi relativamente stabili, che si sviluppano a partire dal clima di impersonalità e di centralizzazione»<sup>19</sup>. Il carattere routinario e ritualistico dell'organizzazione burocratica della Pubblica Amministrazione si manifesterebbe, stante questa proposta di lettura, in una sorta di indifferenza, distacco e disaffezione ponendosi in aperta antitesi con l'aspettativa che l'opinione pubblica nutre sulla condotta dei funzionari.

Aggiunge Crozier che questo processo di graduale disamore professionale (che – giova ripeterlo – si pone agli antipodi della «beruf» weberiana) dipenderebbe da: «[...] l'ampiezza dello sviluppo delle norme impersonali, la centralizzazione delle decisioni; l'isolamento di ciascuno strato o categoria gerarchica e il concomitante accrescimento della pressione del gruppo sull'individuo; lo sviluppo di rapporti di potere paralleli, intorno alle zone residue di incertezza»<sup>20</sup>.

Ritornando però alla gabbia d'acciaio di Weber, c'è da chiedersi se un barlume di speranza possa ancora esserci. Questa condizione bloccata è ineluttabile? La risposta ha toni drammatici quando ci si riferisce alla burocratizzazione. Seppur quest'ultima proceda storicamente, e nonostante la si debba necessariamente osservare nella direzione specifica dello sviluppo dello Stato razionale, inteso come gruppo di potere organizzato in forma istituzionale<sup>21</sup>, è certamente necessario auspicare in processi d'innovazione della condotta degli amministratori pubblici. Quando Weber si chiede «in che modo è ancora possibile in generale, di fronte a questo prepotere della tendenza alla burocratizzazione, salvare qualche residuo di libertà di movimento [...]?»<sup>22</sup> sembra anticipare l'esigenza di meccanismi partecipativi che coinvolgano fattivamente i cittadini e che consentano quindi di ridurre e risolvere le spinte contrarie verso la burocrazia tout-court. L'avversione alla burocrazia, come dice Gramsci, infatti, può spesso diventare autentico odio nei confronti dei funzionari di carriera, dei gruppi dirigenti e quindi rigetto del «centralismo burocratico»<sup>23</sup> che esprime il grado massimo di saturazione di un gruppo di potere che è diventata «consorteria angusta»<sup>24</sup>, «palude stagnante»<sup>25</sup> mossa solo di mantenere i suoi propri «gretti privilegi»<sup>26</sup>. Questa condizione di conflittualità sottolinea Gramsci, può essere causata anche da una

relativa «deficienza di iniziativa e responsabilità nel basso»<sup>27</sup> per cui si rende necessaria una buona dotazione di riflessività anche tra i cittadini stessi. Gramsci in tal senso scrive che «ogni cittadino è funzionario se è attivo nella vita sociale nella direzione tracciata dallo Stato-governo, ed è tanto più funzionario quanto più aderisce al programma statale e lo elabora intelligentemente»<sup>28</sup>.

Ritornando a Weber e alla sua gabbia d'acciaio va specificato che non fa distinzione tra sistemi a propulsione capitalistica o socialista. Con preciso riferimento alla burocrazia, egli ha chiaro che essa può farsi autorità e può produrre effetti diretti sul controllo del processo economico e politico, quale esso sia, riducendo così la libertà<sup>29</sup>. A lui interessa il legame degenerare tra apparato e potere che si possono fondere in pericolose oligarchie<sup>30</sup>.

## 2.2 Legalità

Giunti a questo punto, è importante concettualizzare ed argomentare il secondo termine cardine di questo capitolo: la legalità. Il lemma, anzitutto, va detto che non è presente nei dizionari sociologici, anzi lo è nella misura in cui si tratta la devianza, il diritto, le norme, gli ordinamenti. Per cui possiamo in questa sede affidarci solo al prisma giuridico. Secondo una definizione ampiamente condivisa, la legalità sarebbe, dunque, la conformità dell'esercizio del potere al diritto. Ciò significa che il potere è legittimo se soggetto alla legge e se esso, quindi, non presenta alcun profilo d'arbitrarietà. La legalità però, di per sé, non coincide con la giustizia. Seppur, nella percezione collettiva, spesso i due termini siano coincidenti e sovrapponibili, la giustizia si pone ad un grado superiore. La legalità è, difatti, serviente la giustizia. Lo è poiché quest'ultima avrebbe come fine ultimo, tramite il riconoscimento del diritto altrui e quindi della dignità della persona, il benessere la felicità collettiva.

Va ancora specificato che i livelli della legalità sono diversi. V'è una dimensione oggettiva ed una soggettiva. La prima si muove entro il perimetro precostituito, seppur variabile, di norme che nel loro carattere generale ed astratto orientano le attività dei singoli cittadini e delle istituzioni. V'è poi un carattere eminentemente soggettivo della legalità tale per cui ciascuno, per i propri orientamenti etici e morali, per le proprie attitudini o motivazioni, nonché per i desideri e condizionamenti di vario genere da cui è mosso, orienta le proprie condotte. La legalità avrebbe così una connotazione anche valoriale che potrebbe generare conflittualità tra la percezione personale della giustizia e la sua effettiva applicazione per il bene comune. Ciascuno è quindi sostanzialmente guidato da un personale

sentimento di giustizia che corrisponde alla realizzazione dei propri desiderata, ma tale realizzazione non può confliggere con i desiderata altrui, o meglio, deve trovare, quanto più possibile, una convergenza con tali desiderata. Già i latini avevano messo in guardia dicendo che «*summum ius summa iniuria*»<sup>31</sup>, per cui la rigorosa ed indiscriminata applicazione del diritto genererebbe, purtroppo, il massimo dell'ingiustizia.

40 E ancora, in taluni casi il discorso sulla legalità, attraverso la sua veicolazione retorica, può convalidare l'implementazione di talune pratiche che, paradossalmente, dilatano il principio di legalità formale. È il caso, ad esempio, di esperienze civiche e movimentistiche di gestione di beni comuni che, seppur nascendo da mobilitazioni critiche delle disuguaglianze e delle sue relative cause politiche legate all'immobilismo politico e burocratico, diventano poi esperienze civiche pienamente iscritte dentro il perimetro governamentale che legittimerebbe il ricorso ad una legalità sostanziale fatta a sua volta di legittimazione dell'informalità e della non convenzionalità<sup>32</sup>.

Quello riguardante la legalità è un vasto universo di ideali, concetti e pratiche che include anche il richiamo fondante alla storia e alle prospettive di lotta istituzionale e civile alle organizzazioni mafiose<sup>33</sup> ed alla corruzione<sup>3435</sup>. La legalità quindi – intesa come esercizio del potere legittimato dalla norme – quindi non si risolve, di per sé, nell'algido corollario di norme da applicare e, dunque, non riguarda meramente magistrati, avvocati, pubblici amministratori o forze di polizia. In via più estesa coinvolge l'intera cittadinanza ad ogni latitudine e per ciascuna classe d'età. Essa abbisogna necessariamente di processi di socializzazione se non di risocializzazione civile<sup>36</sup> tanto che, in Italia, soprattutto negli ultimi 30 anni (ma non solo), ha coinciso con lo sforzo di prevenzione culturale alla diffusione di mafie e corruzione ed ha impegnato e ricordato insegnanti, studenti, amministratori locali, associazioni a favore di migliaia di giovani e meno giovani. I successi di questi processi emancipativi sono evidenti in termini di crescente partecipazione consapevole agli stessi. Fra le tante iniziative di formazione, educazione e impegno civico possiamo annoverare le attività di denuncia del racket, di riutilizzo dei beni confiscati, di assistenza agli usurati, di memoria storica delle vittime innocenti delle mafie che certamente testimoniano la necessità di una legalità ispirata da quella che Weber chiamava etica della responsabilità (*Verantwortungsethik*)<sup>37</sup> e che ha contenuti pratici scaturi da postulazione di principi.

Dunque, la caduta inesorabile di tutte le speranze e la condizione tragica della modernità con il presagire di uno scenario apocalittico

dalle sembianze «una notte polare di gelida tenebra e di stenti»<sup>38</sup> con il dominio di apparati e poteri impersonali che impediscono l'azione consapevole dei cittadini per il bene comune, risulta essere, almeno per il momento, relativamente scongiurata. Tante del resto sono le esperienze di partecipazione attiva di cittadini che, in Italia come all'estero, completano i principi formali della legalità sperimentando forme inedite ed innovative di sviluppo civile dei territori, dando alla legalità quella sostanzialità capace di ottenere giustizia sociale, contenendo così la burocratizzazione che imbriglia. Queste sembrerebbero rappresentare le qualità di quella politica capace di rompere le sbarre della gabbia d'acciaio perché in grado di coinvolgere fattivamente tutti gli attori sociali. Diceva, del resto, Weber «la politica consiste in un lento e tenace superamento di dure difficoltà da compiersi con passione e discernimento [ed è] prendersi cura schiettamente e semplicemente della fratellanza da uomo e uomo»<sup>39</sup>. Sembra proprio che questo non sia rimasto soltanto un monito.

41

### **3. Sussidiarietà orizzontale «all'italiana» per curare i beni comuni: ostacoli e punti di forza**

Il profondo dolore individuale e la radicale impotenza collettiva delle persone costrette nella weberiana gabbia d'acciaio sono magistralmente descritti da Miguel Benasayag<sup>40</sup>, la cui proposta radicale consiste, in sostanziale accordo con Weber, nel trasformare le catene in legami interpersonali, rompendo i vecchi rapporti di potere che hanno caratterizzato «l'epoca delle passioni tristi» in una nuova stagione di «creazione condivisa». Molti giuristi italiani lavorano da decenni a questa sfida, su cui vorremmo qui ragionare in una prospettiva di sussidiarietà.

#### *3.1 L'accezione europea di sussidiarietà verticale e il laboratorio italiano di sussidiarietà orizzontale*

Il dibattito sulla differenza tra sussidiarietà verticale, orizzontale e obliqua<sup>41</sup> è ampio e complesso e non è oggetto di questo contributo. Ma, proprio allo scopo del ridisegno delle geometrie del potere pubblico in senso partecipativo, tratteggiato in vari modi dai pensatori sopra citati, riportiamo di seguito almeno una sintetica descrizione del principio di sussidiarietà verticale di matrice europea, così come riassunta da Gilda Farrell:

[...] grazie al principio di sussidiarietà, l'UE stabilisce le regole di funzionamento e di ripartizione delle competenze con un sistema «a cascata» che infine coinvolge i cittadini, i quali di volta in volta diventano amministrati, beneficiari, utenti, richiedenti diritti oppure fruitori di servizi concessi dai vari livelli amministrativi, potendo esercitare la loro influenza come contribuenti ed elettori. La sussidiarietà [...] punterebbe quindi [...] per l'UE, a distribuire «verticalmente» competenze e funzioni in modo da rendere la propria azione compatibile con quella delle entità politico-amministrative e delle strutture istituzionali di livello nazionale e subnazionale, divenute in questa scala strutture «inferiori». Comunque, come sembra essere inteso dal TUE, questo non annovera le istanze d'iniziativa che provengono dai cittadini<sup>42</sup>.

42

La grande distanza tra le istituzioni e gli abitanti, percepiti come possibile risorsa messa in evidenza nell'accezione europea di sussidiarietà verticale, viene azzerata e capovolta dall'accezione orizzontale del concetto stesso, introdotta nella Costituzione italiana nel 2001 attraverso l'articolo 118 ultimo comma secondo cui: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». Come abbiamo accennato nell'introduzione e come illustrato dettagliatamente del ritratto dei numerosi «custodi della bellezza» attivi da anni in tutta Italia<sup>43</sup>, questo principio in Italia è messo in pratica ormai diffusamente. Migliaia sono i «patti di collaborazione» stipulati per liberare le energie della società della cura. Anno dopo anno cresce il numero dei soggetti pubblici che favoriscono l'autonoma iniziativa di abitanti attivi. Se possiamo parlare di abitanti, e non solo di cittadini, è grazie a patti di collaborazione d'avanguardia in cui anche rifugiati senza documento, sono attivi nella cura di spazi pubblici insieme ad altri cittadini, come nel comune di Terni<sup>44</sup>. Le strutture di accoglienza che ospitano migranti, in questo caso, così come le agenzie territoriali per la casa, le scuole di ogni ordine e grado, i musei, i quartieri e i municipi, le soprintendenze, le unità sanitarie locali e molti altri soggetti pubblici che operano a scala di prossimità stanno favorendo l'autonoma iniziativa di individui che si attivano per rispondere ad istanze precise (rigenerare un sottoportico degradato, usufruire di un pre o dopo scuola, socializzare eccetera). A partire da funzionari, dirigenti e dipendenti pubblici che lavorano nelle istituzioni locali e che ascoltano con metodo e interesse le proposte di abitanti che vogliono contribuire alla cura dei beni comuni, si tenta la

fuga dalla gabbia d'acciaio weberiana, cambiando routine dall'organizzazione gerarchica e settoriale di procedure e competenze. Nei comuni dove questo stile di governo orizzontale si sta consolidando, il mestiere del responsabile amministrativo si sposta dalla sfera della burocratizzazione a quella della facilitazione, con compiti di organizzazione formale e sostanziale al tempo stesso: il processo di co-progettazione di un patto diventa infatti il cuore del compito istituzionale. E non è un caso che la sentenza n.131 del 2020 della Corte costituzionale si esprima in termini di co-programmazione, allargando l'orizzonte a una più vasta pianificazione e di maggior respiro temporale: tanto più diffuse sono in una città o in territorio le esperienze di co-gestione dei beni pubblici e privati – urbani, rurali, montani, lacustri eccetera – intesi come beni comuni, tanto più si rafforza un sistema locale di governo ibrido dei beni comuni in cui l'interesse generale diventa oggetto di progettazioni e programmazioni da parte di soggetti non solo pubblici.

43

Una critica che viene spesso mossa alle dinamiche in atto per la cura dei beni comuni è che si tratta di esperienze non sistemiche. Ma l'autonoma iniziativa delle persone, per sua stessa natura, non può essere sistematizzata a priori. Ogni patto di collaborazione è a suo modo una più o meno coraggiosa fuga dalla gabbia d'acciaio, non solo per chi sta sul fronte della società della cura e chiede sburocratizzazione e legalità non solo formale, ma anche per chi sta sul fronte dell'amministrazione e chiede un senso al proprio lavoro di interesse generale ma anche di produzione del valore<sup>45</sup>. Lo capì perfettamente Marianella Sclavi, a soli due anni e mezzo dall'adozione del primo regolamento (bolognese) per l'amministrazione condivisa dei beni comuni, quando scrisse: «il Laboratorio per la sussidiarietà è la nuova rivoluzione basagliana che riguarda non solo i manicomi, ma quel attuale manicomio diffuso che è il funzionamento “normale” della Pubblica Amministrazione»<sup>46</sup>.

### *3.2 Punti di debolezza: in Italia la gabbia d'acciaio è di massima sicurezza*

Anche dall'osservatorio del Laboratorio per la sussidiarietà Labsus, attivo dalla metà degli anni Duemila, è possibile affermare che la weberiana «gabbia di durissimo acciaio» non rappresenta ancora oggi un ostacolo soltanto rispetto alle dinamiche della burocrazia pubblica più tradizionale, ma costituisce paradossalmente anche un blocco proprio di quei processi partecipativi promossi in vario modo dalle istituzioni per aprirsi alla cittadinanza.

Un ausilio rispetto alla comprensione degli effetti della negazione della concreta possibilità di prendersi cura dei beni comuni appare ancor oggi attualissima la scala della partecipazione che l'attivista e studiosa americana Sherry Arnstein teorizzò mezzo secolo fa<sup>47</sup>.

44 I livelli più bassi di questo modello valutativo rappresentano processi che non sono partecipativi, anche se vengono definiti tali: il primo gradino è quello della «manipolazione»: come, alla fine degli anni Sessanta negli Stati Uniti gli abitanti venivano invitati a prender parte a comitati e tavoli all'interno di politiche abitative etichettate come partecipative, ma le loro richieste restavano sempre lettera morta, allo stesso modo in questi anni alcune pubbliche amministrazioni locali hanno adottato il Regolamento per l'amministrazione condivisa dei beni comuni (ovvero continuano a prometterne l'adozione), aprendo in teoria a una concreta applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, ma lasciando senza possibilità di ascolto reale i patti ipotizzati e/o immaginati dagli abitanti per prendersi concretamente cura di determinati beni comuni. In alcuni casi alla adozione del regolamento come atto politico partecipativo non è seguita l'organizzazione tecnica di un gruppo di dipendenti municipali formati per pattuire le azioni di cura con gli abitanti: si tratta dei cosiddetti «regolamenti silenti», a seguito dei quali non son mai stati stipulati patti di collaborazione.

Il secondo gradino della scala di Arnstein è quello della «falsa cura» dei problemi dei cittadini, che la studiosa, nelle sue esperienze da consulente, notava essere «distratti e raggirati» da responsabili tecnici e politici sostanzialmente disinteressati a un reale miglioramento dell'efficacia delle azioni pubbliche. L'immagine che si potrebbe usare è quella di una gabbia d'acciaio con qualche sbarra lievemente incrinata da episodici tentativi di fuga, a descrivere quei contesti amministrativi in cui si è sperimentata la collaborazione pattizia *una tantum*, magari nel periodo subito successivo all'adozione del regolamento per l'amministrazione condivisa dei beni comuni. Spesse volte questi tentativi sono stati faticosamente sollecitati da soggetti della società responsabile già noti alla Pubblica Amministrazione per le loro competenze, per la loro passione civica e per la loro determinazione. Ma questi pochi patti di collaborazione non paiono aver innescato cambiamenti nelle consuetudini amministrative locali di partecipazione e il tema della definizione di azioni di interesse generale resta per così dire appannaggio dei responsabili politici e dei tecnici municipali.

La mera «informazione» ai cittadini costituisce il terzo livello della scala della partecipazione e con questo gradino si passa dalla «non par-

tecipazione» a quella che potremmo riassumere come partecipazione di facciata. Informare non vuol dire comunicare: così, se è vero che alcune pubbliche amministrazioni locali lanciano il messaggio di essere intenzionate a favorire patti di collaborazione, non è vero che investendo risorse umane per interagire con gli abitanti propositivi, neanche solo virtualmente, ad esempio su una sezione dedicata dei rispettivi siti web. Arnstein parlava a questo proposito di giochi di potere fatti e senza possibilità di replica. Questo appare il caso di alcuni processi di stipula di patti di collaborazione abbreviati da scorciatoie preferenziali: a discrezione del responsabile pubblico, politico e/o tecnico, c'è interesse ad accogliere alcune proposte e non altre, senza un'argomentazione pubblica delle motivazioni ovvero limitando l'informazione alla tracciabilità delle proposte ricevute e a una questione di trasparenza formale del processo.

45

Secondo Arnstein seguirebbero gli step del «consultare» e del «placare la voglia di partecipare dei cittadini»: *chi governa* (corsivo nostro, per sottolineare il paradigma bipolare tradizionale) prima misurerebbe la partecipazione, ad esempio in base al numero dei partecipanti o contando le reazioni «dal basso» in risposta ad inviti «dall'alto», e poi inviterebbe chi è *governato* ad assistere a commissioni, comitati, task force e altri tipi di situazioni molto ambigue. La studiosa americana focalizza l'attenzione su una questione cardine della sussidiarietà orizzontale: gli abitanti si assumono responsabilità o no? A mezzo secolo di distanza, e nella pratica dell'amministrazione condivisa dei beni comuni, la stessa domanda potrebbe essere capovolta: la Pubblica Amministrazione si assume o no le proprie responsabilità? Molti patti di collaborazione non vengono rinnovati proprio quando entrambe queste domande non trovano una risposta chiara: la promessa scritta di co-gestione dei beni comuni non viene di fatto mantenuta per inadempienza di uno o più contraenti. I motivi possono essere diversi e molteplici, persino fisiologici, ma la tenuta della gabbia d'acciaio weberiana, solo scalfita dall'innovazione amministrativa, è certamente fra le possibili ragioni.

### 3.3 *Punti di forza: i custodi della bellezza attivi in Italia guardati con curiosità dall'Europa*

Il diritto a partecipare alla cura dei beni comuni, insieme agli amministratori pubblici e a parità, è difficile da mettere a fuoco culturalmente, ancor prima che dal punto di vista del diritto. Ma già in una delle riflessioni culturali fondative del dibattito sul concetto di beni comuni, proposte da un etologo americano circa mezzo secolo fa<sup>48</sup>, si faceva cenno al diritto

amministrativo come possibile via da esplorare, tra diritto pubblico e privato, allo scopo di trovare un equilibrio nella gestione delle risorse comuni. La difficoltà culturale sta nella logica consolidata della delega, secondo la quale la stessa gabbia d'acciaio sarebbe a protezione della democrazia rappresentativa: i cittadini votano i loro rappresentanti delegandoli completamente sul piano politico, e questi a loro volta delegano i loro rispettivi apparati burocratici a gestire i beni pubblici e privati sul piano tecnico. Il principale scoglio culturale consiste nella confusione tra il rifiutare questa logica e l'assecondare l'arretramento dello Stato, delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni e di tutti gli altri responsabili pubblici delle politiche settoriali (abitative, sociali, sanitarie, scolastiche, dei trasporti eccetera). Come è stato messo in evidenza sopra, non mancano i casi in cui si sia fatto e si faccia un uso manipolatorio o di facciata di strumenti partecipativi culturalmente dirompenti, come dovrebbero essere i patti di collaborazione: i quali, a differenza delle concessioni, sono sempre aperti a nuovi contraenti e teoricamente improntati a un rapporto non autoritativo tra i partecipanti, soggetti pubblici compresi. Essendo attualmente in corso circa quattromila patti di collaborazione in circa duecentocinquanta comuni italiani, la casistica è molto ampia e i casi di un uso manipolatorio del patto sono diversi. Ad esempio vi sono processi che non sono stati favoriti, nelle fasi iniziali più faticose e rischiose, dalla Pubblica Amministrazione, che invece interviene successivamente proponendo di formalizzare un patto in modo alquanto predatorio, allo scopo di apparire come co-autrice di un'esperienza di successo.

Molti patti di collaborazione testimoniano processi in cui l'azione pubblica viene integrata e rinforzata, al contrario, dall'autonoma iniziativa di coloro che Gregorio Arena ha chiamato i custodi della bellezza<sup>49</sup>. Nella scala della partecipazione di Sherry Arnstein il massimo della partecipazione era costituito dal «potere al popolo» e uno degli esempi massimi di democrazia locale era costituito dalla comunità nera del Bronx che poteva finalmente gestire un portafoglio di denaro comunale per la rigenerazione di spazi pubblici del quartiere in stato di degrado. Potremmo oggi collocare questo esempio in un'esperienza ante litteram di bilancio partecipativo, che certamente nella New York di fine anni Sessanta dovette apparire come una politica di frontiera. Ma, cinquant'anni dopo e nella prospettiva dell'amministrazione condivisa dei beni comuni, è evidente il meccanismo verticale di concessione alla comunità nera del Bronx da parte del sindaco di New York e della sua giunta. Ben diversa è la sussidiarietà orizzontale «all'italiana», in base a cui una comunità locale

si attiva autonomamente e pattuisce delle azioni di rigenerazione e cura del quartiere alleandosi alla pari con altri soggetti locali e i responsabili tecnici e/o politici della Pubblica Amministrazione<sup>50</sup>.

#### **4. Rimettendosi gli occhiali di Weber: minacce e opportunità per la democrazia europea**

Il Regolamento per l'amministrazione condivisa dei beni comuni è stato tradotto in inglese, francese, spagnolo e portato all'attenzione non solo di attivisti e studiosi di beni comuni, ma anche di responsabili politici e tecnici di diverse nazionalità europee.

47

Smettere di ragionare secondo le categorie dei beni e servizi pubblici da un lato e privati dall'altro, e ripensare una «democrazia contributiva»: questa definizione è stata proposta da un gruppo di studiosi francesi<sup>51</sup> tanto preoccupati dalla crisi del funzionamento delle istituzioni democratiche e dal loro funzionamento quanto interessati all'applicazione del principio di sussidiarietà in corso in Italia. Se la democrazia rappresentativa si basa sul voto e la democrazia deliberativa lavora sui processi attraverso cui le decisioni, non solo elettorali, vengono prese, la democrazia contributiva si presenta come ulteriore forma di partecipazione democratica, ponendo l'attenzione su alcune questioni. Fondamentalmente, essa interroga direttamente la nozione di interesse generale, che non è più garantito unicamente dallo Stato e dai responsabili pubblici che lo rappresentano ai diversi livelli. Nel farlo, un ruolo di primo piano assumono le azioni di cura di beni comuni materiali e immateriali co-generate da soggetti con responsabilità sia pubbliche che private. «Un limite della democrazia contributiva è legato alla sua scala: perché funzioni, è necessario un territorio preciso, in cui tutti possano contribuire, e non solo essere consultati. Ma cosa ne è ad una scala più importante? Chi riuscirebbe a far vivere un progetto di società che non sia soltanto l'aggregato di democrazie locali multiple?» (Comitato editoriale della rivista *La tribune fonda*, 2016, 6). La risposta italiana a questa domanda di sistema, sempre più ricorrente nel dibattito, consiste da un lato nell'esistenza e nella crescita di piattaforme nazionali, quale Labsus, che promuovono un costante scambio e confronto tra esperienze puntuali, con uno scopo non solo narrativo ed empirico ma anche politico-interpretativo. Dall'altro lato, sul versante istituzionale, è importante rilevare che in Italia alcuni soggetti sovra-locali hanno iniziato ad affacciarsi a uno stile di governo dichiaratamente improntato all'amministrazione condivisa dei beni comuni, prima fra

tutte la Regione Lazio. Similmente, nel panorama europeo, il dibattito sulla democrazia contributiva viene animato da una parte da movimenti di attivisti per la cura dei beni comuni in rete fra loro e dall'altra parte attraverso il finanziamento di progetti europei focalizzati sul rafforzamento della cooperazione orizzontale.

48

Aggiungiamo doverosamente che, poiché lo scenario di evoluzione della democrazia in senso contributivo e nella direzione dell'interesse generale si orienterebbe verso alleanze alla pari con attori del cambiamento non solo pubblici, i rischi del prevalere di interessi personali, della «pietrificazione meccanizzata delle condotte», dei monopoli di potere e del calcolo strumentale eccetera riguarderebbero anche la sfera del terzo settore, dell'imprenditoria sociale e del privato profit. Se il motto weberiano che «ogni lotta contro la burocrazia statale è senza speranze» le migliaia di pratiche in corso in tutta Italia di potere sussidiario, per dirla con Cotturri<sup>52</sup>, possono forse fare sperare invece che «al livello locale alcune vittorie di sburocratizzazione possano dare speranza» all'Europa di domani, proprio a partire dall'Italia, che, per contrastare le pratiche di illegalità diffuse nel nostro Paese ha edificato nei decenni, a tutti i livelli di governo, gabbie d'acciaio di massima sicurezza.

## Note

<sup>1</sup> I Rapporti 2017 e 2019 sull'amministrazione condivisa dei beni comuni sono disponibili sul sito di Labsus.

<sup>2</sup> G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in «Studi parlamentari e di politica costituzionale» n. 117-118, 1997.

<sup>3</sup> F. GIGLIONI, *L'Amministrazione condivisa è parte integrante della Costituzione italiana*, in «Labsus», 6 luglio 2020.

<sup>4</sup> Si veda l'intero numero di «La tribune Fonda. Démocratie contributive: une renaissance citoyenne» n.232, dicembre 2016, Parigi.

<sup>5</sup> M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Bur, Torino [1905] 2003, p. 241.

<sup>6</sup> ID., *Sociologia della religione*, Edizioni di Comunità Milano [1922] 1982.

<sup>7</sup> ID., *La scienza come professione. La politica come professione*. Einaudi, Torino [1926] 2004, p. 42.

<sup>8</sup> ID., *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano [1922] 1968, pp. 80-81.

<sup>9</sup> S. KARLBERG, *Toqueville e Weber sulle origini sociologiche della cittadinanza: la cultura politica della democrazia americana*, in «La Critica Sociologica», (141) 2002, pp. 1-23.

<sup>10</sup> ID., *Il mondo moderno come una monolitica gabbia d'acciaio? Usare Max Weber per definire le dinamiche interna della cultura politica americana di oggi*, in «Studi di Sociologia», (43) 1, Gennaio-Marzo, 2005, pp. 19-34.

<sup>11</sup> M.WEBER, *Economia e società*, cit, p. 707.

<sup>12</sup> *Ivi*, p. 715.

<sup>13</sup> *Ivi*, p. 714.

<sup>14</sup> *Ivi*, p. 715.

<sup>15</sup> R.K. MERTON, *Teoria e Struttura sociale*, Il Mulino, Bologna 1970.

<sup>16</sup> *Ivi*, p. 412.

<sup>17</sup> P. SELZNICK, *La leadership nelle organizzazioni: un'interpretazione sociologica*. Franco Angeli, Milano [1954] 1976, p. 28.

<sup>18</sup> ID., *Pianificazione regionale e partecipazione democratica. Il caso della Tennessee Valley Authority*, Franco Angeli, Milano [1949] 1974, p. 91.

<sup>19</sup> M. CROZIER, *Il fenomeno burocratico*, Etas, Milano [1963] 1969, p. 215.

<sup>20</sup> *Ivi*, p. 209.

<sup>21</sup> M.WEBER, *Economia e società*, cit, p. 691 e ss.

<sup>22</sup> *Ivi*, p. 715.

<sup>23</sup> A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, Einaudi, Torino [1948] 1977, Q13, pp. 1632-1635.

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 1634.

<sup>25</sup> *Ivi*, Q9, p. 1140.

<sup>26</sup> *Ivi*, Q13, op.cit, p. 1134.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ivi*, Q3, p. 340.

<sup>29</sup> A. CAVALLI, *L'attualità di Weber. Dialogo con Alessandro Cavalli*, in «Rassegna Italiana di Sociologia», 3, Luglio settembre, 2020, p. 659.

<sup>30</sup> R. MICHELS, *La sociologia del partito politico nella democrazia moderna: studi sulle tendenze oligarchiche degli aggregati politici*, Il Mulino, Bologna [1911] 1966

<sup>31</sup> M.T. CICERONE, *I doveri*, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano [44 a.c] 1999.

<sup>32</sup> V. PECILE, *Beni comuni e discorso della legalità: il caso Palermo*, in «Sociologia del diritto», 3, 2019, pp. 139-155.

<sup>33</sup> M. MASSARI, V. MARTONE (a cura di), *Mafia Violence: Strategies, Representations, Performances*, Routledge, NY 2019.

<sup>34</sup> D. DELLA PORTA, *Anti-corruption from below. Social movements against corruption in late neoliberalism*, in «Partecipazione e Conflitto», 10(3), 2018, pp. 661-692.

<sup>35</sup> A. VANNUCCI, *Il potere corrotto e l'illusione della democrazia*, in A. CORRADO, A. LONGO, R. TORNESELLO, A. VANNUCCI, *Le sfide della democrazia*. Laterza, Roma-Bari 2020.

<sup>36</sup> N. DALLA CHIESA, *Manifesto dell'antimafia*, Einaudi, Torino 2014, p. 48; N. DALLA CHIESA, *L'educazione alla legalità nella scuola italiana*. Note su una ricerca, in «Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata», IV, 3, 2018, p. 45-61.

<sup>37</sup> M. WEBER, *La scienza come professione. La politica come professione*, cit., p. 109.

<sup>38</sup> *Ivi*, p. 120.

<sup>39</sup> *Ivi*, p. 121.

<sup>40</sup> M. BENASAYAG, *Oltre le passioni tristi. Dalla solitudine contemporanea alla creazione condivisa*, Feltrinelli, Milano, 2015.

<sup>41</sup> N. ALIX, J.L. BANCEL, D. CIAFFI, *Per un piano di rilancio dell'Europa che incoraggi la sussidiarietà orizzontale*, in «Labsus», 15 marzo 2021.

<sup>42</sup> G. FARRELL, *La sussidiarietà orizzontale, un principio per la trasformazione sociale?*, in D. CIAFFI e F. M. GIORDANO (a cura di), *Storia, percorsi e politiche della sussidiarietà. Nuove prospettive in Italia e in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2020.

<sup>43</sup> G. ARENA, *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un patto tra cittadini e istituzioni per far ripartire l'Italia*, Touring Club Italiano, Milano, 2020.

<sup>44</sup> D. CIAFFI, *I migranti come risorsa nella prospettiva dell'amministrazione condivisa*, in «Labsus», 28 luglio 2015.

<sup>45</sup> M. MAZZUCCATO, *Il valore di tutto. Chi lo produce e chi lo sottrae nell'economia globale*, Bari-Roma, Laterza, 2018.

50

<sup>46</sup> D. CIAFFI, *Diritto a prendersi cura dei beni comuni: il massimo della partecipazione*, in «Labsus», 16 settembre 2019.

<sup>47</sup> S. R. ARNSTEIN, *A Ladder Of Citizen Participation* in «Journal of the American Institute of Planners», 35:4, 1969, 216-224, p.219.

<sup>48</sup> G. HARDIN, *The tragedy of the commons* in «Science», dicembre 1968, vol. 162, n. 3859, pp. 1243-1248.

<sup>49</sup> G. ARENA, *I custodi della bellezza*, cit.

<sup>50</sup> D. CIAFFI, *Sharing the Commons as a 'New Top' of Arnstein's Ladder of Participation* in «Built Environment», vol. 45, n. 2, 2019, pp. 162-172.

<sup>51</sup> Comitato editoriale «Démocratie contributive: définition et enjeux» in *La tribune fonda* n. 232, dicembre 2016, pp. 4-7.

<sup>52</sup> G. COTTURRI, *Potere sussidiario. Sussidiarietà e federalismo in Europa e in Italia*, Carocci, Roma, 2001.

# La collaborazione per la legalità: il caso dei beni confiscati alla criminalità organizzata

Fabio Giglioni

La disciplina dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata presenta spunti di grande originalità che ha destato interesse anche oltre i confini nazionali. Tra gli aspetti di maggiore importanza c'è senz'altro il coinvolgimento delle organizzazioni civiche nella gestione dei beni confiscati come contributo alla riappropriazione sociale del tema della legalità. Il saggio analizza le condizioni per la realizzazione di forme di collaborazione con la società civile utili a tal fine. In particolare, ciò che viene evidenziato è l'ampliamento del novero dei soggetti titolati a stabilire accordi di collaborazione a seguito dell'introduzione del codice del terzo settore, le innovazioni organizzative delle politiche tese a favorire la collaborazione e la capacità della collaborazione di rimediare anche difetti applicativi della norma. Il saggio si conclude con l'evidenziazione dei limiti dello strumento di collaborazione.

## **1. L'esperienza originale della disciplina dei beni confiscati alla criminalità organizzata**

La disciplina e l'amministrazione dei beni confiscati alla criminalità organizzata costituiscono un'esperienza di rilievo giuridico che può essere giudicata di grande interesse<sup>1</sup>. Lo è innanzitutto il fatto che queste politiche pubbliche provano a sperimentare forme originali di partecipazione su un tema, quello della legalità, che sembrerebbe a prima vista non riservare significativi spazi di coinvolgimento ai cittadini e proprio il caso dei beni confiscati lo dimostra.

La normativa che è oggi vigente, condensata nel codice antimafia, d.lgs. 159 del 2011, trae origine da un impianto, quello della legge n. 646 del 1982, che aveva il fine di impoverire – con strumenti dapprima repressivi, poi anche preventivi – chi si è arricchito attraverso attività

illecite. In altre parole, quella previsione legislativa era animata da un intento in cui la legalità si imponeva principalmente come afflizione, da un lato, e come ripristino del rispetto delle ordinarie regole della convivenza civile, dall'altro. Entrambe le versioni in cui era declinato in principio la legalità riservavano un ruolo esclusivo allo stato nell'uso di poteri autoritativi, peraltro di ordine quasi totalmente di natura giudiziaria. In questa prospettiva la legalità appare, in primo luogo, un bene immateriale di interesse pubblico la cui cura spetta esclusivamente agli apparati di sicurezza e giustizia e dove, tuttalpiù, il ruolo delle organizzazioni sociali sembra limitato al contributo di ordine educativo. Eppure, proprio con riferimento ai beni confiscati alla criminalità organizzata, a partire dalla legge n. 109 del 1996, si è affiancata (e poi decisamente rafforzata) un'altra idea di legalità, che potremmo definire sociale, consistente nella restituzione alla collettività dei beni che avevano arricchito pochi illecitamente<sup>2</sup>.

Ciò è stato ritenuto necessario perché la chiave autoritativa del trattamento dei beni frutto di attività illecita rendeva estranee le principali vittime delle azioni criminose che erano, prima di tutto, le comunità locali. La Corte costituzionale ha sottolineato, infatti, che la restituzione alle collettività territoriali rappresenta uno strumento fondamentale per contrastare l'attività criminale «mirando ad indebolire il radicamento sociale di tali organizzazioni ed a favorire un più ampio e diffuso consenso dell'opinione pubblica all'intervento repressivo dello Stato per il ripristino della legalità» (sent. n. 34/2012). Questa evoluzione ha permesso di individuare nel percorso partecipativo un ulteriore strumento idoneo alla cura della legalità. Anzi, vi è anche chi ha ravvisato in questo sviluppo la necessità di rivedere le categorie giuridiche di riferimento e ha sostenuto che in questi termini la legalità sia da configurare come un vero e proprio bene comune<sup>3</sup>.

Al di là della verifica se sia appropriato parlare di beni comuni quando ci si riferisce alla legalità, la parabola descritta, che ascrive anche all'impegno diretto dei cittadini la sua cura, chiaramente mostra un caso di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, il cui significato più evidente è proprio quello di interessare e valorizzare giuridicamente l'intervento delle organizzazioni sociali per gli interessi generali<sup>4</sup>. La sollecitazione del principio di sussidiarietà orizzontale e le forme concrete di coinvolgimento dei cittadini e delle loro organizzazioni per la gestione dei beni confiscati configurano tipicamente gli istituti della «partecipazione del fare» più che quelli della «partecipazione del decidere», allineandosi così a una tendenza – che si è diffusa negli anni più recenti in tutto l'or-

dinamento – di presa in cura di territori e persone direttamente da parte delle organizzazioni civiche<sup>5</sup>.

A favorire questa evoluzione è stata anche la graduale trasformazione dell'agenzia nazionale dei beni sequestrati e confiscati (d'ora in poi, ANBSC), da esclusiva autorità di ausilio degli apparati giudiziari impegnati nel disporre la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata a vera e propria autorità amministrativa con poteri propri finalizzati al buon esito della destinazione dei beni. In questo modo, la legalità preservata dalla disciplina dei beni confiscati ha smesso dunque di essere un compito rimesso ai soli poteri pubblici per divenire una funzione che, almeno in parte, è condivisa con la cittadinanza.

53

Le considerazioni che seguono si prefiggono l'obiettivo di verificare come nel concreto questo cambiamento è stato realizzato e quali limiti incontra, considerato che l'esperienza ha assunto una dimensione rilevante anche in termini quantitativi<sup>6</sup>.

## **2. Il coinvolgimento delle organizzazioni sociali nella gestione dei beni confiscati**

Ai sensi dell'art. 48, c. 3, lett. c), d. lgs. n. 159 del 2011, si prevede che, in alternativa alla destinazione allo Stato, i beni confiscati siano conferiti agli enti territoriali, con prioritaria considerazione per i comuni dove l'immobile è sito, affinché siano utilizzati per finalità sociali o istituzionali. A tali soggetti istituzionali è consentita anche l'utilizzazione economica, a condizione che i proventi siano reimpiegati a fini sociali. Ciò che più rileva ai nostri fini è però che gli enti territoriali, oltre a poterli gestire in proprio, possono assegnarli in concessione a titolo gratuito mediante convenzione nel rispetto dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità e parità di trattamento a una serie di soggetti sociali<sup>7</sup>, i quali sono precisamente coloro che contribuiranno a raggiungere gli obiettivi di radicare la cultura di legalità nella società attraverso la gestione dei beni a fini di interesse generale.

Più precisamente i soggetti che possono stipulare le convenzioni sono: le organizzazioni di volontariato, le cooperative sociali, le comunità terapeutiche o i centri di recupero per i tossicodipendenti, le associazioni di protezione ambientale riconosciute, altre cooperative a finalità mutualistiche purché non a scopo di lucro, gli operatori di agricoltura sociale e gli enti parco nazionali e regionali. Si trovano, pertanto, sia talune organizzazioni sociali, sia particolari enti pubblici, quali gli enti parco,

che fanno però della gestione comunitaria attraverso il coinvolgimento del territorio la loro specificità.

54 L'elenco dei soggetti non deve però essere considerato tassativo. Due considerazioni militano in questa direzione. La prima è che tra i soggetti legittimati alla stipula delle convenzioni sono comprese «comunità, anche giovanili», la cui configurazione tipologica appare sfocata. La norma, pertanto, lascerebbe intendere che a convenzionarsi possono essere anche soggetti sociali dalla strutturazione debole. Se questo, da un lato, connota in modo carente l'individuazione dei soggetti specifici, circostanza particolarmente grave se applicata in un settore delicato come quello qui in osservazione, dove la necessità di prevenire che i beni tornino per vie indirette a soggetti poco controllabili e controllati è molto avvertita, dall'altro, però, apre a soluzioni ulteriori, che possono tornare utili sia per ovviare ad alcuni problemi applicativi della normativa, su cui poi si tornerà, sia per dare una risposta a territori in cui si registra un fermento positivo della comunità, anche quando questo non registra forme organizzative riconosciute. Basterebbe a questo proposito citare, a titolo di esempio, il caso, verificatosi a Roma, della Libera Associazione di Centocelle, un'organizzazione spontanea non strutturata sotto forma di associazione formale, nata proprio in occasione di gravi eventi malavitosi registrati nell'omonimo quartiere di Roma: è un'organizzazione sostanzialmente informale, che agisce sul piano sociale per rafforzare i legami di chi vive e lavora nell'area resistendo alle intimidazioni criminali<sup>8</sup>. Un soggetto di questa natura potrebbe a buon titolo concorrere all'assegnazione dei beni confiscati, rientrando nella categoria delle non meglio identificate «comunità», anche se inevitabilmente questo richiederebbe all'organizzazione civica la necessità di individuare perlomeno un rappresentante.

L'altra considerazione che induce a ritenere quell'elenco non tassativo è di ordine sistematico. La disposizione qui in valutazione è stata redatta prima dell'approvazione del codice del terzo settore mediante il d.lgs. 117 del 2017 e, pertanto, deve essere realizzato il coordinamento tra queste discipline, visto che presentano chiari elementi di contiguità. La consonanza tra i due corpi normativi è in primo luogo ricavabile dal richiamo diretto al principio di sussidiarietà orizzontale, presente già nell'art. 1 del codice del terzo settore, in evidente corrispondenza con quanto già detto precedentemente a proposito del coinvolgimento delle organizzazioni sociali nella gestione dei beni confiscati. Tutta la disciplina del codice del terzo settore è ispirata chiaramente al principio di collaborazione tra soggetti che compongono la Repubblica e gli enti del terzo settore, per cui pare naturale rintracciare collegamenti tra le due discipline<sup>9</sup>. In aggiunta,

e più in dettaglio, il codice del terzo settore prescrive che sono enti del terzo settore quelle organizzazioni individuate dall'art. 4 che svolgono una o più tra le attività di interesse generale individuate dall'art. 5, tra cui al comma 1, lett. z), è compresa la «riqualificazione (...) di beni confiscati alla criminalità organizzata»<sup>10</sup>. È bene chiarire che tale circostanza non serve tanto a circoscrivere l'applicazione dell'art. 48 del codice antimafia ai soli enti del terzo settore che promuovono la cultura di legalità, ma a stabilire l'evidente connessione tra i due codici, così che nel determinare quali soggetti possono essere destinatari dei beni confiscati non si possono ignorare le organizzazioni individuate dal codice del terzo settore a integrazione della previsione del codice antimafia<sup>11</sup>.

55

Se tutto ciò autorizza a ritenere che le convenzioni per la gestione dei beni confiscati possono essere sottoscritte più generalmente anche dagli enti del terzo settore, risulta maggiormente controverso se questo significa anche estendere alla disciplina dei beni confiscati le previsioni contenute negli art. 55 e 56 del codice del terzo settore, che concernono gli strumenti che disciplinano il rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore.

La domanda è utile per dipanare due tipi di dubbi: il primo naturalmente concerne l'individuazione di quale quadro normativo occorra osservare quando gli enti territoriali si preparano ad affidare i beni confiscati alle organizzazioni sociali; il secondo riguarda il rapporto tra la disposizione normativa prescelta e il codice dei contratti pubblici.

Sulla prima questione non dovrebbero esserci particolari problemi: al di là della successione temporale del codice del terzo settore rispetto al codice antimafia, per quanto già chiarito è ragionevole impostare il rapporto tra le disposizioni interessate nella dinamica tra norme generali e norme speciali, così da concludere che l'art. 48, c. 3, lett. c), si applica pienamente come norma speciale, sebbene rimanga integrabile sul piano dei soggetti da coinvolgere. Riferendosi l'art. 48 del codice antimafia alle convenzioni, si dovrebbe concludere che la sua applicazione non dipenda dalle condizioni più rigorose stabilite dall'art. 56 del codice del terzo settore, che riguarda proprio, e solo, le convenzioni con gli enti del terzo settore<sup>12</sup>. Resterebbe da capire se, nel silenzio della disciplina antimafia, sia possibile invece ricorrere agli strumenti previsti dall'art. 55 del codice del terzo settore, ovvero la co-programmazione, la co-progettazione e l'accreditamento. A tal riguardo non si vede che cosa possa ostare questa eventualità: si tratta, infatti, di una norma che consentirebbe agli enti territoriali di avvalersi di strumenti ulteriori per selezionare la qualità dei progetti per il riuso dei beni confiscati. Dai dati forniti dall'ANBSC si ricava

che la destinazione degli immobili confiscati alla criminalità organizzata è fortemente polarizzata sia in alcuni territori regionali sia soprattutto in pochi enti locali, da cui risulta che diversi comuni, in qualche caso anche piccoli, si trovano a gestire più di un immobile<sup>13</sup>. Sicché, in questo contesto, dotare gli enti territoriali degli strumenti previsti anche dall'art. 55 del codice del terzo settore permetterebbe un'organizzazione e una programmazione migliore per la gestione degli stessi, proprio laddove le competenze tecnico-amministrative degli enti locali appaiono più deboli. D'altra parte, a breve si descriveranno alcune prassi in essere negli ultimi anni che sembrano chiaramente ispirate all'utilizzo di questi ulteriori strumenti.

56

A proposito, invece, dell'altro dubbio circa la sovrapposizione tra procedure che si concludono con le convenzioni per la gestione dei beni confiscati e l'applicazione del codice dei contratti pubblici, proprio il legame qui descritto tra codice antimafia e codice del terzo settore permette di chiudere ogni residuale incertezza.

È stato infatti ritenuto che il richiamo dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità e parità di trattamento, effettuato dall'art. 48 del codice antimafia, dovesse necessariamente alludere all'applicazione delle tipiche forme della disciplina dei contratti pubblici<sup>14</sup>. In realtà, questa tesi, che già appariva poco convincente sulla base della natura dei rapporti che sono presi in considerazione nelle due diverse discipline, appare smentita definitivamente dalle novità introdotte dalla legge n. 120 del 2020, che ha determinato tre modifiche agli articoli 30, 59 e 140 del codice dei contratti pubblici. Con tali modifiche finalmente si stabilisce che le regole riguardanti le pubbliche amministrazioni e i soggetti del terzo settore sono distinte chiaramente da quelle dei contratti pubblici e seguono pertanto la disciplina generale sul procedimento amministrativo. Ciò riguarda in primo luogo l'applicazione degli articoli 55 e 56 del codice del terzo settore, ma per quanto sopra riportato è ragionevole estendere tale implicazione anche all'art. 48 del codice antimafia. D'altra parte, il recente intervento del legislatore pare esprimere chiaramente un netto indirizzo: distinguere ciò che ha finalità collaborativa e sociale, che richiede anche un certo tasso di innovazione, come nel caso dei beni confiscati alla criminalità organizzata, dalle relazioni di ordine economico e patrimoniale<sup>15</sup>. Si tratta di una distinzione, peraltro, già presente nel codice antimafia, che prevede l'uso economico dei beni solo nel caso in cui la destinazione a fini sociali attraverso la collaborazione delle organizzazioni civiche non abbia luogo<sup>16</sup>. A sostenere questa tesi c'è anche la considerazione che le esigenze di trasparenza e pubblicità

sono presenti adeguatamente anche nella legge sul procedimento amministrativo e, in particolare, nell'art. 12, cui propriamente può essere ricondotta la fattispecie dell'assegnazione dei beni confiscati, dal momento che pare corretto iscrivere tali rapporti in quelli di sovvenzioni prive di oneri corrispettivi<sup>17</sup>.

Da ultimo merita di essere menzionata l'applicazione di una nuova procedura, prevista nell'art. 48, c. 3, lett. *c-bis*), per effetto della legge n. 161 del 2017, che consente direttamente all'ANBSC di destinare alle organizzazioni sociali suddette gli immobili confiscati alla criminalità organizzata.

Tale previsione si iscrive nel processo di affrancamento definitivo dell'Agenzia dal ruolo di mero supporto dell'autorità giudiziaria, ma serve anche a realizzare due ulteriori obiettivi contestuali: da un lato, attivare in forma diversa la partecipazione delle organizzazioni civiche, non lasciando solo agli enti territoriali di farsene carico e definendo un circuito di condivisione delle responsabilità che comprende tutti i principali attori di questa complessa disciplina; dall'altro, impedire che l'Agenzia, come è avvenuto in passato, resti il soggetto a cui rimangono in carico i beni che non si è riusciti a destinare, sovraccaricandola di ulteriori compiti rispetto a quelli stabiliti propriamente dalla normativa istitutiva.

La procedura, che ha trovato una prima applicazione nel corso del 2020<sup>18</sup>, prevede il ricorso a un bando speciale, in cui le informazioni riguardanti i beni interessati sono gestite in modo riservato, senza che ciò possa essere assolutamente confuso con i bandi riferiti alla disciplina dei contratti pubblici. L'assegnazione dei bandi si accompagna a finanziamenti dedicati di sostegno alla realizzazione dei progetti selezionati. Rispetto a quanto osservato sin qui, si evidenzia solamente che le linee guida approvate dall'ANBSC hanno posto come ulteriore vincolo per partecipare ai bandi la previsione che i soggetti interessati debbano soddisfare i criteri per essere iscritti al Registro unico nazionale degli enti del terzo settore, con un evidente riflesso restrittivo sulla platea potenziale dei candidati idonei a partecipare alla destinazione dei beni. L'applicazione di questa procedura conferma le osservazioni precedentemente svolte a proposito del coinvolgimento degli enti del terzo settore nell'assegnazione dei beni confiscati, anche se questo ampliamento ha di fatto prodotto una restrizione al momento dell'individuazione dei soggetti effettivamente legittimati a partecipare al bando.

### 3. La partecipazione alla gestione dei beni confiscati come strumento di politiche pubbliche organizzate per la legalità

58

La vicenda da ultimo richiamata, riguardante la prima applicazione dell'assegnazione diretta dei beni confiscati operata direttamente dall'ANB-SC, rientra in una più complessiva opera di riorganizzazione di questa importante politica pubblica per la legalità. Infatti, dopo una prima fase in cui il coinvolgimento delle organizzazioni civiche è stato semplicemente rimesso alle spontanee attivazioni territoriali e ad una sorta di fiducia quasi taumaturgica nelle procedure di avviso pubblico promosse dagli enti territoriali, si è compreso che la corresponsabilità sociale degli interessi alla legalità richiede un adeguamento delle strutture organizzative e anche un'apposita dedizione alla cura di questa funzione. Ciò ha comportato diverse novità in termini di previsioni di rafforzamento quantitativo e qualitativo della dotazione delle risorse umane e finanziarie dell'Agenzia<sup>19</sup>. Soprattutto è stata adottata una vera e propria Strategia nazionale per la valorizzazione dei beni sequestrati e confiscati<sup>20</sup>, che vede coinvolti in un apposito Tavolo nazionale, oltre all'Agenzia, il Dipartimento per le politiche di coesione, il Ministero dell'interno, il Ministero dell'economia e delle finanze e l'Agenzia per la coesione territoriale.

Il Tavolo nazionale svolge una funzione di coordinamento delle funzioni di valorizzazione dei beni confiscati, incide sulla programmazione delle attività a tal fine condotte, verifica la capacità degli enti coinvolti e raccoglie, elabora e cataloga le informazioni registrate sulla base delle esperienze prodotte, con lo scopo di maturare una comune linea di indirizzo sulle assegnazioni dei beni confiscati. Anche per queste ragioni risulta importante la previsione della costituzione di Gruppi regionali permanenti di lavoro, concentrati nei territori maggiormente coinvolti e posti in raccordo con il Tavolo nazionale. Ciò ha dato vita a un sistema organizzato e articolato per la valorizzazione dei beni confiscati, che, sebbene strutturato solo da un punto di vista funzionale, consente di sviluppare ulteriori politiche nella direzione di rafforzare il coinvolgimento delle organizzazioni civiche.

Due esempi possono chiarire quanto detto. Il primo riguarda lo sviluppo dei c.d. «progetti pilota», ovvero la valorizzazione di quelle esperienze di restituzione dei beni confiscati che, per dimensione dei beni interessati, valore simbolico, potenzialità di sviluppo e occupazionali che il riuso comporta, acquistano una forza esemplare in grado di alimentare la fiducia sociale<sup>21</sup>. Il ricorso a questa soluzione ricalca un tipico strumento amministrativo di governo fondato sulla diffusione delle *best practices*

attraverso cui si persegue un bene comune immateriale che sia capace di attivare le organizzazioni civiche a un impegno diretto. L'esemplificazione delle buone esperienze dovrebbe anche aiutare a contrastare i casi di insuccesso, che la stessa ANBSC non nasconde<sup>22</sup>, e promuovere così una spinta all'attivazione positiva della società civile. Tutto ciò, pertanto, significa fare della collaborazione una politica attiva.

L'altro caso che si può citare a proposito dell'attivazione di strumentazioni volte alla valorizzazione della partecipazione è l'ideazione della *sponsorship* pubblica. Nella Strategia di valorizzazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata sono previsti anche meccanismi concreti che assegnano vantaggi e corsie preferenziali ai soggetti che dimostrano di saper costruire alleanze collaborative tra organizzazioni civiche e amministrazioni territoriali. Così, in occasione della procedura per l'affidamento dei beni confiscati gestita direttamente dall'Agenzia, nel bando sono stati previsti criteri preferenziali a beneficio di quelle organizzazioni che sono state in grado di includere nella proposta progettuale anche una dichiarazione di intenti da parte di un'amministrazione pubblica in cui emergano l'adesione alla realizzazione del progetto e la volontà di acquisire al proprio patrimonio indisponibile il bene interessato<sup>23</sup>. Risulta evidente come anche questo tipo di soluzione amministrativa sia volta a premiare i tentativi di collaborazione tra organizzazioni sociali e pubbliche amministrazioni, facendo sì che la collaborazione – nel frattempo peraltro divenuta principio generale del nostro ordinamento giuridico in virtù dell'introduzione del comma 2-*bis* all'art. 1, l. n. 241 del 1990<sup>24</sup> – sia non solamente un esito auspicato, ma uno strumento attivo per le politiche attive di legalità.

#### **4. La collaborazione come «provvista sociale» per ovviare ai difetti di applicazione della normativa antimafia**

Nell'esperienza amministrativa dei beni confiscati alla criminalità organizzata la collaborazione con le organizzazioni civiche costituisce anche una risorsa aggiuntiva che permette, oltre quanto già previsto esplicitamente dalle norme, di rimediare ad alcuni difetti applicativi della normativa. Si tratta di un risvolto di estremo interesse, perché in tal modo i cittadini e le loro organizzazioni possono essere visti come risorse aggiuntive a disposizione delle amministrazioni pubbliche<sup>25</sup>.

Il principale problema che la stessa ANBSC ha segnalato in molte occasioni è costituito dalla lunghezza e dalla farraginosità delle procedure

ordinarie di destinazione dei beni sequestrati e confiscati<sup>26</sup>. Ciò comporta che i beni, anche se sottratti alla criminalità, restano per un tempo lungo, anche di molti anni, inutilizzati, con conseguenze rilevanti in termini di ammaloramento, deterioramento, abbandono e, in definitiva, di perdita di potenzialità e valore del bene stesso, vanificando qualunque tentativo di rigenerazione a fini sociali dello stesso<sup>27</sup>. A produrre questi effetti sono, da un lato, insopprimibili esigenze di garanzia che le procedure giudiziarie portano con sé<sup>28</sup>, dall'altro, però, anche la difficoltà di coinvolgere le amministrazioni territoriali interessate<sup>29</sup>. La disponibilità alla destinazione dei beni resta, infatti, volontaria e spesso a condizionare le amministrazioni territoriali è la consapevolezza del gravame che implica la gestione di questi beni.

Lo strumento della conferenza dei servizi, utilizzato dall'ANBSC per la destinazione dei beni, è senz'altro di aiuto, perché consente alle amministrazioni di definire accordi, incentivi e forme di sostegno utili per la concessione della disponibilità, ma, come la prassi dimostra, tale esito continua a non essere ugualmente assicurato. Non bisogna inoltre trascurare che anche quando le amministrazioni territoriali si rendono disponibili, il fallimento dell'assegnazione si registra a valle della procedura, perché non sempre esse si dimostrano in grado di affidare questi beni alle organizzazioni civiche, con il risultato che l'ANBSC torna in possesso dei beni, mentre quasi mai ricorre allo strumento del commissariamento. Inutile sottolineare che questi esiti sono particolarmente gravi perché palesano le difficoltà del sistema amministrativo e, in fondo, una sconfitta per la legalità<sup>30</sup>.

È in questo contesto che la collaborazione sviluppata concretamente può risultare una risorsa, inserendosi nelle pieghe delle procedure descritte e rivitalizzandone gli effetti<sup>31</sup>. Possono essere indicate in questo senso tre possibilità.

In primo luogo, una via per l'utilizzo strategico della collaborazione con le organizzazioni civiche è quella degli affidamenti temporanei.

Ciò si può verificare in una delle fasi che precede la confisca definitiva, vale a dire in caso di mero sequestro o confisca di primo e secondo grado. Già ora la normativa attribuisce all'ANBSC la possibilità di affidare i beni in questione ai destinatari individuati dall'art. 48, c. 3, con l'assenso dell'ufficiale giudiziario. Attualmente nelle linee guida predisposte dall'Agenzia sembra essere prevista la sola possibilità di ricorrere al coinvolgimento diretto delle amministrazioni interessate in tempi accelerati, mentre nulla è disposto circa l'eventualità, che la normativa non sembra escludere, che vi sia una assegnazione diretta da parte dell'ANBSC. Occorre tener

conto, infatti, che gli affidamenti temporanei sono per natura precari, sia perché la legittimazione delle assegnazioni cessa con la confisca definitiva, sia perché le vicende giudiziarie possono comportare in qualunque momento la revoca della destinazione del bene. Ciò dovrebbe suggerire la possibilità di percorrere strade alternative fondate sulla sollecitazione diretta di organizzazioni civiche presenti sul territorio o su destinazioni mediate dalle amministrazioni territoriali che siano in grado di presentare progetti già concordati con le organizzazioni civiche. Ad esempio, sono diffuse sul territorio nazionale le esperienze di collaborazione civica sperimentate attraverso i patti di collaborazione che molti regolamenti comunali applicano anche ai beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata<sup>32</sup>. La presenza di questi patti generati sui territori potrebbe rappresentare una valida soluzione per questi affidamenti provvisori<sup>33</sup>. Peraltro, merita di essere comunque precisato il carattere di provvisorietà di queste misure: in realtà, esse sono transitorie perché sono collocate all'interno di fasi giudiziarie di natura cautelare, ma è altrettanto chiaro che l'eventuale buon esito dei progetti sperimentati in via provvisoria potrebbe ragionevolmente costituire un criterio di preferenza nell'assegnazione del bene nel momento in cui si passi alla confisca definitiva. Questa opzione è opportunamente sottolineata nelle linee guida dell'Agencia e, d'altra parte, a fronte dei problemi registrati, appare del tutto ragionevole procedere in questo senso anche nel silenzio della normativa<sup>34</sup>.

61

Un'altra soluzione percorribile – in cui la collaborazione diviene rimedio per i problemi derivanti dalle procedure ordinarie – potrebbe consistere nel premiare le destinazioni agli enti territoriali che presentano già accordi progettuali con alcune organizzazioni civiche. In questo modo, la destinazione dei beni confiscati agli enti territoriali non è separata dall'affidamento alle organizzazioni civiche. Questa via potrebbe produrre un risultato interessante: la collaborazione è instaurata prima della destinazione del bene confiscato e diviene elemento premiante, come una sorta di «provvista sociale». Ciò potrebbe valorizzare quei casi già citati dei patti di collaborazione o di altre tipologie di convenzione, ma potrebbe anche essere la sede in cui gli enti territoriali sfruttano le potenzialità della co-programmazione e co-progettazione previste dall'art. 55 del codice del terzo settore, specie in quei casi in cui i comuni si ritrovano a dover gestire più immobili.

Infine, proprio le esigenze – che pure sono state avvertite – di contrasto a difetti derivanti dalla lunghezza delle procedure possono essere l'occasione di mettere a frutto la disponibilità anche delle organizzazioni meno strutturate, come le comunità, anche giovanili, citate dall'art. 48

del codice antimafia<sup>35</sup>. Nella disciplina complessiva dei beni confiscati emergono potenzialità per la valorizzazione delle esperienze informali<sup>36</sup>, che possono essere ricondotte dentro un quadro di vincoli e limiti in percorsi di piena legittimazione per conseguire obiettivi di legalità. Sono sentieri che passano necessariamente per strumenti negoziali, quali accordi, patti o protocolli d'intesa, che permettono di coniugare le esigenze della legalità con la capacità di risposta dei territori ottenuta attraverso l'autorganizzazione e l'autoproduzione sociale.

## 5. Dove la collaborazione non può arrivare

Fin qui sono state messe in evidenza tutte le potenzialità che la collaborazione può dispiegare per la legalità. Ciò non vuol dire, evidentemente, che questo strumento d'azione sia senza limiti.

In primo luogo, non si può configurare, né in generale, né con riferimento alla disciplina qui osservata, un diritto alla collaborazione. A monte di ogni approfondimento sulla capacità della collaborazione di saper dare un contributo alla legalità sussiste una valutazione discrezionale delle amministrazioni che resta insopprimibile: a loro spetta, innanzitutto, decidere se l'utilizzo dei beni confiscati, che peraltro presuppone l'inserimento nel patrimonio pubblico indisponibile, avvenga in proprio o attraverso la partecipazione di altri. In questo senso, per quanto la collaborazione radichi la fiducia sociale che permette di enfatizzare la partecipazione diffusa alla cultura della legalità, essa resta un'opzione alternativa a quella che vede anche la gestione diretta delle amministrazioni pubbliche.

Il secondo limite che si frappone alla collaborazione è di ordine tecnico: la destinazione sociale dei beni confiscati è impedita quando il bene, pur confiscato definitivamente, resti gravato da oneri collegati alla soddisfazione dei creditori in buona fede<sup>37</sup>. Sebbene la priorità assegnata ai creditori evidenzia naturalmente un primato degli interessi privati su quelli collettivi, l'ordine giuridico espresso dalla disciplina non consente un esito diverso. La collaborazione per la legalità ha un valore significativo, che è stato rafforzato dalle strategie messe in atto negli anni più recenti, ma non sempre primeggia.

Il terzo limite della collaborazione si basa su un presupposto, che è il riflesso inverso di quello considerato nel primo limite: così come non esiste un diritto alla collaborazione, non esiste neppure un obbligo alla collaborazione. Ciò significa che le organizzazioni civiche non possono essere conculcate nella loro libertà di scelta su cosa e come intervenire. Tra

i beni confiscati, infatti, si trovano anche unità immobiliari di modestissimo valore o che sono danneggiate dall'inizio o prive delle certificazioni idonee per il riuso o anche semplicemente box, cantine o particelle piccolissime, che si prestano poco a riusi interessanti. In queste circostanze, in assenza di specifico interesse da parte delle organizzazioni civiche, non resta che la soluzione di utilizzo economico o la collocazione finale nel patrimonio delle Agenzie del demanio come esito finale del processo<sup>38</sup>.

Per quanto in questo saggio si sia sottolineata la capacità della collaborazione per la diffusione della cultura della legalità, questa non può essere considerata né la via esclusiva, né la soluzione sempre disponibile. Ciò induce a credere che l'amministrazione dei beni confiscati continuerà a poggiare su una varietà di strumenti, collaborativi e non, anche se rimane indubbio che l'attivazione della massima potenzialità della collaborazione risulta un elemento chiave per restituire fiducia sociale.

63

## 6. Conclusioni

L'esame condotto delle modalità attraverso cui i cittadini e le loro associazioni partecipano alla cura della legalità mostra risultati interessanti. Innanzitutto, queste soluzioni non sono solamente un arricchimento degli strumenti tradizionali di carattere repressivo, ma coltivano finalità nuove e complementari: alla legalità intesa come ordine si affianca la legalità come elemento identificativo di appartenenza comunitaria. Se, in un primo momento, si è confidato che tale obiettivo potesse essere conseguito con la messa in pratica delle norme a livello locale, si è poi compreso che la collaborazione sostanzia a sua volta una vera e propria funzione che necessita di organizzazione e adeguamenti degli strumenti di raccordo. Così le modalità di collaborazione si sono moltiplicate sia perché sono aumentati i soggetti che possono esercitarla, sia perché l'Agenzia ha avviato una nuova stagione che la vede direttamente impegnata a sollecitare il coinvolgimento dei soggetti sociali.

Tra i profili più importanti che sono emersi vi è anche la funzione di rimedio che la collaborazione svolge nei confronti di procedure che spesso si rivelano farraginose: mostra un potenziale di applicazione significativo che esalta il valore dell'informalità proprio laddove la formalità legale sembra costituire un problema. La soluzione definitiva della «provvista sociale» o il coinvolgimento delle «comunità giovanili» ne sono un'evidente riprova: in questi casi la partecipazione guadagna nuovi spazi, che vanno anche oltre gli intenti legislativi, supportati dalle amministrazioni

che vedono da vicino i limiti di approcci eccessivamente formalisti. Quasi per un paradosso le politiche di rafforzamento della legalità seguono sentieri che non sono necessariamente tracciati in modo espresso dalle normative e che nondimeno appaiono essenziali ed efficaci.

64 Ciò detto, i rapporti dell’Agenzia segnalano ancora molti problemi nell’attuazione della disciplina della gestione dei beni confiscati alla criminalità organizzata. Esistono limiti oggettivi alla collaborazione che non permettono di riporre solo su di essa le aspettative legate alla tutela della legalità. Inoltre, per quanti progressi si siano fatti in termini di dotazione di strumenti a disposizione resta la difficoltà di governare un fenomeno che si presenta sul territorio fortemente asimmetrico con amministrazioni che sono sottoposte a una «pressione» difficilmente sostenibile senza un sostegno attivo di altre amministrazioni più equipaggiate. Il che evidentemente segnala l’esigenza che sul piano organizzativo si debba realizzare un coinvolgimento più ampio delle amministrazioni interessate che intervengano a sostegno. Potenzialità di questo tipo sono a disposizione, ad esempio, delle città metropolitane, che possono agire in forma di sostegno degli enti comunali, anche se rimangono enti con un’identità ancora poco definita, ma altrettanto potrebbero fare le regioni in supporto di quei comuni con una limitata disponibilità di mezzi.

In ogni caso l’esperienza dei beni confiscati alla criminalità organizzata mostra una vivacità interessante, che reagisce a prime applicazioni sconcertanti e che lascia presagire uno sviluppo ancora meritevole di essere studiato.

## Note

<sup>1</sup> L’apprezzamento suscitato da questa esperienza a livello internazionale, inducendo perfino l’UE a prevedere l’istituzione di appositi uffici centralizzati negli Stati membri per la gestione dei beni confiscati e «congelati» a seguito di reati di rilevanza europea, come individuati dalla direttiva 2014/42/UE, è un’evidente prova della sua importanza. Il fatto che la disciplina italiana sia divenuta un modello anche oltre i confini nazionali rende l’approfondimento ancor già significativo. Tale aspetto è sottolineato con grande attenzione da M. DE BENEDETTO, *Rigenerazione e riuso dei beni confiscati: regole e simboli della legalità*, in F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, il Mulino, Bologna 2017, pp. 329 ss.

<sup>2</sup> Recentemente ha ripercorso l’evoluzione della disciplina dei beni confiscati alla criminalità organizzata M.V. FERRONI, *Il riuso dei beni confiscati alla criminalità organizzata: come rendere formale l’informale*, in M.V. FERRONI, G. RUOCCO (a cura di), *La città informale. Approcci teorici*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2021,

pp. 96-100. Sul tema, più in generale, si veda lo studio di N. GULLO, *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli 2017.

<sup>3</sup> Lo fa, ad esempio, G. ARENA, *I custodi della bellezza*, Touring Club Italiano, Milano 2020, pp. 209-212, che enuclea proprio i beni confiscati tra i beni comuni di cui i cittadini possono diventare curatori attraverso forme di collaborazione con le pubbliche amministrazioni. In modo conforme R. DI MARIA, F. ROMEO, *I beni confiscati alla criminalità come «beni comuni»: brevi considerazioni, tra diritto pubblico e diritto privato*, in «Diritto e società», 2016, pp. 597-598.

<sup>4</sup> In questi termini M.V. FERRONI, *Il riuso dei beni confiscati*, cit., p. 104.

<sup>5</sup> Traccia un profilo molto interessante di queste nuove forme di partecipazione A. VALASTRO, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: il ruolo delle amministrazioni locali nell'epoca delle fragilità*, in EAD. (a cura di), *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, Jovene, Napoli 2016, pp. 5-7.

<sup>6</sup> Dall'ultima *Relazione sull'attività svolta* disponibile e riferita all'anno 2019 si evince che dalla sua istituzione l'ANBSC ha gestito 16473 beni immobili contro appena 2587 beni aziendali. Per un raffronto più recente sui dati riferiti alla gestione dei beni confiscati si veda C. DE BENEDECTIS, *I beni confiscati alla criminalità organizzata: da capitale sociale mafioso a capitale sociale puro*, in «Rivista giuridica del Mezzogiorno», 2021, pp. 175 ss.

<sup>7</sup> Si esclude dalla trattazione di questo lavoro il riferimento che la norma rivolge anche ad enti e alle associazioni maggiormente rappresentative degli enti locali, dal momento che in questo caso sono compresi soggetti pubblici nettamente distinti dalle organizzazioni sociali. Peraltro, a differenza degli enti territoriali, gli enti pubblici legittimati alla stipula della convenzione devono essere considerati come destinatari ultimi per cui è da escludere che, a loro volta, possono stipulare convenzioni con le altre organizzazioni sociali menzionate dalla norma.

<sup>8</sup> La LAC, libera associazione di Centocelle, riunisce una serie di soggetti a composizione variegata, residenti del quartiere colpito, titolari di esercizi commerciali, associazioni presenti sul territorio e altri gruppi sociali che fanno del presidio territoriale e della cura degli spazi del quartiere al fine di assicurarne la fruizione diffusa la loro specificità con attività sia di ordine culturale sia di ordine sociale; cfr. A. PUTINI, *Azione collettiva, spazi urbani e beni comuni: il concetto di informalità in una prospettiva sociologica*, in M.V. FERRONI, G. RUOCCO (a cura di), *La città informale. Approcci teorici*, Soveria Mannelli, Rubbettino 2021, p. 52.

<sup>9</sup> Sia consentito di rinviare a tal proposito a F. GIGLIONI, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del terzo settore*, in «Munus», 2019, pp. 505-510. cfr. anche L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in «Urbanistica e appalti», 2018, p. 16; V. TONDI DELLA MURA, *Riforma del Terzo settore e principio di sussidiarietà*, in «Non profit», n. 3, 2017, pp. 47 ss.; A. LOMBARDI, *Il rapporto tra enti pubblici e terzo settore*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, Esi, Napoli 2016, p. 226.

<sup>10</sup> L'associazione è sottolineata da P. MICHARA, *L'ordinamento giuridico del terzo settore. Profili pubblicistici*, in «Munus», 2019, p. 490.

<sup>11</sup> È interessante notare che tale collegamento è svolto direttamente dall'ANBSC, che lo ha fatto nel silenzio della normativa istitutiva, attraverso le *Linee guida per l'amministrazione finalizzata alla destinazione degli immobili sequestrati e confiscati*: si veda il paragrafo 3, lett. d).

<sup>12</sup> Cfr. sulle convenzioni con gli enti del terzo settore le analisi di A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del Terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in «Munus», 2019, pp. 139 ss.; M.V. FERRONI, *L'affidamento degli enti del Terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in «Nomos», n. 2, 2018; L. GILI, *Il Codice del Terzo settore*, cit., pp. 13 ss.; D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo 117/2017: per una governance della solidarietà*, in «federalismi.it», n. 3, 2018; P. RONCHI, *Le modalità di erogazione dei servizi sociali alternative alla gara*, in L. GALLO, P. MORO (a cura di), *Gli appalti di servizi sociali e l'affidamento alle cooperative sociali di inserimento lavorativo*, Maggioli, Rimini 2018, pp. 109 ss.; A. LOMBARDI, *Il rapporto tra enti pubblici e Terzo settore*, cit., pp. 234-239; A. ALBANESE, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore. Il confronto col diritto europeo*, in «Non profit», n. 4, 2017, pp. 173 ss.; D. MARRAMA, *Volontariato ed attività amministrativa*, in «Diritto e processo amministrativo», 2017, pp. 1031 ss.; D. CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del Terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2016, pp. 733 ss.

66

<sup>13</sup> Secondo i dati forniti dall'ANBSC in occasione dell'ultima *Relazione sull'attività svolta*, nell'anno 2019, più del 65 per cento degli immobili interessati a destinazione sono concentrati nelle regioni Campania, Puglia e Sicilia, i cui comuni interessati sono solo 525 per un totale di 10819 immobili. Si tenga conto che gli immobili coinvolti in tale procedura a livello nazionale sono 16473, il che vuol dire che quei 525 comuni, alcuni dei quali piccoli, gestiscono i due terzi degli immobili confiscati alla criminalità organizzata.

<sup>14</sup> Così M. MAZZAMUTO, *L'agenzia nazionale per l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, in «Diritto penale contemporaneo», 2015, p. 32 e ID., *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati tra giurisdizione e amministrazione*, in «Giurisprudenza italiana», 2013, p. 487.

<sup>15</sup> Sulla circostanza che le convenzioni qui in oggetto rientrino nella qualificazione degli accordi si era speso già N. GULLO, *La destinazione dei beni confiscati nel codice antimafia tra tutela e valorizzazione*, in «Diritto dell'economia», 2014, p. 98, a cui personalmente si è già aderito in altra circostanza: cfr. F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2019, pp. 255-262. In proposito va anche tenuto presente che recentemente la sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale ha suggellato ulteriormente questa netta distinzione tra accordi e contratti, con riferimento particolare all'art. 55 del codice del terzo settore, sottolineando che esiste tutta una gamma di rapporti alternativi a quelli sinallagmatici, tipici dei contratti, che vanno qualificati in altro modo quando si tratta di valorizzare le esperienze di solidarietà sociale configurando quello che già in dottrina viene individuata come amministrazione condivisa (prima tra tutti si veda natural-

mente sin dal suo scritto G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in «Studi parlamentari e di politica costituzionale», 1997, n. 117-118, pp. 29 ss.. L'importanza di questa sentenza è stata sottolineata da molti autori: cfr. G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del terzo settore*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2020, pp. 1439 ss.; M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C. cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in «federalismi.it», n. 32, 2020, pp. 88 ss.; L. GORI, *Co-progettazione, la sponda della Consulta*, in [www.vita.it](http://www.vita.it), 2020; L. GORI, *Sentenza n. 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, in «Rivista impresa sociale», 2020; E. ROSSI, *Il cammino adesso è aperto a un'amministrazione condivisa*, in «Avvenire», 1°luglio 2020. Si vedano anche i saggi contenuti nelle pubblicazioni specificamente dedicate a questa sentenza A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore*, Editoriale scientifica, Napoli 2020 e S. PELLIZZARI, C. BORZAGA (a cura di), *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte costituzionale*, pubblicazione Euricse, 2020.

<sup>16</sup> Così, ad esempio, G. TORELLI, *I beni confiscati alla criminalità organizzata tra decisione amministrativa e destinazione giudiziale*, in «Diritto amministrativo», 2018, pp. 216-218; N. GULLO, *La destinazione dei beni confiscati nel codice antimafia tra tutela e valorizzazione*, *cit.*, p. 104.

<sup>17</sup> Tale posizione è stata correttamente sostenuta da L. GILI, *Forme di coinvolgimento tra enti pubblici e organizzazioni del Terzo settore alla luce del nuovo codice del Terzo settore*, in «Rivista trimestrale degli appalti», 2018, p. 296 e ribadita in molte circostanze anche da Alessandro Lombardi e, da ultimo, in A. LOMBARDI, *Gli strumenti collaborativi tra P.A. e terzo settore nel sistema delle fonti*, in A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *op. cit.*, pp. 37 ss.

<sup>18</sup> La procedura è stata espletata nel corso del 2020 dall'ANBSC coinvolgendo enti e associazioni del terzo settore i quali hanno risposto con la proposizione di 160 progetti di assegnazione posti al vaglio dell'Agenzia.

<sup>19</sup> La debolezza organizzativa dell'ANBSC era stata sottolineata anche dalle istituzioni internazionali in modo molto critico come ricorda M. DE BENEDETTO, *op. cit.*, pp. 339-341.

<sup>20</sup> Si fa riferimento alla delibera n. 53 del 2018 approvata dal CIPE sulla base dell'art. 1, c. 161, l.n. 232 del 2016, dopo predisposizione della Strategia da parte dell'ANBSC.

<sup>21</sup> A questo proposito i soggetti impegnati nella Strategia hanno lavorato all'elaborazione di un Piano di valorizzazione dei beni confiscati esemplari, che vada nella direzione di rendere stabile questa modalità di azione come uno dei modi per alimentare l'interesse della comunità. Nella *Relazione dell'attività svolta nell'anno 2019*, l'ANBSC cita il caso della confisca «Canfarotta» del comune di Genova, che presenta proprio quei requisiti essenziali di esperienza esemplare che possono far parte del PVBCE.

<sup>22</sup> A pagina 25 della *Relazione dell'attività svolta nell'anno 2019* l'ANBSC sottolinea che nel 2019 sui 6138 beni immobili realmente riutilizzabili a fini sociali, perché liberati da ogni limite di carattere giuridico e giudiziario, ben 3110

risultano senza richieste e probabilmente destinati a una mancata ricollocazione anche sul mercato, finendo così, al di là della loro destinazione ultima all'Agenzia del Demanio, per costituire un fallimento per gli scopi della disciplina.

<sup>23</sup> La procedura è descritta nel dettaglio nelle *Linee guida per l'amministrazione finalizzata alla destinazione degli immobili sequestrati e confiscati*, al paragrafo 3, lett. d) del documento.

<sup>24</sup> La norma che contiene il principio di collaborazione è stata inserita attraverso l'art. 12, c. 1, lett. 0a), l. n. 120 del 2020.

<sup>25</sup> È la prospettiva che condivide proprio G. ARENA, *I custodi della bellezza*, cit., p. 212.

<sup>26</sup> Cfr. per questo giudizio critico F. BATTINI, *La gestione dei beni confiscati alla criminalità organizzata*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2011, p. 91.

68

<sup>27</sup> Ciò è evidenziato dall'ANBSC nella *Relazione dell'attività svolta nell'anno 2019*, pagine 27-28.

<sup>28</sup> A sottolineare questi aspetti che rendono particolarmente problematica anche l'azione dell'ANBSC sono G. TORELLI, *I beni confiscati alla criminalità organizzata tra decisione amministrativa e destinazione giudiziale*, cit., pp. 205 ss.; M. CAMMELLI (a cura di), *Beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata: disciplina, criticità e proposte*, in [www.forumterzosette.it](http://www.forumterzosette.it), 2015; M. MAZZAMUTO, *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati tra giurisdizione e amministrazione*, cit., pp. 477 ss.

<sup>29</sup> Su questi aspetti si sofferma M. DE BENEDETTO, *op. cit.*, pp. 341-346.

<sup>30</sup> Si vedano le considerazioni svolte da G. TORELLI, *Contraddizioni e divergenze delle politiche legislative sui beni pubblici*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 191-193, che configura il ruolo dell'Agenzia come funzione custodiale che le consente sempre di riappropriarsi dei beni per assicurarne un uso conforme a quanto stabilito dalla disciplina antimafia.

<sup>31</sup> In questa direzione, ad esempio, si muove il protocollo d'intesa stipulato tra ANAC e Labsus, citato da G. ARENA, *I custodi della bellezza*, cit., p. 211.

<sup>32</sup> Tra i casi più interessanti si segnalano quelli di Palmi e Reggio Calabria, i cui rispettivi regolamenti comunali riservano ai beni confiscati alla criminalità organizzata una specifica attenzione. Ciò, in realtà, avviene anche in altri comuni, ma i due citati si caratterizzano per attribuire ai patti di collaborazione un importante ruolo nella rigenerazione del loro utilizzo. Il regolamento di Reggio Calabria è oggetto di specifico approfondimento in R.A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, *Manuale di diritto dei beni comuni urbani*, Celid, Torino 2020, p. 40.

<sup>33</sup> In questi termini si esprime anche M.V. FERRONI, *Il riuso dei beni confiscati*, cit., p. 102.

<sup>34</sup> Nelle *Linee guida per l'amministrazione finalizzata alla destinazione degli immobili sequestrati e confiscati*, l'ANBSC sottolinea come l'assegnazione provvisoria dovrà «farsi carico delle possibilità di una definitiva assegnazione del bene al medesimo assegnatario, con relativo trasferimento della proprietà del cespite; sicché, per tale profilo, essa non è meno complessa della destinazione definitiva con conseguente attrazione nella competenza del Consiglio direttivo, benché la novella legislativa nulla disponga al riguardo» (p. 5).

<sup>35</sup> Si veda in proposito G. TORELLI, *Le deroghe alla concorrenza per attività di rilevanza sociale: l'affidamento degli immobili pubblici ai comitati*, in «Rivista

giuridica dell'edilizia», n. 2, 2020, pp. 191 ss., che analizza come nell'attuale contesto normativo l'assegnazione di vantaggi anche a organizzazioni non strutturate sia possibile sulla base del nuovo codice del terzo settore e, in particolare, grazie all'art. 71 dello stesso.

<sup>36</sup> A tali aspetti dedica completamente la sua analisi M.V. FERRONI, *Il riuso dei beni confiscati*, cit., pp. 95 ss. Si consenta anche di rinviare in proposito alle considerazioni sviluppate in F. GIGLIONI, *Le città come ordinamento giuridico*, in «Istituzioni del federalismo», 2018, pp. 45-47, dove la confisca dei beni appartenuti alla criminalità organizzata veniva classificata tra i modelli informali del riuso dei beni in transizione.

<sup>37</sup> Deve essere infatti ricordato che, qualora l'autorità giudiziaria riconosca creditori in buona fede e non si trovino le modalità per soddisfarli, l'unico esito possibile per i beni è quello della vendita per assicurare il ristoro dei creditori, il che mette evidentemente la valorizzazione sociale dei beni in una posizione subordinata rispetto alla soddisfazione degli interessi privati. Tra l'altro tale condizionamento è stato rafforzato recentemente in ragione della sentenza n. 26 del 2019 della Corte costituzionale, che ha riscontrato l'illegittimità costituzionale della norma che riserva tale privilegio solo a una categoria specifica di creditori in buona fede.

<sup>38</sup> La chiusura del sistema è descritta in questo modo dalle *Linee guida per l'amministrazione finalizzata alla destinazione degli immobili sequestrati e confiscati*.



# Stricto sensu VS lato sensu? Regulating Participatory Processes Between «The Force of Law» and «The Force of Will»

Giovanni Allegretti  
Sheila Holz

In the last decade, different countries and governance levels have institutionalised several participatory mechanisms through a wide range of diverse regulatory practices. This paper focuses on how and to what extent various forms of regulation drive creativity and incentives, or generate stiffness which risk to atrophy and jeopardise participatory processes' capacity to create substantive forms of citizens' engagement in policymaking. The authors propose some reflections on the «*liaisons dangereuses*» between the guarantee of continuity and the risks of ritualisation and ossification of the various forms of participatory processes' regulation, and on their ability to establish themselves as permanent innovative laboratories of creativity, spaces of responsabilisation of different actors towards common interests and resilience, and adaptability of procedures.

## 1. Introduction

Academic and grey literature converge in recognising that participatory processes need permanent creativity, adaptivity, self-assessment and resilient behaviours to create dynamics of self-responsibilisation of different actors and spaces of social accountability with significative and concrete impacts on the transformation of real socio-political environments<sup>1</sup>. In this perspective, the effects and impacts on policies (and representative institutions' change) of any attempt to institutionalise participatory processes (through a wide range of formal acts and legal formats) remain ambiguous, if we try to read their capacity to incentivise and/or stabilise those practices. In the following paragraphs, this article will focus on different regulatory patterns that favour such «stabilisation» or extend participation's capacity to root itself into organisational settings of democratic regimes.

Our inductive analysis is an overview of different ways that «the law» (in *lato sensu* as a wide range of institutionalised and institutionalising measures) shows when interacting with the broad notion of «citizens participation». We argue that there is an asymmetry of which actors and stakeholders can «activate» and «trigger» participatory arenas, and such imbalances of power can hinder their transformative potential. Unless the framework is hinged on collective rights that absorb the «imperative to participation»<sup>2</sup>, which values the role of civic engagement far beyond its «instrumental capacity» of supporting and guiding public policies, recognising – instead – that, first of all, participation is an essential epistemological space of discovery and leverage to promote community cohesion. The examples used in the article (taken from countries which have significant experiences in participatory practices) have been selected for their capacity of significantly represent the different phenomena illustrated in fig. 2: a further criteria was that of having been already the object of some published reflexive analysis, as the space of this overview does not allow to describe in detail the complexity of new cases.

## 2. A fundamental right in the Constitutional State?

In the Encyclopaedia of Law, U. Allegretti<sup>3</sup> highlighted at least 14 concurrent uses that social sciences propose for «participatory democracy» in Western contexts. The clusters of meaning encompass very different dynamics, referred to representative democracy functioning (including taking part in acts related to direct democracy), as to society's self-organising capacity to interact with political/administrative institutions, and even the active use of subjective rights provided by public administrative procedures (such as the access to administrative documents).

In between these poles, the word «participation» is increasingly used to depict specific arenas which are imagined as a bridge between representative institutions and the inhabitants of specific territories: spaces of interaction, which are conceived as a «non-state public sphere»<sup>4</sup> where citizens could «have access to the State without mediations» while «maintaining their autonomy». Often defined as «democratic innovations»<sup>5</sup>, these practices well depict how the concept of participation constantly crosses the notion of democracy and others as citizenship, subsidiarity and cooperation, with overlapping areas and different meanings depending on contexts and cultural perspectives from which one can read them<sup>6</sup>.

In the State of Democratic Rule of Law, constitutions are usually based on the principle of popular sovereignty, the protection of fundamental rights, and strengthening democracy. These texts often merge legal mechanisms of representative, semi-direct and participatory democracy that guarantee the right to universal suffrage, individual participation through plebiscites and referendums, and procedural participation as a right to act and a right to join associations and trade unions.

In some cases, participation is integrated into a vision of social transformation entrusted to the Republic, as happens in the art. 3 of Italian Constitution, linked to the tasks of full development of the human being (provided for in art. 2)<sup>7</sup> and democratisation of power. In this perspective, participation appears intimately associated with the growth of awareness about citizenship, and related to the principle of subsidiarity, which affects «the external border of the institutions and involves the relationship between them, citizens and society»<sup>8</sup>. Thus, citizen participation can be viewed as one of the Republic's objectives to guarantee freedom, and as a tool to implement equality and dignity in society<sup>9</sup>.

In other cases, as in Portugal (where art. 2 of the Constitution states that «deepening participatory democracy» is a central task of the State of the Rule of Law), the relation of mutual complementarity established between State competencies and the activation of participatory processes is explicit. Despite this, for decades, little has been done to reshape institutions in a way that could fulfil such a central principle<sup>10</sup> until the culture of many local institutions changed and several experiences were promoted, which translated this abstract principle into concrete facts<sup>11</sup>. Possibly, if – slowly – changes are being made, this is because representative democracy's crisis growingly exposes problems of representation as a form of government<sup>12</sup>. The model of liberal democracy, based on the principle of majority rule, electoral systems and representation, fails to meet the demands for accountability and multiple identities and needs diverse social actors<sup>13</sup>, configuring what Bobbio named as «undelivered promises of democracy»<sup>14</sup>.

The lack of representation of several social actors in the public sphere and the growing heterogeneity of society raise a discussion about political representation and voting rights not constituting commitment (and a social contract between representatives and the represented) that would transcend as an instrument for the spontaneous choice of representatives. It ends up being a mere competition system for political power among some groups<sup>15</sup>. Therefore, advocates of participatory democracy underline «the importance of responsible citizenship through participation in

the political and decision-making process, considering participation as a fundamental right of the components of society»<sup>16</sup>. In the same sense, Allegretti considers that «[...] participation and participatory democracy [should] be considered not only as contents of an 'objective' principle that govern political and administrative decision-making procedures, but also as contents of a real and proper 'subjective right' in the form of a fundamental individual right – which could restore the traditional conception of a citizens' political activity as the true expression of a fundamental (political) right»<sup>17</sup>.

74

Considering that institutions of representative democracy can legitimately decide (despite the crisis of political parties and elective assemblies reveal their growing inability to intercept the citizens' needs and difficulties in communicating with the real recipients of public policies<sup>18</sup>), a crisis of effectiveness and efficiency and a crisis of consensus becomes visible<sup>19</sup>. Therefore, a periodic electoral verification is not enough, as permanent mediation opportunities and channels among politics, institutions and society often appear opaque or obstructed. Moreover, society itself does not seem to find effective spaces for the collective representation of its differentiated interests, and seldom results in a straightforward, non-contradictory linear social question<sup>20</sup>.

Enjoying rights achieved by a democratic State also means being able to exercise them directly. As Allegretti points out, democracy consists of many interconnected and increasingly complex elements; therefore, participation is crucial in democratic experience, playing the role of a principle which legitimises decisions<sup>21</sup>. This is also exemplified by the Council of Europe, when stating that «the right of citizens to participate in the conduct of public affairs is one of the democratic principles that is shared by all member states of the Council of Europe [...]. This right shall be exercised by assemblies of citizens, referendums or any other form of direct citizen participation where it is permitted by statute»<sup>22</sup>.

Nevertheless, in the face of existing practices, there is still a long road ahead for this right to become part of the form of State (constitutionally guaranteed) rather than part of the form of government. Thus, when offered, spaces of participation still look as a sort of «concession», given via «discretionary actions of elected public powers – when they want, and to the extent they want»<sup>23</sup>. As Valastro summarised: «without rules there can be no method», although without the latter «there can be no guarantees of the effectiveness of the participation but only good practices entrusted to contingent political sensitivities»<sup>24</sup>.

### 3. Different ways of regulating participatory processes: a brief overview

#### 3.1 *Leading with a polysemic concept*

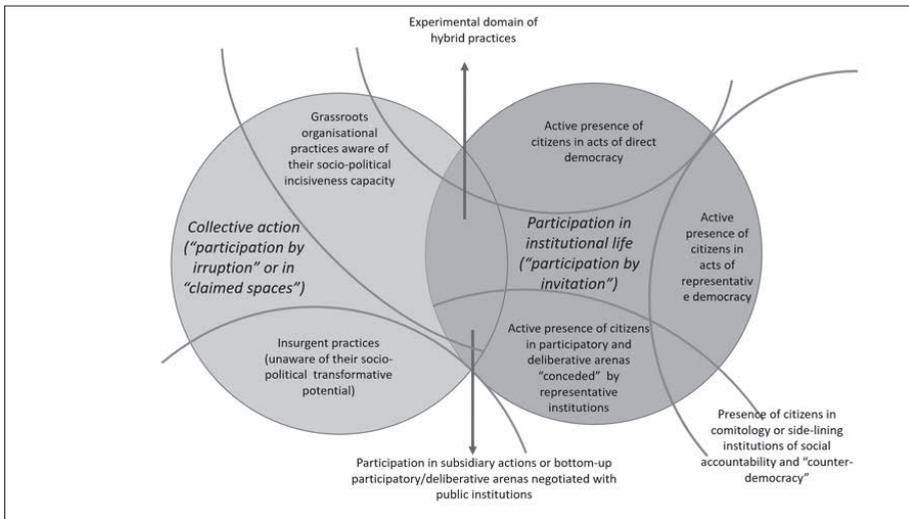
The large family of participatory practices, usually named «democratic innovations» (DIs), is a hybrid outcome of cross-fertilisation and cross-pollination processes among repeated global experiences with a vast range of names and tools (i.e., participatory budgeting, participatory/integrated planning, town meetings, public debates, etc.). Also, they include a sub-family of deliberative practices – such as citizens juries or panels, *planungszelle*, deliberative polls and other «mini-publics»<sup>25</sup> – that aim to improve the argumentative quality of civic participation and the effectiveness of interactions between lay and expert knowledge<sup>26</sup>.

75

Literature has been considering these forms as «participation by invitation»<sup>27</sup> because they are often initiated or «conceded» by public (or private) institutions that are aware of how the crisis of perceived legitimacy and authoritativeness of representative democracy affects their functionality, efficiency and effectiveness, and to what extent they could compensate, if not revert, such losses<sup>28</sup>. However, literature today tends to recognise as «democratic innovations» also several processes of a bottom-up origin (which Blas & Ibarra<sup>29</sup> name as «participation by irruption» and Gaventa labels as «claimed spaces»<sup>30</sup>) that try to reach and stabilise structural forms of constructive dialogue between grassroots dynamics and representative structures of decision-making, via the creation of institutionally recognised procedures and more informal spaces of negotiation<sup>31</sup>.

In Fig. 1 above, the left side shows the coexistence of such meanings with another Southern/Meridian perspective<sup>32</sup> of *citizens' participation*, mainly suggested by the practices of indigenous cultures and communitarian forms of democracy external to mainstream Western-centric modernity<sup>33</sup>. Thus, the pluriverse of meanings embedded in the notion of participation enlarges. In fact, it enters a domain of relational practices embedded in communities' construction of everyday life<sup>34</sup>, or those forms of alliances for negotiated solidarity known as «insurgent practices»<sup>35</sup>, characterised by a reduced level of awareness about their socio-political transformation capacity<sup>36</sup>. In this perspective, the traditional «instrumental value» of participation (as a supporting tool for policymaking) shrinks. Simultaneously, its epistemological role and capacity to affirm the mutual recognition and the coexistence of bodies as an initial condition for cognition and emancipation increases<sup>37</sup>.

**Fig. 1 - Participation as a complex and polysemic notion: its different domains of action**



76

Indeed, such a wide range of diverse meanings place the polysemic notion of participation at a crossroad, where it risks becoming a buzzword due to the impoverishing contents generated by political rhetoric's misuses. Such complexity impacts how regulatory frameworks interact with the notion, revealing a very different capacity to activate concrete processes and cultural shifts, consolidate and multiply pre-existing practices, or even damage them.

### 3.2 Ambiguities and potentials of «regulating participation»

Regulatory acts which seek to make participation happen and root it into specific contexts, usually consist of activating a *participatory procedure*. Under this perspective, the act of «regulating» has different forms, such as laws, decrees, statute, regulation, bylaw, explanatory circulars about due procedures, the establishment of a subject (a department, an authority or a deliberative or consultative council) or the deliberation of principles in the executive or legislative organs (from constitutions to local statutes). The same budgetary acts (when they include provisional funding which can make the organisation of a participatory or deliberative arena more effective and articulate) are fundamental tools for regulating participation, even if they formally do not describe how and/or to what

extent it will have to take place. They encompass a vital role in recognising participation in policymaking and building the public sphere at large: as participation needs resources to take place with fairness and incisiveness, and its presence in governance systems start to be recognised as a substantive engine for enlarging and consolidating governance.

Regulatory acts (with different levels of contents) can be undertaken for (and by) virtually any governmental level, according to national rules and socio-institutional cultures where explicit constitutional guarantees are in place. Hence, any public organisation is authorised to establish a participatory practice, as it is a democratic institution. The plurality of legal sources through which one can regulate participation may generate conflicts of competence, but the latter – as happened in Apulia in 2018, when the Constitutional Court partially amended the Law on Participation – can also play as an opportunity to remark the indispensable contribution of participatory and deliberative practices to the State of the rule of Law<sup>38</sup>.

77

When participatory processes are institutionalised, it can be for recognition that facilitates investments in them, or to explicitly transform these arenas into a «stabilised part» of government structure: this can increase formal ties between participatory/deliberative processes results and their capacity of impacting the decision-making process. Also, it adds new layers of complexity to the enforceability of the rights that practices configure<sup>39</sup> and can drive them into a direction that allows reframing the State action based on a «deliberative vision of democracy»<sup>40</sup>, as a permanent dialogue between representative structures and deliberative and participatory spaces. Coupling the two in a combined vision would multiply the number of spaces that help to hold all fundamental institutes of democracy (i.e., parties and intermediary bodies of civil society) more accountable, increase their responsiveness, foster a better quality of argumentation in discussing policy measures, aid policies in overcoming the limits posed by their tendential approach to follow the «administrative theory of needs»<sup>41</sup> and reach the effectiveness and transformative capacity of different actors and behavioural patterns.

Whether «regulation» can be a creative/funding act which, *ex nihilo*, can generate and activate adequate and strong participatory settings has a complex and never-univocal answer. Results differ in time and space, depending on different traditions and participatory cultures, as political conjunctures that make participation seem an «imperative»<sup>42</sup> or just an «added value» but not an indispensable one...

In most countries where a wide range of complementary and effective practices exist, we can observe the process through three steps: 1) consti-

tution assumes participation as a central value of the State of the Rule of Law; 2) the gradual stabilisation of concrete experiences of participatory spaces and institutions favour different regulatory provisions (mostly bylaws and local forms of deliberative acts); 3) a slow process of consolidation through scattered legal measures of superior hierarchical value, which often operate in single territories or policy sectors, increasing the visibility and enforceability of *de facto* procedures of civic engagement which gradually consubstantiate into *de iure* rights.

78 The second step is fundamental but still non-sufficient for building political willpower of enforcing legal measures that make participation due. In many countries/cultures, the juridical field (including the academic milieu) tend to ignore all praxes that are not already regulated by law, even if they are the object of significative investments by policies, projects and polity in general. However, the existence and multiplication of such practices are pivotal in reducing their intermittence and dependence on elected officials' discretionary and increasing sustainability and scope. It can reduce the perception of lawmakers that participatory arenas reduce institutions' power, unveiling to what extent they can contribute to their increased authoritativeness during a crisis of legitimacy. Possibly, it is the only way for lawmakers to invest in measures that reinforce State-recognition of participation through legal acts, which can consolidate their diffusion, legitimacy and strength. Only a new injection of political may sustain the virtuous circle between participatory/deliberative arrangements' success and the strengthening of institutions that are in favour of formally allocating new spaces for participation<sup>43</sup>. Conversely, de-constitutionalisation can occur<sup>44</sup> as in Bolivia's case, where the provisions in the 2009 Constitution which granted «demo-diversity»<sup>45</sup> and deep dialogue between tools of representative, direct and participatory democracy and communitarian traditions of indigenous democracies have been ignored, neutralising the decolonising potentials of the Magna Carta. In this case, the «incomplete proceduralisation» made a generic call to respect varied pre-existing civic engagement traditions, but did not enforce their experimentation, which was not translated into respectful practices by any willpower.

In the last two decades, public debate about limiting participation opportunities has focused on the need to guarantee participation as a right that must be enforced, regardless of policy-makers political will – so granting practices despite political overturns. On the other side the risk of hyper-proceduralism, ossifying and bureaucratising participation, caging it inside modalities that are slower to evolve than the actors who take part

in concrete participatory processes. So, they become empty formulas that generate frustration, as they are regarded by public officials as mere mandatory pre-requirements, in a formalist tick-the-box approach, not centred on effectiveness – and incisiveness-based perspectives.

Brazil's case illustrates both situations. Different laws on Policy Councils saved many of President Bolsonaro attempts to abolish citizens' interference in political decision-making<sup>46</sup>. In contrast, many municipalities violated the imperative provided by the 2001 Law on the Statute of the City to shape local masterplans with citizens participation, creating fake or light consultations to fulfil formal requirements. In both cases, the existence of stated rights for citizens participation allowed different courts (although commonly considered a barely progressive power in Brazil) to restore the obligations of real and meaningful participation, for example, blocking the approval of masterplans of Salvador, São Paulo or Florianópolis. This experience reveals that participation regulation is necessary, but slow to produce constructive effects, unless coupled with a strong political will.

79

### 3.3 *Clustering some regulatory measures*

Literature has made few attempts to identify and categorise the diverse patterns followed to regulate participation<sup>47</sup>, considering that different types of measures are often overlapped or combined. We argue that the most usual form to guarantee participation is including mandatory requirements, as a condition for validity, in sectorial regulations such as urban planning, environmental, health or housing policies. Consequently, creating participatory mechanisms to support specific processes (*ad hoc practices*) but rarely linked with other sectors or participatory practices. In other cases, citizens' engagement is guaranteed as a constitutive part of policymaking (included, in some cases, the budgeting procedures<sup>48</sup>), even not as mandatory. Often, those who had no constitutional prerogatives for creating their statutes (i.e., municipalities in Portugal) created Charters of Principles or Ethical Charters (in Lisbon, Cascais or Lagos) where several inviolable rules for the processes are stated. Thus, the procedural regulations can be reviewed yearly (as they need to evolve fast) but remain within the values and limits established by those documents. For instance, the Network of Participatory Local Authorities of Portugal (RAP) members, in 2017, collectively built a Charter of Quality for Participatory Budgets<sup>49</sup>, translated into a System of Evaluation for quality levels<sup>50</sup> in June 2020. When evident, this «constitutional-like approach» allows a wide

spectrum of actions (not necessarily legally bounding) that establish a sort of hierarchy of commitments to grant participation in policymaking. It establishes values that can orient more flexible transformation of procedural rules, designs and organisational architectures, avoiding binding them into difficult procedures for upgrading and updating them, which could risk to reduce their effectiveness and authoritativeness rapidly.

80 A less frequent and more exigent alternative institutionalisation incentivises participation by promoting and supporting its implementation, creating departments or authorities, possibly allocating specific funding and human resources. Still not frequent, these enact as a guarantor of the right-to-participation enforcement, as an activator of processes and a figure that brings a «third party» approach, or even «equiproximity» (an approach proposed by Luigi Bobbio to counterbalance a cold «neutrality-based» perspective<sup>51</sup>).

Such institutions are founded and maintained in very diverse ways and have different levels of commitments. For the National level, the Commission of Public Debate (CNDP) of France<sup>52</sup> is one example, which has a granted a pot of resources assigned to function and exert a coercive authority on several public (and private-based) decision-making processes<sup>53</sup>, and is a model of almost-independent authorities. Nevertheless, its privileged link with the executive branch of institutional powers can reduce its authoritativeness. At provincial and metropolitan scales, examples as BAPE of Quebec<sup>54</sup> and the Office of Public Consultation of Montreal (OCPM<sup>55</sup>) have similar advantages and limits to CNDP<sup>56</sup>. In fact, they are also tied to the Executives, so that their acts are seen by many not as an expression of independence, although their budgets, established by laws or bylaws, guarantee them a certain level of freedom and «distance» from representative powers.

The Regional Authority for the Guarantee and Promotion of Participation of Tuscany (APP<sup>57</sup>) has a stronger legitimacy-base (being named by the Regional Assembly, including the opposition). However, it is diminished by not being able to impose public debates on infrastructures to the private sector and not having a pre-assigned budget, which oscillates according to the Assembly Presidency's will, directly impacting its functioning and the number of participatory/deliberative processes it can annually promote. Paradoxically, many independent authorities prove weaker than more «embedded figures» (i.e., the Technical Guarantor of Emilia Romagna Region<sup>58</sup>, which is a top-level civil servant, articulating the work on participation with the Legislative Assembly). In fact, they tend to be viewed as «enemies» and «administrative burdens» by executive/

legislative powers, which try to bypass their role and rarely cooperate with them for the sake of affirming a real cross-cutting culture of participation across sectors and administrative levels.

The Foundation for Urban Innovation (FIU), a non-profit private legal entity founded by the City and the University of Bologna, provides a different model. An evolution of the former Urban Center, it is supported by major local stakeholders in the city (which contributes to its budget, partially self-funded via participation to EU research and innovation actions), being that this composition serves to reinforce its «third party» approach, as a plural autonomous stakeholder in the local panorama. Perceived as both internal and external actor, FIU is an interesting example, especially for its responsibility in managing the Regulation on Collaboration Between Citizens and the City for the Care and Regeneration of Urban Common (2014), which represent an innovative legal and administrative framework for citizens' collective action. It embeds a series of «pre-formatted» and legally verified models of agreements for citizens (e.g., informal social gatherings around a specific space or service) to care for urban commons in Bologna. This type of regulatory provision (currently existing in more than 235 cities)<sup>59</sup> is a ground-breaking solution in reducing administrative/legal obstacles, which often are the most effective barriers to participatory innovation inside the often «inertial» public administrations.

81

Such examples of institutions, created to incentivise participation, clarifies how the enforcement of substantive rights to «significant participation»<sup>60</sup> relays in the capacity of catalysing and leveraging energies, reducing obstacles and consolidating the will for experimentation in specific contexts and conjunctures.

Therefore, the width of the scope of regulatory frameworks can variate, as can their importance in term of formalisation and capacity of intervening in a specific sector of State action or in the activation of cross-cutting dynamics, where the right to participation operates as a guiding principle. Some experiences show that even mono-sectoral/thematic provisions can act as wedges, which gradually allow the centrality of participatory principles to extend into more sectors and broader policies: it is the case of Tuscany, where since 1995<sup>61</sup>, the legal framework on Territorial and Urban Management has been exploring a gradual increase in understanding what participation implies, how and to what extent it increases the effectiveness of governance and the sustainability of planning acts and rulemaking. Starting from a corner position, the positive effects (visibly reflected in bolder attention to participation pervasiveness in the trans-

forming legal framework of the initial sector of experimentation) have been gaining more room in regional policies, through a cross-sectoral law (n° 69/2007) that had a long process of co-writing and extended societal debate<sup>62</sup>, which allowed it to conceive participation as a cross-sectoral principle, albeit not managing to transform it into a new «administrative culture». This incremental expansion was interrupted, as the support of the political will diminish, and some «feuds of action» – among the Legislative Assembly and the Executive – took shape, possibly shrinking the capacity of the new regional Law on participation (n. 46/2013) – to permeate a large set of policies in a coordinate way<sup>63</sup>.

82

The legal «coverage» financial solidity provided to the promotion of participation is a central discriminating factor consolidating its culture and reaching incisiveness and effectiveness, visualising democratic innovations as authoritative institutes of democracy. Hence, it is also an indicator of the real political will advancing in recognising centrality to participation and recognition. Frequently, institutions show «shy» formal support to participation, justified for risk of instrumentalisation by oppositions, media or public opinion; consequently, they reduce investments in organisation, publicity and facilitation of democratic innovations (as if one could promote participation without professional commitment). Support to participatory practices end up being hidden behind generic budget-entries in sectors as communication or culture, giving no official recognition to the diligent work done by the personnel involved in participatory activities.

Thus, laws and regulations must state financial support to expand the quality and quantity of democratic innovations, starting from sectors (i.e., health, infrastructures, territorial management) where participation is already acknowledged as a fundamental contribution to governance policymaking. Could it be possible, for example, devoting a percentual budget of general costs related to projects and policies for granting democratic innovations connected to them? This general rule would grant (at least in those sectors) a principle of concrete «executability», readable as serious enforcement of rights to participation, regardless of the discretionary endorsement (or not) by political representatives who are in power.

It seems that, in the cases where is established a combined legal and financial upstream commitment of State institutions, democratic innovations can better respond to a holistic vision and more complex approaches, which can expand their capacity to improve the quality of democratic institutions. It is the case of Citizens' Initiative Reviews (CIR), a hybrid

model of deliberative mini-publics (adopted as a State policy by Oregon and Massachusetts in the USA<sup>64</sup>) that work on local and State referenda to elaborate with citizens meaningful and balanced peer-to-peer spaces of information, that prevent trivialisation and reductionism of the yes/no formula. Their contribution expands the State's role from merely granting the vote to happen to foster a higher quality of deliberation for voters<sup>65</sup>; and public investments strongly support it.

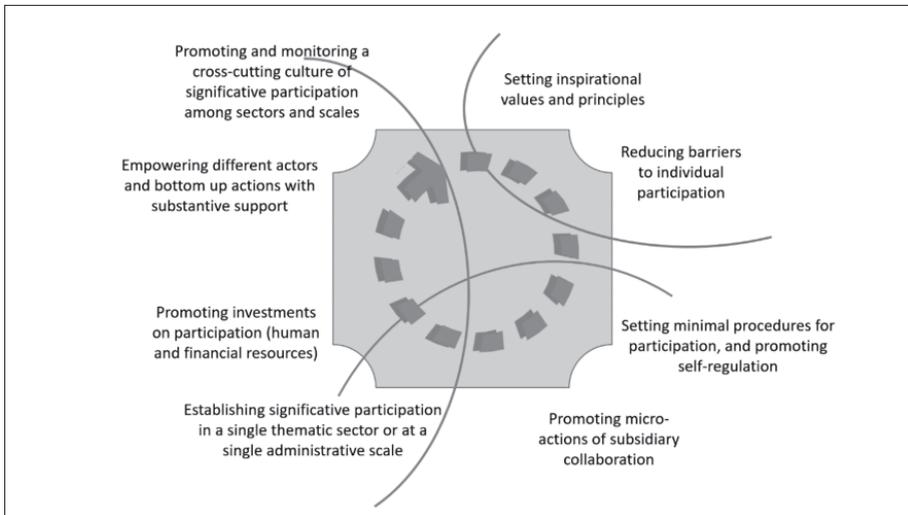
Possibly, to increase DIs' capacity to improve their quality and positive impacts gradually over time, institutions must consider the need for structures for monitoring and assessment (such as mixed policy observatories). In fact, the multidimensional evaluation of effects on actors, policies, and democratic spirit can trigger a virtuous circle of the positive interaction between representative institutions and participatory initiatives. However, it requires specific investments and a «third party» observation standpoint<sup>66</sup>. Cases of State investments trying to diffuse a participatory culture, such as the Law on Deliberative Poll in Mongolia, the Law on Solecki Fund of 2009 in Poland to support participatory budgets in rural communes, or the Regional Sicilian Law 5/2014 (renewed in 2018 in order to make it mandatory for municipalities to use for fueling participatory budget a fixed percentage of regional transfers to them), all failed to monitor and assess their performance. The lack of similar structures does not allow to properly value the impacts of the investments done, while providing significant funds to incentivise participation: a missed opportunity to distinguish to what extent a programme of incentives fosters real and concrete practices of participation or, conversely, just hollow and soulless answers to formal legal requirements.

Finally, it is worth stressing a few cases in which a legal framework related to participation provides opportunities for citizens to require from bottom-up activation of participatory processes, i.e., collecting a certain number of signatures – as is in the case of the institutive bylaw of OPCM in Montreal, or the Tuscany Law 46/2013 on participation (especially to what refers to the activation of Public Debates). In France, the last modification of the Law on Public Debates (2016) incorporates a similar perspective (named *pouvoir de interpellation citoyenne*). However, the parallel proposal presented by the French Platform of Alliance Citoyenne (which demanded to establish a fixed percentage of funding dedicated to parties, for the activation and conduction of grassroots participatory processes), was ignored by the French President and Parliament<sup>67</sup>. The case of Sicily shows that, even when their role is not formally part of regulatory arrangements, citizens initiatives can complete the institutional

structure created to promote participation. In fact, in Sicily – where since 2014 a regional law incentivises participatory budgeting-like practices at municipal level through a specific funding chapter<sup>68</sup> – a monitoring system of the quality of participatory practices has been not set in place by the government, despite the need to be returned the resources not spent accordingly to participative prerequisite set in 2018; but in 2021 a series of civic groups – coordinated by the «Libellula» NGO – created a monitoring website called «Let's spend them together»<sup>69</sup>, that acts as an indispensable grassroots watchdog, using the open data obligations of local authorities and an analysis of local media.

84

**Fig. 2 - Ideal types of regulatory interventions about participatory practices**



In fig. 2, a sort of Weberian guidance-scheme<sup>70</sup> allows to imagine where it could be possible to locate those examples which we presented in this section and in the previous paragraphs, along with others which expand into the type of situations in which the construction of regulatory frameworks (i.e., «the law» *lato sensu*) could affect the functioning of participatory practices as their outcomes/impacts.

Gradually, there has been a convergence of positions on the fact that «light» forms of regulation<sup>71</sup> can better balance the formal recognition of citizens' right to have a direct say and/or a vote on decision-making procedures. Flexibility is part of the ontology of any process of social dialogue,

which must be resilient and readapt not only to the conjunctural changes of the sociocultural and political-economic milieu where perceptions of participants are formed<sup>72</sup>. The latter, indeed, are pivotal in a perspective of a socially-constructed reality<sup>73</sup> where trust-building between citizens and institutions is constitutive of the solidity and the authoritativeness of institutions, and of the participative institutes themselves.

As Santos & Avritzer put it<sup>74</sup>, a certain «distance» needs to accompany the collaboration between democratic innovations and representative institutions, as a bond which is too-tight (or an ancillary/subservient position) can foster that «double disease of liberal democracy» where citizens do not commit to participatory/deliberative practices, because these practices are too dependent on elected officials and bureaucratic structures which citizens do not trust. Consequently, democratic innovations' incisiveness appears limited, and civic engagement looks like a waste of energy, worthy only for those who already have their more effective «channels of incidence» at work to have their interests heard and incorporated in traditional decision-making.

85

#### 4. An open conclusion

Our inductive analysis has been conceived as an overview of different ways that «the law» (intended *lato sensu* as a wide range of institutionalised and institutionalising measures, from constitutional one to local bylaws, which can activate and/or consolidate different initiative of social dialogue) shows when interacting with the broad notion of «citizens participation». We took into account that – according to a large literature which converge on depicting its growing complexity – the notion of civic participation encompasses not only meanings that are strictly related to socio-political struggles and management fields, but also «pre-political» actions and behaviours which are indispensable for preparing different actors to relate to «the political».

In the activation and consolidation of DIs, clues emerge about the asymmetric relationships existing between «the force of will» and «the force of law»<sup>75</sup>, the first being somehow indispensable for the conception of all the existing sound experiences, and the second seeming necessary but not sufficient. Arguably, the force of law has levels of enforcement, which can intervene at any time: it comprises constitutional frames and wide regulatory provision within whose margins DIs can manoeuvre (by referring to values and principles which exist even in regimes which

are only formally democracies). In contrast, regulatory frameworks can encompass measures which can incentivise the diffusion of participatory culture (in sectors and/or scales of institutional activity), to favour investments, increase incisiveness of outputs, strengthen the capacity of different actors to enforce their rights to take part in decision-making, and to make participation mandatory, and its results are binding.

86 The relationship between participatory practices and representative democracy cannot be ignored: because the first operates within the boundaries established by the latter, but also because the DIs' functioning clarifies that imitative formats that use representational patterns to promote participation do not necessarily work in environments where not only is there widespread discredit which weakens State institutions, but where the evolution of individualist societies cast doubts on every form of representation of interest which does not include the formal possibility to involve each citizen as an individual, if s/he wants and commits to that. Therefore, it is crucial that every legal framework established to regulate DIs should foster a cultural transition in decision-making patterns and possibly promote hybrid forms of social dialogue (not merely top-down) or where systems of different channels are the best-performing solution<sup>76</sup>.

As Boaventura Santos claimed<sup>77</sup>, if we want to head toward a New Legal Common Sense where the law can increase its «emancipatory» – instead of merely regulatory – role, possibly the debates around participation and about how and to what extent legal provisions (in their extremely wide and diverse scope) can promote and secure conditions of permanent political mobilization around the expansion and intensification of democracy and defence of democratic goods, will prove a central field of action for the future.

## Note

<sup>1</sup> See A. FUNG, E.O. WRIGHT, *Deepening Democracy: Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance*, Verso, London 2002.

<sup>2</sup> See J. MINSON, *The Participatory Imperative*, in ID. (org), *Questions of Conduct: Sexual Harassment, Citizenship, Government. Language, Discourse, Society*, Palgrave Macmillan, London 1993.

<sup>3</sup> U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in AA. VV., *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, Giuffrè, Milano 2011, pp. 295 ss.

<sup>4</sup> See T. GENRO, *O Orçamento Participativo e a Democracia*, in ID., U. DE SOUZA, *Orçamento Participativo*, Fundação Perseu Abramo, S. Paulo 1997.

<sup>5</sup> See G. SMITH, *Democratic Innovations. Designing Institutions for Citizen Participation*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

<sup>6</sup> See G. MORO, *Cittadinanza*, Mondadori Università, Milano 2020.

<sup>7</sup> See V. ATRIPALDI, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell'art. 3 della Costituzione*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Ed. scientifica, Napoli 1974.

<sup>8</sup> See G. PASTORI, *La sussidiarietà orizzontale alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A. RINELLA, L. COEN, R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà ed ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Cedam, Padova 174.

<sup>9</sup> See M. PICCHI, *Il diritto di partecipazione*, Giuffrè, Milano 2012.

<sup>10</sup> See N. PEREIRA, *A Participação das Populações na Decisão Orçamental Municipal - A Experiência do Orçamento Participativo em Portugal*, Master Thesis in Law, University of Coimbra 2011.

<sup>11</sup> G. ALLEGRETTI, *When Citizen Participation Unexpectedly Grows in Quality and Quantity: A Side Effect or an Inherent Consequence of «Austeritarian» Approaches?*, in I. DAVID (org.), *Crisis, Austerity, and Transformation. How Disciplinary Neoliberalism is Changing Portugal*. Lexington, London 2018, pp. 157-178.

<sup>12</sup> See P. NORRIS, *Democratic Deficit*, Oxford University Press, Oxford 2011.

<sup>13</sup> B. SANTOS, L. AVRITZER, *Introduction: Opening Up the Canon of Democracy*, in B. SANTOS (ed.), *Democratizing Democracy. Beyond the Liberal Democratic Canon*, Verso, London 2007, pp. xxxiv-lxxiv.

<sup>14</sup> See N. BOBBIO, *Future of Democracy*, Polity Press, Durham 1991.

<sup>15</sup> M. PICCHI, *op. cit.*, p. 4

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in «*Democrazia e diritto*», 3/2006, p. 154.

<sup>18</sup> See M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Atti del Covegno, Milano, 16-17 marzo 2000, Giuffrè, Milano 2001; I. MASSA PINTO, *Rappresentanza*, in «*Rivista AIC*», n. 3/2017.

<sup>19</sup> See A. FRAGAI, *Presentazione*, in M. MORISI, A. PACI, *Il bisogno di decidere. Termovalorizzatori: dalla politica dei rifiuti al rifiuto della politica*, il Mulino, Bologna 2009.

<sup>20</sup> See M. MORISI, A. PACI, *op. cit.*

<sup>21</sup> See U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè, Milano 2009; ID. (ed.), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, FUP, Firenze 2010.

<sup>22</sup> See COUNCIL OF EUROPA, *European Charter of Local Self-Government*, European Treaty serie n. 122, Strasbourg 1985.

<sup>23</sup> E. FERNANDES, Interview «How can URBiNAT contribute to the right to the city?», D1.8 Urbinat Project deliverable, CES, Coimbra 2021 (forthcoming).

<sup>24</sup> A. VALASTRO, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, in «*Osservatoriosullefonti.it*», fasc. 3/2016, p. 30.

<sup>25</sup> See Y. SINTOMER, *Le pouvoir au peuple. Jurys citoyens, tirage au sort et démocratie participative*, La Découverte, Paris 2007; J. FISHKIN, *Democracy When the People Are Thinking: Revitalizing Our Politics Through Public Deliberation*, Oxford Scholarship online, Oxford 2018.

<sup>26</sup> Such practices (often based on the use of different modalities of random-based or sociologically-stratified selection of participants) are generally imagined as methodologically refined, expensive and related to an ideal of «representativity» of complex social environments through small and «easy-manageable» samples of citizens: but, in relation to the previous generation of participatory practices, they were also detached from the real incising capacity in the socio-spatial transformation of the territories where they took place, often becoming laboratory-operations with a much reduced political impact and a limited scope. See A. BÄCHTIGER, J.S. DRYZEK, J. MANSBRIDGE, M. WARREN (org.), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, Oxford Scholarship online, Oxford 2018.

**88** <sup>27</sup> See A. BLAS, P. IBARRA, *La participación: estado de la cuestión*, in «Cuadernos de Trabajo de Hegoa», n. 39, Jan. 2006.

<sup>28</sup> Y. CABANNES, *Contribution of Participatory Budgeting to provision and management of basic services: municipal practices and evidence from the field*, in «Environment & Urbanization», 27(1)/2015, pp. 257–284.

<sup>29</sup> A. BLAS, P. IBARRA, *op. cit.*, p. 3.

<sup>30</sup> J. GAVENTA, *Reflections on the Uses of the 'Power Cube'. Approach for Analyzing the Spaces, Places and Dynamics of Civil Society Participation and Engagement*. Learning by Design, Mfp Breed Netwerk 2005.

<sup>31</sup> See M. SORICE, *Partecipazione democratica. Teorie e problemi*. Mondadori Università, Milano 2019.

<sup>32</sup> See F. CASSANO, *Southern Thought and Other Essays on the Mediterranean*, Fordham Univ Press, New York 2012.

<sup>33</sup> Here, we can also include milieus governed by specific forms of collective participation, as the collective lands in some European countries: i.e., «Baldios» in Portugal; «tierras comunales», in Spain; «usi civici» or «partecipanze», in Italy; and «ademprivi», in Sardinia (See R. SERRA, G. ALLEGRETTI, *Democracies in common places: stories from baldios and fire-tales in Portugal*, in «Scienze del Territorio», n. 8/2020, pp. 91-109).

<sup>34</sup> See G. ALLEGRETTI, M. MELONI, B. DORRONSORO, *Civic participation as a Travelling Ideospace: Which Direction?*, in S. Makoni, A. Kaiper, L. Mokwena, *The Routledge Handbook of Language and the Global South*, Routledge, London 2021 (forthcoming).

<sup>35</sup> See L. SANDRECOCK, *Making the Invisible Visible: A Multicultural Planning History*, University of California Press, Berkeley 1998.

<sup>36</sup> See G. PABA, *Corpi Urbani. Differenze, interazioni, politiche*, Franco Angeli, Milano 2010.

<sup>37</sup> See B. SANTOS, *The End of the Cognitive Empire: The Coming of Age of Epistemologies of the South*, Duke University Press Books, Durham 2018.

<sup>38</sup> See Sentenza C. Cost., 235/2014, and commentaries in U. ALLEGRETTI, *Qualche avanzamento sulla via della democrazia partecipativa: riflessioni su alcune leggi regionali e una sentenza della Corte costituzionale*, in «Le Regioni», 2/2019, pp. 389-412.

<sup>39</sup> See A. FLORIDIA, *Le 'buone ragioni' di una legge: dilemmi e argomenti sul senso della partecipazione (e sui modi del governare)*, in M. MORISI, C.

PERRONE (org.), *Giochi di potere. Partecipazione, piani e politiche territoriali*, UTET Università, Torino 2013; I. FONSECA, *Participação como método de governo: experiências transcalares no Rio Grande do Sul, Brasil e na Toscana, Itália*, IPEA, Brasília 2019; R. LEWANSKI, *Institutionalizing Deliberative Democracy: the 'Tuscany laboratory'*, in «Journal of Public Deliberation», n. 9(1), 2013.

<sup>40</sup> See A. FLORIDIA, *From Participation to Deliberation: A Critical Genealogy of Deliberative Democracy*, ECPR Press, Colchester 2017.

<sup>41</sup> Tosi depicts this tendency of public administration as the difficulty of - not only - imagining new solutions for an enlarging varied range of needs in complex societies, but also of understanding claims for needs to which the administration has not an already pre-moulded and already experimented solution to offer (see A. TOSI, *Abitanti*, iOl Mulino, Bologna 1994).

<sup>42</sup> L. BLONDIAUX, Y. SINTOMER, *L'impératif délibératif*, in «Rue Descartes», 2009/1, n° 63, pp 28-38.

<sup>43</sup> See E. GANUZA, F. FRANCÉS, *El círculo virtuoso de la democracia: los presupuestos participativos a debate*, CIS, Madrid 2012.

<sup>44</sup> B. SANTOS, *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, in ID., J.L. RODRIGUEZ (org.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Abya-Yala, 2012, p. 27.

<sup>45</sup> See B. SANTOS, J.M. MENDES, *Demodiversity: Toward Post-Abyssal Democracies*, Routledge, London 2020.

<sup>46</sup> See S. HOLZ, G. ALLEGRETTI, A. RAMOS, *Conferências e Conselhos Nacionais de Participação: a luta pela sobrevivência num governo autoritário*, in M.A. COSTA (org.), *Qual o Caminho do Brasil? Instituições, cultura e política no século XXI*, Appris Editora, Rio de Janeiro 2021.

<sup>47</sup> See C. CHWALISZ, I. ČESNULAITYTĖ, *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions Catching the Deliberative Wave*, OECD, Paris 2020.

<sup>48</sup> This occurred especially in the «Leis Organicas» of Brazil, at municipal and State-level, after the end of the '90s, and especially after the «Statute of the City Law» of 2001.

<sup>49</sup> See CHARTER OF QUALITY FOR PARTICIPATORY BUDGETING IN PORTUGAL: [http://portugalparticipa.pt/upload\\_folder/table\\_data/97196eb8-fb0b-425f-ab-b6-0f98debf9bdb/files/2017\\_CARTA\\_QUALIDADE\\_ENG.PDF](http://portugalparticipa.pt/upload_folder/table_data/97196eb8-fb0b-425f-ab-b6-0f98debf9bdb/files/2017_CARTA_QUALIDADE_ENG.PDF).

<sup>50</sup> See <https://www.oficina.org.pt/rap-inscricao.html>.

<sup>51</sup> See L. BOBBIO, *La qualità della deliberazione. Processi dialogici tra cittadini*, Carocci, Napoli 2013.

<sup>52</sup> See <https://cpdp.debatpublic.fr>.

<sup>53</sup> In this sense, the Italian Inter-Ministerial Commission for Public Debate instituted in December 2020 on the base of Leg. Decree 50/2016 and DCPM 76/2018 is a pale and powerless imitation (<https://www.mit.gov.it/comunicazione/news/infrastrutture-grandi-opere/infrastrutture-istituita-commissione-nazionale-per>).

<sup>54</sup> See <https://www.bape.gouv.qc.ca>.

<sup>55</sup> See <https://ocpm.qc.ca>.

<sup>56</sup> L. BHERER, M. GAUTHIER, L. SIMARD, *Developing the Public Participation Field: The Role of Independent Bodies for Public Participation*, in «Administration & Society», 53(5), 2021, pp. 680–707.

<sup>57</sup> Established by Reg. Law 46/2013 – but pre-existing in similar forms since Law 69/2007. See <http://www.consiglio.regione.toscana.it/oi/default?idc=47>.

<sup>58</sup> See <https://partecipazione.regione.emilia-romagna.it/tecnico-di-garanzia/chi-siamo>.

<sup>59</sup> See <https://www.labsus.org/i-regolamenti-per-lamministrazione-condi-visa-dei-beni-comuni>.

<sup>60</sup> See B. GEISSEL, *On the Evaluation of Participatory Innovations - A Preliminary Framework*, in EAD., M. JOAS (eds.), *Participatory democratic innovations in Europe. Improving the quality of democracy?*, Barbara Burch, Berlin 2013.

<sup>61</sup> See Reg. Laws n° 1/1995; 5/2005 and 65/2014.

<sup>62</sup> G. SGUEO, *La democrazia partecipativa nelle regioni. La legge n. 14 del 2010 della Regione Umbria*, in «Quaderni Regionali», II, 2011, pp. 559-575.

<sup>63</sup> See I. FONSECA, *op. cit.*; G. ALLEGRETTI, I. CASILLO, *Promover a Cultura da Participação a partir do nível regional. O caso da Toscana*, in «REDE: reflexões (in) oportunas», 2, 2015, pp. 24-31.

<sup>64</sup> Experiments also occurred in Colorado, Arizona, California: <https://healthydemocracy.org/cir>.

<sup>65</sup> See J. GASTIL, K. KNOBLOCH, *Hope for Democracy. How Citizens Can Bring Reason Back into Politics*, Oxford University Press, Oxford 2020.

<sup>66</sup> In this perspectives, both examples as the ObservaPoa in Porto Alegre (Brazil) and the OCPM of Montreal (Canada), despite implementing a policy of analysis of experiments done, lack of a «tertiary» and more neutral vision on the performance of their own role in those.

<sup>67</sup> See <https://blogdudroitectoral.fr/tag/bacque/page/2/> and [https://alliancecitoyenne.org/wp-content/uploads/2016/08/rapport\\_-mechmache\\_-bacque\\_politique-de\\_la\\_ville.pdf](https://alliancecitoyenne.org/wp-content/uploads/2016/08/rapport_-mechmache_-bacque_politique-de_la_ville.pdf).

<sup>68</sup> G. ALLEGRETTI, M. BASSOLI, G. COLAVOLPE, *On the Verge of Institutionalisation? Participatory Budgeting Evidence in Five Italian Regions*, in «Finansovij žurnal - Financial Journal», 2, 2021, pp 25-45.

<sup>69</sup> See <https://www.spendiamolinsieme.it>.

<sup>70</sup> It is worth underlining that such a Weberian approach aims to develop ideal-type models to orientate the reader, knowing the scheme would never completely reflect empirical data, but allows classifying and systematizing the puzzling variety of real cases.

<sup>71</sup> See U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in AA. VV., *Enciclopedia del diritto*, cit.

<sup>72</sup> G. ALLEGRETTI, *Paying attention to the participants perceptions in order to trigger a virtuous circle*, in N. DIAS (org.), *Hope for Democracy: 25 Years of Participatory Budgeting Worldwide*, in Loco S. Brás de Alportel 2014, pp. 47-64.

<sup>73</sup> See P. NORRIS, *op. cit.*

<sup>74</sup> See B. SANTOS, L. AVRITZER, *op. cit.*

<sup>75</sup> See S. HOLZ, *A força da lei e a força de vontade: um estudo comparado da participação cidadã no planeamento urbano*, PhD Thesis, Faculty of Economics, University of Coimbra, 2015.

<sup>76</sup> P. SPADA, G. ALLEGRETTI, *When Democratic Innovations Integrate Multiple and Diverse Channels of Social Dialogue. Opportunities and Challenges*, in M. ADRIA (org.), *Using New Media for Citizen Engagement and Participation*, IGI Global, Hershey 2020, pp. 35-59.

<sup>77</sup> See B. SANTOS, *El futuro comienza ahora. De la pandemia a la utopía*, Akal, Madrid 2021; ID., *Poderá o direito ser emancipatório?*, in «Revista Crítica de Ciências Sociais», n. 65/2003, pp. 3-76.



## Letti e rilette

a cura di Francesco Clementi



# Forum

## Parole rinnovate per la Repubblica che verrà. A proposito di «Etica per le Istituzioni. Un lessico»

di Francesco Merloni e Alberto Pirni

(Donzelli, Roma 2021)

### Francesco Clementi

Il volume di Francesco Merloni e Alberto Pirni che qui si presenta («Etica per le Istituzioni. Un lessico», con prefazione di Raffaele Cantone, Roma, Donzelli, 2021), è espressivo di un tema che negli ultimi anni è divenuto decisamente centrale per il nostro Paese, come le due belle recensioni incrociate di Edoardo Chiti e di Roberta Sala – corrispondenti ai profili culturali e accademici dei due autori – evidenziano.

Ciò è avvenuto anche per l'impegno dei due Autori, tanto intellettuale, con idee e proposte, quanto concreto – ad esempio Merloni è stato prima componente, e poi presidente dell'Anac dopo Raffaele Cantone – per porre alla pubblica attenzione, non da soli ovviamente ma non da ultimi certamente, la necessità di ritrovare i fili di una dimensione dell'agire pubblico che avesse al suo interno, tra regole giuridiche e regolarità comportamentali, una solidità rinnovata, ancorata cioè senza tentennamenti al dettato costituzionale.

Così, anche per sottolineare il pluralismo degli approcci su questo volume, come Rivista si è deciso di privilegiare un libero confronto a due voci; tale da far distinguere anche le diverse sfaccettature che in tema si possono leggere, tenuto conto pure della complessità di un genere letterario, solo apparentemente semplice, come è, appunto, quello proprio di un lessico.

Cosa ne emerge?

Innanzitutto alcune linee comuni come è giusto che sia: ma non sarà questa introduzione a fare da *spoiler* alle due belle recensioni, che vanno lette. E poi alcuni tratti di differenza, certamente derivanti dai diversi approcci culturali degli studiosi.

Infatti, entrambi i recensori, nel solco solido dei due Autori, fanno risaltare – consapevoli o meno della cosa, poco importa – quelle proprietà intrinseche che marciano l'identità culturale di ciascuna ottica: così, ad

esempio, mentre Chiti, tra i primi meriti, riconosce ed apprezza il rioridino storico-concettuale della legislazione anticorruzione, Sala, del pari, sottolinea l'importanza della dimensione morale del rispetto delle leggi, che Lei avrebbe addirittura ulteriormente sottolineato, recuperando con maggiore forza il tema dell'obbligo politico.

96

Eppure, dentro un contrappunto di identità che si può cogliere, non è soltanto nella comparazione per differenze che si può trovare la felice cifra di un volume interessante, ben strutturato e che si legge con grande facilità come sottolineano le due recensioni, ma è anche – se non soprattutto – nella dimensione delle convergenze che si trova il senso di uno studio che offre al lettore tanti elementi, tante suggestioni, tante chiare ragioni intrecciate intorno alle parole, per combattere il rischio di una svalutazione della dimensione etica nel nostro Paese da parte di quelle strutture istituzionali, e di chi, all'interno di esse, è chiamato a dare sostanza all'agire pubblico. Una chiara etica, insomma, per le istituzioni che diviene opzione decisiva e – si badi bene – non degradabile nella scala delle nostre valutazioni riguardo all'ordine delle priorità del Paese, soprattutto se si pensa alle sfide che ci attendono ed ora, in primo luogo, in merito all'attuazione e alla concretizzazione pluriennale del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

In questo senso quindi il volume di Francesco Merloni e Alberto Pirni è espressivo anche di un tempo di transizione: quello di un Paese che, nel ricominciare a ricostruire se stesso dalle macerie etiche e materiali che l'aggravano, anche in ragione di una pandemia che ha distrutto la speranza per il futuro prima che il lavoro di tanti, punta ad entrare in una nuova storia senza tentennamenti – ad esempio identificando l'opzione europeistica anche di approccio al governo della cosa pubblica, in un'ottica alla Carlo Azeglio Ciampi *si licet* – marcando così il profilo di un'Italia unita di tipo nuovo, cioè di diversa grana e tempra; un'Italia capace disegnare il suo futuro, pur tra continuità in parte inevitabili, verso un comune destino di istituzioni, protagonisti ed attori più responsabili nei loro comportamenti e più intensamente civili, prima che civili, negli approcci. Insomma democratici e repubblicani nel senso più alto del termine, come la Costituzione prevede.

Si tratta allora di un lessico utile in questa fase perché offre, a partire da una serie di chiavi interpretative espresse in forma di parola, un orizzonte etico rinnovato per la stessa Repubblica italiana che si verrà a costituire nei prossimi anni.

Una scelta di lettura necessaria, almeno a nostro avviso, per cogliere parola per parola – se si vuole addirittura anche attraverso la tecnica del

Forum: parole rinnovate per la repubblica che verrà. A proposito di «etica per le istituzioni. Un lessico»

*cherry picking* – la densità vera che le istituzioni in sé esprimono. E per far sì che esse siano vissute, innanzitutto dagli stessi protagonisti che sono chiamati quotidianamente ad incarnarle – non a caso, sono i primi destinatari di questa opera –, con la giusta ed opportuna responsabile consapevolezza.

Buona lettura.



## Forum: intervento di Edoardo Chiti

A quasi due lustri dall'approvazione della cosiddetta legge anticorruzione, la n. 190 del 2012, esce, per merito di due studiosi di discipline apparentemente distanti tra loro, il diritto amministrativo e la filosofia morale, uno studio che aiuta il lettore a recuperare il senso complessivo e i fondamenti di una riforma che ha certamente mutato i caratteri delle amministrazioni italiane.

Il volume si inserisce in una riflessione giuridica ormai ricca e articolata: basti pensare al volume di Enrico Carloni e Raffaele Cantone (*Corruzione e anticorruzione*, Feltrinelli, 2018), all'indagine comparata di Francesco Merloni (*Corruption and Public Administration. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Routledge, 2019), allo studio curato da Marco D'Alberti (*Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Rubbettino, 2016), che combina il punto di vista giuridico (amministrativo e penale) con quelli sociologico, politico ed economico; e alle ricerche che hanno preceduto (e contribuito a progettare) la legislazione anticorruzione, come l'ampio studio curato da Francesco Merloni e Luciano Vandelli (*La corruzione amministrativa*, Passigli, 2010) e, ancor prima, la ricerca coordinata da Marco D'Alberti e Renato Finocchi nell'ambito di un progetto finalizzato del CNR (*Corruzione e sistema istituzionale*, Il Mulino, 1994).

In questa letteratura, però, il nuovo volume si inserisce in un modo del tutto peculiare, per tre ragioni principali.

È originale, anzitutto, il taglio complessivo dello studio. L'indagine ruota, in sostanza, intorno a quattro domande principali: che cos'è l'etica pubblica? Quali sono i suoi elementi costitutivi? In quale modo l'ordinamento giuridico italiano si è fatto carico delle esigenze ad essa riconducibili? E quale valutazione possiamo dare della disciplina attuale? Queste domande definiscono il taglio complessivo del volume: il quale mette in relazione tra loro la filosofia morale e il diritto, facendo emergere la capacità della prima di influenzare le strutture e i processi giuridici,

così come la capacità del secondo di plasmare a sua volta le costruzioni filosofico-morali, in una serie continua di interazioni. In questo modo, lo studio si presenta come un invito al viaggio all'interno di un campo di questioni relative ai valori, alla *ratio* e al disegno della disciplina anticorruzione.

100

Si discosta dalle strade abituali, poi, la scelta degli autori di discutere tali questioni attraverso un'analisi lessicale. L'indagine non procede secondo il modo abituale dei saggi giuridici, presentando un ragionamento volto a raccogliere e ordinare elementi utili a rispondere ad alcune domande di ricerca poste in apertura. Piuttosto, individua e discute una serie di parole o locuzioni: dieci lemmi che si aprono con «etica pubblica» e si chiudono con «buona amministrazione, burocrazia, responsabilità», passando per «corruzione», «dovere» e «trasparenza». Attraverso l'esame di questo «lessico», il lettore viene portato dentro al tema-problema della normativa italiana dell'etica pubblica. La struttura è meno vincolante di quella propria di una monografia giuridica, ma è chiara l'unitarietà del discorso svolto, così come la compattezza del disegno.

È originale, in terzo luogo, il metodo utilizzato per discutere i dieci lemmi. Ciascuno di essi viene ricostruito facendo ricorso congiuntamente a due strumenti analitici, quelli propri della filosofia etica e quelli dell'indagine giuridica. Sono richiamate e discusse, dapprima, le radici filosofiche della parola, quindi, le loro traduzioni giuridiche. Per ricostruire il significato della parola «dovere», ad esempio, gli autori muovono dalle origini della parola nella scuola filosofica greca dello stoicismo, ne ripercorrono gli sviluppi nel corso della storia, cogliendo la progressiva distinzione tra dovere morale e dovere giuridico, per poi discutere i modi nei quali il concetto di dovere sia stato concretamente declinato nella legge anticorruzione. Analogamente, la parola «trasparenza» viene anzitutto compresa a partire da una storia plurimillennaria, che rinvia, anche in questo caso, alla filosofia greca, per poi essere seguita nelle sue evoluzioni moderne e contemporanee e calata nello specifico ambito delle soluzioni giuridiche e istituzionale dell'attuale normativa italiana. Nell'introduzione, i due autori parlano a più riprese, e a ragione, del dialogo sul quale la ricerca si basa. Il frutto del dialogo, però, è un proficuo e felice intreccio nel quale le due voci, pur restando distinte e riconoscibili, acquistano un senso compiuto l'una insieme all'altra, là dove permettono di individuare complessive ricostruzioni di senso.

I singoli capitoli consentono al lettore di ripercorrere le strutture profonde della legislazione anticorruzione. È, questo, un primo merito del volume. A volte, si avverte la mancanza di una maggiore attenzione

al contesto, che sarebbe utile per capire il modo in cui lemmi che hanno alle spalle tradizioni plurimillinarie sono specificamente declinati nell'esperienza dell'Italia contemporanea. Ma le diverse voci permettono di mettere a fuoco la doppia logica della disciplina anticorruzione, allo stesso tempo antica e moderna: antica, perché immersa in una filosofia dai tempi lunghi, che opera come sostrato profondo del disegno complessivo e degli strumenti messi a punto dal legislatore; moderna, perché espressione di uno sforzo creativo inevitabilmente legato alle specificità del momento storico presente.

Un secondo merito sta nel fornire una serie di chiavi interpretative per leggere i processi in corso e prendervi parte attivamente. L'analisi svolta nelle diverse voci permette di recuperare i significati della riforma che sono andati perduti nel rumore di un discorso pubblico deteriorato, come avviene nel restauro di un affresco che abbia smarrito il colore e la profondità originali. Ma ciò che il lettore ricava da questo bel libro va oltre il recupero del senso originario. Si tratta di una serie di chiavi interpretative – un lessico, per l'appunto – funzionali a riavviare un discorso pubblico razionale e costruttivo sull'etica delle istituzioni, a sostenere il processo di attuazione della normativa vigente e ad alimentare la progettazione futura.



## Forum: intervento di Roberta Sala

Il libro di Merloni e Pirni ha molti pregi, tra i quali la chiarezza espositiva, lo sforzo ben riuscito di coniugare riflessione etica e competenze giuridiche e amministrative, l'utilità per chi si appresta allo studio dell'etica delle istituzioni ma anche per i loro rappresentanti, quando non fosse loro del tutto chiaro il senso della moralità pubblica. Per quanto 'moralità' sembri un termine 'impegnativo' per parlare delle istituzioni, in realtà sono questioni di moralità il buon funzionamento degli apparati, il rispetto di regole e procedure, la buona pratica amministrativa. Peraltro, l'agire nel rispetto di regole e procedure è quanto primariamente si richiede ai funzionari pubblici, la cui moralità non risiede nella bontà personale, nella generosità dell'animo o nella cordialità, bensì nella competenza, nella trasparenza, nella responsabilità e in altro ancora. A questa idea di moralità o etica pubblica si ispirano gli autori di questo libro: rimandano infatti alle «regole, giuridiche (penali, amministrative) o etiche (che si muovono sul piano della deontologia professionale, della morale individuale, del riferimento ai valori al centro dell'operare pubblico), volte ad assicurare l'integrità delle amministrazioni pubbliche e dei loro funzionari». Ho accennato all'inizio al fatto che gli autori sono riusciti a coniugare efficacemente riflessione etica e competenze giuridiche: la dimensione interdisciplinare della riflessione parte, per dir così, dagli stessi autori, giurista l'uno e filosofo l'altro, capaci di condurre in modo coerente un dialogo tra prospettive diverse, dimostrando come morale e diritto si parlino, come si intreccino doveri morali e obblighi legali, allo scopo comune di garantire i diritti dei cittadini. Concludo questo cenno introduttivo precisando come il discorso morale intessuto dai due autori non equivalga affatto a un indulgere al moralismo: essi non intendono difendere alcuna morale come superiore alle altre bensì fissare una cornice di valori fondamentali nel rispetto del pluralismo morale della società.

Vengo ora a qualche cenno sui contenuti. Il libro si presenta come un lessico di etica per le istituzioni, in cui sono centrali termini quali integrità, imparzialità, trasparenza, conflitto di interessi, lotta alla corruzione. Si indaga sulle etimologie di questi termini, si propone una breve storia dei concetti sottesi onde approfondirne le implicazioni. Il termine-chiave con cui si apre l'analisi è, naturalmente, «etica», a partire dalle origini greche per passare agli sviluppi successivi, fino alla riflessione kantiana. Negli scritti etico-politici Kant riconosce all'etica il compito di recidere «il nodo che la politica non è in grado di sciogliere, non appena le due si trovino in contrasto». Gli autori precisano come la soluzione kantiana non vada confusa con una moralizzazione della politica; per Kant si tratta, infatti, di innalzare il livello della moralità pubblica come richiesta da uno Stato democratico, non di una moralizzazione dei singoli cittadini. Si tratta, in breve, di impegnarsi per l'educazione civica di costoro, puntando sul loro senso per l'etica pubblica, senza alcuna pretesa di indottrinamento. Infatti, la soluzione kantiana a fronte della convivenza tra stranieri morali si potrebbe tradurre con l'impegno a creare le condizioni di possibilità per la convivenza degli individui, buoni o cattivi che siano. Gli individui possono persino essere dei 'diavoli', cioè persone non buone, poiché quel che conta è che siano ragionevoli, dunque disposti a sottoporsi a pubbliche leggi anche nel loro stesso interesse. L'esigenza di una cornice giuridica per la convivenza corrisponde a quell'attesa di legalità cui neppure un popolo di diavoli vorrebbe, infatti, sottrarsi. L'auspicio è che dall'innalzamento della moralità pubblica derivi un miglioramento morale di ogni singolo cittadino (tema, questo, che sarà ripreso nel capitolo dedicato al «Dovere»). Torna qui il nesso di moralità e legalità: la legalità è premessa ad ogni discorso sulla moralità pubblica, dato che senza legalità non c'è libertà. Il cittadino è libero quando ha la certezza dei limiti entro i quali si estende la libertà dell'altro.

Definito il confine dell'etica delle istituzioni, gli autori passano ad approfondire i concetti fondamentali. Particolare interesse solleva – come accennavo – il capitolo dedicato al dovere: si discute dei doveri morali, di quelli giuridici, del dovere del politico di agire assumendosi 'weberianamente' la responsabilità delle proprie scelte, nonché del dovere di renderne conto. Secondo l'etica della responsabilità, la scelta del politico «non deve risultare limitata da alcuna prospettiva di conseguenze – ovvero esattamente ciò che caratterizza la responsabilità – risultando dunque compiutamente libera. A sua volta, una scelta compiutamente libera, ovvero l'espressione della più pura libertà, è una scelta irresponsabile, che non sa, non intende guardare oltre l'affermazione della volontà da parte del

singolo attore.» Weber è anche l'ispiratore del capitolo sulla burocrazia: occorre lavorare sulle ragioni della degenerazione della burocrazia onde poterla riabilitare, per «rendere l'apparato burocratico effettivamente aperto, trasparente, responsabile».

Sempre riguardo al capitolo dedicato al dovere, si sarebbe potuto far cenno all'obbligo politico, in modo da integrare la discussione: si sarebbe potuto mostrare come, oltre all'obbligo legale, ci sia spazio per una dimensione morale del rispetto delle leggi, senza che ciò si traduca immediatamente nel dovere giuridico di obbedire ad esse onde evitare di venirne sanzionati.

In conclusione, vale per me quanto gli autori sottolineano: perché si parli di buone istituzioni e soprattutto di buoni funzionari, si devono favorire in loro la competenza etica, la motivazione etico-professionale, la consapevolezza del valore di svolgere una funzione pubblica. Il tempo pandemico che stiamo ancora attraversando offre, pur tragicamente, l'occasione per riflettere sull'etica delle istituzioni, una riflessione resa necessaria dal dovere di gestire l'emergenza attuale e di quelle che si presenteranno nella sperata fase di 'ricostruzione' della società. «È esattamente in questi momenti – affermano saggiamente gli autori – che diviene del pari necessario fare affidamento sulla moralità delle istituzioni – e sul senso non retorico o velleitario, bensì autentico e consapevole di tale espressione –, sulla competenza etica e l'integrità di chi le guida ed è chiamato ad amministrarle, come pure di chi dà attuazione alle linee programmatiche che si rendono indifferibili».



# La libertà di espressione dei funzionari

di Chiara Bologna (*Bonomia, Bologna 2020*)

## Recensione di Giacomo Canale

Chiara Bologna ha dato alla stampa un volume di estremo interesse; esso si segnala innanzi tutto per il merito di affrontare un tema piuttosto trascurato nella letteratura giuspubblicista, forse perché è oscurato da altri temi contigui o forse per altre ragioni che saranno più chiare alla fine di questa breve recensione. Con riferimento al primo profilo, sembra particolarmente apprezzabile come l'autrice nella parte introduttiva del suo lavoro avverta la premura di specificare espressamente lo scopo della ricerca, escludendo l'analisi delle fattispecie tutelate dal segreto ovvero quelle presidiate dalla sanzione penale e disciplinare a tutela dell'onore e, soprattutto, assumendo una nozione ampia del termine «funzionario» che non indichi solo colui che esplica una funzione nella pubblica amministrazione, ma chiunque, legato da un rapporto di pubblico impiego, svolga una pubblica funzione «non politica».

Questa espressa e chiara delimitazione della ricerca consente all'autrice di non smarrire mai le linee direttrici di questo percorso e dimostra una maturità di pensiero che si riscontra nella lettura dell'intero volume, di cui si apprezza molto anche il ricco corredo di note e l'ampia bibliografia.

Un ulteriore motivo di interesse è senza dubbio l'iniziale analisi comparativa, la quale consente in poche dense pagine di percepire nitidamente come il tema della libertà di espressione dei funzionari rappresenti a ben vedere una cartina tornasole della concezione dell'apparato pubblico in una determinata esperienza ordinamentale e socioculturale. D'altronde, è intuitivo comprendere la diversa declinazione che la questione potrebbe avere in un ordinamento totalitario rispetto a uno della tradizione costituzionale liberal-democratica, così come esso sia condizionato dalle specifiche vicende storiche e culturali di un dato ordinamento. In questo senso, non sorprende la differenza riscontrabile nelle esperienze ordinamentali anglosassoni rispetto a quella francese o tedesca (e dunque comunitaria), ma l'autrice ha il pregio di esporla con succinta chiarezza.

E questo non è mai facile, anzi. Infine, l'analisi comparata affronta l'esame dell'esperienza CEDU, la quale consente di valutare l'incidenza che questa può produrre nel nostro ordinamento anche alla luce degli elementi di collegamento ordinamentali, come il novellato art. 117, 1° comma, Cost.

Vi è successivamente la parte centrale del lavoro che concerne ovviamente l'analisi della problematica in Italia, la quale merita particolare apprezzamento per due ragioni.

108 La prima concerne l'accurata e precisa analisi della libertà di espressione dei diversi tipi di funzionari, distinguendo il pubblico impiego ordinario, c.d. pubblico impiego contrattualizzato, dalle altre tipologie di funzionari pubblici, ciascuna delle quali presenta ontologici profili di specialità. Si pensi, infatti, alle diverse categorie del personale militare, del personale di pubblica sicurezza, di quello diplomatico e, infine, delle magistrature, cui per intuibili ragioni è dedicato un autonomo capitolo, anche alla luce del diverso rilievo costituzionale di questa speciale categoria di funzionari pubblici.

In questo modo l'autrice riesce a formulare una interessante tesi di differenziazione funzionale dei limiti alla libertà di espressione dei funzionari che chi scrive ha proposto per la questione della libertà sindacale militare.

In definitiva, oggi una lettura costituzionalmente orientata alla tematica dei limiti all'esercizio di una libertà costituzionalmente tutelata, come appunto quella della libertà di espressione, sembra debba necessariamente collegarsi con i compiti concretamente svolti dall'individuo interessato affinché questa limitazione dell'esercizio della sua sfera di libertà prescinda dal suo specifico *status* e/o condizione personale e sia invece sorretta dalle imperative ragioni di pubblico interesse sottese all'adempimento dei suoi doveri e che nel caso in argomento possono variare significativamente per ogni categoria di pubblici funzionari e anche dallo specifico rilievo di ciascun singolo funzionario: è di intuitiva evidenza come i limiti all'esercizio della libertà di espressione di un Ambasciatore possano essere maggiori rispetto a quello di un addetto con compiti meramente esecutivi della sua ambasciata.

Ciò consente di meglio comprendere la seconda ragione particolare di apprezzamento di questa centrale parte dello studio: il felice collegamento non solo con gli art. 21, 97 e 98 Cost., ma anche, e forse soprattutto, con l'art. 54 Cost., il quale permette in un'analisi che non abbandona mai i rigorosi percorsi dell'argomentazione giuridica di recuperare anche la dimensione deontologica ed etica della tematica che altrimenti potrebbe sfuggire.

In definitiva, la disposizione dell'art. 54, 2° comma, Cost. rappresenta una clausola aperta ai mutevoli valori di etica pubblica e alle specifiche diverse deontologie e tradizioni dei vari corpi di funzionari pubblici che spesso costituiscono il set di regole più efficacemente osservato dai funzionari, poiché sono quelle avvertite come giuste in un senso quasi giusnaturalistico.

E forse questa è la ragione principale per cui il tema della libertà di espressione dei funzionari non sia così frequentato dai giuristi, richiedendo comunque la capacità di unire al rigore formale della propria disciplina una sensibilità culturale e sociale che invece non sempre rappresenta un attrezzo del loro armamentario. L'autrice ha invece dimostrato di esserne dotata e forse questo è ciò che rende la lettura di questo lavoro così stimolante, soprattutto da parte di chi ha il privilegio di servire il proprio Paese da circa trenta anni, dapprima in ambito militare e ora in un organo costituzionale, e ha dunque acquistato piena contezza che i doveri del proprio ufficio sono il principale fattore di condizionamento della sua libertà di espressione insieme a (o prima ancora di) qualsiasi norma di diritto positivo.



## Note e commenti

a cura di Nando dalla Chiesa



# Un paradiso abitato da diavoli. Stato dei diritti umani nel mondo

Emanuele Russo

«Un paradiso abitato da diavoli»<sup>1</sup>. Una volta chiusa la redazione del Rapporto Annuale di Amnesty International e ripensando ai dati raccolti su quanto accaduto nei 149 paesi presi in considerazione, non ho potuto non pensare a questa antica definizione di epoca medievale della città dei miei avi, Napoli. Benedetto Croce la riprese in epoche più recenti sostenendo che fosse bene ricordarlo proprio per trovare la strada per confutare il paradosso. Credo che il momento storico richieda di sostituire a questa amara, per quanto icastica, constatazione un'altra definizione celebre, ma ben più speranzosa, usata da Norberto Bobbio per parlare del momento storico successivo alla fine della Seconda guerra mondiale: l'Età dei diritti<sup>2</sup>. Bobbio parlava all'indomani della fine della contrapposizione tra blocchi e si riferiva alla svolta determinata dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani: un unicum storico, in cui per la prima volta era stato raggiunto un accordo ragionevolmente universale su quali fossero i diritti umani. Si era quindi di fronte non più ad un problema teorico o filosofico, ma a una questione politica: come difenderli?

Che il problema fosse di difficile soluzione emerse piuttosto chiaramente da subito. Senza considerare i conflitti, che a partire dalla Guerra di Palestina e dalla Guerra di Corea non hanno smesso di scandire la quotidianità dei popoli di tutto il mondo, basta ricordare i campi di concentramento in Bosnia, il genocidio in Rwanda, i massacri di afroamericani del Ku Kux Klan, del Derg in Etiopia e dei Khmer rossi in Cambogia, fino ai Rohingya del Myanmar per considerare il «Mai Più» pronunciato alle porte di Auschwitz come poco più che una speranza mal riposta.

Eppure, il corpus giuridico dei trattati internazionali sui diritti umani, costruito nel corso della seconda metà del Ventesimo secolo con l'aiuto della società civile mondiale, ha costituito un punto fermo ineludibile nel dibattito politico, giuridico, economico e sociale. Se i diritti umani potevano essere violati, e lo erano costantemente, non

potevano essere formalmente contestati. Anche i dittatori che agivano con il sostegno delle alleanze internazionali più importanti, come Augusto Pinochet in Cile, ricorrevano a elaborate strategie difensive del proprio operato, per provare a convincere la comunità internazionale di non star agendo *contra legem*.

114 Movimenti come quello di Amnesty International sono fioriti proprio grazie a questo clima di incontestabilità universale dell'etica dei diritti umani. Le attività di ricerca, campagna e educazione portate avanti per sessant'anni avevano come scopo la realizzazione dell'«ideale comune» contenuto nel Prologo della Dichiarazione, nella convinzione che, se era vero che nessun paese poteva vantare una situazione ottimale in tema di diritti, era tuttavia incontestabile che il vocabolario etico fosse unico e condiviso, e il sentiero, per quanto lungo e accidentato, fosse chiaramente tracciato.

Qualche dubbio cominciò a sorgere, è vero, quando dalle ceneri del World Trade Center (2001) sorse non la fenice di una tutela internazionale dei diritti umani prospettata dal Trattato di Roma<sup>3</sup>, ma il fantasma identitario dello «scontro di civiltà»<sup>4</sup>. Tuttavia, anche di fronte alle torture sistematiche perpetrate dalle forze armate americane nell'ex-carcere del regime di Saddam Hussein di Abu Ghraib, l'Amministrazione Bush Jr. parlò ufficialmente soltanto di «mele marce», quasi un incidente di percorso nello sforzo statunitense di esportare la democrazia ovunque nel mondo.

La Guerra al terrore ha ridefinito lo scenario globale e ha cominciato ad intaccare l'universalità dei diritti umani attraverso la creazione di una nuova categoria di soggetto applicabile all'individuo, quella di terrorista. Si tratta di una categoria che sfugge ai canoni della definizione giuridica e fornisce uno schema identificativo estremamente adattabile ai più diversi contesti locali, dalle alture del Xinjiang alle strade di Grozny, con l'effetto prevedibile e già noto di espungere alcune persone dalla categoria degli esseri umani. A considerarli tali, le violazioni perpetrate nei loro confronti non sarebbero state accettabili.

Per superare l'opposizione popolare crescente agli aspetti più sporchi di una guerra priva di confini spazio-temporali e di limiti giuridici, Bush jr. fece ricorso in modo sempre più massiccio a *contractor* privati, mentre Obama beneficiò del progresso tecnologico e inaugurò la guerra dei droni, che appare più pulita e chirurgica e soprattutto evita il coinvolgimento umano diretto. Guantanamo non è ancora stato chiuso, ma si può dire che l'azione di smascheramento dell'apparato propagandistico che sorreggeva la Guerra al terrore (versione perfezionata della «Guerra umanitaria» degli Anni '90 del XX secolo), aveva raggiunto il proprio scopo già nel 2009.

Gli anni dell'Amministrazione Obama, grazie all'inaudita potenza immaginifica del primo Presidente afro-americano della Storia, hanno tuttavia illuso la società civile internazionale, che ha creduto di vivere una sorta di nuovo rinascimento per quel che riguardava i diritti umani. E ciò, nonostante la politica estera americana non mostrasse radicali segni di cambiamento rispetto al passato, nonostante la Russia e la Cina consolidassero le proprie autocrazie e la Primavera araba venisse rapidamente stroncata nel sangue.

Volendo essere ironici pur trattando di un tema così serio, si potrebbe dire che il problema sia stato sostanzialmente aritmetico: a forza di esportare la democrazia in ogni dove, ne è rimasta poca ovunque. L'elezione di Donald Trump alla Casa Bianca sancisce il trionfo del sovranismo come nuovo paradigma globale. La sua ascesa legittima progressivamente autocrati dichiarati come Vladimir Putin e Xi Jinping, che da anni apertamente proclamano la democrazia un modello di ordine politico fallimentare e i diritti umani superati, uniti in questa nuova prospettiva ad aspiranti autocrati come Jair Bolsonaro in Brasile, Rodrigo Duterte nelle Filippine e Viktor Orban in Ungheria, solo per citarne alcuni. Nostalgie imperiali nutrono il voto popolare a favore della Brexit nel Regno Unito, e non celati razzismi nei confronti dei migranti alimentano la criminalizzazione della solidarietà in Francia e nel nostro Paese. A est, con la scusa del tentativo di golpe subito, Recep Erdogan dà un colpo definitivo alla stagione di riforme laiche e repubblicane aperta da Mustafa Kemal Atatürk.

La società civile continua tuttavia la propria azione a difesa di un modello di relazioni improntato ai principi democratici e ai diritti umani. Il 2019 è un anno cruciale in questo senso, costellato di iniziative popolari, spesso a guida femminile, che portano alla caduta di Omar al-Bashir in Sudan, alla richiesta di ampie riforme in Cile e a una tenace resistenza alla riduzione degli spazi democratici ad Hong Kong e nell'Europa dell'Est. Contemporaneamente, i Fridays For Future di Greta Thunberg e altri movimenti ambientalisti come Extinction Rebellion portano milioni di persone nelle strade, arrivando fino all'Assemblea delle Nazioni Unite. Nonostante i sempre più organizzati tentativi della maggior parte dei governi di tutto il mondo puntino a screditare i diritti umani, esiste una crescente mobilitazione volta a preservarne la centralità, sorretta forse anche dall'urgenza rappresentata dalla catastrofe climatica, che per la prima volta viene riconosciuta universalmente come la più grande e imminente minaccia alla civiltà per come la conosciamo. Verso il finire dell'anno, da Wuhan cominciano ad trapelare informazioni relative ad un

virus particolarmente aggressivo, che il Governo cinese prova a negare in tutti i modi, senza successo.

## I diritti umani nel 2020

116 A livello economico, per molte grandi aziende il 2020 non esiste. Si è trattato di un anno talmente nefasto e a tal punto imprevedibile che, come termine di paragone, nel 2021 si continua ad utilizzare il 2019. Sarebbe interessante poter fare la stessa cosa parlando di diritti umani, ma non è possibile. In primo luogo, anche in ambito economico il ragionamento è fattibile solo a patto di non voler considerare le conseguenze di migliaia di lavoratori e lavoratrici che, a causa della pandemia, hanno perso il lavoro. In secondo luogo, perché ciò che appare evidente scorrendo le pagine del Rapporto Annuale di Amnesty International<sup>5</sup> è che la pandemia ha permesso l'aggravarsi della situazione dei diritti umani in moltissimi paesi, e ha creato in alcuni il terreno adatto per modalità di violazione affatto nuove. Nelle aree dove la pandemia non ha colpito o comunque non è stata determinante nel peggiorare la situazione, si è trattato di un normale anno di violazioni, al pari dei precedenti. Si possono tracciare tre linee per facilitare l'analisi di cosa è accaduto nell'anno appena trascorso.

La prima riguarda la capacità dei governi di tutto il mondo di fronteggiare la pandemia. Con alcune rarissime eccezioni, in parte giustificabili per le peculiarità demografiche e geografiche dei paesi in questione (come la Nuova Zelanda), i governi di tutto il mondo si sono dimostrati incapaci di gestire l'emergenza senza fare massiccio ricorso a limitazioni dei diritti civili, in molti casi non necessarie. Il Rapporto Annuale di Amnesty si basa su indagini indipendenti condotte dall'organizzazione, pertanto cita solo gli eventi che ha potuto verificare direttamente. Ne consegue che ciò che è presente nelle oltre cinquecento pagine, che analizzano la situazione di 149 paesi, rappresenta il minimo delle violazioni accadute nel mondo, ovvero le uniche sulle quali i ricercatori hanno raccolto un numero sufficiente di prove. Perciò, quando, a supporto di una diagnosi di incapacità universale dei paesi del mondo nel fronteggiare la pandemia, si dice che in quasi un paese su tre i governi hanno vessato e intimidito gli operatori sanitari e altri lavoratori essenziali a contenere gli effetti della pandemia, o che in oltre la metà dei casi analizzati le misure intraprese per contenere la crisi hanno avuto un impatto discriminatorio sui gruppi marginalizzati, si sta calcolando per difetto.

Nei paesi più ricchi, le cose non hanno funzionato perché i sistemi sanitari e scolastici arrivavano dal oltre quarant'anni di tagli generalizzati e indiscriminati. Nei paesi più poveri, la pandemia ha arrestato qualsiasi processo virtuoso volto a migliorare le condizioni di vita della popolazione. Il percorso iniziato nel 2015 per il raggiungimento degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite ha rallentato drasticamente o si è arrestato in praticamente in tutti i paesi. In Brasile e nelle Filippine, la scusa delle misure di contenimento contro la diffusione del virus è stata usata per reprimere le manifestazioni contro l'inazione del Governo e peggiorare ulteriormente le condizioni di vita nei quartieri più poveri. In Ungheria si sono usate scuse analoghe per limitare i diritti delle donne. La Cina, dopo aver utilizzato misure altamente repressive per contenere la diffusione del virus, ha presentato il proprio approccio autocratico come molto più efficace rispetto a quello democratico nella difesa della popolazione.

117

Gli Stati Uniti, ancora dotati di notevole influenza quando si tratta di relazioni internazionali, hanno messo a dura prova la capacità della comunità internazionale di fronteggiare con successo la pandemia ritirandosi dall'Organizzazione Mondiale della Sanità non appena quest'ultima aveva sollevato dubbi sulle misure adottate internamente per ridurre i contagi. In tema di gestione del debito, la proposta fatta dai paesi del G20 di congelare i debiti dei paesi più poveri per il 2020, rimandandoli al 2021 o comunque all'uscita dalla crisi, è da ritenersi decisamente insufficiente. È evidente che l'unica opzione efficace al riguardo sia quella di cancellare il debito per il 2020, e probabilmente anche per il 2021, se si vuole dare un reale respiro ad economie fragili già in difficoltà prima dello scoppio della pandemia. La scarsa propensione alla solidarietà internazionale, sintomo oltre che di totale disprezzo dei diritti umani anche di scarsissima lungimiranza politico-economica, si è confermata con l'arrivo dei vaccini. I paesi più ricchi, dal Regno Unito all'Unione Europea, oltre agli Stati Uniti, hanno fatto a gara per accaparrarsi le quote maggiori di dosi, senza tener conto del fatto che lasciare, ad esempio, i paesi africani senza supporto alcuno, favorirà e sta già favorendo il generarsi di varianti immuni ai vaccini prodotti.

Ciò che ha tuttavia permesso a molte persone di non essere completamente lasciate a sé stesse è stato l'impegno e il sacrificio della società civile, che spesso si è mobilitata a proprio rischio e pericolo per evitare che la situazione degenerasse. La seconda linea di analisi riguarda proprio il ruolo determinate dei movimenti e delle organizzazioni, che, oltre ad agire efficacemente per mitigare gli effetti peggiori della crisi,

hanno mantenuto alto il proprio impegno per proseguire le battaglie a favore del rispetto dei diritti umani. A titolo di esempio si può ricordare il movimento Black Lives Matter e quello End Sars in Nigeria, entrambi contro la brutalità della polizia. La Segretaria Generale di Amnesty Agnès Callamard si è spinta a dichiarare l'esistenza di una reale leadership globale nei soli movimenti dal basso. Anche se l'affermazione può essere in parte provocatoria, resta indubbia la netta differenza di approccio tra ordine costituito e organizzazioni civili, con il primo che resta apparentemente incapace di porsi non solo in un'ottica coerente con i diritti, ma neanche in una prospettiva tatticamente sostenibile, a livello sociale ed economico, nel medio periodo.

118

La terza linea di analisi riguarda i diritti violati a prescindere dalla pandemia. In tutto il mondo sono continuati gli sgomberi forzati, le esecuzioni extragiudiziali e le torture, queste ultime in quasi il 60% dei paesi analizzati. Nuovi casi di individui imprigionati per questioni di coscienza sono stati registrati in oltre un paese su tre, e sono continuati gli arresti di persone a causa del loro orientamento sessuale o della loro identità di genere.

Questa è la cronaca di un mondo che ha deliberatamente voltato le spalle ai diritti umani. Il problema oggi non è più solo quello di capire come difenderli, ma anche quello di trovare le modalità per rimetterli al centro del dibattito. Ed è esattamente questa la sfida di ogni attivista per i diritti umani.

## Note

<sup>1</sup> B. CROCE, *Un paradiso abitato da diavoli*, Adelphi, Milano 2006 (VI ed.).

<sup>2</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1992.

<sup>3</sup> Il Trattato di Roma del 1998 istituisce la Corte Penale Internazionale, punto più alto della cooperazione internazionale in tema di diritto umanitario.

<sup>4</sup> S.P. HUNTINGTON, *Lo scontro di civiltà*, Garzanti, Milano 1994.

<sup>5</sup> I dati citati in questo paragrafo sono attinti da qui: Amnesty International, *Rapporto Annuale 2020-2021*, Infinito Edizioni, Formigine (MO) 2021.

# Diritti proclamati, diritti negati

Piero Basso

## 1. Le prime dichiarazioni

Si suole riconoscere nella dichiarazione di indipendenza americana del 4 luglio 1776 e nella dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino, proclamata dall'assemblea nazionale francese il 26 agosto 1789, le prime dichiarazioni di diritti di valore universale, non limitate cioè a particolari categorie sociali.

Affermazioni come «Tutti gli uomini sono creati uguali: essi sono dotati dal Creatore di alcuni diritti inalienabili; fra questi la vita, la libertà e la ricerca della felicità», o «Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti. ... Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione» enunciavano principi frutto di un lungo percorso delle coscienze, se pensiamo che solo poco più di un secolo prima, nel 1648, la pace di Vestfalia, che pose fine alla guerra dei trent'anni tra protestanti e cattolici, riconfermava il diritto del principe di imporre la propria fede ai sudditi (*cuius regio, eius et religio*).

Benché molto avanzate, queste dichiarazioni erano tuttavia figlie del loro tempo, e per «tutti» s'intendevano gli uomini bianchi occidentali, non certo gli schiavi, i servi della gleba, i popoli coloniali. E non le donne. Nelle colonie francesi la schiavitù sarà abolita solo nel 1794 dal governo giacobino (e poi reintrodotta da Napoleone), e negli Stati Uniti ancora nel 1857, alla vigilia della guerra civile, la Corte Suprema stabiliva che i diritti garantiti dalla Costituzione non si applicano agli schiavi perché i Neri «non sono persone».

## 2. La dichiarazione universale dei diritti umani

La prima dichiarazione veramente «universale» è allora quella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, solennemente proclamata

dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, che garantisce il godimento dei diritti a tutti gli individui, «senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione».

Volendo, si può osservare che anche la dichiarazione del '48 è figlia del suo tempo, dato che, tra le differenze che non possono dar luogo a discriminazioni, non cita l'orientamento sessuale, un tema oggi molto dibattuto, ma misconosciuto settant'anni fa.

120 La differenza tra le carte americana e francese e la dichiarazione del '48 non risiede solo nel fatto che quest'ultima è rivolta effettivamente a tutti gli uomini e le donne del pianeta, ma anche nella sua estensione al campo dei diritti sociali.

Infatti le dichiarazioni settecentesche rispondono al bisogno di liberarsi dall'oppressione, esterna (il dominio inglese) o interna (l'assolutismo monarchico), e quindi privilegiano i diritti civili o «di libertà» (libertà personale, di pensiero, di parola) e i diritti politici (cioè la partecipazione al governo della cosa pubblica, sottratto all'arbitrio del sovrano), questi ultimi generalmente riservati ai soli cittadini dello stato, spesso ai soli possidenti.

La progressiva estensione di questi diritti, la scomparsa di molte pastoie feudali e l'introduzione di provvedimenti atti a favorire gli scambi (non è un caso che sia stata la Francia rivoluzionaria a introdurre il sistema metrico decimale) hanno consentito l'impetuoso sviluppo del capitalismo e, con esso, lo sradicamento di milioni di contadini e di artigiani da una condizione di consolidati equilibri sociali verso situazioni di sfruttamento senza precedenti, con la conseguente rivendicazione di una indispensabile protezione sociale.

Detto con un linguaggio moderno, mentre le richieste della borghesia in ascesa sono «meno Stato», cioè minore o nessuna ingerenza dello Stato nella vita privata e nelle attività economiche dei cittadini, le rivendicazioni delle classi popolari sono piuttosto di segno opposto, «più Stato», nella forma di un intervento pubblico che limiti il potere contrattuale dei datori di lavoro con misure quali l'imposizione per legge di un salario minimo o di un orario di lavoro massimo, e che assicuri una qualche forma di tutela contro i rischi di disoccupazione, malattia, vecchiaia.

È dopo 150 anni di durissime lotte delle classi subalterne per la conquista di diritti sociali e politici (diritto di voto, diritto di organizzazione sindacale e di sciopero), e dopo la vittoria sul fascismo, forma estrema di reazione alle conquiste democratiche, che l'umanità approda alla dichia-

razione universale del 1948 e, quasi vent'anni più tardi, nel dicembre del '66, ai due patti internazionali sui diritti civili e politici l'uno, e sui diritti economici, sociali e culturali l'altro.

### **3. Nuovi diritti**

Da allora è trascorso più di mezzo secolo, molte cose sono cambiate, nuovi bisogni sono emersi, la richiesta di nuovi diritti si è fatta sempre più forte. Dal diritto alla pace, premessa indispensabile per il godimento di ogni altro diritto, al diritto all'ambiente, oggi più che mai minacciato da ogni sorta di supersfruttamento e inquinamento, dal diritto a una vita dignitosa al diritto dei popoli ad autodeterminarsi e a non essere spogliati delle proprie risorse.

121

Le continue trasformazioni nella società e nelle modalità di lavoro portano a situazioni sempre nuove e a nuovi bisogni, inimmaginabili solo pochi anni fa: ad esempio il diritto alla disconnessione, richiesto da molti lavoratori «da remoto» per contenere un orario di lavoro che per molti si va ampliando ben oltre l'orario contrattuale.

Tuttavia, ci spiegano i giuristi, non si può parlare di diritti in senso proprio se questi non sono esplicitamente indicati in qualche testo di legge; negli altri casi si può tutt'al più parlare di aspettative degne di tutela, all'ambiente, alla pace, alla qualità della vita.

Ma, almeno, i diritti solennemente proclamati e sanciti nei trattati trovano concreta applicazione nella realtà? La risposta è, come sappiamo tutti, un risonante NO, e anzi viviamo in un'epoca in cui i passi indietro prevalgono sui passi in avanti.

Chi scrive non è un giurista, né un sociologo, e questo scritto non ha nessuna pretesa di scientificità né di originalità: vuole solo, attraverso una semplice elencazione di fatti noti, stimolare una riflessione e sollecitare le coscienze.

Ci limiteremo quindi, nel prendere in considerazione alcuni fatti, alle previsioni dei due patti citati e soprattutto alla Costituzione della nostra repubblica, che precede di un anno la Dichiarazione Universale e ne anticipa gran parte delle indicazioni più innovative.

### **4. Diritti negati: i diritti umani**

Il primo dei diritti umani è il diritto alla vita e alla libertà. E qui il pensiero va immediatamente ai profughi in fuga da inferni di guerre, di

oppressione, di fame. Di questa fuga noi europei, noi occidentali, siamo i primi responsabili, accaparrandoci le loro risorse, vendendo armi ai loro governi, provocando disastri ambientali col nostro inquinamento, e, da ultimo, chiudendo loro ogni possibilità di entrare legalmente nei nostri paesi ricchi. Quando poi, superati mille ostacoli, si avvicinano alle nostre coste, li respingiamo verso le galere libiche o li lasciamo morire nel Mediterraneo, ne uccidiamo la speranza negli squallidi campi della rotta balcanica, li rinchiudiamo in strutture peggiori del carcere se, malgrado tutto, riescono ad arrivare da noi. E ovunque, non solo in Libia e Turchia, paghiamo gendarmi e trafficanti perché facciano il lavoro sporco per noi.

122

Il dovere di portare soccorso in mare a persone in pericolo va oltre il limite delle acque territoriali, e il dovere di accoglierli, o quanto meno di ascoltare senza pregiudizi le loro richieste di asilo, è iscritto nell'art. 10 della nostra Costituzione.

È di pochi giorni fa il riconoscimento tedesco del genocidio degli Herrero e dei Nama, compiuto nell'attuale Namibia tra il 1904 e il 1907 confinando le popolazioni nelle zone desertiche del paese dopo averne avvelenato i pozzi. Certamente diversa la situazione oggi a Gaza, moderno carcere a cielo aperto, ma l'immagine dell'inquinamento della falda acquifera è per lo meno disturbante.

Sappiamo tutti quello che accade alle nostre frontiere, ma guardiamo dall'altra parte, perché, come dice una bella poesia di Sergio Guttilla, a morire «non è tuo figlio».

L'esistenza di norme che tutelano i diritti umani consente, in qualche caso, alla magistratura (ordinaria o amministrativa) di cancellare qualche provvedimento discriminatorio o ripristinare qualche diritto negato, ma si tratta necessariamente di interventi singoli e a posteriori, per cui l'abuso nei confronti dei più deboli rimane quasi sempre impunito.

Ma se la vita di noi privilegiati nati nella parte ricca del mondo è in generale rispettata, ci sono altri diritti che vengono impunemente violati anche nei confronti nostri, di cui spesso neppure ci rendiamo conto, o che accettiamo come l'inevitabile prezzo da pagare alla comodità dell'esistenza.

Una delle maggiori conquiste nel campo dei diritti di libertà è l'inviolabilità del domicilio e della corrispondenza: chi ha la mia età ricorderà le buste aperte dalla censura e malamente richiuse con una striscia di carta gommata (allora non esisteva lo scotch). Questo tipo di censura è finito con la fine della guerra, ma non è finito, anzi si è enormemente esteso, lo spionaggio di ogni aspetto della nostra vita. Internet, telefonini, carte di credito sono gli efficacissimi strumenti di spionaggio a disposizione di

ogni azienda, di ogni governo, di ogni malintenzionato a danno di noi, semplici mortali, senza la necessità di ricorrere ad hacker e a sofisticate apparecchiature. E molto spesso siamo proprio noi a consentire quest'uso, perché rispondere «accetta tutto» è molto più facile che «personalizzare l'uso dei cookies».

E se l'uso di queste informazioni a scopi di marketing è ormai chiaro a tutti, l'uso per altri scopi è meno evidente, ad esempio per spingere a fare o non fare una certa cosa, per una campagna antisindacale, sino a condizionare la libera espressione del voto.

## 5. Diritti negati: i diritti economici e sociali

I diritti sociali, a differenza delle altre forme di diritti, hanno questo di particolare: obbligano lo stato ad agire, mentre, per esempio, i diritti di libertà obbligano lo stato a non interferire.

La differenza non è poi così netta, come rileva il professor Pallante in un suo bel libro («Elogio delle tasse»): ad esempio il diritto di libera circolazione nel territorio dello stato potrebbe considerarsi assicurato nel momento in cui siano eliminate tutte le restrizioni al movimento e al trasferimento della propria residenza, restrizioni ancora esistenti, in alcune zone del paese, nei primi anni del dopoguerra. Ma questa «libertà di circolazione» sarebbe puramente formale se lo Stato non intervenisse attivamente costruendo strade e ferrovie e realizzando servizi di trasporto pubblico, quindi investendo risorse per assicurare effettivamente a tutti il diritto alla libera circolazione (art. 16 della Costituzione).

Lo stesso vale naturalmente per tutti gli altri diritti sociali garantiti dalla Costituzione e dai patti internazionali: il diritto al lavoro (art. 4), il diritto a una retribuzione che consenta al lavoratore e alla famiglia una vita libera e dignitosa (art. 36), il diritto all'assistenza in caso di bisogno (art. 38), il diritto alla salute (art. 32), il diritto all'istruzione (art. 34), e così via.

Se ora ci chiediamo in che misura lo Stato italiano, e per esso i vari governi che si sono succeduti alla guida del paese, hanno operato per dare attuazione a questi diritti, la risposta è sconcertante, soprattutto dopo la fine dei «trenta anni gloriosi» succeduti alla fine della guerra.

Quasi nessuna politica che «renda effettivo il diritto al lavoro per tutti i cittadini» (art. 4 della Costituzione) e che assicuri «un costante sviluppo economico, sociale e culturale ed un pieno impiego produttivo» (art. 6 del patto), sostituite da spinte all'emigrazione e da ammortizzatori sociali.

Piena adesione alle politiche neoliberiste che hanno consentito alla forbice tra i redditi di tornare ad allargarsi con la moltiplicazione di lavori precari, malpagati, in nero, privi di qualunque tutela. Continui tagli all'assistenza, a scapito delle situazioni più bisognose di sostegno. Continui attacchi alla scuola pubblica e smantellamento del Servizio Sanitario Nazionale, un tempo vanto del nostro sistema di welfare, con le tragiche conseguenze sperimentate durante la pandemia.

124 L'affermazione dei diritti sociali passa quindi per una politica economica in grado di generare più uguaglianza, più sviluppo, più posti di lavoro dignitosi, più risorse per il welfare. L'impegno per i diritti deve quindi essere multiforme, dalle campagne di Amnesty per i prigionieri di coscienza e contro la pena di morte, alle campagne di boicottaggio del traffico di armi e di solidarietà con i movimenti di liberazione e con le lotte sindacali in tutte le parti del mondo, sino a intervenire sulle maggiori scelte di politica economica e sociale del proprio governo. Specialmente in Italia, dove il partito degli evasori sembra convinto di poter assestare duri colpi a quello che resta di una politica fiscale democratica e progressiva.

## 6. Una strada in salita

Abbiamo accennato al continuo emergere di nuovi bisogni e di nuove aspirazioni, al loro evolversi in richieste di intervento, sino a giungere, in momenti particolarmente alti della storia (l'inizio della Rivoluzione francese, la vittoria sul nazifascismo), ad affermarsi come diritti in dichiarazioni solenni, e infine nella lunga lotta per la loro effettiva realizzazione. Passi avanti quando le forze progressiste sono forti, e viceversa passi indietro quando si rafforzano le destre.

Poiché ogni diritto delle persone, ogni diritto dei cittadini, ogni diritto dei popoli rappresenta una limitazione al potere degli stati o un obbligo di intervento, è chiaro che ogni passo avanti incontrerà resistenze, degli apparati burocratici, delle forze economiche, dei centri di potere di ogni natura, quando non addirittura da forze straniere, e non solo nei paesi della periferia del mondo, ma anche da noi.

Mai come in questo periodo il distacco tra governanti e popolazione è stato più grande e palpabile. Pensiamo per esempio al caso di Giulio Regeni e di Patrick Zaki, in cui alla sincera commozione di milioni di italiani corrisponde solo, da parte del governo, l'interesse per i succosi contratti per la vendita di armi.

A livello planetario, come rispondono i governi all'aspirazione dei popoli alla pace, e in particolare alla messa al bando delle peggiori armi mai viste nella storia dell'umanità, le armi nucleari? La storia del trattato per la proibizione delle armi nucleari (TPNW nell'acronimo inglese) è istruttiva. Alla trattativa, nel 2017, partecipano 129 paesi su 195; tra questi nessun paese fornito di armi nucleari (Cina, Corea del Nord, Francia, Gran Bretagna, India, Israele, Pakistan, Russia e Stati Uniti) e nessun membro dell'alleanza atlantica (a eccezione dell'Olanda, da cui peraltro verrà l'unico voto contrario al trattato). Al voto finale, il 7 luglio 2017, il trattato viene approvato con 122 sì, uno contrario e un'astensione. Inizia allora il processo di adesione, che vede, a oggi, la firma di 84 paesi e la ratifica di 50. Tra questi, solo cinque sono europei, e non dei maggiori: Austria, Irlanda, Malta, San Marino, Città del Vaticano.

125

Si dice che la notte non è mai così scura come nell'ora che precede l'alba, e in questo momento la notte appare così scura che forse siamo davvero alla vigilia di una palingenesi. Le disuguaglianze enormemente cresciute con la pandemia, le situazioni di conflitto e i colpi di stato autoritari, i sempre più frequenti disastri ambientali prodotti dal riscaldamento globale esigono risposte che l'attuale sistema di potere non sembra in grado di poter dare.

Il filosofo del diritto Luigi Ferrajoli affermava recentemente che realizzare «un costituzionalismo oltre lo Stato» che assicuri vaccini e farmaci salvavita per tutti, che istituisca un'organizzazione mondiale dell'istruzione, che introduca un demanio planetario titolare e dispensiere dei beni fondamentali per tutti a cominciare dall'acqua, che introduca un monopolio pubblico della forza in capo a organi di polizia internazionale e perciò metta al bando le armi e gli eserciti nazionali e ci doni la pace, non è un'utopia, basta la ragione.

Tornando al valore delle dichiarazioni, mi sia permesso, in conclusione, di citare alcune parole di Lelio Basso, mio padre, che scriveva, il 10 dicembre 1978:

«Sarebbe tuttavia ingiusto dire che questi diritti, scritti da due secoli su tante carte, sono soltanto una beffa; non c'è dubbio che la semplice proclamazione è già un riconoscimento della forza che la coscienza di questi diritti ha negli uomini e nei popoli della terra, ed è al tempo stesso uno strumento di lotta in mano a coloro che sono decisi a difendere la loro dignità contro l'arroganza, gli abusi e le prepotenze del potere. ... Forse gli anni che ci attendono potranno essere decisivi, se avremo tutti il coraggio, la volontà e la tenacia di continuare a combattere, pure in mezzo a tante difficoltà, perché la giornata del 10 dicembre non si riduca

a una scialba cerimonia ufficiale, ma segni veramente per tutti gli uomini della terra, qualunque sia il loro colore e la loro condizione, l'alba di un nuovo giorno».

# Gli autori

ALESSANDRA VALASTRO, Associate Professor of Public Law, Department of Political Science, University of Perugia.  
alessandra.valastro@unipg.it

MARCO DAMIANI, Lecturer in Political Sociology, Department of Political Science, University of Perugia.  
marco.damiani@unipg.it

DANIELA CIAFFI, Associate Professor of Urban Sociology, Politecnico di Torino.  
daniela.ciaffi@polito.it

UMBERTO DI MAGGIO, Adjunct Professor of Sociology and Methodology of Social Research, LUMSA University, Palermo.  
u.dimaggio@lumsa.it

FABIO GIGLIONI, Professor of Administrative Law, Department of Political Science, La Sapienza Università di Roma.  
fabio.giglioni@uniroma1.it

GIOVANNI ALLEGRETTI, Architect, planner and senior researcher, Centre of Social Studies of Coimbra University.  
allegretto70@gmail.com

SHEILA HOLZ, Researcher, Centre for Functional Ecology - Science for People & the Planet (CFE), and Invited Researcher, Centre for Social Studies, University of Coimbra.  
sheila.holz@gmail.com

ROBERTA SALA, Professor of Political Philosophy, Faculty of Philosophy, University Vita-Salute San Raffaele di Milano.  
sala.roberta@univr.it

EDOARDO CHITI, Professor of Administrative Law, Tuscia University and Scuola Superiore Sant'Anna.  
edoardo.chiti@libero.it

GIACOMO CANALE, Advisor of the Constitutional Court, PhD in Public Law, University of Rome "Tor Vergata".  
g.canale@cortecostituzionale.it

128

EMANUELE RUSSO, chairperson of Amnesty International Italy, holds a Ph.D in Political Studies and International Relations.  
emanuelerus@gmail.com

PIERO BASSO, retired business executive. He has been active in associations for the promotion of human rights.  
piero.basso@fastwebnet.it



STAMPATO IN ITALIA  
nel mese di novembre 2021  
da Rubbettino print per conto di Rubbettino Editore srl  
88049 Soveria Mannelli (Catanzaro)  
[www.rubbettinoprint.it](http://www.rubbettinoprint.it)