



**Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino**

A CURA DI ANDREA TRISCIUOGGIO

Tribunado – Poder negativo y defensa de los derechos humanos

**Segundas Jornadas Ítalo-Latinoamericanas
de Defensores Cívicos y Defensores del Pueblo**

**En homenaje al Profesor Giuseppe Grosso
(Torino, 8-9 settembre 2016)**

**Con la Carta di Torino
per una nuova Difesa civica**

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO

7/2018

SEGUNDAS JORNADAS ÍTALO-LATINOAMERICANAS
DE DEFENSORES CÍVICOS Y DEFENSORES DEL PUEBLO

TRIBUNADO – PODER NEGATIVO
Y DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*En homenaje al Profesor Giuseppe Grosso
(Torino, 8-9 settembre 2016)*

Con la Carta di Torino per una nuova Difesa civica

A CURA DI
ANDREA TRISCIUOGGIO

Ledizioni

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto ad una revisione da parte di una Commissione di Lettura interna nominata dal Consiglio del Dipartimento di Giurisprudenza. Detta Commissione ha formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare l'opera.

© 2018 Ledizioni LediPublishing

Via Alamanni, 11 – 20141 Milano – Italy
www.ledizioni.it
info@ledizioni.it

Andrea Trisciuglio (a cura di), *Tribunado – Poder negativo y defensa de los derechos humanos*

Prima edizione: luglio 2018
ISBN 9788867058228

Progetto grafico: ufficio grafico Ledizioni

Informazioni sul catalogo e sulle ristampe dell'editore: www.ledizioni.it

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da Ledizioni.



Il professor Giuseppe Grosso e Torino

Fotocomposizione grafica
In2Grafica
SASSARI

Indice

Presentazione del curatore	11
Saluti e ricordi di Giuseppe Grosso	21
PIERANGELO CATALANO L'appoggio di Giuseppe Grosso: dalle lezioni del 1953 alle ricerche sull'America Latina	23
TOMMASO EDOARDO FROSINI Diritto di sciopero e Costituzione. Una lettera	31
ALDO LOIODICE Breve ricordo del Prof. Giuseppe Grosso per la presenza nel Consiglio Nazionale delle Ricerche	35
I Tribunato e diritto di sciopero secondo Giuseppe Grosso (a proposito della Costituzione della Repubblica Italiana)	37
COSIMO CASCIONE Tribunato e diritto di sciopero: un aspetto del costituzionalismo di Giuseppe Grosso	39
FRANCO VALLOCCHIA «Legalità» e «ordine» nel pensiero di Giuseppe Grosso: «valore positivo» del «potere negativo»	43
ANDREA TRISCIUOGGIO Potere negativo del tribuno della plebe e diritto di sciopero: i limiti. Rileggendo Giuseppe Grosso dopo 60 anni	57
EMANUELA CALORE «Costituzionalizzazione di strumenti rivoluzionari della lotta di classe» e «principio della necessità della collaborazione» secondo Giuseppe Grosso	63

II

Del Ombudsman al Defensor del Pueblo (a propósito de la Constitución española de 1978). Comparación histórico-jurídica en Europa 87

ANTONIO COLOMER VIADEL

El Defensor del Pueblo de España: un caso singular en el contexto europeo 89

ANTONIO PALMA

L'ambiguo *status* del *defensor civitatis*: soggetto pubblico o privato difensore? 97

LAURENT HECKETSWEILER

Défense civique romaine et «Défenseur des droits» français. Comparaison historique et juridique 119

ELISABETTA PALICI DI SUNI

Il ruolo della difesa civica nei principali ordinamenti europei 131

TATIANA ALEXEEVA

Alcune notizie sulla *Prokuratura* dall'Impero alla Federazione Russa 147

MARIAGRAZIA VACCHINA

L'A.O.M.F. (*Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie*) al servizio dell' "*Etat de droit, les droits de l'Homme, la paix sociale*". Verso un nuovo tribunato? 153

III

Constitucionalismo latinoamericano. Defensa del pueblo y de los derechos humanos 167

CARLOS CONSTENLA

Constitucionalismo Latinoamericano. Defensa del Pueblo y Derechos Humanos. Introducción al tema 169

GIOVANNI LOBRANO

«Mezzi per la difesa della libertà» e «forme di governo» 185

CRISTINA AYOUB RICHE La defensa de los derechos universitarios en la raíz de las instituciones defensoras de los derechos humanos. Los Derechos Universitarios en Brasil	237
ALEJANDRO NATÓ De la Secesión del Monte Sacro a los sistemas actuales de enfocar la conflictividad social urbana	251
NORBERTO CARLOS DARCY Servicios públicos esenciales, derechos humanos y pobreza	259
RICARDO ARIEL RIVA El tribuno de la plebe y nuestras defensorias del pueblo	273
IV Un difensore civico per la Repubblica Italiana	279
ANTONIO CAPUTO <i>Defensor del Pueblo</i> (Difensore Civico), potere negativo e principio della separazione dei poteri. Spunti per una teoria generale della difesa civica. Per un “potere negativo” a garanzia dei diritti	281
GIUSEPPE VALDITARA La crisi della sovranità popolare e un possibile ruolo dell’ “avvocato del popolo”	301
MARIANO PROTTO Tribunato e globalizzazione	313
SEBASTIANO FARO-GIANCARLO TADDEI ELMI Il progetto “Portale telematico della difesa civica”	323
Carta di Torino per una nuova Difesa civica	329

*... perché a Torino lo spirito audace di iniziative si radica
in un tenace tradizionalismo, che dà a tutto una impronta
di serietà e di lavoro in profondità*

GIUSEPPE GROSSO, 1960*

Presentazione del curatore

Si raccolgono qui gli Atti delle *Segundas Jornadas Ítalo-Latinoamericanas de Defensores Cívicos y Defensores del Pueblo. Tribunado – Poder negativo y defensa de los derechos humanos. En homenaje al Profesor Giuseppe Grosso*, Congresso internazionale tenutosi a Torino i giorni 8 e 9 di settembre 2016, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, dall'Istituto Latinoamericano del Ombudsman-Defensor del Pueblo (ILO), con sede in Buenos Aires, dall'Unità di Ricerca 'Giorgio La Pira' del CNR – Università di Roma 'La Sapienza', con il patrocinio della Regione Piemonte¹.

* G. GROSSO, *Le vie dello sviluppo universitario torinese verso il 2000*, in *Il Piemonte verso il 2000*, Torino 1960, ora in *Scritti storico giuridici*, vol. I, Torino 2000, 531.

1 Comitato promotore: Gianmaria Ajani (Rettore dell'Università di Torino); Sergio Chiamparino (Presidente della Regione Piemonte); Piero Fassino (già Sindaco di Torino, Presidente dell'ANCI-Associazione Nazionale dei Comuni d'Italia); Augusto Fierro (Difensore civico della Regione Piemonte); Mauro Laus (Presidente del Consiglio regionale del Piemonte); Alessandro Licheri (Difensore civico della Città metropolitana di Roma Capitale); Andrea Mascherin (Presidente del Consiglio Nazionale Forense); Riccardo Pozzo (Direttore del Dipartimento Scienze Umane e Sociali, Patrimonio Culturale del CNR). Comitato scientifico: Massimo Cacciari (Venezia, Università Vita-Salute San Raffaele); Antonio Colomer Viadel (Universidad Politécnica de Valencia); Massimo Luciani (Presidente dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Università di Roma 'La Sapienza'); Paolo Maddalena (Vicepresidente emerito della Corte Costituzionale); Stelio Mangiameli (Direttore dell'Istituto di Studi sui Sistemi Regionali Federali e sulle Autonomie 'Massimo Severo Giannini' del CNR); Paolo Ridola (Presidente della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma 'La Sapienza'). Comitato organizzatore: Antonio Caputo (già Presidente del Coordinamento italiano dei Difensori civici regionali e delle Province autonome); Pierangelo Catalano (Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del CNR-Università di Roma 'La Sapienza'); Carlos Constenla (Presidente dell'Istituto Latinoamericano del Ombudsman-Defensor del Pueblo, Buenos Aires); Andrea Trisciuglio

Mi preme innanzitutto rivolgere un particolare ringraziamento alle Autorità che hanno voluto manifestare personalmente la loro vicinanza all'iniziativa in occasione dell'apertura dei lavori: il Professor Gianmaria Ajani, Rettore dell'Università di Torino, la Professoressa Elisa Mongiano, in rappresentanza del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, l'Avvocato Enrico Merli in rappresentanza del Consiglio Nazionale Forense (delegato per il Piemonte e la Val d'Aosta). E riconoscenza va espressa anche nei confronti degli enti sostenitori: il Consiglio della Regione Piemonte, l'Università di Torino, il Dipartimento di Giurisprudenza della stessa, l'Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA) di Sassari, l'Associazione Circolo Torinese di Diritto Romano. Ancora un grato pensiero rivolgo alla Corale Universitaria di Torino che ha chiuso il convegno, secondo la migliore tradizione universitaria ispanica, con un *Gaudeamus igitur* molto apprezzato, e al Dott. Alberto Rinaudo che mi ha dato un aiuto fondamentale negli aspetti organizzativi e nella cura redazionale del presente volume.

Le Giornate torinesi intendevano sviluppare i risultati delle *Primeras Jornadas Ítalo-Latinoamericanas de Defensores Cívicos y Defensores del Pueblo* (Buenos Aires, 11-12 settembre 2008) e delle successive riunioni organizzate dal Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL-Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina (Tolosa, Salamanca, Oporto, San Pietroburgo, Roma) sui temi della Defensoría del Pueblo e della Difesa Civica, e ricordare in particolare il lavoro di Giuseppe Grosso, Professore di diritto romano, Presidente della Provincia di Torino, Sindaco di Torino, quindi Presidente del Comitato di Scienze giuridiche e politiche del CNR, che alla metà del secolo scorso aveva dato inizio ad una riflessione sul Tribunato dal punto di vista della Costituzione della Repubblica Italiana, e altresì a ricerche sul diritto latinoamericano. Dai saluti e ricordi iniziali, qui pubblicati, di Pierangelo Catalano, di Tommaso Edoardo Frosini e di Aldo Loiodice possiamo bene intendere come l'intreccio dei due campi di indagine, che ha poi avuto fecondi sviluppi negli anni a venire fino – possiamo dire – al Convegno torinese del 2016 ed oltre, si sia saldato grazie alle intuizioni di Giuseppe Grosso e alla sua vivacità progettuale altamente innovatrice con la quale ha interpretato il ruolo di Presidente del suddetto Comitato all'interno del CNR nell'ultimo periodo della sua vita terrena.

1. La prima sezione del presente volume è dedicata essenzialmente alla riflessione in chiave romanistica del Maestro torinese a proposito del diritto di sciopero

(Università di Torino). Sul convegno, dopo la conclusione dei lavori, v., a mia firma, *Grandi maestri, ricordando Giuseppe Grosso* pubblicato in *La voce e il tempo* del 25 settembre 2016 [www.lavocedeltempo.it/Territorio/Grandi-maestri-ricordando-Giuseppe-Grosso].

ro che da poco aveva avuto riconoscimento nella Costituzione italiana (art. 40).

Siamo nel 1953 e Grosso² scorgeva (con la dovuta attenzione alle diversità dei contesti storici e delle situazioni) un parallelismo tra l'*intercessio* del tribuno della plebe repubblicano e il diritto di sciopero; un parallelismo che viene ora rimeditato a fondo nei contributi di Cosimo Cascione, di Franco Vallocchia, di Emanuela Calore e dello scrivente (ma si veda anche l'intervento già citato di Frosini). Esso rafforzava la convinzione di Grosso, già espressa invero in un articolo di giornale del 1950³, che lo sciopero fosse uno strumento salutare per il progresso democratico della comunità e che dunque fosse opportuno legalizzarlo entro la Costituzione. Né nelle richiamate relazioni poteva essere trascurato il concetto di potere negativo⁴ di cui rappresentano energiche manifestazioni sia il *ius intercessionis* del tribuno sia il diritto di sciopero dei cittadini lavoratori. A tal proposito Grosso, da lucido comparatista, accennava ai limiti normativi posti al potere negativo e si soffermava sulle finalità dello stesso; richiamava da un lato la tenuta dell'ordine costituito, la coesione della *polis* non pregiudicabile da una contrapposizione sociale, ancorché aspra, legittima, insisteva d'altro lato sul raggiungimento di un risultato positivo (sia esso un nuovo accordo tra patrizi e plebei, oppure la conclusione di un nuovo contratto collettivo tra datore di lavoro e lavoratori) a completamento della funzione paralizzatrice tipica degli istituti esaminati.

Alcuni argomenti collaterali emersi nella prima sezione mostrano poi l'indubbia attualità del pensiero costituzionalista del Maestro torinese. Mi

2 Cfr. il suo articolo *Il diritto di sciopero e l'“intercessio” dei tribuni della plebe*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* 6-7, 1952-1953, 397 ss., ora in G. GROSSO, *Scritti storico giuridici cit.*, vol. I, 303 ss.

3 Cfr. G. GROSSO, *Diritto di sciopero*, in *Il popolo nuovo*, n. 6 del 7 gennaio 1950, 1, citato nel contributo di E. CALORE.

4 Sul quale cfr. i numerosi scritti di P. CATALANO; mi limito qui a ricordare: «Potere negativo» e sovranità dei cittadini nell'età tecnologica, in *Engagement et responsabilité des anciens élèves dans une monde en transformation, II Congressus Unionis Mundialis Antiquorum Societatis Jesu Alumnorum, Romae 26-30 Augusti 1967, Actes*, Napoli s.a., 91-106; «Potere negativo» e sovranità popolare, in *I cattolici italiani nei tempi nuovi della cristianità, Atti del convegno di studio della Democrazia Cristiana, Lucca 28-30 aprile 1967*, a cura di G. Rossini, Roma 1967, 824-830; *Tribunato e resistenza*, Torino 1971, spec. 18 ss.; *Un concepto olvidado: 'Poder negativo'*, in *Revista general de legislación y jurisprudencia* 80.3 (1980), 231 ss.; *Sovranità della multitud e potere negativo: un aggiornamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, Torino 2005; ivi (p. 643), è teorizzata la distinzione tra potere negativo diretto (esercitato direttamente dai cittadini, per esempio con la secessione o lo sciopero generale) e indiretto (che implica invece l'intervento tribunizio); adde la «Prefazione» in A. CAPUTO, *Un difensore civico per la repubblica. Difesa dei diritti dell'uomo e del cittadino nell'Unione Europea*, Soveria Mannelli 2012, 5 ss.

riferisco alla difficoltà, che si è avvertita nitidamente anche nella recente vertenza dei professori universitari italiani, di distinguere lo sciopero economico da quello politico; inoltre alle tracce del potere negativo che Franco Vallocchia ha inteso individuare negli istituti, presenti nell'odierno diritto pubblico italiano, della disapplicazione e della conferenza di servizi.

2. Nella seconda sezione gli autori ci presentano un quadro sintentico ma abbastanza esauriente dei modelli di difesa civica europei. L'adozione di una prospettiva storico-comparatistica e un approccio non solamente ricognitivo ma altresì critico nei confronti del tema proposto mi sembrano i tratti salienti delle relazioni "europee", che risultano in linea con le attese degli organizzatori. Rimanendo ancora nell'ambito delle istituzioni romane Antonio Palma ci offre la possibilità di confrontare il potere negativo del tribuno della plebe con i poteri attribuiti alla più tarda (IV secolo d.C.) e difficilmente inquadrabile figura del *defensor civitatis*, considerato già dal Cuiacio l'erede del tribuno nel campo della difesa dei soggetti deboli.

Anche Antonio Colomer Viadel si sofferma sugli antecedenti storici (non solo romani) del Defensor del pueblo spagnolo, per poi illustrare le peculiarità di tale figura e del Proveedor de Justicia portoghese, rilevando una vicinanza dei modelli iberici non tanto con l'Ombudsman svedese (a. 1809), quanto piuttosto con l'istituto del tribunato della plebe e del Justicia Mayor de Aragón (a. 1256).

La puntuale rassegna a firma di Elisabetta Di Suni allarga poi il campo di osservazione alla Svezia, Finlandia, Danimarca, Austria, Germania, Francia, Grecia, Regno Unito, Unione Europea; l'amara constatazione dell'autrice che l'Italia è il solo Paese della UE a non avere un difensore civico a livello nazionale si lega al rilevato paradosso dell'attuale situazione europea, nella quale si registra una presenza capillare di istituti di difesa civica laddove la Pubblica Amministrazione mostra già un elevato grado di efficienza.

Tatiana Alexeeva ripercorre invece l'evoluzione della Prokuratura a partire dalla sua istituzione durante l'Impero (Pietro I, a. 1722) fino all'attuale ordinamento della Federazione Russa. Dalla relazione di Alexeeva apprendiamo che attualmente in Russia la difesa civica dispone di una buona articolazione sul territorio e di una vasta gamma di mezzi di pressione e di sanzionamento, che vanno dall'avvertimento preventivo rivolto agli organi amministrativi e giudiziari fino alla presentazione di domande giudiziali laddove in particolare sia ravvisabile una lesione dei diritti umani.

La Francia e i Paesi francofoni inoltre sono messi sotto la lente di ingrandimento da Laurent Hecketsweiler e da Maria Grazia Vacchina. Il primo si interroga, da romanista molto critico nei confronti di derive liberali e positiviste, se il

passaggio in Francia dal Médiateur de la République (a. 1973) al Défenseur des droits (a. 2011) sia stato accompagnato da sostanziali mutamenti di fisionomia iscritti nella nuova denominazione. La seconda – forte di una lunga esperienza teorico-pratica maturata nei diversi ruoli di Difensore civico della Valle d’Aosta, di Coordinatrice della Conferenza nazionale dei Difensori civici italiani (delle Regioni e delle Province autonome) e soprattutto di Presidente dell’Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie (AOMF) – propone come tratto distintivo di una buona difesa civica la *pratique de l’équité*, valorizzata dalla AOMF, che consente, a certe condizioni, di rinunciare all’applicazione del diritto e di privilegiare soluzioni giuste. Soluzioni che il Médiateur, dall’alto di un’elevata statura professionale garantita da severi requisiti di eleggibilità, dovrebbe ricercare in collaborazione con le Amministrazioni puntando più sulla persuasione che non sulla coercizione o sulla sanzione.

3. Carlos Constenla, Presidente dell’ILO (Istituto Latinoamericano del Ombudsman-Defensor del Pueblo), apre la terza sezione dedicata alla difesa civica in America Latina che segue, per certi versi rafforzandolo, il modello iberico e dunque romano-repubblicano, allontanandosi per contro da quello scandinavo. L’autore non si limita tuttavia a scorgere una vicinanza tra defensores del pueblo latinoamericani e tribuni della plebe per la comune detenzione di un potere negativo⁵, ma individua altri riferimenti concettuali risalenti al diritto romano che guidano, o dovrebbero guidare, l’agire dei defensores: innanzitutto l’idea che il diritto, come riteneva Celso, è la ricerca di una soluzione giusta per il caso concreto (*ius est ars boni et aequi*) e, come tale, può condurre financo alla disapplicazione della legge; inoltre, l’ampia concezione della cittadinanza potenzialmente inclusiva degli stranieri, che nei tempi attuali si tradurrebbe nella possibilità di estendere anche a costoro gli strumenti a disposizione dei defensores per la tutela dei diritti umani.

Le peculiarità concettuali e funzionali della difesa civica neolatina illustrate da Constenla bene si armonizzano in verità con un sistema costituzionale basato sul principio della democrazia diretta, mentre stridono non poco con il diverso sistema della democrazia rappresentativa, basata sulla tripartizione dei poteri di Montesquieu, attualmente in crisi. È un tema, questo, ripreso nella dotta relazione di Giovanni Lobrano, che ha il merito di recuperare un filone del costituzionalismo rousseauiano di matrice romanistica trascurato – tranne

5 C. CONSTENLA si è già soffermato sul potere negativo in *No quedó en el olvido: el poder negativo*, in *Revista general de legislación y jurisprudencia* 1.3, 2014, 7 ss.; v. anche dello stesso, a proposito della “ubicación institucional del Defensor del Pueblo”, *Defensor del pueblo ¿un enemigo del pueblo?*, in *Éforos. Publicación Semestral del Instituto Latinoamericano del Ombudsman – Defensor del Pueblo (ILO)* 4.2, 2014, 27 s.

rare eccezioni – nelle dottrine giuspolitiche, una volta che si affermò, a partire dal XVIII secolo, neanche fosse un dogma insostituibile, la teoria della tripartizione dei poteri. Si tratta di una mirabile ricostruzione delle ragioni ultime per le quali si è abbandonata la tradizione democratica romana, nella quale il tribuno, in diretto collegamento con il popolo, incarnava il fondamentale mezzo di difesa della libertà dei cittadini. Convincente è poi la forte critica all'istituto della rappresentanza politica (senza vincolo di mandato) che Lobrano avanza ripercorrendone la storia; è difficile non riconoscere che la “sostituzione” della volontà dei rappresentanti a quella dei rappresentati tipica dell'istituto realizza, in fin dei conti, un furto di democrazia.

Con il contributo di Cristina Ayoub Riche si entra nel vivo dell'esperienza attuale della difesa civica in America Latina. L'autrice ripercorre le tappe di affermazione e di strutturazione della *Ouvidoria* brasiliana a partire dall'epoca coloniale, presentandola come un valido presidio (ora di livello costituzionale) dei diritti umani, strumento di democrazia diretta, in grado di trasformare la cultura del lamento in quella della partecipazione cittadina. Si sofferma poi con maggiore attenzione sulla *Ouvidoria* universitaria, i cui albori si situano nel 1992, e sulle sue specificità; qui la protezione dei diritti universitari (di tutte le componenti dell'Università: professori, studenti, personale amministrativo) mira anche ad un obiettivo più elevato rispetto alla risoluzione dialogante dei singoli conflitti, cioè quello del miglioramento del servizio reso dall'istituzione di alta formazione.

Alejandro Nató, dal canto suo, prende spunto dall'episodio della secessione dei plebei al Monte Sacro per una brillante interpretazione della defensoria del pueblo come spazio di interlocuzione nel quale è possibile canalizzare il diritto alla protesta popolare; si eviterebbe così una compressione di tale diritto e una criminalizzazione del suo esercizio, spesso giustificata nella recente storia dell'America Latina da ragioni di pubblica sicurezza.

Norberto Carlos Nancy si sofferma invece su di un particolare ambito di intervento del defensor del pueblo: quello della lesione dei diritti umani provocata dall'Amministrazione quando non siano adeguatamente garantiti i servizi pubblici domiciliari (le utenze domestiche) secondo i principi della universalità, facile accessibilità ed economicità. Gli attuali orientamenti del diritto internazionale e delle costituzioni latino-americane – osserva l'autore argentino – autorizzano in effetti ad enucleare un diritto all'abitazione caratterizzato da certi livelli qualitativi per quanto attiene alla fornitura di acqua, gas, energia; compito del defensor sarebbe dunque anche quello di assicurare il rispetto dei detti principi da parte delle Amministrazioni o delle imprese fornitrici (pubbliche o private), incidendo in particolare sulle politiche tariffarie al fine di contrastare la nuova povertà energetica.

Appassionata è la relazione che segue di Ricardo Ariel Riva, il quale

prende spunto dalla sua personale esperienza di Defensor del pueblo della città di Neuquén (Patagonia argentina), documentata da un toccante video, per denunciare la scarsa collaborazione offerta dai funzionari pubblici nei tentativi di mediazione adoperati dal defensor. Costui, secondo Riva, dovrebbe essere solerte nel dare visibilità alle situazioni di ingiustizia e, d'altro canto, impegnarsi in un' incisiva opera di sensibilizzazione sui diritti umani.

4. La quarta sezione colloca il lettore in una dimensione marcatamente propositiva (*de iure condendo*) con speciale riferimento all'ordinamento italiano, nella quale la maggiore efficacia degli istituti di difesa civica viene fatta dipendere per lo più da un ritorno al modello tribunizio romano e al potere negativo e, più in generale, da un'attenta valutazione dei profondi cambiamenti derivanti dalla globalizzazione. Questi inducono ad un ripensamento di schemi giuridici consolidati e di conseguenza ad un allargamento del campo d'azione dei difensori civici, posto che i cittadini necessitano ora di interventi protettivi non solo nei confronti del potere esecutivo ma anche nei confronti dei potenti attori economici che operano a livello mondiale fuori dalla tradizionale cornice statale.

Antonio Caputo riprende l'impostazione rousseauiana sul potere negativo, già adottata in un precedente ed importante libro⁶, e vede il difensore civico, novello tribuno, essenzialmente come magistrato di interdizione e sollecitazione, che gode di autonomia e indipendenza dal potere politico, particolarmente impegnato nella prevenzione dei conflitti tra Amministrazione e cittadino, stimolatore di atteggiamenti collaborativi e antiburocratici; la sua azione, improntata ai principi della democrazia partecipativa, dovrebbe garantire una legalità sostanziale, e non formale, in alternativa alle tradizionali vie giurisdizionali e con benefiche ricadute sul piano educativo tanto per i cittadini quanto per la Pubblica Amministrazione.

L'indirizzo politico "latino" privilegiato nel convegno – assai più favorevole alle forme della democrazia diretta (compatibili con un modello tribunizio della difesa civica) rispetto a quelle della democrazia rappresentativa parlamentare – non è totalmente condiviso da Giuseppe Valditara, che pure indica il principio della sovranità popolare, posto all'esordio della nostra Carta costituzionale, quale principale faro orientatore di indifferibili interventi migliorativi sulla Costituzione (sia formale sia materiale) italiana. La fiducia che l'autore

6 Cfr. A. CAPUTO, *Un difensore civico cit.* (supra, nt. 4), 29 ss.; tale libro beneficia di una felice interazione tra la riflessione storico-comparatistica e l'esperienza pratica dell'autore. Cfr. anche dello stesso, *Relazione del Difensore civico regionale* (anno 2013), 18 s., leggibile nel sito del Difensore civico della Regione Piemonte [cr.piemonte.it/web/assemblea/organismi-istituzionali/difensore-civico/attivita].

ripone nella democrazia rappresentativa è in parte attenuata dal riconoscimento di momenti straordinari in cui la violazione della sovranità popolare e dei diritti fondamentali del cittadino legittimano un diritto di resistenza, esercitato eventualmente nelle forme dello sciopero politico, anche nell'attuale assetto costituzionale. Quanto al difensore civico, Valditara ritiene opportuno convertirlo in un avvocato del popolo legittimato all'azione risarcitoria in caso di abusi della Pubblica Amministrazione e dei grandi gruppi economici; ciò che produrrebbe notevoli vantaggi per i cittadini rispetto agli attuali istituti delle Authorities e della class action, per vari motivi (scarsa indipendenza dalla politica, difetto di legittimazione processuale, eccessivi oneri economici) poco funzionali. Degna di sottolineatura poi mi pare l'ardita proposta di potenziare il ruolo di un tale difensore-avvocato consentendogli di promuovere direttamente il controllo di costituzionalità sulle leggi statali e regionali innanzi alla Corte Costituzionale; proposta, questa, che va nella direzione di scelte normative già operate in Spagna e in America Latina⁷.

Chiude la sezione l'intervento di Mariano Protto, per il quale il difensore civico è chiamato a fare i conti con un nuovo scenario nel quale il potere pubblico ha in parte dismesso le vesti tradizionali, assumendo anche strutture e modalità di azione di carattere privatistico che pongono seriamente il problema della tutela dei diritti fondamentali dei cittadini in rapporto ad un concetto di rapporto amministrativo ridisegnato. Le lesioni a tali diritti – osserva per altro Protto – non provengono solo da enti privatizzati ma anche dalle imprese multinazionali, contro le quali i rimedi giudiziari nazionali si rivelano totalmente inadeguati. La risposta normativa potrebbe essere dunque l'istituzione di difensori civici a livello globale, con le caratteristiche dei tribuni romani, che siano in grado di convogliare stabilmente le proteste dei cittadini contro le discutibili pratiche delle anzidette imprese esercitando un ruolo politico più che giudiziario.

Le II Jornadas hanno inoltre ospitato l'illustrazione del progetto "Portale telematico della difesa civica", elaborato da Antonio Cammelli, Elio Fameli e Giancarlo Taddei Elmi dell'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica (ITTIG) del CNR. Il progetto – ha reso noto il relatore Sebastiano Faro – è nato dall'esigenza di raccogliere e ordinare, secondo opportune chiavi di ricerca concettuale, la dispersiva informazione giuridica (legislativa, giurisprudenziale, dottrinale) presente nelle banche dati, proponendo, fra l'altro,

7 Per la Spagna, richiamando il potere negativo, v. A. COLOMER, *El defensor del pueblo, protector de los derechos y libertades y supervisor de las administraciones públicas*, Cizur Menor (Navarra) 2013, spec. 20, 208; adde P. CAROZZA – A. DI GIOVINE – G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, vol. I, Bari 2014, 218 s. [M. Iacometti]. Per l'America Latina, v. L. MEZZETTI, *L'Ombudsman nelle esperienze costituzionali dell'America Latina*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 4.2, 2006, 1732.

la creazione di un Osservatorio telematico della difesa civica, pensando non solo al lavoro dei difensori civici ma anche ai cittadini, spesso ignari dei diritti che possono vantare nei confronti della Pubblica Amministrazione. Esso attualmente può contare altresì sull'apporto dei siti web dedicati alla difesa civica, in particolare quello del Coordinamento Nazionale dei Difensori Civici delle Regioni e delle Province autonome e quelli dei differenti Difensori civici regionali. L'obiettivo originario del progetto, ancora attuale, è quello di realizzare un punto di accesso unificato all'informazione giuridica in materia di difesa civica, possibilmente arricchito da percorsi interattivi grazie ai quali il cittadino può comprendere da sé le norme e le procedure per la tutela dei propri diritti prima di rivolgersi al difensore civico.

5. Traendo le fila dei lavori del congresso e dei colloqui informali ad esso collegati, nella maturata convinzione che sia opportuno recuperare anche in Italia quel modello di difesa civica romano repubblicano che è stato poi adottato, pur con inevitabili adattamenti, nei Paesi iberici e latinoamericani, il Comitato organizzatore (Antonio Caputo, Pierangelo Catalano, Carlos Constenla e lo scrivente), con la supervisione e adesione dell'Avvocato Augusto Fierro (Difensore civico della Regione Piemonte), ha redatto la Carta di Torino per una nuova Difesa civica: una concreta e articolata proposta normativa indirizzata al legislatore italiano che è stata inclusa alla fine del presente volume.

Chiudo questa presentazione con una postilla, più intima, rivelatrice di un rammarico. Le difficili condizioni personali hanno impedito la trasmissione dell'intervento scritto al mio Maestro Filippo Gallo, che molto ha contribuito a tenere vivo all'interno della Scuola romanistica torinese il ricordo di Giuseppe Grosso, uomo e scienziato del diritto⁸, e a perpetuarne i valori, le dottrine e i metodi. La ferma convinzione di Grosso, recepita poi da Gallo, che ciascuno è "allievo della sua testa" mi ha permesso ampia libertà di scelta sui temi di studio e sui percorsi di ricerca. Per questo, ma non solo per questo, sono grato ad entrambi.

Torino, 27 aprile 2018.
Andrea Trisciunglio

8 Tra gli scritti di carattere commemorativo segnalo specialmente: F. GALLO, *Giuseppe Grosso. A venticinque anni dalla morte*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 98-99, 1995-96 (pubbl. 2000), ora in G. GROSSO, *Scritti storico giuridici cit.*, vol. I, XI ss.

Saluti e ricordi di Giuseppe Grosso

PIERANGELO CATALANO

*Unità di Ricerca 'Giorgio La Pira' del CNR – Università di Roma 'La Sapienza'
Associato dell'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR,
Firenze*

L'appoggio di Giuseppe Grosso: dalle lezioni del 1953 alle ricerche sull'America Latina*

Molte cose mi uniscono al Maestro universitario Giuseppe Grosso, nato a Torino nel 1906¹. Queste *Jornadas* torinesi vogliono indicarne due: “potere negativo” e America Latina. In tale prospettiva è significativo che le *Jornadas* siano organizzate dall'*Instituto Latinoamericano del Ombudsman – Defensor del pueblo*, con la partecipazione del Presidente Carlos Constenla, e che abbiano la collaborazione dell'ASSLA-Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (con sede a Sassari).

1. Potere negativo

Nel 1953, iscritto al I Anno del Corso di Giurisprudenza, ho ascoltato le lezioni di Giuseppe Grosso: «[i tribuni] non venivano inseriti nella costituzione con una funzione positiva, non avevano l'*imperium* né gli *auspicia*, avevano solo un'arma negativa, che era però poderosa, l'*intercessio*, il diritto di veto, con

* In assenza di una registrazione dell'intervento orale, il testo è stato redatto sulla base degli appunti, ampliato anche con note.

1 Vedi P. CATALANO, *Il prof. Grosso uomo politico e studioso*, nel settimanale torinese *Il nostro tempo*, a. 28, n. 41, domenica 4 novembre 1973; ID., *Giuseppe Grosso con noi*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 5, 1974-75, IX-XI.

cui potevano fermare qualsiasi atto dei pubblici poteri (salvo talune eccezioni)»². Proprio in quell'anno Giuseppe Grosso, Preside della Facoltà (dal 1945 fino alla morte) e Presidente della Provincia dal 1951 al 1965 (quindi Sindaco della Città di Torino) pubblicò il saggio “Il diritto di sciopero e l'*intercessio* dei tribuni della plebe” nella rivista della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma³. Da questo scritto, oltre che dalle lezioni, trae origine il mio discorso sul potere negativo, poi fondato sul pensiero di Jean-Jacques Rousseau⁴.

Dal 1962 al 1966 il Preside Grosso volle che mi venisse attribuito per incarico l'insegnamento di Diritto pubblico romano nel Corso di Scienze politiche della Facoltà di Giurisprudenza.

Nell'aprile 1967, a Lucca, nel *Convegno di studio della Democrazia Cristiana*, intervenni a proposito di “potere negativo” e sovranità popolare⁵, ricevendo gli assenti di Giovanni Gronchi e Carlo Donat-Cattin. Nell'agosto presentai una relazione al *II Congressus Unionis Mundialis Antiquorum Societatis Jesu Alumnorum*⁶, ricevendo l'assenso dell'argentino Atilio

2 Vedi *Storia del diritto romano. Lezioni del Prof. Giuseppe Grosso*², Giappichelli Editore – Litografia Viretto, Torino 1952, 100 (cfr. 96 ss., circa il *foedus* e l'“atto rivoluzionario” del giuramento). Le lezioni venivano integrate da esercitazioni degli studenti coordinate dall'assistente Filippo Gallo; qui svolsi un'esercitazione: vedi P. CATALANO, *Sopra l'origine della plebe*, in ‘*Consortium omnis vitae*’. *Lettere per Rosanna. In memoria di Rosa Anna Assunta Alabiso Catalano*, Napoli 2009, 9-19; F. GALLO, *Lettera [da Torino: a proposito della Facoltà giuridica torinese nel 1953]*, *ibid.*, 21-25.

3 *Il diritto di sciopero e l'‘intercessio’ dei tribuni della plebe*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* (III s.) 6-7, 1952-53, 397-401; ripubblicato nel volume postumo: G. GROSSO, *Tradizione e misura umana del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano 1976, 267-273 (anche in G. GROSSO, *Scritti giuridici*, tom. I, *Storia Diritto Società*, Torino 2000, 303-309). Su questo saggio vedi l'osservazione di Giovanni Pugliese: «Esso ha aperto un filone di ricerche sull'importanza politico-costituzionale del potere negativo, nelle quali si è distinto Pierangelo Catalano» (G. PUGLIESE, *Introduzione*, in G. GROSSO, *Tradizione cit.*, 14 s.).

4 Vedi P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971, 32 s.; 59 ss.; 128 ss.; ID., *Rousseau et le droit public romain*, in *Rousseau, le droit et l'histoire des institutions, Actes du Colloque international pour le Tricentenaire de la naissance de Jean-Jacques Rousseau 1712-1778, organisé à Genève, 12-14 septembre 2012*, édités par A. Dufour, F. Quastana, V. Monnier, Genève-Zurich-Bâle 2013, 3-27 (Séance inaugurale).

5 P. CATALANO, «Potere negativo» e sovranità popolare, *Convegno di Studio della D.C., Lucca 28-30 aprile 1967* (v. anche il volume *I cattolici italiani nei tempi nuovi della cristianità, Atti del convegno di studio della Democrazia Cristiana, Lucca 28-30 aprile 1967*, a cura di G. Rossini, Roma 1967).

6 P. CATALANO, «Potere negativo» e sovranità dei cittadini nell'età tecnologica, in *Engagement et responsabilité des anciens élèves dans un monde en transformation, II Congressus Unionis Mundialis Antiquorum Societatis Jesu Alumnorum, Romae 26-30 Augusti 1967, Actes*, Napoli, 91-106.

Dell'Oro Maini⁷, Presidente del Comitato esecutivo dell'UNESCO. Allora mi illusi di vincere rapidamente la “battaglia” intellettuale.

La “battaglia” continuò nell'Istituto Superiore di Scienze Sociali di Trento, dove insegnai (per indicazione del Padre Luigi Rosa di *Aggiornamenti sociali*⁸) dal 1967 al 1972. Di nuovo incontrai l'azione di Giuseppe Grosso, che nel 1965 aveva appoggiato questa istituzione⁹. Mi scontrai invece, nel 1968, con un altro torinese, Norberto Bobbio, e con l'economista Beniamino Andreatta¹⁰; tuttavia, a partire da quell'anno, mi venne attribuito (in luogo del Corso di “Storia delle istituzioni sociali e politiche”) l'insegnamento di “Potere negativo” come Seminario equivalente a corso semestrale¹¹. Questo scontro intellettuale con l'illustre filosofo del diritto fu evidente nel Convegno di Sassari su “Autonomia e diritto di resistenza” (1971)¹², nonostante un importante intervento di Giuseppe Grosso¹³. La Commissione giudicatrice per la promozione ad ordinario (composta da Giuseppe Grosso, presidente; Paolo Frezza; Giuseppe Ignazio Luzzatto, segretario) aveva formulato il seguente giudizio: «Questo inserimento degli istituti romani in un interesse per la ricerca del modo in cui ad essi hanno fatto ricorso diversi movimenti ideologici che hanno operato nella storia domina il volume “Tribunato e resistenza”, indagine

7 *Ibid.*, 147 s.; cfr. 83 ss.

8 Di questo giurista vedi ad es. gli articoli: L. ROSA, *Scienze sociali e riforma universitaria*, in *Aggiornamenti Sociali*, a. XVIII, n. 12, dicembre 1967, 621-630; *Id.*, *Agitazioni studentesche e università nuova*, in *ibid.*, a. XIX, n. 6, giugno 1968, 401-422; vedi in generale il volume *Padre Luigi Rosa gesuita nei ricordi di chi l'ha conosciuto e nella luce dei suoi scritti*, pagine raccolte e ordinate da F. Bertolli, Lonate Pozzolo 2012.

9 Vedi *Costruire un'Università. Le fonti documentarie per la storia dell'Università degli studi di Trento (1962-972)*, a cura di L. Blanco, A. Giorgi, L. Mineo, Bologna 2011, 157-159 (e nt. 168 a p. 227), 223 e 301.

10 Vedi G. AGOSTINI, *Sociologia a Trento 1961-1967: una “scienza nuova” per modernizzare l'arretratezza italiana*, Bologna 2008, 173; 213-215 (cfr. p. 11); AA.VV., *Costruire un'Università cit.*, 237 s. e *passim*; *La memoria dell'Università. Le fonti orali per la storia dell'Università degli studi di Trento (1962-1972)*, a cura di G. Agostini, A. Giorgi, L. Mineo, Bologna 2014, 148 ss. e *passim*.

11 Vedi C. PITTO, *Autonomia e 'potere negativo' nell'esperienza di lotta critica dell'Università di Trento*, in *Studi Saresi*, vol. III, *Autonomia e diritto di resistenza*, Milano 1973, 755-790, partic. 783 ss., sul Corso e sul Seminario.

12 Vedi M.G. PINTO DE BRITO, *Direito de resistência e poder negativo no pensamento de Norberto Bobbio: uma análise crítica*, in *Norberto Bobbio. Democracia Direitos humanos, paz e guerra*, org. G. Tosi, João Pessoa 2011, 283-314.

13 Vedi G. GROSSO, in *Studi saresi*, vol. cit., 412-415. Sulla partecipazione di Giuseppe Grosso ai Seminari su “Stato e istituzioni rivoluzionarie” (Cagliari 1972 e Sassari 1973) vedi *infra* nt. 22.

condotta con rigore scientifico, su pagine di storia ideologica e politica in cui l'esperienza del tribunato romano costituisce un motivo di richiamo variamente inteso. Di qui allo scritto costituzionalistico, con riferimento all'art. 40 della Costituzione, non c'è frattura» (9 ottobre 1970)¹⁴.

L'interpretazione dell'articolo 40 della Costituzione della Repubblica Italiana in base al concetto di potere negativo ebbe l'assenso di Giorgio La Pira (in due lettere del 1970 in corso di pubblicazione¹⁵) e del Direttore della rivista dei Gesuiti *Aggiornamenti sociali*, Padre Mario Castelli¹⁶, che molto si era adoperato, insieme al Padre Mario Reguzzoni e soprattutto al Padre Luigi Rosa, per l'Istituto Superiore di Scienze Sociali di Trento¹⁷.

La svolta “moderata” nell'Istituto trentino, capeggiata da Beniamino Andreatta e da Norberto Bobbio, mi indusse a lasciare l'insegnamento sul “Potere negativo”¹⁸. L'insuccesso universitario fu, a veder bene (oso dire: lapirianamente), una “grande vittoria”: iniziai così i miei viaggi in America Latina (1972) e in Russia (1975). La battaglia intellettuale per il “potere negativo” è continuata e continua in America Latina (v. *infra*). Ne sono testimoni, in queste *Jornadas*, Carlos Constenla, Antonio Colomer Viadel,

14 MINISTERO PUBBLICA ISTRUZIONE, *Bollettino Ufficiale*, parte II, n. 25, 2147 ss.

15 Vedi già P. CATALANO, *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica e contemporanea, Atti Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001*, Padova 2003, 61 ss.; ID., *Alcuni principi costituzionali alla luce della dottrina di Giorgio La Pira*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, dir. L. Labruna, cur. M.P. Baccari e C. Cascione, vol. I, Napoli 2006, 107-131.

16 Vedi M. CASTELLI, *Intellettuali e politici*, in *Aggiornamenti sociali*, giugno 1967, 449-454; ID., *In tema di destabilizzazione*, in *Aggiornamenti sociali*, aprile 1981, 277-284; vedi anche la raccolta *Scritti di Mario Castelli. Sviluppo democratico e potere negativo oggi in Italia e altri scritti*, Sassari 2002, in particolare l'articolo inedito “Sviluppo democratico e potere negativo oggi in Italia”, del 1997 (il cui dattiloscritto è conservato nel “Fondo Castelli”, presso la Sede nazionale delle ACLI di Roma).

17 Vedi *Costruire un'Università cit., passim* (v. Indice dei nomi); *La memoria dell'Università cit., passim* (v. Indice dei nomi); vedi anche G. AGOSTINI, *Sociologia cit.*, 175 ss. e *passim* (v. Indice dei nomi).

18 Vedi C. PITTO, *Autonomia cit.*, 783 ss., sul Corso “Storia delle Istituzioni sociali e politiche” e sul Seminario “Potere negativo”: «Ridotto, già nel 1968-69, per un primo atto di repressione interna dell'apparato accademico insediatosi a Trento, ad un “seminario di ricerca” (equivalente a corso semestrale) esso ha sviluppato, durante tre anni, il suo piano di ricerca sul potere negativo, la sovranità popolare e le classi sociali ed ha cercato di calarsi nei problemi reali della società» (p. 788 s.); v. anche *Resistenza e diritto di resistenza. Memoria come cultura*, a cura di A. De Benedictis e V. Marchetti, Bologna 2000, 42 s.

Antonio Caputo, nonché gli importanti scritti di Marcial Rubio Correa¹⁹.

2. America Latina

Anche per l'America Latina ebbi il forte appoggio di Giuseppe Grosso.

Nel 1972 Giuseppe Grosso venne eletto Presidente del Comitato di Scienze giuridiche e sociali del Consiglio Nazionale delle Ricerche (ne abbiamo una notizia precisa nel messaggio che ci ha inviato da Bari Aldo Loiodice)²⁰. Nella prima metà del 1973 il Comitato (su proposta di Vittorio Frosini, Mario Giuliano, Aldo Loiodice e Aldo Sandulli) redasse un "Programma finalizzato" su *America Latina: istituzioni giuridiche e realtà sociale*²¹.

Nel marzo del 1973 Giuseppe Grosso partecipò a Sassari al Convegno su "Stato e istituzioni rivoluzionarie", insieme agli ambasciatori di Colombia, Honduras, Paraguay e Venezuela²².

Pochi sono i costituzionalisti italiani disposti a rinunciare alle teorie della "rappresentanza politica" e della "divisione dei poteri" (derivate da Montesquieu e fondamentalmente liberali) e ancor meno quelli in grado di capire il concetto di "potere negativo" (derivato da Jean-Jacques Rousseau). Ricorderò per primo Giorgio Lombardi, mio compagno di Corso nel 1953, che intervenne nel citato Convegno su "Autonomia e diritto di resistenza"²³. Cito oggi esemplarmente: Augusto Barbera e Massimo Luciani, nonché il Vicepresidente emerito della Corte Costituzionale Paolo Maddalena. Ricordo qui di nuovo il filosofo del diritto Vittorio Frosini²⁴.

19 Cfr. *infra*, nt. 30.

20 Pubblicato in questo volume, *infra*, p. 35 s.

21 Vedi *Quaderni Latinoamericani* 1, 1977, 92 s.; cfr. ASSLA-ASSOCIAZIONE DI STUDI SOCIALI LATINOAMERICANI, *Rassegna 1972-1992*, Centro Mediterraneo per le Nuove Professioni, Sassari 1992, 18 s.

22 Vedi il quotidiano sassarese *La Nuova Sardegna*, 16 e 17 marzo 1973 (anche in GRUPPO DI RICERCA SULLA DIFFUSIONE DEL DIRITTO ROMANO, *Collaborazione con il Comité latinoamericano para la Difusión del Derecho romano. Rassegna 1972-1998*, VI ristampa, Sassari 2010, 27-29). La comunicazione di G. GROSSO, *Appunti sulla valutazione del tribunato della plebe nella tradizione storiografica conservatrice*, è pubblicata in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 7, 1977, 157-161; vedi anche ID., *Riflessioni su Tacito*, *Ann. 3.27, su Livio Druso padre e figlio e sul tribunato della plebe*, *ibid.* 3, 1972, 263-267.

23 Vedi in *Studi sassaresi*, vol. cit., 467-476; vedi anche G. LOMBARDI, *Premesse al Corso di Diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano 1986, 66 e 112; sul sistema giuridico latinoamericano, vedi *ibid.*, 49-68, 102-114.

24 Vedi V. FROSINI, *Gli statuti dei sindacati dei lavoratori*, in *Massimario di giurispru-*

Migliore è la situazione in America Latina. Basti pensare che l'*Enciclopedia Saraiva do Direito* ha pubblicato nel 1981 la voce "Poder negativo"²⁵. La Costituzione della Repubblica Bolivariana del Venezuela del 1999 ha chiaramente superato la tripartizione dei poteri²⁶. La linea dell'*Instituto Latinoamericano del Ombudsman – Defensor del pueblo* è chiara: significativo è il titolo di un articolo del Presidente Constenla, pubblicato nella più antica rivista di Spagna e America Latina: "No quedó en el olvido: el poder negativo"²⁷. Il salto qualitativo della terminologia si deve alla Costituzione spagnola del 1978: "defensor del pueblo" non corrisponde esattamente a "ombudsman" né a "médiateur"²⁸. Gli Stati europei dovrebbero far fronte alla globalizzazione e alle ingiustizie che ne derivano²⁹.

Sviluppi dottrinari si hanno in America Latina³⁰. Per l'Eurasia cito i

denza del diritto del lavoro 2, 1978, 283. Nel luglio 1976 Vittorio Frosini aveva presieduto una delegazione ufficiale del CNR alle "Primeras Jornadas Italo-Latinoamericanas de Informática Jurídica", a Lima, presso la Universidad Nacional Mayor de San Marcos: vedi *Quaderni Latinoamericani* 3-6, 1979 (partic. 13 ss.: V. FROSINI, *Introduzione agli Atti*).

25 P. CATALANO, voce *Poder negativo*, in *Enciclopedia Saraiva do Direito*, vol. LIX, São Paulo 1981, 146-159. Vedi ora A. PILATTI, *Crisi della divisione dei poteri (e della rappresentanza politica) e potere negativo: il dibattito della Costituente brasiliana 1987-1988*, in *Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* 9, 2010.

26 Vedi il volume *Potere negativo e Costituzioni bolivariane* (in *Teoria del Diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica* 2, 2007), Roma 2007. In generale, con riferimento all'America Latina, vedi il volume *Da Roma a Roma. Dal Tribunale della plebe al difensore del popolo. Dallo 'Jus Gentium' al Tribunale Penale Internazionale*, a cura di P. Catalano, G. Lobrano, S. Schipani, Roma 2002.

27 C.R. CONSTENLA, *No quedó en el olvido: el poder negativo*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (la más antigua de España y América Latina)* (III época) 1 (Enero-Marzo), 2014, 7-18, in riferimento al mio articolo *Un concepto olvidado: poder negativo*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (II época) 80, 1980, 231-248. Vedi anche C.R. CONSTENLA, *Teoría y práctica del defensor del pueblo*, Bogotá-México DF-Madrid-Buenos Aires 2010, partic. 64-87; cfr. la rivista *Eforos. Publicación del Defensor del pueblo de la Provincia de Buenos Aires*, a. 1, n. 2, agosto 2011, 37 s. ("Mensaje del profesor Pierangelo Catalano").

28 Per una riflessione dal punto di vista della Costituzione spagnola, vedi A. COLOMER VIADEL, *El Defensor del Pueblo, Protector de los Derechos y Libertades y Supervisor de las Administraciones públicas*, Cizur Minor (Navarra) 2013.

29 Quanto all'Unione Europea, vedi A. CAPUTO, *Un difensore civico per la Repubblica. Difesa dei diritti dell'uomo e del cittadino nell'Unione Europa*, Soveria Mannelli 2012; quanto alla globalizzazione, vedi P. CATALANO, *Sovranità della 'multitudo' e potere negativo: un aggiornamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, Torino 2005, 658-661.

30 Vedi, ad esempio, del romanista cubano J.A. FERNÁNDEZ ESTRADA, *De Roma a América Latina. El tribunado del pueblo frente a la crisis de la República*, San Luis de Potosí 2014,

Convegni nella Città di Valmontone (Provincia di Roma)³¹ e a Dušanbe, capitale del Tagikistan³².

La riflessione di Giuseppe Grosso sul diritto di sciopero nell'Italia del secolo scorso illumina anche le vicende odierne dell'America Latina (penso oggi, in particolare, a Argentina e Brasile).

Se fossimo ancora (e non mi dispiacerebbe) nel 1968 direi: *continuons le combat*.

con particolare riferimento a Cuba; e ora il volume pubblicato dal Rettore della Pontificia Universidad Católica del Perú, M. RUBIO CORREA, *Ideas de la Roma antigua para modernizar las constituciones de hoy*, Lima 2016.

31 Vedi *Difesa dei diritti dei cittadini. Difensore civico, Defensor del pueblo, Ombudsman. Valmontone. Palazzo Doria Pamphilj, 10-12 giugno 2010*, a cura di A. Caruso, Roma 2010.

32 Vedi *И Евразийский семинар по римскому праву, I Seminario eurasiatico di diritto romano, Dušanbe 14-15 ottobre 2011*, a cura di P. Catalano e M. Machmudov, Dušanbe 2013.

TOMMASO EDOARDO FROSINI

Vicepresidente del CNR

Diritto di sciopero e Costituzione. Una lettera

Illustri Colleghi e cari Amici,

Innanzitutto mi scuso molto con voi per la mia assenza alle Giornate latinoamericane in omaggio al Professore Giuseppe Grosso, così molto bene organizzate e di grande rilievo scientifico, che si svolgeranno a Torino il prossimo 8 e 9 settembre. Assenza dovuta a pregressi impegni, che non mi è stato possibile spostare o annullare. Vi sono molto grato per avermi fatto l'onore di cooptarmi tra i componenti del Comitato scientifico della manifestazione, anche in virtù della carica di consigliere di amministrazione del Cnr, che ricopro da inizio anno. Il Cnr è stato, e conta di esserlo ancora, sempre sensibile agli studi e le ricerche del mondo giuridico latinoamericano, come, tra l'altro, testimonia l'ammirevole impegno dell'Unità di ricerca Giorgio La Pira del Cnr, che ha sede presso la Sapienza di Roma ed è così autorevolmente diretta dal prof. Pierangelo Catalano. E poi, sempre a proposito del Cnr, come dimenticare l'autorevole presidenza di quello che era il Comitato di scienze giuridiche e politiche del Cnr del professore Giuseppe Grosso, al quale oggi è dedicato il convegno? Mi piace ricordare, e spero me lo consentirete, che in quel Comitato era presente anche mio Padre, il quale venne eletto pure per il mandato successivo (sotto la presidenza stavolta di Aldo M. Sandulli) e tanto si impegnò nell'intensificare i rapporti con la cultura giuridica straniera, specialmente quella sudamericana, oltretutto avviare anche la ricerca sui temi dell'informatica giuridica.

Vorrei spendere qualche parola sul tema del convegno, così suggestivo e significativo anche per il costituzionalista vocato altresì agli interessi comparatistici. Quello del tribunato e potere negativo è un tema che ha fortemente caratterizzato la scuola romanista di Giuseppe Grosso. Il quale, in una fulminante intuizione in un saggio del 1952, collegava altresì il diritto

di sciopero con l'*intercessio* dei tribuni della plebe, affermando che “il potere sindacale, coll’arma dello sciopero, è entrato nella struttura della società e dello Stato moderno come il potere tribunizio nella *civitas* romana”. Argomenti che verranno ripresi, ampliati e autorevolmente sostenuti dall’allievo di Grosso, Pierangelo Catalano. A partire da quel formidabile libretto del 1971 dedicato a *Tribunato e Resistenza* (edito da Paravia), che sviluppa una concezione democratica fondata sul concetto di sovranità popolare di derivazione rousseauiana; e che individua, altresì, il diritto di sciopero quale istituto *Della resistenza politica individuale e collettiva*, per dirla con il titolo di un noto scritto di Vittorio Emanuele Orlando. Sempre sul tema del tribunato, voglio altresì ricordare l’importante monografia di un allievo di Pierangelo Catalano, Giovanni Lobrano, dedicata a *Il potere dei tribuni della plebe* (edita da Giuffrè nel 1983). Un libro che ricevetti in omaggio dallo stesso Lobrano negli anni del mio primo insegnamento nella Facoltà giuridica di Sassari, dove lo ebbi prima collega e poi Preside e mi è caro il ricordo di quella indimenticabile esperienza nell’Ateneo turritano, dove peraltro si era svolto, a inizi anni Settanta, quello straordinario convegno su *Autonomia e diritto di resistenza*, i cui *Atti* (pubblicati da Giuffrè nel 1973) rimangono davvero un punto fermo di riferimento per gli studi sul tema.

Consentite, infine, che svolga una breve considerazione sul diritto di sciopero nell’assetto costituzionale, anche alla luce dell’esperienza che ho vissuto, oramai una decina di anni fa, quale componente della Commissione di garanzia dell’attuazione della legge sullo sciopero. In un convegno che organizzai per conto della Commissione, insieme alla collega Mariella Magnani (i cui *Atti*, a nostra cura, sono usciti per l’editore Giuffrè nel 2010), uno dei relatori, Massimo Luciani, nell’espone il tema del diritto di sciopero contestualizzato tra forma di Stato e forma di governo, diede (anche) particolare risalto allo sciopero politico come diritto di resistenza, in quanto radicato su un diritto sociale, e cioè il diritto di promozione all’uguaglianza sostanziale ex art. 3 comma secondo della Costituzione. Tesi suggestiva, che sposta il parametro costituzionale che invece Costantino Mortati aveva individuato nell’art. 1 secondo comma della costituzione con riferimento alla sovranità popolare. Infatti, Mortati qualificava lo sciopero politico come forma di resistenza collettiva, suscettibile di tradursi in uno strumento popolare alle scelte di indirizzo politico e come “autoassunzione dei poteri di decisione politica, in luogo degli organi cui spetterebbero, di resistenza che si manifesta attraverso lo sciopero utilizzato al di fuori della sfera definita dall’art. 40 Cost.”. Certo, lo sciopero politico viene a essere esercitato in quei casi in cui l’astensione dei lavoratori è voluta per incidere non solo e non tanto come pressione sul datore di lavoro per ottenere miglioramenti contrattuali, ma soprattutto sul regolare svolgimento della *polis*, e in particolare sull’e-

servizio dei servizi pubblici essenziali. Anche se, a partire dalla legge n. 146 del 1990, la novella del 2000 e la “giurisprudenza” della Commissione di garanzia hanno fissato una serie di paletti per circoscrivere l’uso e, soprattutto, l’abuso dello sciopero politico, operando un accorto bilanciamento tra il diritto costituzionale di sciopero e i diritti costituzionali del cittadino. Andando così a verificare l’espansione e i limiti del diritto di sciopero, che non è più riferibile alla sola disposizione costituzionale che lo regola (art. 40 Cost.), ma piuttosto si innerva nell’intero tessuto costituzionale.

Altro tema che verrà affrontato nel corso del Convegno torinese è quello del difensore civico: tema di straordinario interesse e attualità, che si sta venendo a sviluppare positivamente nelle esperienze regionali italiane e che conosce nell’esperienza comparata ed europea una sua piena affermazione e riconoscimento. Sarei tentato anche qui di fare qualche osservazione ma non voglio abusare di questa mia già invadente testimonianza. Pertanto, mi congedo da voi formulando i miei migliori auguri di buon lavoro per questo importante Convegno in ricordo della nobile figura di Giuseppe Grosso e con l’augurio di ulteriori, successivi convegni per l’iniziativa e sotto l’egida dell’Unità di ricerca Giorgio La Pira del CNR.

ALDO LOIODICE

già Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Bari – già Segretario del Comitato di Scienze Giuridiche e Politiche del CNR

Breve ricordo del Prof. Giuseppe Grosso per la presenza nel Consiglio Nazionale delle Ricerche

Il Prof. Giuseppe Grosso fu eletto nel 1972 Presidente del Comitato di Scienze Giuridiche e Politiche del CNR con il voto favorevole di cinque componenti su nove e, praticamente, con quello determinante del Prof. Aldo Loiodice il quale collaborò con lui in qualità di Segretario del Comitato.

L'attività svolta insieme fu molto proficua perché il Presidente Grosso aveva una capacità di intuizione, organizzazione dei lavori e percezione della rilevanza scientifica molto accentuata; in quell'anno ebbe il merito di riuscire ad inserire le scienze giuridiche nell'ambito della programmazione generale del Consiglio Nazionale delle Ricerche, che era stata deliberata dal Consiglio di Presidenza dell'epoca e che si realizzava attraverso i c.d. programmi finalizzati.

Vale a dire che un progetto di ricerca interdisciplinare con più articolazioni riceveva un notevole finanziamento nella misura in cui veniva riconosciuto di interesse nazionale.

In questa occasione egli sostenne il progetto finalizzato sull'America Latina che all'esterno del CNR veniva proposta dal Prof. Pierangelo Catalano e che trovava le sue radici nella presenza, nel Comitato di Scienze Giuridiche e Politiche, nel quadriennio precedente, del Prof. Corrado Pecorella.

Nel quadriennio presieduto dal Presidente Grosso il progetto ottenne l'approvazione del Comitato di Scienze Giuridiche e Politiche, fu portato all'approvazione del Consiglio di Presidenza e dell'Assemblea Generale e riuscì a raggiungere il traguardo di un finanziamento adeguato; il progetto mise in moto tutta una serie di ricerche e di rapporti tra le Università italia-

ne e le Università dell'America Latina sotto la guida del Prof. Pierangelo Catalano che aveva fondato l'ASSLA e che con tale strumento associativo riuscì a rendere più agevole il coordinamento tra le sedi universitarie.

Con la sua efficacia e capacità compositiva riuscì a far comprendere che le ricerche giuridiche riguardanti i paesi dell'America Latina non avevano certamente un valore inferiore a quelle riguardanti l'America del Nord o altri paesi dell'Europa. Introdusse in sostanza un criterio più ampio di quello strettamente limitato alla comparazione tradizionale. A tal fine utilizzò i concetti romanistici facendo notare che, nell'America Latina, il diritto romano era stato ed era molto utilizzato e costituiva una base fondamentale anche del diritto vigente.

Il Presidente Grosso guidava le Adunanze del Comitato con efficacia e capacità direttiva, che rendevano concludenti le riunioni ed infatti, in quel periodo, furono approvate altre iniziative, di livello inferiore ai progetti finalizzati, che portarono però nelle Università Italiane la linfa di una pluralità di interventi e di ricerche, unitamente all'*Istituto per la documentazione giuridica* [oggi ITTIG] e l'*Istituto di studi sulle regioni* [oggi ISSIRFA] che vennero valorizzati in quel periodo e tutt'ora sono validi strumenti di ricerca (anche se il nuovo CNR ha una dimensione operativa totalmente diversa).

La capacità argomentativa e persuasiva del presidente Grosso, all'interno dei lavori del Comitato ed anche nell'assemblea generale del CNR, si fondavano su di una efficacia argomentativa ed anche su di un eloquio simpatico e suggestivo, che consentiva di comprendere facilmente questioni giuridiche abbastanza complesse.

Da questi suoi interventi la scienza giuridica italiana ha tratto notevoli vantaggi che si riscontrano tutt'ora nei risultati delle ricerche a suo tempo finanziate, promosse e controllate.

Nei lavori del Comitato era abbastanza rigido con riguardo alla valutazione delle richieste di finanziamento, dei progetti nazionali da adottare, come lo era stato nella presentazione del progetto internazionale finalizzato sull'America Latina. Si possono ricordare la sua capacità di ironia con il racconto di episodi (che consentivano di sdrammatizzare la tensione che si creava nella discussione e nella passione per le ricerche con atteggiamenti contrapposti sia culturali che scientifici) anche con riguardo alle ipotesi di responsabilità che ognuno dei componenti assumeva con le decisioni di finanziamento.

In questo quadro si colloca l'attenzione per la Difesa Civica, nella dimensione dell'America Latina.

I

**Tribunato e diritto di sciopero secondo Giuseppe Grosso
(a proposito della Costituzione della Repubblica Italiana)**

COSIMO CASCIONE

Università di Napoli 'Federico II'

Tribunato e diritto di sciopero: un aspetto del costituzionalismo di Giuseppe Grosso

Tribunato e diritto di sciopero, tra passato e presente, si ricongiungono nella riflessione scientifica (e civile) di Giuseppe Grosso, nella più ampia e intensa sua inquietudine per un invero concreto della Costituzione repubblicana del 1948, dopo gli anni del potere totalitario e della guerra distruttrice.

Le necessità di vita dell'uomo, considerato nei suoi rapporti sociali e al centro dell'ordinamento, l'armonia tra le diverse esigenze, talvolta opposte, che si manifestano nella vita comunitaria e dunque nella politica, sono temi centrali del costituzionalismo sviluppato dal maestro torinese, ma anche del suo profondo sguardo di storico.

L'esordio del primo scritto scientifico sul tema oggi al centro della nostra attenzione, uscito nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche* del 1952-53, è incentrato su un problema allora di grande attualità: la «soluzione legislativa» del regime sindacale e del diritto di sciopero. Istituti previsti, negli art. 39 e 40, dalla Carta entrata in vigore allora appena da qualche anno, ma (come non pochi altri li proclamati) irrealizzati in tutta la loro potenziale innovativa effettività, in quanto non disciplinati (a norma del dettato costituzionale) da una legge ordinaria. Si trattava – nei termini posti da Grosso – di una tipica questione di rapporto tra il «problema ardente» (quello che vive nella realtà) e lo «schema giuridico», che – per raggiungere il proprio scopo – dovrebbe adeguarsi, piegarsi alla consistente oggettività dell'istituto, «risultante di forze vive e operanti» (temi che sarebbero stati poi inquadrati – anche – nell'idea del diritto vivente). Ciò, con riguardo allo specifico, in una situazione di sostanziale antinomia (erano i tempi in cui non poche

resistenze si manifestavano rispetto alla immediata vigenza delle norme costituzionali, senza la mediazione attuativa della legge ordinaria), in cui il Codice penale del 1930 considerava ancora lo sciopero (e, simmetricamente, la serrata), negli art. 502 e 503, un reato (dopo la più liberale soluzione del Codice Zanardelli).

La spiegazione del problema proposta dallo studioso torinese si impernia su un modello storico: quello del tribunato della plebe, magistratura «rivoluzionaria», «strumento di lotta di classe». Il romanista (e che romanista!) non indossa qui distaccati panni curiali, ma mette la sua intelligenza a disposizione per l'inquadramento e la soluzione di un problema pratico odierno. L'arma «negativa», attraverso la quale il tribunato viene costituzionalizzato, fu l'*intercessio*, un potere virtualmente distruttivo rispetto all'attività di governo, che purtuttavia non impedì lo sviluppo organico della comunità romana, anzi ne fu dispositivo operoso. Questa l'idea di fondo che Grosso dispiega nelle sue pagine, concretamente innestate sulla difficoltà (anche politica) da superare. Quando quella società antica subì le spinte disgregatrici della crisi, il tribunato non fu, in sé, causa di turbamento, pur inserendosi – attraverso l'esercizio dei poteri di singoli tribuni – nella dinamica «rivoluzionaria».

Il meccanismo interpretativo proposto da Grosso non costituisce una mera equivalenza nella diacronia. È tutt'altro che appiattimento o banalizzazione della complessità della storia. Il maestro torinese ben riconosceva l'individualità delle differenti situazioni, le (grandi) diversità tra passato e presente. Eppure non poteva dare fiducia a un'argomentazione storica astratta (o a un isolamento dogmatico del dato reale). Urti, scontri, trattative, accordi divengono – nelle sue pagine – modelli euristici della vita comunitaria in continua tensione. Nasce così l'intuizione «spontanea» e «chiara» del parallelismo tra organizzazione sindacale, diritto di sciopero e tribunato. L'ingresso delle armi di lotta sociale nella comunità (o nello «Stato») ne precede la versione istituzionalizzata. La differenza di struttura (tra mondo antico e attualità) non impedisce la riflessione analogica sulle funzioni. Grosso evoca un'altra corrispondenza rispetto alle agitazioni del presente (in particolare in riferimento all'astensione organizzata dal lavoro): con le secessioni plebee. Ma tiene a sottolineare la precipua simmetria funzionale di *intercessio* e sciopero: paralizzare un meccanismo (politico-economico o economico-politico). Lo sciopero rivoluzionario (considerato funzione della organizzazione capitalistica della società), che diventa «arma legalizzata», anzi costituzionalizzata come «diritto fondamentale», per il quale – però – la Carta del 1948 afferma la necessità di una delimitazione legislativa dell'esercizio. Un punto di equilibrio tra la «concreta e gloriosa storia» del lavoro nell'età industriale e quella «necessità della collaborazione» di cui è icona – a partire dal mondo

romano antico – la figura di Menenio Agrippa.

Sul tribunato della plebe Grosso tornerà negli anni caldi delle proteste postsessantottine, che avevano – tra l'altro – provocato il distacco del Professore dall'attività politica, dopo le alte responsabilità amministrative ricoperte sulla base di un nobile progetto che poneva al centro le autonomie.

Intanto la Corte costituzionale, nel 1960, aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 502 del Codice penale, che considerava delitto «serrata e sciopero per fini contrattuali» (cioè economici), e si accingeva a espungere dall'ordinamento (la sentenza è del 1974, Presidente della Corte il romanista Bonifacio) anche l'art. 503, relativo allo sciopero «politico» (nella parte in cui quella norma non si riferisce ad attività che attentino alla Costituzione o al legittimo esercizio dei poteri basati sulla sovranità popolare).

A Sassari, in occasione dell'importante convegno del 1971 su «Autonomia e diritto di resistenza» (temi sollevati con raro vigore e intensa passione dall'allievo Pierangelo Catalano, in un epico scontro con Bobbio), Grosso tornò sul tema, individuando la natura del potere «negativo» (sciopero, *intercessio*) come strumento con valore «positivo» (perché teso a risultati «positivi»). Tuttavia notò una confusione dei due aspetti nel modo in cui i sindacati del tempo (ancora in attesa della legislazione ordinaria di attuazione dei principi costituzionali) utilizzavano l'arma, da strumento per ottenere un risultato specifico a mezzo politico ordinario e addirittura programmato, forma costante di pressione sul governo (preconizzando, perfino, una futuribile «dittatura sindacale»).

Index, la rivista camerte-napoletana frutto dell'entusiasmo di Luigi Labruna, ospitò poi una riflessione più puramente romanistica di Grosso sulle modificazioni del tribunato nei tempi postgraccani, quando gli estremismi conservatori verso quella magistratura (riportati nelle fonti) svelano elementi «per valutare la carica che esso aveva conservato della sua origine», anche se la dialettica patrizio-plebea s'era spenta e il tribunato ormai «s'inseriva come elemento del gioco nella crisi della società romana e della repubblica». La procedura di istituzionalizzazione della carica rivoluzionaria si consumava così nel disfacimento di una costituzione non più al passo con i tempi, che mostrava sempre più chiaramente lo scollamento tra realtà e «schemi» di copertura giuridica. Ma al contempo – come Grosso ebbe modo di osservare soprattutto nel (quasi contemporaneo) saggio *Sul tribunato della plebe* (elaborato nel medesimo contesto di studio, riflessione, confronto) –, proprio negli anni dell'emersione dello squilibrio istituzionale, con i Gracchi, «il tribunato è di nuovo visto come strumento di agitazione popolare e di rivendicazione». Le proposte tribunicie possono ormai configurare (e configurano) progetti politici ampiamente riformatori, se non realmente eversivi. Ma queste intenzioni, questi programmi, proprio a seguito del processo

di istituzionalizzazione (che dal 287 – o 286 – a.C. aveva fornito i tribuni del potere «positivo» di proporre plebisciti con generale valore di legge), emergono ormai nell’iniziativa legislativa più che nell’*intercessio*. Questo strumento tecnico-giuridico, operante nella viva concretezza della politica, restava – però – carattere tipico della magistratura plebea e funzionò (nel potenziale suo irraggiamento polidirezionale) da «supporto della più vasta esplicazione» dei poteri tribunizi fino alla fine della *libertas*.

Poi venne l’astuto (e ambiguo) potere di uno solo, l’avvilimento della plebe (e dello stesso *populus*) come corpo politico costituzionalmente efficace, e, col tempo, ci si domandò – addirittura – se l’antica magistratura non fosse altro che un’«ombra inane e un nome senza onore» (Plin. iun., *Epist.* 1.23.1).

Breve postilla bibliografica

Un recente completo profilo di Giuseppe Grosso è nella ricca voce dedicatagli da F. GORIA, in *DBGI.*, vol. I, Bologna 2013, 1075-1077 (con altra bibliografia). Su Grosso e la Costituzione repubblicana rinvio al mio *Arangio-Ruiz, Grosso, De Martino: pagine costituzionali*, in *Tradizione romanistica e Costituzione* (dir. L. Labruna, cur. M.P. Baccari, C. Cascione), vol. I, Napoli 2006, 227-250. I lavori *supra* citati del maestro torinese sono: *Il diritto di sciopero e l’‘intercessio’ dei tribuni della plebe*, in *RISG.* 6-7, 1953-54, 397-401 [= *Scritti storico giuridici*, vol. I, Torino 2000, 303-309]; *Intervento su Autonomia e diritto di resistenza*, in *St. Sass.*, 1970-71, 412-415 [= *Scritti cit.*, 955-958]; *Riflessioni su Tacito, Ann. 3.27, su Livio Druso padre e figlio e sul tribunato della plebe*, in *Index* 3, 1972, 263-267 [= *Scritti cit.*, 930-934]; *Sul tribunato della plebe*, in *Labeo* 20, 1974, 7-11 [= *Scritti cit.*, 968-972], poi anche in *Index* 7, 1977, 157-161 (con il titolo *Appunti sulla valutazione del tribunato della plebe nella tradizione storiografica conservatrice*).

FRANCO VALLOCCHIA

Università di Roma 'La Sapienza'

«Legalità» e «ordine» nel pensiero di Giuseppe Grosso: «valore positivo» del «potere negativo»*

1. Giuseppe Grosso, giurista e uomo pubblico. – 2. Intercessione tribunitia, diritto di sciopero, «legalità» e «ordine». – 3. Il concetto di «potere negativo» ed il suo «valore positivo». – 4. Tracce 'sparse' del «potere negativo» nell'odierno ordinamento italiano. – 4.1. *L'istituto della "disapplicazione"*. – 4.2. *La conferenza di servizi di cui all'art. 9, c. 3, del d.lgs. n. 114/1998*. – 5. Il Difensore civico in Italia.

1. Giuseppe Grosso, giurista e uomo pubblico

Giuseppe Grosso fu giurista e fu uomo pubblico¹. I suoi 'titoli' sono ampiamente noti; mi limito a citare quelli di maggiore evidenza, se così si può dire: Sindaco della Città di Torino per tre anni, Presidente della Provincia di

* Il testo è frutto di una rielaborazione della comunicazione tenuta presso l'Università di Torino l'8 settembre 2016 nell'ambito delle "Segundas Jornadas Italo-Latinoamericanas de Defensores Cívicos y Defensores del Pueblo. Tribunalado – Poder negativo y defensa de los derechos humanos. En homenaje al Profesor Giuseppe Grosso (Torino 8-9 settembre 2016)". Ho mantenuto l'originaria struttura della comunicazione, aggiungendovi un contenuto apparato di note.

1 Uso anch'io l'espressione "uomo pubblico" che ebbe ad usare Pierangelo Catalano, al lievo di Grosso, in *Grosso con noi*, in *Index. Quaderni Camerti di studi romanistici* 5, 1974-1975, IX. Essa è molto più efficace, secondo me, della parola di origine greca "politico", soprattutto perché, trattandosi di uno studioso di diritto romano, è più vicina alla sensibilità espressa dai segni latini "publicus" e "populus".

Torino per quattordici anni, Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Ateneo torinese per ventotto anni e, quel che risulta aver contato di più per lui, Professore per quarantacinque anni².

2. Intercessione tribunitia, diritto di sciopero, «legalità» e «ordine»

Grosso, giurista e uomo pubblico, aveva affrontato il complesso tema del 'potere' con la "sensibilità storica" di chi esprime i problemi «in quella varietà che la storia ci permette sempre di cogliere» (come lui stesso diceva per spiegare l'espressione "sensibilità storica")³.

Ponendosi da tale prospettiva, Grosso aveva analizzato il potere di intercessione dei tribuni della plebe; e lo aveva fatto in un'ottica di comparazione con figure giuridiche dei contemporanei ordinamenti, riferendosi specificamente al diritto di sciopero ed al concetto di 'legalizzazione' o, se si vuole, di costituzionalizzazione.

Diceva Grosso nel 1955:

un'arma rivoluzionaria può essere legalizzata, come è di quel meraviglioso paradosso storico che ha costituito l'*intercessio*, cioè il diritto di veto, del tribuno della plebe romano, a cui potrebbe farsi in certa guisa corrispondere la legalizzazione del diritto di sciopero dei tempi moderni⁴.

Continuava Grosso, sempre nel 1955:

quanto più una società, nel suo diritto, sa comprendere in sé e coordinare gli opposti

2 Giuseppe Grosso nacque il 24 luglio 1906 e morì il 27 ottobre 1973. Conseguì la laurea in Giurisprudenza nel 1927 e fu Professore universitario fino alla sua morte. Fu Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino dal 1945 alla morte. Fu Presidente della Provincia di Torino dal 1951 al 1965 e Sindaco della Città di Torino dal febbraio 1965 al settembre 1968. Per notizie biografiche relative a Giuseppe Grosso, v. F. GORIA, voce *Grosso Giuseppe*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. LX, Roma 2003. Il valore prioritario dato dallo stesso Grosso al proprio titolo di Professore lo evinco da ciò che scrive Filippo Gallo del Suo Maestro e dall'epigrafe apposta sulla sua sepoltura che, appunto, ricorda solo tale titolo (v. F. GALLO, *Giuseppe Grosso a venticinque anni dalla morte*, in G. GROSSO, *Scritti storico giuridici*, vol. I, *Storia diritto società*, Torino 2000, XI).

3 Nella *Prefazione* del volume *Tradizione e misura umana del diritto*, pubblicato postumo a Milano nel 1976, Grosso si era qualificato come «studioso dalla sensibilità giuridica e storica».

4 G. GROSSO, *Il valore della legalità*, in *Centro di alta cultura, XII conferenza (tenuta il 17 giugno 1955)*, ora in G. GROSSO, *Tradizione cit.*, 115 ss.

elementi e la dialettica della loro storia, quanto più essa sa assorbire le stesse forze che tendono al rinnovamento, tanto più quella società può svilupparsi ed evolversi nella continuità della tradizione che è propria del diritto, e quindi la sua legalità è espressa da un ordine che nasce da un'esigenza intima della società stessa⁵.

Ecco, quindi, il principio della “legalità”, che per Grosso è espresso dall’“ordine”, che è il diritto, il quale comprende (anche) quegli elementi che, pur opposti e finanche antagonisti, permettono alla società di svilupparsi «nella continuità della tradizione che è propria del diritto».

Infatti, proprio in riferimento alla intercessione tribunitia, Grosso, già nel 1953, aveva ricordato che essa, «arma rivoluzionaria costituzionalizzata, non ha frenato lo sviluppo di Roma, ma si è inserita nei termini di esso»⁶.

La legalità e l'ordine che la esprime, quindi, passano anche attraverso la ‘legalizzazione’ di “armi rivoluzionarie”, come l'intercessione tribunitia in Roma e lo sciopero nell'età contemporanea. Va così che la potestà tribunitia di veto veniva da Grosso qualificata, già nel 1953, come “negativa”.

Da allora, non sono stati compiuti molti passi in avanti quanto alle riflessioni sul concetto di ‘negativo’ riferito al potere; tale concetto è stato trascurato, tranne poche eccezioni, non dico tanto dai giusromanisti, ma anche (e soprattutto) dai giuspositivisti.

Tanto per fare un esempio, nella più recente opera enciclopedica italiana di natura giuridica – l'*Enciclopedia giuridica* – che, come è noto, ha posto al bando la prospettiva storico-giuridica⁷, non solo manca la voce ‘Potere negativo’ – e mi sarei stupito del contrario –, ma nelle voci “Potere e potestà” e “Resistenza”, redatte da Augusto Cerri e che *ratione materiae* mi sembrano le più consone a contenere quanto meno un accenno al tema, manca finanche il riferimento all'espressione⁸.

3. Il concetto di «potere negativo» ed il suo «valore positivo»

A questo punto, diviene necessario interrogarsi sul contenuto di questo ‘potere negativo’. E lo dobbiamo fare partendo, ovviamente, da Grosso.

5 G. GROSSO, *Il valore cit.*

6 G. GROSSO, *Il diritto di sciopero e l'intercessio dei tribuni della plebe*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* 6-7, 1952-1953, 397 ss. (ora in G. GROSSO, *Tradizione cit.*, 267 ss.).

7 B. PARADISI, *Prefazione*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Roma 1988.

8 A. CERRI, voce *Potere e potestà*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIII, Roma 1990; Id., voce *Resistenza (diritto di)*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVI, Roma 1991. Parimenti vana è la ricerca dell'espressione ‘potere negativo’ negli Indici dell'*Enciclopedia* (nel vol. XXXIII).

Il Maestro, in occasione di un convegno su “Autonomia e diritto di resistenza”, tenutosi a Sassari nel 1970, richiamava l’attenzione sulla necessità, prima di tutto, di puntualizzare il valore da attribuire all’espressione “potere negativo”. Ebbene Grosso, ricordando che veto e sciopero sono “armi” negative che servono per ottenere risultati positivi, concludeva affermando che «lo strumento negativo è sempre uno strumento negativo con valore positivo»⁹.

La finalità (positiva). Ecco il valore del potere negativo, al di là della funzione: si ferma tutto – ecco la funzione negativa – per ottenere un risultato – ed ecco la finalità positiva. Ed era il giurista uomo pubblico, con sensibilità storica, ad evidenziarlo: finalità politica, sociale, economica, giuridica... Non è la negatività fine a se stessa quella che deve ‘entrare’ nell’ordine, nella legalità, ma la negatività finalizzata ad un obiettivo, un risultato positivo. Solo così sono garantiti legalità ed ordine; solo così si equilibra il sistema: l’arma rivoluzionaria è legalizzata e la legalità si traduce in costume.

Ora, lungo la via della comparazione con il modello della negatività con valore positivo costituita dal veto tribunizio, Grosso si fermava all’analogia con lo sciopero, pur se qua e là, nella sua vastissima produzione scientifica, proponeva riflessioni in tal senso sulle autonomie locali e sui rapporti con Stato e con enti territoriali¹⁰ ed anche sui rapporti tra i contraenti nei contratti cosiddetti vincolati¹¹. Negava, invece, pari analogia con la secessione, e lo faceva senza troppe spiegazioni in verità:

Chi volesse sottilizzare potrebbe dire che questo mezzo (cioè lo sciopero) potrebbe piuttosto essere paragonato alle secessioni che non all’*intercessio*; ma ben si può instaurare un parallelo storico con l’*intercessio* per la sua diretta funzione paralizzatrice¹².

Ma può la secessione essere legalizzata, al pari di intercessione e sciopero? Ecco il problema; ed ecco la soluzione: il potere negativo è finalizzato ad un obiettivo positivo, ma che sia legalizzabile, cioè funzionale allo svi-

9 G. GROSSO, *Intervento (al Convegno sassarese) su “Autonomia e diritto di resistenza”*, in *Studi Ssassaresi, Serie III, 1970-1971*, 412 ss. (ora in G. GROSSO, *Scritti cit.*, 955 ss.).

10 Si veda, esemplarmente, G. GROSSO, *L’ente regione come strumento di espansione autonomistica. Conversazione tenuta a Pré-Saint-Didier nel settembre 1960 al Convegno regionale di preparazione amministrativa del Movimento Giovanile Piemontese*, Roma 1961, 3 ss. (ora in G. GROSSO, *Scritti cit.*, 503 ss.).

11 Si veda, esemplarmente, G. GROSSO, *Divagazioni di un romanista sulla dottrina generale del contratto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, 469 ss. (ora in G. GROSSO, *Tradizione cit.*, 275 ss.).

12 G. GROSSO, *Il diritto cit.*

luppo della società. Ma la secessione non fa sviluppare la società, le sottrae componenti. E torna la finalità positiva dell'“arma negativa”, come valore fondante di quest'ultima.

Se il valore del potere negativo consiste nella finalità, che deve essere positiva, occorre registrare altri problemi, legati alla natura della finalità stessa: deve essa essere riconducibile a ‘tipi’, ovvero ne può essere svincolata? Deve essere ‘pubblica’, ovvero può essere anche ‘privata’? E che valore dare, poi, in tale contesto alle categorie di ‘pubblico’ e di ‘privato’?¹³

Se si osserva l'intercessione tribunitia, non si può non cogliere la varietà dei suoi contenuti e delle sue finalità: con il veto si impediva la leva o la convocazione di senato e popolo, ma anche la restrizione della libertà di singole persone; ed il veto era finalizzato ad ottenere l'approvazione di una legge, talvolta la concessione di un trionfo, talaltra un'elezione o addirittura, molto più in generale, la salvezza della repubblica¹⁴. È evidente che il concetto di tipicità mal si adatta alle finalità del veto tribunitio, ma bene si aggancia a quello di *auxilium*, cioè aiuto-soccorso e, quindi, difesa, fosse anche di singole persone¹⁵. E poi, c'è il problema degli effetti del veto: temporanei? Permanenti? Condizionati? E su ciò mi fermo qui.

Passando allo sciopero, quali osservazioni possono essere fatte? Innanzitutto, si consideri che lo sciopero è ‘diritto potestativo’, ma non residuale, perché può (legittimamente) essere utilizzato per difendere diritti, anche quelli ordinariamente difendibili giudizialmente¹⁶. Anche qui, allora, *auxilium*.

Inoltre, scriveva Grosso a tal proposito e sempre nel 1953 che la collocazione del diritto di sciopero nel Titolo III della Costituzione (“*Rapporti economici*”) aveva fatto desumere a molti il carattere economico dello sciopero, per cui sarebbe stato escluso dalla legalizzazione lo sciopero per fini politici. Concludeva, però, il Maestro:

definire lo sciopero economico e lo sciopero politico non è facile. Né d'altra parte dal fine economico e sociale è sempre possibile escludere un fine politico; al che si

13 Sui concetti di pubblico e privato, dal diritto romano ai diritti odierni, segnalo gli interessanti ed indicativi contributi pubblicati in apposita sezione della *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* 7, 2016, 181 ss.

14 Si vedano i seguenti casi di intercessione tribunitia, come narrati da Livio: 2, 44; 2, 55; 4, 6; 4, 43; 4, 48-49-50; 4, 53; 4, 57; 5, 2; 5, 9; 5, 29; 6, 35-36-37-38-39; 7, 17; 8, 34; 9, 8; 10, 9; 10, 37; 25, 3; 27, 6; 28, 45; 30, 43; 31, 20; 33, 25; 34, 1; 34, 5; 34, 8; 35, 8; 36, 40; 38, 36; 38, 54; 38, 60; 39, 4-5; 39, 38; 41, 6; 42, 10; 43, 16; 45, 15; 45, 21.

15 *Thesaurus linguae Latinae*, vol. II, voce *Auxilium*, 1618 ss. Si vedano, in particolare, 1621 per ‘*auxilium plebis*’, 1622 per ‘*tribunicium auxilium*’, 1626 per ‘*auxilii latio*’, 1630 s. nel senso di ‘*remedium iuris*’.

16 Per le finalità del mio studio, mi limito a citare G. GIUGNI, voce *Sciopero (ordinamento italiano)*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVIII, Roma 1992.

aggiunge che non si potrebbero evitare applicazioni indirette¹⁷.

In più, è di tutta evidenza che lo sciopero, come ‘diritto potestativo’ non fa capo ad alcuno dei poteri tripartiti.

Cosa dire, allora, su questi problemi? Che non vi sono soluzioni? Che il ‘potere negativo’ è una minaccia per la separazione dei poteri? Che le finalità delle “armi negative” sono talmente varie e, aggiungo io, incontrollabili, che è meglio tenerle fuori dagli assetti costituzionali, dagli equilibri, eccezion fatta per rare e controllate occasioni? Eppure Grosso aveva additato la via, indicando i due pilastri sui quali tale valore (positivo) doveva essere fondato: “diritti della persona” e “vita”.

Scriveva Grosso nel 1946, quindi due anni prima dell’entrata in vigore della Costituzione:

i diritti della persona devono far capo ad una visione concreta di questa; e quindi alla tutela negativa della libertà deve aggiungersi l’affermazione di un diritto positivo alla soddisfazione delle esigenze concrete della vita nelle sue varie manifestazioni¹⁸.

E puntualizzava nel 1955:

la legalità deve compenetrare la coscienza popolare e tradursi in costume; costume di vita, che però deve presupporre, rispettare e salvaguardare la vita ed adeguarsi ad essa nelle sue più intime aspirazioni e nei suoi sviluppi¹⁹.

Per il Maestro, insomma, «la teoria dello Stato di diritto deve aprirsi ad una visione della realtà sociale che in fondo è una incarnazione dell’eterno problema del diritto naturale»; e questo lo scriveva nel 1960²⁰.

Il pensiero di Grosso aveva al centro il valore della Costituzione repubblicana, di una legge quindi, essenzialmente basata sul ‘disegno’ della tripartizione dei poteri, pur tuttavia così complesso ed articolato da farci chiedere se non si tratti piuttosto di ‘tracce’ della tripartizione²¹. Ma non c’era solo la Costituzione per il Maestro; questi riconosceva, infatti, un ruolo determi-

17 G. GROSSO, *Il diritto cit.*

18 G. GROSSO, *I diritti della persona nella Costituzione*, in *Tracciati. Rassegna tecnica della ricostruzione* 1.5, 1946, 132 ss. (ora in G. GROSSO, *Scritti cit.*, 141 ss.).

19 G. GROSSO, *Il valore cit.*

20 G. GROSSO, *La crisi della legalità*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, vol. IV, Milano 1960, 239 ss. (ora in G. GROSSO, *Tradizione cit.*, 139 ss.).

21 A tal proposito, v. F. MODUGNO, voce *Poteri (Divisione dei)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Torino 1966, 472 ss.

nante ed equilibratore alla scienza giuridica, o meglio ai giuristi, considerati da lui un formidabile baluardo contro la tendenza alla ‘burocratizzazione’, cui del resto il Maestro attribuiva buona parte della responsabilità nella crisi della legalità. Scriveva, mi verrebbe da dire ‘profeticamente’, nel 1960:

se la legislazione investe oggi tutta una materia economica e sociale, se l’assorbimento di questa negli schemi giuridici tradizionali presenta una difficoltà, i giuristi non debbono rifiutarsi di integrare tale sistematica con una sistematica poggiata sulle categorie della realtà economica e sociale tutelata, strappando il monopolio tecnico giuridico alla burocrazia, che tende a trasformarsi in un potere²².

4. Tracce ‘sparse’ del «potere negativo» nell’odierno ordinamento italiano

E dopo Grosso? Ho già fatto cenno ai silenzi degli studiosi. Eppure, a tacere di certe figure giuridiche, sulla cui funzione equilibratrice ampia-

22 G. GROSSO, *La crisi cit.* Molto interessanti, a tal proposito, le riflessioni che Silvio Spaventa ebbe a fare a proposito di diritto romano e amministrazione pubblica, con particolare riferimento al tribuno della plebe ed alla “giurisdizione di diritto amministrativo”. Scriveva Spaventa nel 1890, seguendo un percorso culturale molto praticato al tempo: «Il tribuno avea potestà di usare la forza, sino ad uccidere il magistrato che volesse eseguire l’atto da lui impugnato. Nell’esercizio del suo ufficio, egli era protetto da una legge sacra, che lo faceva inviolabile... questa singolare istituzione ... basta però ricordarla per riconoscervi un complemento di quella giurisdizione di diritto amministrativo ... Non era *imperium* il potere dei tribuni, ma semplice *potestas*. Innanzi al loro collegio le parti offese potevano recare le loro doglianze, e i magistrati difendere i loro atti: la sentenza non annullava questi in se stessi, ma poteva solo impedire o ritardarne l’esecuzione, richiamando il magistrato a ponderare e riesaminare il provvedimento suo, dimodoché se, dopo il riesame ... se il tribuno non cedeva, l’atto poteva sì essere rinnovato, ma a rischio d’una nuova opposizione. Rimaneva così, anzi risultava visibilmente, l’identità sostanziale, che era supposto esservi, tra la legge e l’ordine del magistrato, ossia l’atto amministrativo, l’una e l’altro espressione della stessa volontà: – cioè a dire, il governo restava assorbito dalla volontà popolare, di cui il tribuno era il difensore nel campo dell’esecuzione» (S. SPAVENTA, *La politica della Destra. Scritti e discorsi* [raccolti da B. Croce], Bari 1910, 427 ss.; v. anche 57 ss.). Il pensiero di Spaventa è rilevante in quanto questi fu il primo presidente della IV sezione del Consiglio di Stato, istituita con la l. 31 marzo 1889, n. 5992 e investita delle decisioni sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro gli atti e provvedimenti di un’autorità amministrativa; la nomina fu voluta da Crispi, che considerava Spaventa l’ispiratore dell’istituzione della nuova giurisdizione amministrativa (v. E. TAGLIACOZZO, voce *Spaventa*, in *Enciclopedia italiana*, vol. XXXII, Roma 1936, 314). Da evidenziare il ‘fascino’ esercitato sui giuristi (e sugli uomini pubblici) dai poteri dei tribuni della plebe; nel caso di Spaventa, l’analogia con il veto tribunitio era riferibile al potere del giudice degli atti amministrativi.

mente si è discusso nel tempo, come esemplarmente Corte costituzionale, Presidente della Repubblica e referendum, meriterebbero forse maggiore attenzione, sotto questo profilo, altri istituti, per dir così ‘minori’, in quanto non emergenti direttamente dalla Costituzione, ma che attestano la presenza di tracce del (potere) ‘negativo’ nel nostro ordinamento; tracce quasi nascoste, quasi prive di autocoscienza mi verrebbe da dire, disordinate, in ordine sparso, prive quindi di organicità, ma, proprio per questo, chiari frutti di una naturale ed intrinseca esigenza di “ordine”, da perseguire attraverso la combinazione di ‘positivo’ e ‘negativo’, pur in modo non organizzato. Mi limito a due esempi: uno risalente nel tempo, alle origini dell’Unità d’Italia, e l’altro molto più recente, ‘figlio’ dell’Italia delle regioni.

4.1. L’istituto della “disapplicazione”

Il primo consiste nell’istituto della “disapplicazione”. Esso, introdotto nel nostro ordinamento già nel 1865 (artt. 2, 4 e 5 della l. n. 2245/1865), è tale per cui il giudice ordinario, al fine di tutelare un diritto, ha il potere di non far derivare gli effetti che l’atto amministrativo (disapplicato) è idoneo a produrre, pur senza poterlo annullare²³. E ricordo che tra gli atti amministrativi vi sono anche i regolamenti, fonti del diritto, secondarie certo, ma pur sempre fonti.

Certamente, è il giudice che disapplica; parrebbe, pertanto, esplicitazione di quel controllo (generale ma anche specifico) che il potere giudiziario esercita sul potere esecutivo circa l’osservanza delle leggi²⁴. Ma la disap-

23 Art. 4: «Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell’autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell’atto stesso in relazione all’oggetto dedotto in giudizio. L’atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso». Art. 5: «In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi».

24 È evidente la preoccupazione di conservare gli equilibri tra i poteri dello Stato da parte dei parlamentari che appoggiavano la proposta di legge. A tal riguardo, si rilegga un passaggio di uno dei discorsi tenuti alla Camera dei deputati da Pasquale Stanislao Mancini a sostegno dell’intangibilità del testo dell’art. 4, come formulato dalla Commissione: «L’articolo 4, io lo dichiarai già altra volta, non ha che un solo scopo, quello di attuare praticamente il principio della separazione dei due poteri amministrativo e giudiziario, d’introdurre una delle precauzioni necessarie a impedire che l’uno e l’altro escano dalla sfera della rispettiva competenza» (*Camera dei Deputati. Sessione 1863-1864*, Roma 1889, 5467. Si tratta di un discorso tenuto il 18 giugno 1864). Rammento che il testo dell’art. 4 formulato dalla Commissione era il seguente: «Quando innanzi alle autorità giudiziarie la contestazione cada sopra un diritto che si pretenda leso da un atto dell’autorità amministrativa, l’autorità

plicazione non è, a rigore, estrinsecazione del potere di controllo sull'atto amministrativo; quest'ultimo, infatti, è svolto dal giudice amministrativo e produce il suo annullamento. Qui invece c'è la paralisi degli effetti dell'atto, basata su un sindacato non finalizzato all'annullamento e, quindi, limitata alla controversia in atto²⁵. Ed a fondamento di tale potere c'è la legge, e precisamente l'art. 113 della Costituzione; ma c'è anche la scienza giuridica, di cui il giudice è appunto parte²⁶.

Certo, non so se la "disapplicazione" si possa definire un'"arma rivoluzionaria", ma di sicuro contiene una potenzialità negativa (la paralisi degli effetti) per una finalità positiva, che non è l'annullamento dell'atto, ma è la tutela di diritti, la difesa, in senso più ampio, della 'legalità'. E non si dimen-

giudiziaria dovrà limitarsi a dichiarare le conseguenze giuridiche dell'atto stesso, senza che questo possa essere revocato o modificato altrimenti che per ricorso alle autorità amministrative». Mi sembra chiaro che all'indomani dell'Unità d'Italia quel che maggiormente preoccupava era la difesa ad ogni costo della separazione tra i poteri cui, evidentemente, non pareva recare minaccia l'istituto della "disapplicazione".

25 Emblematiche sono le parole con cui Stanislao Pasquale Mancini, il 9 giugno 1864, palesava alla Camera dei deputati la *ratio* dell'articolo 5 della proposta di legge sulla soppressione dei tribunali del contenzioso amministrativo: «Ecco adunque come un legittimo corollario della missione da noi riconosciuta nell'autorità giudiziaria sia la facoltà di non eseguire ed applicare gli ordini di qualsiasi autorità che siano in opposizione alla legge. È questo agli occhi nostri un diritto di resistenza forse ancora più prezioso ed utile della sorveglianza stessa che appartiene ai grandi corpi politici e che può spingerli soltanto ad intervalli ed in alcune grandi occasioni ad opporsi alla volontà del potere esecutivo. Quella dell'autorità giudiziaria sarà una resistenza alle usurpazioni, alle negligenze, agli errori, alle inavvertenze del Governo; ma una resistenza legale...» (*Camera dei Deputati. Sessione 1863-1864 cit.*, 5154). La 'resistenza' alle usurpazioni del Governo era percepita chiaramente come un elemento di equilibrio tra i poteri giudiziario ed esecutivo. Pasquale Stanislao Mancini si distinse, circa vent'anni dopo, nella difesa dei diritti del popolo di Roma contro la famiglia Borghese e la pretesa di voler chiudere il parco della celebre villa; anche in questa occasione, Mancini evidenziò la sua formazione di giurista a tutto tondo, fortemente ispirato dal diritto romano (sulla storica controversia e sulla conseguente pronuncia della Corte di Cassazione, v. A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino 2013, 52 ss.).

26 L'art. 113 della Costituzione della Repubblica Italiana stabilisce che «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa». Ai fini del presente studio, mi limito a citare la più recente voce enciclopedica sull'argomento: M. GAMBARDILLA, voce *Disapplicazione degli atti amministrativi*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XI, Roma 2004.

tichi che l'introduzione della 'disapplicazione' nel nostro ordinamento trae origine anche dalle riflessioni sui poteri del pretore romano verso il diritto civile, volti – traduco dal latino – ad “aiutare, supplire, correggere” il diritto (civile) stesso²⁷.

4.2. La conferenza di servizi di cui all'art. 9, c. 3, del d.lgs. n. 114/1998

L'altro esempio cui mi voglio riferire mi sembra in linea con alcune riflessioni proposte dallo stesso Grosso sui rapporti tra enti, di cui ho fatto cenno, e che mi verrebbe da definire 'profetiche'. Occorre considerare, infatti, che la realizzazione dell'ordinamento regionale fu definitivamente avviata solo tre anni prima della morte del Maestro²⁸ e che questi non ebbe il tempo di assistere all'importante arricchimento di competenze degli enti locali, che prese avvio solo alla metà degli anni settanta del secolo scorso²⁹.

Tale secondo esempio, dicevo, si sostanzia nell'art. 9, c. 3, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, recante “Riforma della disciplina relativa al settore del

27 Le tre azioni pretorie verso il diritto civile furono enucleate dal giurista Papiniano tra II e III secolo d.C. (in D. 1, 1, 7, 1): *ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*. Riporto un passaggio dal discorso tenuto il 13 giugno 1864 alla Camera dei Deputati da Francesco Borgatti, relatore della Commissione, sulla proposta della l. n. 2245/1865: «questa giurisprudenza, derivata dal diritto romano, cooperò grandemente alla legislazione moderna. I suoi canoni e le sue regole furono tradotte in altrettante disposizioni legislative nei moderni Codici, nella stessa guisa che noi abbiamo tradotte fedelmente le regole della giurisprudenza amministrativa nel nostro progetto» (*Camera dei Deputati. Sessione 1863-1864 cit.*, 5260). È evidente che, anche per motivi politici, questa importante proposta di legge doveva essere presentata come coerente con la tradizione giuridica romana. Un ringraziamento va alla dottoressa Chiara Iovacchini della Sapienza-Università di Roma, per l'aiuto datomi nella ricerca degli Atti parlamentari relativi alla l. n. 2245/1865.

28 Particolarmente complessa è la storia dell'ordinamento regionale dell'Italia. Mi limito a citare alcune norme (fondamentali) di questo complesso percorso, con riferimento esclusivo alle Regioni a statuto ordinario: l. 17 febbraio 1968, n. 108 (“Norme per le elezioni dei Consigli regionali nelle Regioni a statuto ordinario”), l. 16 maggio 1970, n. 281 (“Provvedimenti finanziari per l'attuazione delle Regioni a statuto ordinario”), l. 22 luglio 1975, n. 382 (“Norme sull'ordinamento regionale e sulla organizzazione della pubblica amministrazione”), d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 (“Attuazione della delega di cui all'art. 1 della l. n. 382/1975”).

29 Mi limito ad indicare tre norme, attraverso le quali è possibile ricostruire, nelle sue linee fondamentali, l'arricchimento delle competenze (e delle funzioni) degli enti locali: d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 (“Attuazione della delega di cui all'art. 1 della l. n. 382/1975”), l. 8 giugno 1990, n. 142 (“Ordinamento delle autonomie locali”), d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (“Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”).

commercio”, che subordina il rilascio di un’ autorizzazione amministrativa alla deliberazione, adottata a maggioranza, di apposita conferenza di servizi, composta da rappresentanti di comune, provincia e regione, ove però la regione può opporre un vero e proprio veto, sotto la forma di parere (obbligatorio e vincolante)³⁰.

È un’ arma rivoluzionaria? Il veto certamente sì, sotto qualunque forma sia presentato. Ha finalità positiva? Direi di sì, considerato che si tratta di tutelare l’ interesse pubblico. È espressione di potere negativo? Mi sembra innegabile, non esplicandosi in una potestà di controllo. Quanto agli effetti, poi, posso qui prendere in prestito le parole che Grosso usava per parlare del tribuno: «ferma tutto finché non ottiene quel che vuole ottenere»³¹.

E quanto all’ adesione alla teoria della separazione tripartita dei poteri, un ente autonomo su base territoriale, come è la regione, nella sua unità complessa a quale potere può essere ricondotto?

5. Il Difensore civico in Italia

E siamo infine al Difensore civico. Sono note le difficoltà incontrate da questa figura nel nostro ordinamento, a causa dei tanti problemi sollevati dalla sua introduzione, prima, e dalla sua attività, poi. Altri, dopo di me, più diffusamente e meglio di me parleranno in questo Convegno del tema. A me preme qui evidenziare solo pochi aspetti, quelli di principio, collegati alla crisi dell’ istituzione, che in pochi anni ha perduto la capillarità iniziale. Perché?

Per via della sua vocazione; originaria, mi verrebbe da dire. E che è tribunizia; pur con tanti limiti. Ma sono stati i limiti, non la vocazione, a porla in crisi.

E come uscire dalla crisi? Da quella crisi che non solo ha impedito la creazione di un Difensore per la Repubblica, ma ha tolto di mezzo i difensori

30 «Art. 9 (Grandi strutture di vendita) – 1. L’ apertura, il trasferimento di sede e l’ ampliamento della superficie di una grande struttura di vendita, sono soggetti ad autorizzazione rilasciata dal comune competente per territorio. (...) 3. La domanda di rilascio dell’ autorizzazione è esaminata da una conferenza di servizi indetta dal comune, salvo quanto diversamente stabilito nelle disposizioni di cui al successivo comma 5, entro 60 giorni dal ricevimento, composta da tre membri, rappresentanti rispettivamente la regione, la provincia e il comune medesimo, che decide in base alla conformità dell’ insediamento ai criteri di programmazione di cui all’ articolo 6. Le deliberazioni della conferenza sono adottate a maggioranza dei componenti entro 90 giorni dalla convocazione; il rilascio dell’ autorizzazione è subordinato al parere favorevole del rappresentante della regione».

31 G. Grosso, *Intervento cit.*

comunali³². Con un po' di coraggio.

Alla luce dei Seminari sulla “Tradizione repubblicana romana” che dal 2007, annualmente, si occupano dei grandi temi delle lotte plebee, quali potere negativo ed usura³³, nonché da “giurista con sensibilità storica” dico che se ne può uscire dando il giusto equilibrio all’istituto; inserendolo nella Costituzione; svincolandolo da quell’assetto scandinavo che lo vuole legato al potere legislativo per controllare quello esecutivo³⁴; collegandolo piuttosto al valore positivo che (sempre) deve avere il potere negativo; e concentrandolo non (solo) sui problemi dei singoli, ma (soprattutto) sui problemi diffusi, legati ai “diritti della persona” ed alla “vita”, principi questi peraltro sempre al centro del pensiero di Grosso.

Che (il difensore) si frapponga all’illegalità, ma per proporre soluzioni positive; nella concretezza delle istituzioni territoriali regionali, le quali, è noto, sono considerevole parte costitutiva della Repubblica³⁵. Lo sciopero è un diritto potestativo a base corporativa: esso è scollegato dalla teoria tri-

32 La formale abrogazione della figura del difensore civico comunale è avvenuta attraverso il c. 186 dell’art. 2 della l. 23 dicembre 2009, n. 191. Rilevante al riguardo è altresì il d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, convertito con modifiche nella l. 26 marzo 2010, n. 42.

33 Per i contenuti dei Seminari, mi permetto di rinviare a F. VALLOCCHIA, *I Seminari di studi sulla Tradizione repubblicana romana*, in *Iura. Rivista internazionale di Diritto romano e antico* 59, 2011, 419 ss.; Id., *I Seminari di Studi «Tradizione Repubblicana Romana» V-VII (Roma 2011-2013)*, in *Iura. Rivista internazionale di Diritto romano e antico* 63, 2015, 270 ss.

34 Sulla difesa civica nell’ordinamento italiano e, più in generale sulle figure dell’ombudsman e del defensor del pueblo, si vedano: G. DE VERGOTTINI, voce *Difensore civico*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. X, Roma 1988; AA.VV., “*Da Roma a Roma*”. *Dal tribuno della plebe al difensore del popolo. Dallo jus gentium al Tribunale penale internazionale* (direzione di P. Catalano, G. Lobrano, S. Schipani), Roma 2002; G. LOBRANO, *Del defensor del pueblo al tribuno de la plebe: regreso al futuro. Un primer bosquejo de interpretación histórico-sistemática con atención particular al enfoque bolivariano*, in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina* 14, 2002, 135 ss.; E. SPÓSITO CONTRERAS, *El Derecho público romano y el constitucionalismo venezolano: comentarios a la Constitución venezolana de 1999*, in *Revista de Derecho* 17, 2005; G. LOBRANO, *A proposito dei difensori del popolo*, in *Giuramento della Plebe al Monte Sacro* (a cura di F. Vallocchia), in *Diritto@Storia. Memorie* 9, 2010; A. CAPUTO, *Un difensore civico per la Repubblica*, Soveria Mannelli 2012; A. COLOMER VIADEL, *El Defensor del Pueblo. Protector de los Derechos y Libertades y Supervisor de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor 2013; C.R. CONSTENLA, *No quedó en el olvido: el ‘poder negativo’*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1 (enero-marzo), 2014, 7 ss.

35 Recita, infatti, l’art. 114 della Costituzione: «La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato».

partita dei poteri e deve essere esercitato da una collettività di persone per funzionare come potere negativo. La difesa civica è legata invece ad una istituzione che non funziona su base associativa; e come si pone nell'assetto tripartito dei poteri?

I tribuni romani, eletti dalla plebe, esercitavano, ciascuno, il potere senza 'frazionamenti', non essendo tenuti, di regola, a procedere a determinazioni collegiali; e il loro numero era di dieci³⁶. E i difensori regionali? Che dire, sono finanche di più³⁷.

36 È noto che l'istituzione dei tribuni della plebe avvenne a seguito della secessione al Monte Sacro nel 494 a.C. (su cui mi permetto di rinviare, per bibliografia essenziale e fonti, a F. VALLOCCHIA, *Manio Valerio Massimo, dittatore e augure*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law* 35, 2007, 27 ss.). È altresì noto che il numero dei tribuni fu elevato a dieci solo a far data dal 457 a.C. Fondamentale, sull'argomento, la lettura di G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano 1983, *passim*.

37 Venti sono le Regioni italiane, ma ad oggi non tutte hanno istituito il Difensore civico.

ANDREA TRISCIUOGGIO

Università di Torino

Potere negativo del tribuno della plebe e diritto di sciopero: i limiti. Rileggendo Giuseppe Grosso dopo 60 anni

In un breve scritto del 1953 pubblicato sulla Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche¹, successivamente rimeditato nella romanistica per la prospettazione di un modello costituzionale ispirato a Rousseau e alternativo a quello fondato sulla tripartizione dei poteri teorizzata da Montesquieu², Giuseppe

1 Cfr. G. GROSSO, *Il diritto di sciopero e l'“intercessio” dei tribuni della plebe*, in *RISG.* 6-7, 1952-1953, 397 ss.; ora in *Id.*, *Scritti storico giuridici*, vol. I, Torino 2000, 303 ss. (da cui si cita); articolo già commentato da G. PUGLIESE, in G. GROSSO, *Tradizione e misura umana del diritto*, Milano 1976, 14 s. (*Introduzione*), e da M. VARI, *Alcuni principi costituzionali secondo Giuseppe Grosso. Antologia*, in *Tradizione romanistica e Costituzione* (dir. L. Labruna, cur. M.P. Baccari e C. Cascione), Napoli 2006, 266 ss.

2 Tale modello è caratterizzato dal potere negativo, rispetto al quale lo sciopero sarebbe una ‘diretta’ manifestazione, in quanto attuato, senza mediazioni istituzionali, dai cittadini: cfr. spec. P. CATALANO, *Sovranità della multitudo e potere negativo: un aggiornamento*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, vol. I, Torino 2005, 643 ss. (con citazione dell’articolo di Grosso qui considerato a p. 644 s. e a p. 650 nt. 40); si veda inoltre G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano 1982, 105 ss.; nonché S. TAFARO, *Continuidad de la función tribunicia*, in *Estudios en homenaje a M. Gayosso y Navarrete* (comp. J. L. Cuevas), Univ. Veracruzana – Mexico, 2009, 361 ss. Deve molto alle riflessioni di Catalano e ne ha consentito una più ampia diffusione anche in ambienti extra-accademici italiani lo scritto di A. CAPUTO, *Un difensore civico per la Repubblica. Difesa dei diritti dell’uomo e del cittadino nell’Unione Europea*, Soveria Mannelli 2012, 29 ss.; v. anche, dell’Autore, *Spunti per una teoria generale della difesa civica*, in *Relazione annuale 2013 del Difensore civico della Regione Piemonte*, Torino 2013, 39 ss.; per l’America Latina cfr. *praecipue* C.R. CONSTENLA, *No quedó en el olvido: el poder negativo*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 3, 2014, 11 ss. Sul potere negativo nel pensiero costituzionalista (parimen-

Grosso scorgeva con la dovuta cautela³ un'analogia tra l'arma negativa a disposizione della plebe, l'*intercessio* tribunizia, e il diritto di sciopero, strumento a disposizione di ciascun lavoratore ma altresì espressione del potere dell'organizzazione sindacale, rispetto al quale sarebbe stato difficile a suo parere riconoscere una valenza solo economica (e non politica), malgrado la comprensione dell'art. 40 Cost. It. nel titolo III dedicato ai 'Rapporti economici'. Le similitudini che il Maestro torinese scorgeva tra *intercessio* e diritto di sciopero riguardavano in particolare: 1) la comune origine rivoluzionaria⁴ e la successiva costituzionalizzazione; 2) l'effetto paralizzante del loro esercizio.

Quanto ai limiti del potere tribunizio e del diritto di sciopero da poco costituzionalizzato, oggetto di questa mia breve riflessione, Grosso non poteva invece instaurare alcun preciso parallelo, dato che, all'epoca non si era ancora provveduto a dare attuazione alla riserva di legge prevista nell'art. 40, e alla delimitazione del diritto di sciopero in particolare attraverso un bilanciamento con gli altri diritti costituzionalmente garantiti; inerzia, questa, che qualche anno più tardi sarà oggetto di una sua severa *reprimenda* rivolta alla società e alla classe dirigente con contestuale invito ai giuristi a farsi "voce della coscienza" collettiva⁵. In ordine ai limiti del diritto di sciopero dunque le osservazioni del Maestro si sviluppavano sul piano delle proposte toccando aspetti procedurali e sostanziali nei seguenti termini: «Più pratiche e adeguate sono determinazioni e delimitazioni concrete, quali sono state proposte, specie quelle che impongono determinate procedure (p. es., referendum, tentativo di conciliazione); e compatibili sono anche dei limiti,

ti ispirato all'esperienza romana repubblicana) del serbo Svetozar Markovic (1846-1875), cfr. S. ALIČIĆ, *El derecho romano y la defensa de los derechos civiles en Serbia*, in *Éforos (Publicación Semestral del ILO)* 4, 2014, 59.

3 Tratto della sua personalità scientifica già evidenziato più in generale da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Commemorazione di Giuseppe Grosso*, in *RDR*. 1, 2001, 249.

4 Su di essa acute osservazioni in R. LAMBERTINI, *Sull'origine e la natura dell'intercessio tribunizia*, in *Tradizione romanistica e Costituzione* (dir. L. Labruna, curr. M.P. Baccari e C. Cascione), Napoli 2006, 613 ss.

5 Cfr. a proposito del Titolo III della Costituzione, G. GROSSO, *I cinque anni di una rivista dell'economia*, in ID., *Scritti storico giuridici*, vol. I, Torino 2000, 466 s.: «C'è un imperativo della legalità che dovrebbe avvertire che i dettami costituzionali non debbono restare troppo a lungo inevasi. A un certo punto si pone il dilemma: la Costituzione si attua o la si modifica. La inattività, le soluzioni provvisorie, peggio ancora il perpetuarsi di prassi anticostituzionali...significano crisi profonda, che certo non ha il suo epicentro nel diritto ma nella stessa società e nella sua classe dirigente. Il giurista non può riformare o rinnovare egli stesso la società, ma deve rappresentare la voce della coscienza che richiama le forze politiche e sociali all'imperativo di esprimersi in termini di legalità e di rispettarla».

mentre un limite generale può essere rappresentato da ciò che cesserebbe di essere sciopero per essere vera e propria rivolta ai poteri e all'ordine dello Stato»⁶. Non è dubbio invero che l'individuazione del detto limite generale proveniva ancora dalla considerazione dell'esperienza romana altorepubblicana, come il richiamo all'apologo di Menenio Agrippa (Liv. 2.32.8 ss.), che immediatamente segue, sta a dimostrare.

Il diritto di sciopero dunque, secondo Grosso, non dovrebbe mai condurre ad una frattura irreparabile tra classi sociali, ad uno stato di agitazione permanente fine a sé stesso, che è negazione stessa della democrazia basata sull'ordine⁷, semmai a nuove forme di collaborazione strutturate in accordi nella condivisione di obiettivi fondamentali comuni; alla contrapposizione aspra, che nell'esperienza romana ha assunto le forme estreme della secessione plebea, deve necessariamente seguire un accordo, un *foedus*, in grado di preservare il valore supremo dell'unità della *res publica*; in uno scritto successivo, pubblicato poco meno di vent'anni dopo, Egli chiariva il punto nel senso che il diritto di veto dei tribuni (in fin dei conti evoluzione istituzionalizzata del rivoluzionario strumento della secessione⁸) è sì uno strumento negativo, ma “con valore positivo”, mirando al raggiungimento di un risultato specifico negoziato⁹. Fondamento e struttura della *res publica* – possiamo chiosare – rimane pur sempre il contratto fondativo di società¹⁰, eventualmente rinnovato in forza di un'aspra dialettica interna intercorsa tra le componenti sociali.

Rimanendo sulla dimensione “contrattuale” delle relazioni sociali, un Grosso veramente precursore di positive tendenze affermatesi in tempi più recenti può essere visto, a mio giudizio, in un diverso contributo dedicato alla misura umana individuale del diritto, nel quale Egli si soffermava su di uno sciopero bianco organizzato agli inizi degli anni '60 del secolo scor-

6 Cfr. G. GROSSO, *Il diritto cit.*, 309.

7 Cfr. G. GROSSO, *Principii di una costituzione cristiana dello Stato*, in ID., *Scritti storico giuridici*, vol. I, Torino 2000, 186 s.

8 In tal senso v. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna 2009, 85.

9 Cfr. G. GROSSO, *Intervento (al convegno sassarese) su “Autonomia e diritto di resistenza”*, in ID., *Scritti storico giuridici*, vol. I, Torino 2000, 957.

10 Cfr. in proposito G. LOBRANO, *Guerra, pace e “forme di stato” con un riferimento alla prospettiva di Giorgio La Pira, professore di diritto romano*, in *Estudios en homenaje a M. Gayosso y Navarrete* (comp. J. L. Cuevas), Univ. Veracruzana – Mexico, 2009, 346 s. e lett. ivi citata; da ultimo P.P. ONIDA, «*Trouver une forme d'association...par laquelle chacun s'unissant a tous n'obéisse pourtant qu'a lui-même et reste aussi libre qu'auparavant*»: la soluzione romana, in *Il principio della democrazia. Jean Jacques Rousseau. Du Contrat social (1762)*, a cura di G. Lobrano e P.P. Onida, Napoli 2012, 11.

so¹¹. In quella occasione la società titolare dell'azienda aveva fatto ricorso ad un'azione possessoria ritenendosi dunque possessore unico dei locali di produzione; la critica del Grosso evidenziava una ben maggiore complessità dell'organizzazione giuridica dell'impresa e la non estraneità dei lavoratori al possesso dei mezzi di produzione. V'era, in fin dei conti, l'idea che l'impresa dovesse prosperare sulla base di riconosciute forme di condivisione dei mezzi e degli scopi, anziché su di una rigida e sterile contrapposizione tra le parti sociali connotata da logiche vetero-dominicali; idea che lo studioso aveva già espresso nell'immediato dopo-guerra (1946), in vista del confezionamento del testo costituzionale¹². È ben conosciamo i buoni risultati conseguiti in Germania negli ultimi tempi grazie a questo modo "societario" di impostare le relazioni industriali, non solo negli aspetti gestionali ma anche in quelli economici (condivisione degli utili), modalità partecipativa che si enuclea da più parti come un tratto distintivo dell'esperienza sociale-giuridica di quello stato¹³.

Nello scritto del 1953 che abbiamo all'inizio ricordato Grosso richiamava inoltre, quali limiti posti all'esercizio dell'*intercessio* tribunizia consentanei alla sua funzione, l'ambito territoriale cittadino e la riferibilità dell'attività al *dictator*¹⁴, a cui possiamo aggiungere quella del *ensor*¹⁵. Si trattava a ben guardare di limitazioni all'uso riconducibili ai valori supremi della sicurezza e della tenuta istituzionale-militare della *res publica*, se solo si considera che l'impossibilità di esercitare il *ius intercessionis* al di fuori del *pomerium* e nei confronti del *dictator* nominato si traduceva in fin dei conti nell'esclusione, tra i possibili bersagli, di quegli atti rientranti nell'*imperium militiae*, e se si valuta inoltre il fondamentale ruolo che aveva la censura per il normale funzionamento dell'ordinamento serviano¹⁶. Penso dunque

11 Cfr. G. GROSSO, *La misura umana individuale nel diritto*, ora in Id., *Scritti storico giuridici*, vol. I, Torino 2000, 708 s.

12 Cfr. G. GROSSO, *I diritti della persona nella Costituzione*, ora in Id., *Scritti storico giuridici*, vol. I, Torino 2000, 142: «Occorre superare l'antitesi in una sintesi, in un sistema che ponga a sua base la proprietà e l'iniziativa privata come espressione della personalità, e d'altra parte attui una organizzazione della vita economica, una trasformazione del regime delle imprese, in modo da immettere il lavoro nella partecipazione al capitale e da avviare la generalizzazione della proprietà...».

13 Cfr. tra gli altri M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Milano 2012, 127 ss.

14 Cfr. G. GROSSO, *Il diritto cit.*, 307.

15 Cfr. spec. G. NICOSIA, *Lineamenti di storia della costituzione e del diritto di Roma*, vol. I, rist. Catania 1989, 204 s.

16 V. anche M. TALAMANCA (dir.), *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano 1989, 180.

di non tradire il pensiero di Grosso lasciato tra le righe dicendo che a suo avviso il parallelo tra *intercessio* tribunizia e diritto di sciopero avrebbe dovuto presentare un terzo aspetto comune (oltre alla origine rivoluzionaria e successiva costituzionalizzazione, e all'effetto paralizzante): il limite del mantenimento dell'ordine unitario costituito.

La critica rivolta da Grosso agli inizi degli anni '70 ad un sindacato, uscito dal proprio ruolo per svolgere una funzione politica spettante invece unicamente ai partiti, e che usa lo sciopero come mero strumento di pressione permanente sul governo senza alcun specifico obiettivo¹⁷, può essere in verità interpretata come una sua amara constatazione del fatto che la Repubblica italiana dell'epoca si stava allontanando dal virtuoso modello romano alto-medio repubblicano, correndo il rischio che si affermassero nuove forme di corporativismo dissociante.

17 Cfr. G. Grosso, *Intervento cit.*, 957 s.

EMANUELA CALORE

Università di Roma 'Tor Vergata'

«Costituzionalizzazione di strumenti rivoluzionari della lotta di classe» e «principio della necessità della collaborazione» secondo Giuseppe Grosso

1. Premesse. – 2. Costituzionalizzazione di strumenti di lotta. – 3. Conflittualità e principio della necessità della collaborazione. – 4. Conclusioni.

1. Premesse

Tra i tanti meriti che si devono riconoscere a Giuseppe Grosso c'è, secondo me, quello di aver avuto l'intuizione di cogliere l'ampia portata degli schemi giuridici, degli istituti, elaborati nel corso della storia, in particolare nell'ambito del diritto romano, e di averli utilizzati "con elasticità" nel ricercare soluzioni ai problemi attuali¹.

1 G. GROSSO, *Schemi giuridici ed evoluzione sociale*, in *Rivista del diritto commerciale* 1, 1946, 123 ss. (= ora in *Tradizione e misura umana del diritto*, Milano 1976, 67 ss., nonché in *Scritti storico giuridici*, vol. I, *Storia diritto società*, Torino 2000, 137 ss.); ID., *Il tradizionalismo dei giuristi*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania* 6-7, 1951-1953, 1 ss. (= in *Tradizione cit.*, 35 ss., nonché in *Scritti cit.*, vol. I, 269 ss.); ID., *Realtà giuridica effettuale e tradizionalismo giuridico*, in *Il Diritto dell'economia* 2.8, 1956, 895 ss. (= in *Tradizione cit.*, 62, nonché in *Scritti cit.*, vol. I, 364 ss.), ritiene che il «tradizionalismo» sia un atteggiamento connaturato al giurista. «Se il diritto opera attraverso tipicizzazioni e schematizzazioni, se l'unità dello schema, e dell'ordine in cui esso si inserisce, si afferma precisamente sopra la molteplicità e varietà dei fatti e della vita, ne nasce una visione della continuità dello schema, pur nel fluire del contenuto; ne viene quella tendenza, propria del giurista, a cogliere l'unità e la continuità dell'ordine e degli

Sebbene la storia non ripeta mai le stesse circostanze, osservava Grosso, in essa vi è una costante: la sostanza dell'uomo, che dà la possibilità di evidenziare la ricorrenza di tipizzazioni che creano possibilità di confronti, anche se -precisava- individuate e delimitate².

Il parallelo tra l'organizzazione sindacale e il diritto di sciopero da un lato e tribunato della plebe e l'*intercessio* dall'altro ne è un esempio³. Grosso era ovviamente consapevole che non si trattasse di istituti identici, perché per ciascuna situazione storica ricordava che vi sono importanti differenze, come in merito all'obiettivo della lotta, alla struttura e al contenuto del mezzo di lotta, ai titolari dello stesso⁴, ma ha saputo coglierne il parallelismo

schemi giuridici, a cogliere come delle costanti ...; quel tradizionalismo giuridico che dà alla vicenda storica degli schemi e degli istituti giuridici un ritmo ben diverso da quello intenso, rapido e pulsante dei fatti della vita. Questo incontro di tradizione ... e diritto ..., questo tradizionalismo del giurista ... rappresenta a mio avviso una componente necessaria della conoscenza e dell'elaborazione del diritto ... La fertilità della mente giuridica nel far nascere schemi da schema, tutte le applicazioni indirette ... si riconducono a questa legge di continuità della tradizione nel diritto»; ID., *Schemi giuridici vecchi e realtà nuova*, in *Il Diritto dell'economia* 5.4, 1959, 495 ss. (= [da cui in seguito si cita] in *Tradizione cit.*, 73 ss., nonché in *Scritti cit.*, vol. I, 458 ss.): «Gli schemi giuridici sono dei valori di esperienza» e proprio in questo loro valore sta «la loro forza di propulsione e la loro capacità di adattamento» (p. 76); ID., *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, Torino 1970, 1 ss.; ID., *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica di Roma alla giurisprudenza classica: lo sviluppo e la elaborazione dei diritti limitati sulle cose*, in *ANRW*, vol. II, Berlin 1972, 134 ss.; P. CATALANO, *Giuseppe Grosso con noi*, in *Index* 5, 1974-75, X, osserva: «“Concretezza” e tradizionalismo dei giuristi romani, continuità delle “Gestaltungsformen” del diritto romano, in adeguazione allo sviluppo sociale, stanno al centro dell'ultima lezione del Grosso, tenuta a Vienna il 25 ottobre 1973».

2 G. GROSSO, *Storia antica e storia di oggi*, in *Rotary Club di Torino*, Torino 1972, 1 dell'estratto (= in *Scritti storico giuridici cit.*, vol. I, 959). Egli si chiedeva: «È fantasia divagatrice il ricercare nella storia ricorsi e ragioni di confronto? È opera creativa di artisti e poeti?» e si rispondeva la «storia è vita, e la vita non ripete mai le identiche circostanze; ma nella storia c'è una costante, e cioè la sostanza dell'uomo, nelle sue possibilità, nelle sue aspirazioni, nelle sue reazioni e nei suoi limiti; ed essa permette di cogliere il ricorrere di certe tipizzazioni e di certe linee, spesso con ricchezza di varie possibilità di confronti, sempre però individuate e delimitate».

3 G. GROSSO, *Il diritto di sciopero e l'«intercessio» dei tribuni della plebe*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (3^a s.) 6-7, 1952-1953, 397 ss. (= [da cui in seguito si cita] in *Tradizione cit.*, 267 ss., in particolare 270, nonché in *Scritti cit.*, vol. I, 307); ID., *Osservazioni su “la funzione del giudice nella società contemporanea”*, in *Diritto dell'economia* 17.3, 1971, 279 (= in *Scritti cit.*, vol. I, 909).

4 G. GROSSO, *Il diritto cit.*, 270: «ché anzi, per l'individualità di ogni situazione storica, si

e lo ha utilizzato per rispondere ai timori manifestati rispetto al frequente⁵ ricorso, alla fine degli anni '40 del secolo scorso, allo sciopero e soprattutto ai dubbi sulla compatibilità di questo con un ordine democratico.

2. Costituzionalizzazione di strumenti di lotta

Gli anni in cui Giuseppe Grosso coglieva ed utilizzava il parallelismo tra l'organizzazione sindacale e il diritto di sciopero da un lato e tribunato della plebe e l'*intercessio* dall'altro erano quelli successivi all'entrata in vigore della nostra Costituzione, la quale prevede, agli artt. 39⁶ e 40⁷, rispettivamente il sindacato e il diritto di sciopero.

L'introduzione e la formulazione di questi articoli fu molto discussa. Tra i vari interventi all'Assemblea Costituente ritengo siano da sottolineare quelli del romanista Giorgio La Pira, che emergono dai resoconti sommari dei lavori della I Sottocommissione nei giorni dell'11 e 15 ottobre 1946. In tale sede, egli aveva affermato che i lavoratori non dovessero più essere considerati «atomisticamente», che la qualifica di lavoratore fosse uno stato giuridico⁸, che il diritto di sciopero fosse un diritto della persona e che non si

può ben mettere in risalto la notevole differenza; differenza nella posizione e negli obiettivi dei termini della lotta; differenza nella struttura e nel contenuto del mezzo e nei titolari della legittimazione all'uso di questo».

5 Ho sfogliato i numeri del 1949 e 1950 dei quotidiani “*Il popolo nuovo*” e “*La Gazzetta del Popolo*” e molto frequenti sono gli articoli dedicati allo sciopero e al ricorso a questo strumento di lotta.

6 Art. 39 Cost. L'organizzazione sindacale è libera.

Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge.

È condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica.

I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce.

7 Art. 40 Cost. Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano.

8 G. LA PIRA, *Intervento, Commissione per la Costituzione, III Sottocommissione, Resoconto sommario della seduta di venerdì 11 ottobre 1946*, 225: «Poiché si sta facendo una Costituzione alla quale non si vuole dare il vecchio volto liberale o liberista, ma un volto nuovo, è bene che un principio che esprima quest'altro volto venga espresso in questa Costituzione. Mentre la concezione liberale considera i lavoratori atomisticamente, nella nuova concezione organica del lavoro la qualifica di “lavoratore” è uno stato giuridico al quale si ricollegano diritti privati, diritti pubblici, conseguenze giuridiche»; 229 «La Pira

potesse “concretamente” sempre distinguere tra sciopero economico e sciopero politico⁹.

Negli anni in cui Giuseppe Grosso rifletteva sul parallelismo tra *intercessio* e diritto di sciopero il ricorso a quest’ultimo era particolarmente intenso. Per averne la percezione basta leggere tra i tanti il titolo con cui il quotidiano “*Il popolo nuovo*”¹⁰ riportava il dato dell’Istituto nazionale di statistica sugli scioperi nel 1949, e cioè: “*Gli scioperi nel 1949 sono costati alla Nazione oltre centotrenta milioni di ore lavorative*”.

Forte era quindi il timore per le conseguenze della costituzionalizzazione del diritto di sciopero, strumento di lotta economica e in definitiva anche politica¹¹, fino al punto che ne veniva messa in discussione la compatibilità con un ordine democratico¹².

Negava tale compatibilità Corrado Barbagallo, il quale, in particolare nell’articolo “*Scioperi e democrazia*” pubblicato sul n. 5 della *Nuova Gazzetta del Popolo* del 6 gennaio 1950, utilizzava parole dure rispetto alla

riafferma il principio che l’associazione sindacale non è una qualsiasi associazione, ma diventa, nella concezione moderna dello Stato, un elemento strutturale dell’ordinamento sociale».

9 *Commissione per la Costituzione, III Sottocommissione cit.*, 236: «La Pira è del parere che effettivamente il diritto di sciopero è un diritto della persona, e che quindi esso vada affermato in maniera più assoluta di quanto non faccia la formula proposta dal Presidente. Dichiara, però, divergendo dall’onorevole Togliatti, di ritenere che il diritto di sciopero vada in qualche modo limitato. Ricorda che tutte le Costituzioni moderne pongono dei limiti a questo diritto. Il primo progetto francese, per esempio, diceva: “Il diritto di sciopero è riconosciuto a tutti nell’ambito delle leggi che lo disciplinano”. Inoltre se si considera uno Stato socialista, in esso lo sciopero automaticamente sparisce. Togliatti, *Relatore*, osserva che sparisce come fatto. La Pira replica che lo sciopero resta come diritto, ma non viene menzionato nella Costituzione. Lo sciopero è atto di rivendicazione, non soltanto economica, ma politica. Man mano che si costruisce uno Stato adeguato alle esigenze della classe lavoratrice, dando ad essa il posto che le spetta, si attenua l’esercizio del diritto di sciopero in certi settori dove è più vitale l’interesse pubblico». Su sciopero economico e sciopero politico in La Pira cfr. P. CATALANO, *Sovranità della multitud e potere negativo: un aggiornamento*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, vol. I, Torino 2005, 650, M. VARI, *Alcuni principi costituzionali secondo Giuseppe Grosso. Antologia*, in *Tradizione romanistica e Costituzione* (diretto da L. Labruna e a cura di C. Cascione – M.P. Baccari), vol. I, Napoli 2006, 271.

10 Si tratta del n. 91 del 1950.

11 G. GROSSO, *Il diritto cit.*, 272, sottolinea come non si possa semplicemente distinguere tra sciopero economico e sciopero politico, anche in considerazione del fatto che non sempre si possa escludere un fine politico dal fine economico e sociale.

12 C. BARBAGALLO, *Autonomia sindacale*, in *Nuova Gazzetta del Popolo*, n. 9 del 11 gennaio 1949, 1 e ID., *Scioperi e democrazia*, in *Nuova Gazzetta del Popolo*, n. 5 del 6 gennaio 1950, 1.

democraticità dello sciopero, e quindi in merito alla scelta di costituzionalizzare quest'arma di lotta.

Scrivendo Barbagallo: «scioperando, si mette periodicamente alla tortura un'intera nazione, ossia gli avversari, gli amici, se stessi» e ancora: «Checché se ne dica, la società è un corpo organico (se così non fosse non avrebbe ragione di esistere!), e, se uno dei suoi ingranaggi vitali cessa di funzionare, la sofferenza si propaga a tutti gli altri organi, e in misura più grave ai più delicati tra essi»¹³.

13 C. BARBAGALLO, *Scioperi cit.*, 1, rispondendo alle affermazioni della Confederazione Generale del Lavoro e «dei partiti di estrema sinistra» che sostenevano la democraticità dello sciopero, osservava: «allorché quei competentissimi si esprimono in tal senso, non debbono certo riferirsi alle “democrazie progressive” o “popolari”, giacché così fatte democrazie non concepiscono, non ammettono il diritto di sciopero, e agli imprudenti che tentassero di risuscitarlo, sogliono far pagare tanta audacia con la forza. Ma essi debbono riferirsi a quell'altra democrazia senza aggettivi, a quella democrazia borghese, da cui, com'è naturale, aborriscono, ma che in singolari occasioni si compiacciono di invocare appassionatamente. ... lo sciopero non colpirebbe tanto la classe degli “sfruttatori”, contro cui esso è rivolto, quanto l'intero corpo sociale e gli stessi suoi promotori. Se, invero, scioperano i tranvieri, gli “sfruttatori” si affrettano ad andare in macchina, ma i poveri diavoli debbono andare a piedi. ... Checché se ne dica, la società è un corpo organico (se così non fosse non avrebbe ragione di esistere!), e, se uno dei suoi ingranaggi vitali cessa di funzionare, la sofferenza si propaga a tutti gli altri organi, e in misura più grave ai più delicati tra essi. ... se lo sciopero danneggia tutti, e assai più quelli che noi diciamo popolo, esso, come avverte anche l'etimologia della parola, risulta sicuramente antidemocratico. ... Ogni regime democratico ... rifugge dall'attuare violentemente riforme, che giovano soltanto ad alcuni, e danneggiamento seriamente altri. Esso, per sua natura ammette, richiede, anzi, che tutte le parti espongano al pubblico, e nelle apposite sedi legislative, le loro opinioni, illustrino i loro speciali interessi, facendo rilevare le ripercussioni, favorevoli o contrarie, che vi esercita ogni riforma, ogni legge, ogni istituto sociale. Per questo fatto le democrazie non consumano colpi di mano, non praticano azioni extralegali, non vagheggiano regimi dittatoriali, siano esercitati dal basso o dall'alto, ma lavorano a far sì che ogni spostamento di rapporti sociali avvenga con la minor violenza di scosse, con la minore quantità di danni possibile, con tutta la lentezza che il suo processo richiede, affinché possa perdere per via le punte più irritanti e più dolorose. Da tali precauzioni appunto deriva il carattere, scrupolosamente legale, che ogni rivolgimento deve avere in democrazia. Or bene la pratica dello sciopero agisce in senso perfettamente contrario. Movendo dalla grossolana constatazione dei bisogni di una parte, anche se infinitesima, della società, essa non esita a strappare con violenza la trama delicatissima dei rapporti sociali, a infliggere agli altri, o a tutti, danni in certi casi irreparabili, purché i bisogni di alcuni siano soddisfatti. Scioperare è, quindi, un atto di violenza, è la insurrezione, è la rivolta cieca ed armata, anche se in apparenza pacifica; non può essere, perciò, istituto proprio della democrazia, nonostante che le costituzioni democratiche, in momenti climaterici, per opportunità o per imprevidenza, ne abbiano formulato il diritto in qualcuno dei loro articoli». Si trattava di un monito non solo per i comunisti o filocomunisti

Barbagallo sosteneva l'antidemocraticità dello sciopero, perché esso danneggia tutti, e soprattutto -afferma- «quelli che noi diciamo popolo», proprio per questo sarebbe stato antidemocratico. Riteneva lo «studioso di cippo socialista»¹⁴ che il diritto di sciopero non sarebbe stato proprio né delle democrazie progressive né di quelle popolari, ma piuttosto della democrazia senza aggettivi, della democrazia borghese. Affermava ancora che i regimi democratici non attuano violentemente riforme che possono avvantaggiare di poco alcuni e danneggiare molto altri, ma piuttosto fanno in modo che ciascuna parte esponga al pubblico e nelle sedi legislative, le proprie opinioni e i propri interessi.

Giuseppe Grosso rispondeva prontamente a queste affermazioni, dando vita a quella che Grosso stesso definì una «polemica giornalistica»¹⁵. Il giorno successivo, infatti, il 7 gennaio 1950, usciva sul n. 6 del quotidiano *Il popolo nuovo* un articolo di Grosso intitolato *Diritto di sciopero*. In questo articolo egli utilizzava, anticipando in parte il contenuto del saggio *Il diritto di sciopero e l'intercessio dei tribuni della plebe*, il parallelo con il tribunato della plebe e con l'*intercessio* per mostrare come l'organizzazione sindacale e lo sciopero non fossero in contraddizione, né in una posizione di assoluta incompatibilità con un ordine democratico.

Le obiezioni di Giuseppe Grosso erano puntuali e precise. Egli osservava che i sindacati, gli scioperi sono «realità dei rapporti sociali del mondo in cui viviamo»¹⁶, che «la forza di un ordine, e la democrazia è l'ordine per eccellenza, sta nel comprendere, non nel negare, le forze reali che attraverso il contrasto e la lotta promuovono lo sviluppo della vita»¹⁷. Conflittualità che promuove lo sviluppo, punto importante sul quale mi soffermerò a breve. E riportava immediatamente il parallelismo con il tribunato della plebe e l'*intercessio* tribunizia. Il tribunato della plebe era -osservava Grosso- una magistratura rivoluzionaria costituzionalizzata con il suo carattere rivoluzionario, che le avrebbe potuto permettere di paralizzare la vita della *res publica*¹⁸.

ma anche per i liberali e i democratici.

14 Così lo indica G. GROSSO, *Il diritto cit.*, 268.

15 G. GROSSO, *Il diritto cit.*, 268.

16 G. GROSSO, *Diritto di sciopero*, in *Il popolo nuovo*, n. 6 del 7 gennaio 1950, 1.

17 G. GROSSO, *Diritto cit.*, 1.

18 G. GROSSO, *Diritto cit.*, 1, precisamente osservava: «Roma ha mantenuto per secoli, nella sua stessa costituzione, una magistratura rivoluzionaria, costituzionalizzata nel suo stesso carattere rivoluzionario, che le permetteva addirittura di arrestare la vita dello stato, il tribunato della plebe; quando la repubblica è entrata in una vasta crisi, la ragione di questa crisi non stava certo nell'esistenza del tribunato (e chi, come Silla, ha cercato di limitarlo ha fatto un buco nell'acqua), ma in tutto un complesso di fattori che hanno travolto e sommerso».

In modo simile al tribunato, l'organizzazione sindacale sarebbe la «forza poderosa» compresa nella Costituzione, espressione della lotta di classe e, in modo simile all'*intercessio*, lo sciopero sarebbe «l'arma formidabile che questa [l'organizzazione sindacale] ha nelle mani». La costituzionalizzazione di questo strumento di lotta, osservava Grosso, in polemico contrasto con Barbagallo, è «la forza e la vitalità» dell'ordine democratico¹⁹. La cura per l'uso insano che talvolta viene fatto di questo strumento non è per Grosso la sua abolizione²⁰, ma, come ha precisato Andrea Triscioglio²¹, la definizione di limiti.

L'*intercessio* tribunizia, evidenziava Grosso, aveva una «diretta funzione paralizzatrice», ma questa funzione non aveva impedito lo sviluppo di Roma, perché come egli stesso precisava «fu proprio attraverso questa lotta che si raggiunse l'assetto interno di una società in piena espansione».

Il tribunato, infatti, caratterizzantesi essenzialmente come un potere negativo, ha portato al raggiungimento di difficili obiettivi; si pensi al pareggiamento tra patrizi e plebei. Lo scontro con l'*imperium* (e con lo *ius*) avrebbe potuto essere sterile e paralizzante, invece condusse spesso -sebbene in alcuni casi con lentezza- verso importanti risultati.

Ci potremmo chiedere, a partire dall'affermazione di Grosso, per quale motivo, in che modo, il tribunato non abbia frenato lo sviluppo di Roma, ma piuttosto abbia contribuito a darle «l'assetto interno di una società in piena espansione».

Per cercare di rispondere è utile richiamare brevemente il tribunato della plebe e i suoi caratteri.

Per G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*⁵, Torino 1965, 86 ss., la legalizzazione all'interno della *civitas* della organizzazione rivoluzionaria plebea era avvenuta con un *foedus* «sia pure con una certa elasticità, così che i tribuni venivano accolti, nella loro posizione singolare di difensori della plebe, colla qualifica di *sacrosancti*, cioè dell'inviolabilità» (p. 87).

19 G. GROSSO, *Diritto cit.*, 1, più precisamente scriveva: «La società moderna, retta in forme costituzionali, comprende dentro di sé una forza poderosa, che è soprattutto espressione di lotta delle classi che si affermano, l'organizzazione sindacale; lo sciopero è l'arma formidabile che questa ha nelle mani. Legalizzarla nell'ordine democratico significa esprimere la forza e la vitalità di questo; è almeno per esso condizione di vita. E ciò del resto è chiaro nei paesi a salda tradizione democratica».

20 G. GROSSO, *Diritto cit.*, 1, paragonava i rischi dell'abolizione del diritto di sciopero all'amputazione di un organo vitale: «Se una gamba minaccia la cancrena la si può amputare, ma non si può ad un organismo amputare un organo vitale. Abolite il diritto sciopero, paralizzate la libertà sindacale, e l'ordine democratico sarà inesorabilmente leso, perché sarà colpita una realtà che esso non può negare, ma deve comprendere».

21 A. TRISCIUOGGIO, nel contributo in questi Atti del convegno.

I caratteri fondamentali del tribunato -che ne hanno determinato la forza e quindi l'efficacia- sono da individuare oltre che nell'elezione da parte dei *concilia tributa plebis*, nel potere dei tribuni e nel modo in cui questa magistratura si relazionava, interagiva, con l'*imperium*.

I tribuni della plebe, che dovevano essere plebei²², erano eletti dai *concilia tributa plebis*. In realtà, molti sono i dubbi e le ipotesi avanzate dalla storiografia sulle modalità di elezione dei tribuni, almeno fino al 471 a.C., anno in cui il tribuno Publilio Volerone propose un plebiscito per regolamentarne l'elezione²³. Il plebiscito Volerone prevedeva che l'elezione dei tribuni della plebe avvenisse nelle assemblee plebee ordinate per tribù, i *concilia tributa plebis*²⁴.

I singoli poteri dei tribuni sono espressione della *sacrosancta potestas*²⁵

22 F. STELLA MARANCA, *Il tribunato della plebe dalla 'lex Hortensia' alla 'lex Cornelia'*, Lanciano 1901, rist. Napoli 1982, 92; G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano 1982, 137.

23 Su ciò, si veda E. COCCHIA, *Il tribunato della plebe e la sua autorità giudiziaria studiata in rapporto colla procedura civile. Contributo illustrativo alle legis actiones e alle origini storiche dell'editto pretorio*, Napoli 1917, ed. anast. Roma 1971, 30 ss.; G. NICCOLINI, *Il tribunato della plebe*, Milano 1932, 26 ss., 33 ss.; G. GROSSO, *Lezioni cit.*, 89, anche nt. 1; F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*², vol. I, Napoli 1972, 342 ss., secondo il quale, prima del plebiscito Publilio, probabilmente la plebe si sarebbe radunata in proprie assemblee, senza ordinamento stabile, forse fuori della città. È possibile -egli ritiene- che a queste assemblee partecipassero clienti e sottoposti dei patrizi per cercare di concentrare i loro voti su candidati più accomodanti (pp. 348-349); J.C. RICHARD, *Les origines de la plèbe romaine. Essai sur la formation du dualisme patricio-plebéien*, Rome 1978, 552 ss.; S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, vol. I, Milano 1981, 175 ss.

24 L'importanza di questa innovazione proposta da Volerone era stata ben sottolineata da Liv. II,56,3: *Haud parva res sub titulo prima specie minime atroci ferebatur, sed quae patriciis omnem potestatem per clientium suffragia creandi quos vellent tribunos auferret*. Su questa iniziativa, si veda anche E. VON HERZOG, *Geschichte und System der römischen Staatsverfassung*, vol. I.1, rist. dell'ed. Leipzig 1884, Aalen 1965, 159, il quale manifesta la difficoltà a controllare l'esattezza o meno di questa motivazione; E. COCCHIA, *Il tribunato cit.*, 30 ss.; G. NICCOLINI, *Il tribunato cit.*, 37, sottolinea che l'intervento del plebiscito Volerone «limitava il diritto di voto a coloro che stavano alla dipendenza dei patrizi e assicurava la prevalenza ai plebei rurali, conferiva alla plebe una maggiore potenza e dignità». F. DE MARTINO, *Storia cit.*, vol. I, 349, «Il plebiscito di *Publilius Volero* sottrasse l'elezione dei tribuni alla plebe non possidente, riservandola solo ai *tribules*, cioè a coloro che erano iscritti nelle tribù e vi avevano la sede e il fondo».

25 G. LOBRANO, *Il potere cit.*, 123 ss., contrappone la *sacrosanctitas* «fondamento e competenza del potere dei *plebei magistratus*» agli *auspicia* «fondamento e competenza del potere dei *patricii magistratus*» (p. 124); P. CATALANO – G. LOBRANO, *Promemoria storico giuridico*, in *Diritto@storia* 6, 2007, *Memorie, MMD anniversario della secessione della*

e sono finalizzati a difendere i plebei contro l'arbitrio dei magistrati patrizi (*auxilii latio adversus consules*); in modo più specifico essi si concretizzano nell'*intercessio*, nella *coercitio* e nello *ius agendi cum plebe*.

Il tribuno era *sacrosanctus*²⁶. Infatti, chiunque lo avesse offeso sarebbe incorso nella *sacertas*. L'inviolabilità trova il proprio fondamento, dapprima, nel giuramento (*iusiurandum*) collettivo della plebe, avvenuto nel 494 a.C. sul Monte Sacro²⁷, e nel successivo giuramento, prestato da patrizi e plebei insieme, durante le *caerimoniae* sacrificali²⁸; in seguito, all'inviolabi-

plebe al Monte Sacro, § I.4, secondo i quali «La *sacrosancta potestas* dei *tribuni plebis* è garante della libertà dei singoli *cives* dinanzi al potere di governo dei magistrati patrizi e, al contempo e indissolubilmente, è garante della obbedienza dei magistrati patrizi alla volontà del popolo (*leges publicae*)».

26 TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, vol. II.1, rist. anast. della terza ed. (1887), Graz 1952, 301 ss.; C. GIOFFREDI, *Il fondamento della "tribunicia potestas" e i procedimenti normativi dell'ordine plebeo*, in *SDHI* 11, 1945, 63 ss.; F. DE MARTINO, *Storia cit.*, vol. I, 358-359; F. SERRAO, *Legge (Diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano 1973, 803 ss. (= [da cui si cita in seguito] in *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa 1974, 27 ss.); G. LOBRANO, *Il potere cit.*, 121 ss. Si è soliti ritenere che solo con la *lex Valeria Horatia* del 449 a.C. vi sarebbe stato il riconoscimento da parte della *res publica* delle prerogative plebee. Tuttavia Lobrano, anche sulla base di Liv. III,55,6 ss., osserva: «Semplicemente, pure con l'intervento della *lex publica* post-decemvirale, è la *sacrosanctitas* fondata sul *vetus ius iurandum plebis* (si noti *plebis*) del 494 a.C. che assegna al tribunato la propria collocazione istituzionale nel sistema religioso-giuridico repubblicano romano secondo gli *iuris interpretes*. I quali, evidentemente, non erano sensibili a quella esigenza di logica giuridica che imponeva invece al Mommsen di limitare la sua trattazione della magistratura tribunicia esclusivamente ai diritti concessi alla *plebs* "von der Gemeinde". Il valore della *sacrosanctitas* sarebbe, quindi, probabilmente meglio colto anche dai moderni se il 'pregiudizio statualista' non facesse velo. ... Da una parte si ha la *sacrosanctitas*, fondamento e competenza del potere dei *plebei magistratus* che erano i tribuni della plebe e, dall'altra, gli *auspicia*, fondamento e competenza del potere dei *patricii magistratus*. E se i *tribuni plebis* mai *auspicato creantur*, mai i *patricii magistratus* sono ritenuti *sacrosancti*. ... Piuttosto, si tratta di una contrapposizione tra 'specializzazioni' di un medesimo (del *populus Romanus*) patrimonio religioso-giuridico: il *sacer-sanctus* e l'*augurium-auspicium*». Su ciò, cfr. anche R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, 297 ss.; L. GAROFALO, *Sulla condizione di homo sacer in età arcaica*, in *SDHI* 56, 1990, 237 ss. (= in *Studi sulla sacertà*, Padova 2005, 28 ss.); Id. *Biopolitica e diritto*, Napoli 2009, 49 ss.; E. TASSI SCANDONE, *Leges Valeriae de provocatione. Repressione criminale e garanzie costituzionali*, Napoli 2008, 267 ss.

27 Liv. II,33,3: *Sunt qui duos tantum in Sacro monte creatos tribunos esse dicant, ibique sacratam legem latam*. Su ciò, cfr. F. DE MARTINO, *Storia cit.*, vol. I, 341, 343-344, 358; P. CATALANO – G. LOBRANO, *MMD Anniversario della secessione della plebe al Monte Sacro. Promemoria storico giuridico*, in *Diritto@Storia* 6, 2007, § 2.

28 Dion. Alic. 6,89,2 e 4. Cfr. R. FIORI, *Homo cit.*, 294 ss.; 314 ss.; F. ZUCCOTTI, *Il giura-*

lità religiosa si aggiunge quella per legge (con la *lex Valeria* del 449 a.C.): *et cum religione inviolatos eos tum lege etiam fecerunt, sanciendo ut qui tribunis plebis, aedilibus, iudicibus decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris, Liberi Liberaeque venum iret*²⁹. Senza l'immunità, anche l'*intercessio*, poderoso potere di veto, contro gli atti del governo, non avrebbe potuto ottenere i risultati raggiunti.

I tribuni della plebe avevano il compito di difendere la plebe. L'*auxilii latio adversus consules*, che -come osserva De Martino³⁰- fu il primo compito dei tribuni, era volto a proteggere il plebeo contro l'*imperium* dei supremi magistrati. Tale *auxilium* «era l'espressione non del diritto, ma della forza plebea»³¹ e serviva a difendere il singolo plebeo, i singoli *cives* contro il magistrato patrizio³². L'*intercessio* era il diritto di veto, per mezzo del quale il tribuno poteva opporsi agli atti dei pubblici poteri³³. L'*intercessio*, che faceva leva

mento collettivo dei cives nella storia del diritto romano, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, vol. VIII, Napoli 2007, 6125 ss.; ID., *Giuramento collettivo e leges sacratae*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, vol. VIII, Milano 2007, 526 ss.

29 Liv. III,55,7.

30 F. DE MARTINO, *Storia cit.*, vol. I, 353-354.

31 F. DE MARTINO, *Storia cit.*, vol. I, 353.

32 G. NICCOLINI, *Il tribunato cit.*, 99 ss., considera l'*auxilium* successivamente alla *lex Hortensia* un «carattere fondamentale» del tribuno, un «soccorso che egli reca ormai così ai plebei come ai patrizi, non solo ai privati, ma anche ai magistrati stessi, e si esprime specialmente nel termine *prohibere*, impedire cioè che un atto ritenuto dannoso o illecito si compia o che da un atto compiuto derivino dannose conseguenze»; S. TONDO, *Profilo cit.*, 166 ss.; F. CASSOLA-L. LABRUNA, nel paragrafo dedicato a *I tribuni della plebe*, in A.A.V.V., *Lineamenti di storia del diritto romano* (sotto la direzione di M. Talamanca), Milano 1989, 177 ss.; F. SERRAO, *Secessione e giuramento della plebe al Monte Sacro*, in *Index* 35, 2007, 21 (= in *Diritto@Storia* 7, 2008, § 5), il quale precisa che ai tribuni della plebe venne riconosciuta la funzione di *auxilium ferre* alla plebe, «intesa nella sua totalità e nei suoi singoli componenti, mediante l'esercizio di un forte potere negativo, espressione della resistenza all'egemonia patrizia, nei confronti degli organi e magistrature della città»; L. POLVERINI, *Il tribunato della plebe*, in *Il pensiero politico. Rivista di storia delle idee politiche e sociali* 40.2, 2007, 364.

33 G. GROSSO, *Lezioni cit.*, 89. Relativamente al rapporto tra *auxilii latio* e *intercessio*, cfr. G. DE SANCTIS, *Storia dei romani*², vol. II, Firenze 1960, 26; W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München 1962, 29 nt. 81 e 88 nt. 328; J. BLEICKEN, *Das Volkstribunat der klassischen Republik*², München 1968, 5; M. BIANCHINI, *Sui rapporti fra «provocatio» ed «intercessio»*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, Milano 1972, 93 ss.; R. LAMBERTINI, *Sull'origine e la natura dell'intercessio tribunitia*, in *Tradizione cit.*, vol. I, 613 ss.; ID., *Aspetti "positivo" e "negativo" della sacrosancta potestas dei tribuni della plebe*, in *Diritto@Storia* 7, 2008, ritiene che la «pratica dell'*auxilii latio* a difesa del plebeo minacciato ... dà vita a questo generale potere di *intercessio*...». Sul rapporto tra *intercessio* tribunitia e *interces-*

sull'inviolabilità tribunitia, paralizzava l'*imperium* in atto. Come osserva ancora De Martino³⁴, lo scudo dell'immunità dei tribuni fu un geniale principio inventato dalla plebe contro il potere patrizio. Con l'*intercessio*, «il tribuno poteva vietare la leva dell'esercito e l'imposizione dei tributi, le proposte di leggi, le elezioni, l'esecuzione di deliberazioni del senato e perfino la convocazione dei comizi»³⁵. La *coercitio* era espressione della *summa coercendi potestas*, potere utile ai tribuni anche per assicurare l'efficace esercizio dell'*intercessio*³⁶. Grazie alla *summa coercendi potestas* i tribuni potevano procedere anche contro gli ex magistrati per i fatti commessi durante la carica, potevano comminare multe, ordinare il sequestro di beni, provvedere all'arresto di qualsiasi cittadino, potevano infliggere condanne capitali³⁷. Lo *ius agendi cum plebe* consisteva nel potere dei tribuni di convocare e presiedere i *concilia tributa plebis* e nel proporre *rogationes* volte alla produzione di *plebiscita*. Lo *ius agendi cum plebe* comportava, quindi, un potere propositivo, soprattutto se si considera che prima della *exaequatio* dei *plebiscita* alle *leges*, i primi potevano essere utilizzati come richieste ai consoli o al senato, perché i *comitia centuriata* votassero un determinato provvedimento³⁸.

3. Conflittualità e principio della necessità della collaborazione

sio collegarum cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht cit.*, vol. I, 268-269, secondo il quale: «Die Intercession ist in das Leben getreten als eine Consequenz der Collegialität und deren wesentlicher praktischer Ausdruck; insofern ist sie entstanden mit Einführung der Republick und zwar zunächst als Intercession der gleichen Gewalt gegen die gleiche», e in modo simile E. VON HERZOG, *Geschichte cit.*, vol. I.1, 149, quando a proposito dell'*intercessio* tribunitia precisa «mit denjenigen Modifikationen der Einsprache des Kollegen gegen Kollegen, welche die Natur der Sache mit sich brachte»; si veda anche p. 150; G. LOBRANO, *Il potere cit.*, 62 ss.; R. LAMBERTINI, *Sull'origine cit.*, 613 ss., in particolare 627 ss.; Id., *Aspetti cit.*, § 8.

34 F. DE MARTINO, *Storia cit.*, vol. I, 358.

35 F. DE MARTINO, *Storia cit.*, vol. I, 353-354, sottolinea anche come inizialmente l'*intercessio* fosse utilizzata in merito alla leva e alla ripartizione dell'*ager publicus*. Su questo importante compito-potere dei tribuni, si veda anche G. NICCOLINI, *Il tribunato cit.*, 34.

36 G. DE SANCTIS, *Storia cit.*, vol. II, 26; F. DE MARTINO, *Storia cit.*, vol. I, 361.

37 F. STELLA MARANCA, *Il tribunato cit.*, 105; F. DE MARTINO, *Storia cit.*, vol. I, 361 ss.; R. LAMBERTINI, *Aspetti cit.*, § 3.

38 In questo senso G. FLORIS MARGADANT, *El tribunado de la plebe: un gigante sin descendencia*, in *Index 7*, 1977, 173, sulla base di Dion. Alic. 10,31,3, relativo alla richiesta plebea di distribuzione della zona detta dell'Aventino. Sulla considerazione di una parte della storiografia antica del potere propositivo dei tribuni, cfr. G. GROSSO, *Appunti sulla valutazione del tribunato della plebe nella tradizione storiografica conservatrice*, in *Index 7*, 1977, 157 ss.

Il potere dei tribuni della plebe era fondamentalmente un potere negativo. Essi non avevano l'*imperium* né gli *auspicia*³⁹. Anzi, come ricorda Cicerone in *de re publ.* 2,33,58, i tribuni della plebe furono istituiti *contra consulare imperium*⁴⁰. Quelli a disposizione del tribuno della plebe erano strumenti (rivoluzionari) di opposizione, di difesa, che «potevano fermare qualsiasi atto dei pubblici poteri»⁴¹.

Certamente, accanto al potere negativo del tribuno, vi era lo *ius agendi cum plebe*, che da iniziale potere coinvolgente la proposta di provvedimenti vincolanti per i soli plebei, avrebbe poi incluso il potere di proporre testi aventi valore di legge (*plebiscita*) per tutto il *populus*⁴².

Tuttavia non basta per spiegare come un potere essenzialmente negativo sia riuscito a non frenare lo sviluppo di Roma, ma ad inserirsi in esso. Si deve piuttosto sottolineare che la conflittualità tra patrizi e plebei era interna allo *ius*⁴³ e anche per questo dinamica e costruttiva. I tribuni della plebe, non

39 G. GROSSO, *Lezioni cit.*, 89.

40 Cic. *de re publ.* 2,33,58 *Nam cum esset ex aere alieno commota civitas, plebs montem sacrum prius, deinde Aventinum occupavit. Ac ne Lycurgi quidem disciplina tenuit illos in hominibus Graecis frenos; nam etiam Sparta regnante Theopompo sunt item quinque, quos illi ephoros appellant, in Creta autem decem, qui cosmoe vocantur, ut contra consulare imperium tribuni plebis, sic illi contra vim regiam constituti.*

41 G. GROSSO, *Lezioni cit.*, 89; in modo simile F. DE MARTINO, *Storia cit.*, vol. I, 353-354, secondo il quale: «L'*intercessio* poteva paralizzare la vita dello Stato. Ciò era possibile in quanto il nerbo delle forze politico-militari era plebeo e senza l'adesione od almeno la passiva acquiescenza di esse non era consigliabile per il governo patrizio intraprendere alcuna azione. Il patriziato aveva mantenuto il monopolio delle magistrature e si era assicurato il controllo del comizio, ma al di sopra della costituzione patrizia si poneva la plebe ed i *pateres* non avevano una forza politica sufficiente per dominarla. Così l'*intercessio* divenne un pauroso potere costituzionale».

42 Sull'attività normativa plebea, cfr. F. SERRAO, *Classi cit.*, 39 ss., 61 ss.

43 Sulla conflittualità tra patrizi e plebei come «fattore dinamico di sviluppo istituzionale interno al *ius*», vd. R. CARDILLI, *Leges fenebres, ius civile ed 'indebitamento' della plebe: a proposito di Tac. Ann. 6.16.1-2*, in *Studi in onore di Antonino Metro* (a cura di C. Russo Ruggeri), vol. I, Milano 2009, 389-390: «La 'conflittualità' tra patrizi e plebei viene, ad un certo momento -prima col fallito tentativo del Decemvirato, poi con le leggi Valerie Orazie del 449 a.C.- 'istituzionalizzata'. Essa, lungi dal rappresentarsi quale conflitto tra 'ordine' (diritto) e 'disordine' (fatto), diviene un forte fattore dinamico di sviluppo istituzionale interno al *ius*». Più in generale sulla conflittualità tra classi e sulla cooperazione cfr. P.F. DRUCKER, *The New Society. The Anatomy of the Industrial Order*, New York 1949, 109 ss.; L.A. COSER, *The Functions of Social Conflict*, Glencoe 1956, 9 ss.; R. DAHRENDORF, *Class and Class Conflict in Industrial Society*, London 1959, trad. it. *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, vol. I e II, Bari 1977, 181 ss.; 325 ss.; 359; P. CATALANO, *Diritti di libertà e potere negativo (Note per l'interpretazione dell'art. 40 Cost. nella prospettiva*

avendo l'*imperium*, il sommo potere di comando, si avvalevano, soprattutto nella fase iniziale⁴⁴, del loro potere negativo per condurre i magistrati patrizi a proporre o a prendere quei provvedimenti che ritenevano opportuni per la plebe prima e per tutto il *populus* poi. Si pensi proprio all'*intercessio*, strumento di opposizione che avrebbe potuto portare ad una "paralisi" del governo della *res publica*.

La forza intrinseca della conflittualità, dello scontro tra patrizi e plebei era stata già ben colta da Machiavelli⁴⁵, il quale nei *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* osservava che «la disunione della Plebe e del Senato fecero libera quella repubblica». Proprio per questo coloro che consideravano negativamente gli urti, gli scontri tra patrizi e plebei non si sarebbero resi conto, secondo Machiavelli, che in questo modo avrebbero biasimato ciò che permise a Roma di essere libera e -soprattutto- avrebbero enfatizzato più le grida che scaturivano dai tumulti (come faceva in tempi più recenti Barbagallo⁴⁶) che gli effetti benefici che da questi prendevano vita⁴⁷. Continuava Machiavelli osservando che a Roma quando il popolo voleva una legge si vedeva «correre tumultuariamente per le strade, serrare le botteghe, partirsi tutta la plebe di Roma» o il popolo non dava il «nome per andare alla guerra», così che per placarlo era necessario accontentarlo in qualche cosa: in questo modo, mi sembra, si giungeva ad un accordo, ad un compromesso che nasceva dalla necessità di una collaborazione.

Nella persistenza del conflitto, il raggiungimento di importanti obiettivi della plebe è stato spesso accompagnato da faticose concessioni o rinunce dell'una o dell'altra parte o di entrambe. In alcuni casi è stato anche importante l'intervento del magistrato patrizio, o del senato per evitare la paralisi o l'ulteriore inasprimento del conflitto⁴⁸. Diverse sono le testimonianze di tentativi che si possono citare (oltre l'apologo di Menenio Agrippa), già dai primi anni della repubblica, di evitare la disgregazione o la paralisi e ripristinare la *concordia civium*⁴⁹, ci tengo a sottolinearlo, pur nella persistenza

storica), in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova 1973, 2040 ss., in particolare ntt. 236 e 237.

44 Agli strumenti di resistenza, infatti, si è poi affiancata la forza dei plebisciti, il cui vigore è andato ad aumentare con il riconoscimento dell'equiparazione alle *leges*.

45 Machiavelli, poi, come osserva P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971, 37, con la «portata rivoluzionaria» del suo pensiero ha ispirato Rousseau e Babeauf.

46 C. BARBAGALLO, *Sciopei cit.*, I.

47 N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, Libro I, cap. 4.

48 Si pensi all'intervento del console Tito Quinzio e del senato nella vicenda di Publilio Volerone, riportata da Liv. II,56.

49 Sebbene il ripristino della *concordia civium* fosse spesso sentito come necessario, il

della conflittualità: si pensi alla proposta nel 479 a.C. del console Cesone Fabio ai senatori di distribuire alla plebe il territorio conquistato in guerra, nel modo più equo possibile⁵⁰. L'iniziativa del console, che non ebbe seguito per l'opposizione dei senatori, nasceva dall'intento di riportare la concordia tra patrizi e plebei, soprattutto considerando che questi ultimi, stanchi del mancato seguito dato alla loro proposta di *lex agraria*, utilizzavano, come strumento di contestazione, il rifiuto alla chiamata alla leva; oppure si pensi al consenso dei tribuni all'arruolamento nel 457 a.C. (in vista dell'imminente minaccia dell'esercito sabino), condizionato all'aumento a dieci del numero dei tribuni, condizione a sua volta assoggettata a quella dei patrizi che non fossero più rieletti gli stessi tribuni⁵¹. Avendo, poi, presente il piano più prettamente politico del conflitto tra patrizi e plebei, sebbene sia difficile anche nelle rivendicazioni plebee distinguere nettamente il profilo economico da quello sociale e politico⁵², si può citare da un lato la costante richiesta dei

suo raggiungimento era comunque spesso ostacolato. Si pensi agli avvenimenti riportati da Liv. IV,43,3-12; questi testi mostrano l'ostinazione rispettivamente dei patrizi e dei plebei nell'avanzare le loro proposte, senza la "capacità" di giungere ad un compromesso attraverso il quale si sarebbe potuta ristabilire la concordia. In particolare su questo aspetto: Liv. IV,43,11 ... *Quin illi, remittendo de summa quisque iuris, mediis copularent concordiam, 12 patres patiendos tribunos militum pro consulibus fieri, tribuni plebis non intercedendo quo minus quattuor quaestores promiscue de plebe ac patribus libero suffragio populi fierent?*

50 Liv. II,48,1 *Igitur non patrum magis quam plebis studiis K. Fabius cum T. Verginio consul factus neque belli neque dilectus neque ullam aliam priorem curam agere quam ut, iam aliqua ex parte inchoata concordiae spe, primo quoque tempore cum patribus coalescerent animi plebis. 2. Itaque principio anni censuit, priusquam quisquam agrariae legis auctor tribunus existeret, occuparent patres ipsi suum munus facere, captivum agrum plebi quam maxime aequaliter darent: verum esse habere eos quorum sanguine ac sudore partus sit. Cfr. F. SERRAO, *Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a.C.*, in *Legge e società nella repubblica romana* (a cura di F. Serrao), vol. I, Napoli 1981, 64 ss.*

51 Liv. III,30,5 *Is metus perculit ut scribi militem tribuni sinerent, non sine pactione tamen ut, quoniam ipsi quinquennium elusi essent parvumque id plebi praesidium foret, decem deinde tribuni plebis crearentur. 6. Expressit hoc necessitas patribus; in modo exceperere ne postea eosdem tribunos viderent. Tribunicia comitia, ne id quoque post bellum ut cetera vanum esset, extemplo habita. Cfr. F. SERRAO, *Lotte cit.*, 122-123, anche nt. 176.*

52 A proposito della secessione sul Monte Sacro, R. FIORI, *Homo cit.*, 310-311, osserva: «E infatti, leggendo le fonti, si avverte che quello che la plebe desidera non è ancora, come più tardi avverrà, la *parità*, ma la *partecipazione*, politica ed economica, alla cosa pubblica ... Le rivendicazioni plebee, perciò, non sono distinguibili come costituzionali da una parte ed economiche dall'altra: simili dicotomie sono riletture moderne di un problema che per i Romani era unitario, perché il plebeo, nel momento in cui avvertiva la fame, era consapevole anche del fatto che qualcosa che gli spettava gli era negato, e combatteva per la sua *caro* politica, giuridica, economica, sociale, cosmica».

tribuni in merito all'accesso dei plebei al consolato – accompagnata dall'*intercessio* verso gli atti relativi alla leva – e dall'altro la ferma posizione dei patrizi di non cedere a questa richiesta. Il compromesso nel 444 a.C., come testimonia Livio, fu il tribunato militare con potestà consolare⁵³.

L'accordo (risultato della necessaria collaborazione), tra i tribuni della plebe da una parte ed i magistrati patrizi, il resto del *populus* e il senato dall'altra, fu spesso, ma non sempre, la soluzione per evitare la paralisi, o come insegna ciò che avvenne dopo l'apologo di Menenio Agrippa⁵⁴, per evitare la disgregazione.

A proposito della secessione del 494 a.C., Grosso affermava che «la tradi-

53 Cfr. Liv. IV,7,8 *Per haec consilia eo deducta est res, ut tribunos militum consulari potestate promiscue ex patribus ac plebe creari sinerent, de consulibus creandis nihil mutaretur; eoque contenti tribuni, contenta plebs fuit*. Per la posizione di Grosso su questo cfr. *Lezioni cit.*, 105. I plebei, secondo una parte della tradizione (cfr. Dion. Alic. X,58,4), già con il secondo decemvirato legislativo avevano avuto accesso ad una magistratura suprema.

54 Dion. Alic. VI,83-89; Liv. II,32,12 e II,33,1. Una diversa interpretazione del ruolo dell'apologo di Menenio Agrippa è proposta da L. BERTELLI, *L'apologo di Menenio Agrippa: incunabulo della «Homonoia» a Roma?*, in *Index* 3, 1972, 224 ss., secondo il quale nella tradizione sulla *secessio* sarebbe possibile rinvenire due strati. Uno più antico relativo al problema del *nexum* e uno più recente relativo al conflitto tra patrizi e plebei e alla *concordia ordinum* (p. 227). La prospettiva più recente, quella appunto della *concordia ordinum*, avrebbe poi influenzato il rimaneggiamento della tradizione più antica: 226-227: «Se leggiamo spassionatamente l'apologo, risulta chiaro che esso non soltanto rinvia ad una situazione di subordinazione della plebe rispetto al patriziato, ma cerca anche di giustificarla con il parallelo biologico: le membra infatti, negando la loro collaborazione allo stomaco, cadono in una condizione di deperimento. Noi non sappiamo quale fosse la versione originale dell'apologo di Menenio, ma se il suo modello deve essere recuperato dall'analogia favola esopica, questa parla chiaramente della necessità della subordinazione a un'autorità investita legittimamente del potere»; 228. Sull'apologo di Menenio Agrippa cfr. anche W. NESTLE, *Die Fabel des Menenius Agrippa*, in *Klio* 21, 1927, 350 ss.; A. MOMIGLIANO, *Camillus and Concord*, in *The Classical Quarterly* 36, 1942, 111 ss. (= in *Secondo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, Roma 1960, 101 ss.); L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, vol. I, *Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana*, Milano 1981, 46 ss.; R. FIORI, *Homo cit.*, 307 ss. (con indicazione di ulteriore bibliografia); G. POMA, *Le secessioni della plebe (in particolare quella del 494-493 a.C.) nella storiografia*, in *Diritto@storia* 7, 2008, § 2 e 3; L. LABRUNA, *Secessio, Res publica: riconsiderazioni*, in *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, 639 ss. A me sembrerebbe che dall'apologo di Menenio Agrippa si ricavi che il conflitto può giungere ad una paralisi che deve essere risolta con una necessaria collaborazione. La collaborazione necessaria che emerge dal discorso di Menenio Agrippa non fa venir meno la conflittualità tra patrizi e plebei, anzi dalla secessione della plebe nasce il tribunato della plebe, che in seguito al giuramento della plebe (cfr. G. LOBRANO, *Il potere cit.*, 121 ss. su Liv. III,55,6 ss.) entra istituzionalmente nel sistema religioso-giuridico repubblicano romano.

zione romana poneva l'apologo di Menenio Agrippa, e cioè il principio della necessità della collaborazione, alla base del riconoscimento dell'arma di lotta plebea». Egli scandiva in modo preciso come dalla secessione, dall'urto, dalla lotta, dal *foedus* fossero nati i tribuni con il loro carattere rivoluzionario, con il riconoscimento della loro *sacrosanctitas*⁵⁵.

Per Grosso il principio della necessità della collaborazione era quindi alla base, durante la secessione del 494 a.C., dell'accordo che legalizzava il tribunato della plebe⁵⁶, ma allo stesso tempo implicitamente, almeno così mi sembrerebbe, costituiva il punto di riferimento ultimo che avrebbe potuto permettere di disinnescare la potenzialità distruttiva della disgregazione (o in caso di *intercessio* della paralisi), orientandola verso la ricerca, non ovvia e scontata, così come non sempre facile ed immediata, di un accordo⁵⁷. D'altra parte, la consapevolezza implicita del principio della necessità della collaborazione mi sembrerebbe riscontrabile anche nelle fonti. Tra gli esempi che si possono citare, si pensi al *praefectus urbis* Q. Fabio, il quale nel 462 a.C., come ricorda Livio (III,9,11), nel contrasto nato tra patrizi e plebei in seguito alla proposta di Terentilio Arsa, avrebbe pregato gli altri tribuni della plebe di considerare che la loro *potestas* gli era stata conferita *ad singulorum auxilium*, non per la rovina di tutti (*non ad pernicionem universorum*), quindi della Comunità, e che loro erano stati creati tribuni della plebe, non nemici dei patrizi (*tribunos plebis vos creatos, non hostes patribus*). Gli altri tribuni a questo punto avrebbero agito su Terentilio Arsa. Oppure si pensi a quanto afferma Dionigi di Alicarnasso, a proposito del contrasto tra

55 Così G. GROSSO, *Il diritto cit.*, 270; in modo simile ID., *Lezioni cit.*, 86 ss.

56 G. GROSSO, *Lezioni cit.*, 87, secondo il quale pur ammettendo che «l'origine del tribunato si debba ricercare nell'atto rivoluzionario della plebe che l'ha creato; che la plebe si impegnasse per giuramento a difendere la inviolabilità dei propri tribuni ... tutto ciò non toglie che a un certo punto, di fronte alla minaccia di disgregazione che ciò portava, si sia venuti a patti, e che l'assunzione e legalizzazione, nella *civitas*, di questa organizzazione plebea sia avvenuta precisamente mediante la solennità di un *foedus*, sia pure con una certa elasticità, così che i tribuni venivano accolti, nella loro posizione singolare di difensori della plebe, colla qualifica di *sacrosancti*, cioè dell'inviolabilità». Ciò sarebbe dedotto in particolare da Liv. II,33,1 *Agi deinde de concordia coeptum, concessumque in condiciones ut plebi sui magistratus essent sacrosancti, quibus auxilii latio adversus consules esset, neve cui patrum capere eum magistratum liceret*.

57 G. GROSSO, *Lezioni cit.*, 84, scrive: «il processo che deve portare alla fusione nell'unità della *civitas*, si opera attraverso una lunga e dura lotta, in cui la plebe rinsalda, per l'assalto alla cittadella delle genti patrizie, la propria organizzazione, e l'arma estrema è quella della secessione, cioè della rottura dell'unità, e mezzo di superamento l'accordo, e si legalizza la posizione rivoluzionaria del diritto di veto, e la plebe può essere definita uno stato nello stato. Il processo della fusione e della unità si opera cioè attraverso una esasperazione della dualità».

patrizi e plebei, in merito alla proposta dei tribuni della plebe di procedere alla stesura di leggi certe che regolassero gli affari sia privati che pubblici⁵⁸, e cioè che ad un certo punto tutti, anche sulla base degli spaventosi presagi inviati dagli dei, sarebbero stati d'accordo sulla necessità di abbandonare le reciproche accuse e di accordarsi nell'interesse della Comunità⁵⁹, sebbene, come dimostrano anche gli avvenimenti successivi, ciò non fosse semplice.

Come affermava Grosso in un intervento al convegno tenutosi a Sassari nel 1971 "*Forme di autonomia e diritto di resistenza nella società contemporanea*", il potere negativo serve per ottenere risultati positivi⁶⁰. A proposito della discussione tra Bobbio⁶¹ e Catalano⁶² se lo sciopero fosse o meno espressione di un potere negativo, Grosso osservava: «L'arma dello sciopero è negativa, e naturalmente serve per ottenere dei risultati positivi, come era negativa -scusate il richiamo del romanista- l'*intercessio* dei

58 Dion. Hal. X,1,2.

59 Dion. Hal. X,2,2-3,1. Dionigi di Alicarnasso ricorda che nella circostanza del conflitto tra patrizi e plebei circa l'approvazione della legge Terentilia fosse piovuta carne dal cielo e che l'interpretazione di simili presagi non fosse semplice, tanto che si dovette ricorrere ai libri sibillini, secondo i quali il conflitto interno avrebbe poi fatto scaturire una lotta con i nemici esterni. Il popolo, quindi, informato del rischio che si correva avrebbe iniziato a far sacrifici, anche per conservare la *pax deorum*.

60 G. GROSSO, *Intervento*, in *Studi sassaresi*, vol. III, *Autonomia e diritto di resistenza*, Milano 1973, 414.

61 N. BOBBIO, *La resistenza all'oppressione, oggi*, in *Studi sassaresi cit.*, vol. III, 30 e 31, mette in discussione l'inclusione della resistenza passiva (in cui si può comprendere lo sciopero) nella denominazione di potere negativo, che per lui è potere di veto (cfr. p. 244): «se è vero che sia l'uno sia le altre possono essere considerate forme di esercizio di potere impeditivo, altro è impedire che una legge, un comando, un ordine, o comunque una decisione, venga ad esistenza (potere di veto), altro è renderlo inefficace dopo che è venuto ad esistenza sottraendovisi, senza contare che vi sono forme di resistenza passiva, come lo sciopero, il boicottaggio, ecc. che non consistono in una disobbedienza alla legge. Inoltre, il potere di veto si risolve generalmente in una dichiarazione di volontà ... mentre la resistenza passiva consiste in comportamenti commissivi o omissivi. Il potere di veto è generalmente istituzionalizzato, cioè dipende da una norma secondaria autorizzativa...; mentre le varie forme di resistenza passiva nascono fuori dal quadro delle istituzioni vigenti, anche se alcune di esse vengono poi in un secondo tempo istituzionalizzate. Il potere di veto è di solito esercitato al vertice...; la resistenza passiva, alla base. Il potere di veto è spesso il residuo di un potere duro a morire; la resistenza passiva può essere la prima avvisaglia di un potere nuovo. Il potere di veto serve di solito alla conservazione dello *status quo*; la resistenza passiva mira generalmente al mutamento».

62 P. CATALANO, *Intervento*, in *Studi sassaresi cit.*, vol. III, 225 ss., il quale concorda con Bobbio sulla opportunità di distinguere tra potere negativo e resistenza, ma ritiene «che la distinzione debba essere leggermente diversa».

tribuni della plebe, che era un diritto di veto, col quale però i tribuni della plebe, opponendo il veto, fermavano tutto finché non ottenevano quello che volevano ottenere. Quindi in sostanza lo strumento negativo è sempre uno strumento negativo con valore positivo»⁶³. Con queste parole, a mio avviso, Grosso avvertiva, e rilevava implicitamente, che gli strumenti negativi, per raggiungere risultati positivi, necessitano dell'accordo, della collaborazione del "potere positivo". Lo strumento negativo, per riuscire ad avere un valore positivo, sfrutta la sua potenzialità negativa, cioè la paralisi, per arrivare ad un accordo, avvertito ad un certo punto come necessario, con l'altra parte, che detiene il potere "positivo". In questo modo il potere negativo riesce ad avere un valore positivo. Anche lo sciopero non mira, come fine ultimo, alla paralisi, ma ad ottenere risultati positivi attraverso la paralisi.

La paralisi era il fine strumentale per il raggiungimento di un determinato obiettivo (potere negativo con valore positivo, afferma Grosso), quest'ultimo poteva essere concretamente, "positivamente" realizzato con l'intervento di altri (i magistrati patrizi, il senato e il resto del *populus*)⁶⁴. Dunque la

63 G. GROSSO, *Intervento*, in *Studi sassaresi cit.*, vol. III, 414. Grosso osservava come in quegli anni (inizio degli anni '70) vi fosse confusione sui due aspetti negativo e positivo dello sciopero, perché i sindacati, rispetto alle riforme del Governo, utilizzavano lo sciopero «non più solo come arma che viene usata al momento buono per ottenere quel risultato, ma quasi come strumento ordinario programmato, per cui oggi -questo lo dico come osservazione obbiettiva- pare che all'inizio di ogni mese si programmi il numero di scioperi che in quel mese si devono fare, questo modo in cui si usa lo sciopero costituisce una pressione costante nei confronti del Parlamento, che dà ai sindacati un potere». Grosso temeva che la confusione da lui avvertita potesse successivamente confluire in una forma corporativa o in una forma di dittatura sindacale e, comunque, osservava che il Parlamento e i partiti su questo influenti, in conseguenze del ricorso a queste modalità di sciopero non procedessero in modo organico, ma piuttosto rispondessero alle diverse richieste in modo settoriale. La preoccupazione di Grosso era alimentata dalla consapevolezza che «sullo sfondo c'è l'ombra grifagna, o da una parte o dall'altra, del pericolo di quello che è lo Stato totalitario, nel quale poi riprende il sopravvento il partito; se ciò avviene, il partito unico, o che sia di un colore o che sia dell'altro, nello Stato totalitario schiaccerà completamente il sindacato e schiaccerà proprio quelle forme spontanee di resistenza che nel sindacato si manifestano».

64 Si pensi all'ammissione dei plebei al consolato, avvenuta nel 367 a.C. F. DE MARTINO, *Storia cit.*, vol. I, 384, sebbene con riserve, propende «per la tesi che non vi furono leggi in senso tecnico, cioè approvate dal comizio centuriato». Esclude si sia trattato esclusivamente di un plebiscito e precisa che si «trattò di un accordo fra tribuni e Senato, forse sulla base di un plebiscito, ma la fonte giuridica della nuova costituzione non fu il plebiscito, fu la deliberazione senatoria e la prassi che negli anni seguenti si venne formando». C. CASCIONE, *Studi di diritto pubblico romano*, Napoli 2010, 56 ss., il quale non esclude che per la *lex Licinia Sextia de consule plebeio*, come in precedenza per la *lex Canuleia*, il problema dell'impossibilità per i tribuni di presentare e far votare *rogationes* davanti ai comizi centuriati fosse

paralisi determinata dal potere negativo, per portare risultati positivi e non rimanere sterile o addirittura nociva per la *civitas*, doveva fare riferimento e leva, come sembrerebbe emergere da un'analisi *ex post*, su un principio implicito condiviso, la salvaguardia della *civitas*, che avrebbe condotto a riconoscere la necessità della collaborazione.

Proprio presupponendo questa logica, a me sembrerebbe possa ulteriormente spiegarsi l'affermazione di Grosso che l'*intercessio* tribunitia «non ha frenato lo sviluppo di Roma, ma si è inserita nei termini di esso»⁶⁵.

L'*intercessio* dei tribuni della plebe, il diritto di sciopero dei lavoratori non sono dunque in contrasto con l'ordine democratico, ma ne sono un'importante espressione. Sono poteri che completano e difendono la democrazia. I patrizi ed i plebei, i magistrati patrizi e i tribuni della plebe, erano portatori di esigenze diverse e contrapposte all'interno della *civitas*, tuttavia al fondo vi era la consapevolezza di entrambe le *partes* di una finalità unitaria: la salvaguardia e l'espansione della *civitas*. La costituzionalizzazione di strumenti rivoluzionari di lotta da un lato, il principio della necessità della collaborazione dall'altro, spiegano in che modo il potere negativo possa rendersi promotore -utilizzando le parole di Pugliese- di «un maggiore equilibrio tra le forze sociali e un'ascesa politico-economica del nostro Stato»⁶⁶. Con il riconoscimento del diritto di sciopero, la Costituzione italiana, come ha osservato Pierangelo Catalano, ha «garantito al cittadino l'unico mezzo effettivo, fino ad oggi, di esercizio diretto della sovranità, ed i sindacati sono stati la linea di difesa articolata di tale potere»⁶⁷.

Alla luce di queste riflessioni mi sembrerebbe possa ritenersi che Grosso, nell'utilizzare il parallelo tra l'*intercessio* e il diritto di sciopero per rispondere all'affermata antidemocraticità di quest'ultimo, ritenesse che lo sciopero non avrebbe paralizzato lo sviluppo del Paese. Piuttosto, in modo simile alla funzione paralizzatrice dell'*intercessio*, che non ha bloccato l'espansione della *civitas* romana in quanto è stata uno strumento di pressione per ar-

«aggirabile sotto il profilo politico attraverso la cooperazione di un magistrato patrizio».

65 G. GROSSO, *Il diritto cit.*, 267 ss. Come ha puntualmente osservato P. CATALANO, *Diritti cit.*, 2042 nt. 237, la prospettiva di Grosso sull'apologo di Menenio Agrippa era diversa da quella espressa su *La civiltà cattolica* da B. PALOMBA, *Lo sciopero degli operai*, in *La Civiltà cattolica* (serie III) 3, 1865, 668 ss., che, insieme ad altra parte della dottrina, leggeva solo in chiave di collaborazione tra patrizi e plebei l'apologo di Menenio Agrippa, senza scorgerne o comunque sottolinearne il legame con il riconoscimento del tribunato della plebe, tanto che nelle pagine iniziali del contributo Palomba appare fortemente scettico rispetto al ricorso allo sciopero.

66 G. PUGLIESE, *Introduzione*, in G. GROSSO, *Tradizione cit.*, 15.

67 P. CATALANO, «Potere negativo» e sovranità popolare, in *I cattolici italiani nei tempi nuovi della Cristianità* (a cura di G. Rossini), Roma 1967, 834 ss.

rivare ad ottenere quello che il tribuno, la plebe voleva, spesso attraverso un accordo con l'altra parte del *populus* e con i magistrati muniti di *imperium*, anche l'arma di lotta "sciopero" avrebbe potuto essere utilizzata contro i datori di lavoro e in generale contro il potere, anche politico, per esercitare pressioni, inevitabilmente necessarie per far sentire "negativamente" la voce del cittadino lavoratore. In questo modo lo sciopero, potere negativo del cittadino lavoratore, può spingere chi detiene il potere positivo verso l'accoglimento delle esigenze manifestate con lo sciopero, ad esempio, può portarlo alla stipula o alla modifica di un contratto collettivo, che ha «la funzione di composizione dei conflitti collettivi e dunque di pacificazione sociale»⁶⁸, almeno sulla questione al momento dibattuta⁶⁹; o ancora può portare il potere legislativo o esecutivo a prendere provvedimenti in merito alle questioni contestate dai cittadini lavoratori in sciopero e così permettere al cittadino lavoratore di partecipare «alla organizzazione anche politica del paese» e alla funzione di indirizzo politico⁷⁰.

68 G.C. PERONE, *L'azione sindacale negli stati membri dell'Unione europea*, Roma 1995, 143. Chiare su questo le parole di P. CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.* 1, 1952, 222 (= in *Opere giuridiche*, III, Napoli 1968, 456): «Lo sciopero si presenta così, nel suo aspetto puramente sindacale, come un mezzo di coazione psicologica collettiva adoperato dai lavoratori per ristabilire nella fase precontrattuale l'equilibrio economico delle trattative, e per indurre la controparte a prendere in considerazione le condizioni da loro reclamate: in quanto lo sciopero raggiunge il suo scopo, il suo epilogo è la stipulazione di un nuovo contratto, che mette fine al conflitto collettivo. Ma lo sciopero tende poi ad uscire dal terreno sindacale, in cui funziona, si potrebbe dire, come "metodo di coazione psicologica precontrattuale" e ad allargarsi nel campo politico, fino a diventare, col mito dello sciopero generale, strumento di lotta rivoluzionaria per la conquista dello Stato.

In ambedue queste espressioni, sciopero sindacale e sciopero politico, il ricorso allo sciopero implica in ogni caso la sfiducia dei lavoratori nei meccanismi giuridici dello Stato "borghese»».

69 G. PERA, voce *Sciopero (dir. Cost. e lav.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLI, Milano 1989, 703, il quale osserva che «lo sciopero veniva considerato in funzione della regolamentazione collettiva dei rapporti di lavoro, era il momento della lotta ai fini della stipulazione del contratto; il quale contratto a sua volta, almeno momentaneamente, poneva fine al conflitto collettivo di lavoro, come un provvisorio armistizio nell'eterna lotta tra capitale e lavoro».

70 Interessante anche il ruolo del sindacato all'interno dello Stato comunità proposto da G.C. PERONE, *Partecipazione del sindacato alle funzioni pubbliche*, Padova 1972, 210: «Il sindacato, se nell'attuale sistema costituzionale resta fuori degli organi dello Stato-persona (e anche degli organi parlamentari), non è fuori dello Stato, ma, per positivo riconoscimento costituzionale, forma una delle espressioni dello Stato-comunità. E agendo nell'ambito di questo entra in relazione, pur senza esserne assorbito, con le istanze dell'apparato statale, influenzandone sensibilmente le attività (anche quella legislativa) con gli strumenti che

Al termine del saggio *Il diritto di sciopero e l'intercessio dei tribuni della plebe*, Grosso, come ho già detto, ricordava a chi avesse voluto vedere il superamento della crisi sociale e politica di quegli anni (gli anni 50 del secolo scorso) «in una semplice affermazione della necessità di una collaborazione di classi» la circostanza che la tradizione romana avesse collocato «l'apologo di Menenio Agrippa, e cioè il principio della necessità della collaborazione, alla base del riconoscimento dell'arma di lotta della plebe».

Secondo questa prospettiva, che condivido, non può ritenersi sufficiente il principio della necessità della collaborazione⁷¹. Fondamentali, come aveva avvertito la plebe dopo la prima secessione, sono gli strumenti che permettono ai tribuni della plebe di esercitare dentro la *civitas*, ma in modo dialettico e anche conflittuale, il loro potere negativo. Lo scontro, il conflitto, l'urto rendono spesso "concreta" la necessità di un addivenire a patti tra due parti portatrici di interessi diversi, ma all'interno di una comune organizzazione sociale⁷². Ciò può essere detto anche per lo sciopero, a proposito del quale Di Vittorio, nel corso dei lavori costituenti, osservò che i «lavoratori di oggi, e non soltanto in Italia, danno una prova così manifesta di coscienza sociale elevata da non giustificare la preoccupazione di non giungere a degli accordi in ogni caso».

Lo sciopero non può, quindi, essere considerato, come faceva Barbagallo, alla stregua di uno strumento antidemocratico da eliminare, in quanto permetterebbe ad uno degli ingranaggi di un corpo organico di cessare la sua funzione e così arrecare sofferenza agli altri, ma piuttosto come lo strumento democratico che dà la possibilità al cittadino lavoratore di esercitare negativamente la sua sovranità per ottenere dei risultati positivi.

Di Vittorio, infatti, nel sostenere la proposta di inserimento nella Costituzione del diritto di sciopero, non solo ricordava che questo è «intima-

l'ordinamento gli assegna in ragione della sua natura di centro dello Stato-comunità».

71 Come risulta dai lavori dell'Assemblea costituente, *Commissione per la Costituzione, III Sottocommissione, Resoconto sommario della seduta di giovedì 24 ottobre 1946*, 249, Colitto, invece, proponeva di non inserire nella Costituzione il diritto di sciopero, in quanto «tutte le controversie potrebbero essere definite in un clima di collaborazione dalle associazioni contrapposte, facendosi, ove occorra, ricorso ad arbitrati».

72 Sull'effetto positivo del compromesso nello scontro tra classi, cfr. F. DE MARTINO, *Storia cit.*, vol. I, 360, il quale, partendo dal principio dell'unanimità, riteneva che questo fosse «indispensabile ed a maggior ragione, allorché entravano in giuoco le classi» e sottolineava il ruolo del compromesso nella consolidazione della *res publica*: «Il fatto che la repubblica, almeno fino all'età della crisi, prosperò e superò guerre aspre e pericoli di varia natura, sempre fondata su tale principio, dimostra che il compromesso, anziché minare la forza dello Stato, la consolidava».

mente legato al concetto pieno di democrazia»⁷³, ma rispetto a chi manifestava preoccupazione per lo sciopero nei servizi pubblici riteneva non giustificato il timore che i lavoratori non arrivassero in ogni caso ad un accordo⁷⁴.

Il riconoscimento costituzionale del diritto di sciopero fornisce al cittadino lavoratore lo strumento per ristabilire l'equilibrio delle trattative⁷⁵ (così che si giunga alla necessità di una collaborazione tra le parti e non ad una sottoposizione di una parte all'altra) e allo stesso tempo per partecipare alla organizzazione politica economica e sociale del Paese, per porsi, quindi, come interlocutore nel dialogo istituzionale. Il diritto di sciopero è lo strumento che permette al cittadino lavoratore di esercitare in modo diretto la sovranità⁷⁶. Come ha sottolineato Catalano⁷⁷, l'interpretazione dell'art. 40 in connessione all'art. 3 comma 2 della Costituzione permette di considerare il diritto di sciopero come lo strumento attraverso il quale il cittadino lavoratore può partecipare «alla organizzazione anche politica del paese» e alla funzione di indirizzo politico.

4. Conclusioni

Per concludere, ritengo che le due espressioni di Giuseppe Grosso, che ho riportato nel titolo di questo contributo («Costituzionalizzazione di strumenti rivoluzionari della lotta di classe»⁷⁸ e «principio della necessità della collaborazione»⁷⁹), esprimano due aspetti tra loro strettamente legati sia nell'esperienza romana del tribunato della plebe e dell'*intercessio* sia in quella contemporanea del sindacato e del diritto di sciopero. Il riconoscimento all'interno della *civitas* del tribunato della plebe, potere negativo costituzionalizzato con la sua forza rivoluzionaria, come spiega Grosso, aveva

73 Commissione per la Costituzione, III Sottocommissione, Resoconto sommario della seduta di giovedì 24 ottobre 1946, 251.

74 G. DI VITTORIO, *Intervento*, Commissione per la Costituzione, III Sottocommissione, Resoconto sommario della seduta di giovedì 24 ottobre 1946, 252, osservava di non comprendere «perché una società democratica, per garantire la continuità di tali servizi dovrebbe ricorrere alla coazione e non fidare invece nella certezza di redimere tutte le vertenze che potrebbero sorgere per via pacifica...».

75 P. CALAMANDREI, *Significato cit.*, 222 (= in *Opere cit.*, 456).

76 P. CATALANO, «Potere negativo» e sovranità dei cittadini nell'età tecnologica, in *Autonomia cronache* 6, febbraio 1969, 26.

77 P. CATALANO, *Diritti cit.*, 1983 s.

78 G. GROSSO, *Prefazione*, in *Tradizione cit.*, 23.

79 G. GROSSO, *Il diritto cit.*, 273.

alla base un “avvertimento”, il principio della necessaria collaborazione, e al tempo stesso era lo strumento che rendeva effettiva, attraverso la minaccia della paralisi determinata dall’*intercessio*, la collaborazione dialettica e conflittuale tra ordini, perché dando voce al tribuno della plebe dava alla plebe la forza di porsi come interlocutrice e quindi la possibilità di raggiungere i suoi obiettivi. In modo simile, nel momento in cui la Costituzione prevede e disciplina le organizzazioni sindacali e, in particolare, il diritto di sciopero, istituzionalizza un potere negativo che dà voce al cittadino lavoratore, ma allo stesso tempo -mi sembrerebbe-, come emerge dai lavori della Costituente, consideri la possibilità che l’esercizio di questo potere negativo possa condurre ad un accordo tra le parti in conflitto⁸⁰. In questo modo il contrasto, la lotta, il conflitto possono promuovere lo sviluppo del Paese.

80 Basti pensare che spesso lo sciopero raggiunge il suo scopo con la stipulazione di un nuovo contratto, con il quale termina, su quei punti, il conflitto collettivo. Cfr. P. CALAMANDREI, *Significato cit.*, 222 (= in *Opere cit.*, 456).

II

**Del Ombudsman al Defensor del Pueblo (a propósito de la
Constitución española de 1978).
Comparación histórico-jurídica en Europa**

ANTONIO COLOMER VIADEL

Universidad Politécnica de Valencia

El Defensor del Pueblo de España: un caso singular en el contexto europeo

1. Introducción y antecedentes históricos. – 2. Los antecedentes modernos del *Ombudsman*. – 3. La singularidad de los Defensores del Pueblo en la Península Ibérica.

1. Introducción y antecedentes históricos

En el desarrollo de las civilizaciones una idea y concepto que vienen desde muy antiguo es la de supervisar y controlar la actividad de las Administraciones Públicas. Unas veces por medio de delegados dependientes del poder ejecutivo y monárquico, a menudo con rasgos de poder absoluto, y otras por medio de elección por asambleas o parlamentos que representan el poder y soberanía de los ciudadanos.

Una enumeración histórica nos llevaría desde las asambleas que ya 500 años antes de Cristo elegían a los Euthynoi, elegidos por el Consejo de los Quinientos, en Atenas, o los Ephoren, en Esparta, elegidos por el Consejo de la Ciudad, y con amplios poderes ambos para controlar las instituciones e incluso al rey, en esta última ciudad.

En el 206 a.C. durante la dinastía Han en China, existía el funcionario Yan, con amplios poderes para supervisar la administración del Imperio y sus funcionarios, pero nombrado y dependiente del emperador.

Del mismo modo, en el Imperio Persa, y por iniciativa del Emperador Ciro, que era un monarca absoluto, se crea durante el periodo 560-529 a.C. el funcionario Otho de Rey (el ojo del Rey) para controlar la vasta administración

y a los funcionarios de aquel enorme imperio, pero también dependiente del emperador.

Un carácter muy distinto supuso en Roma, tras la retirada al Monte Sacro de la plebe, en conflicto con los Patricios, por causas de los créditos usureros y el maltrato a los deudores en el 493 a.C., la creación, el año siguiente, de los Tribunales de la plebe, elegidos por los Concilia Plebis, y que protagonizarán durante la República Romana un poder dual que supone un verdadero poder de impedir o vetar decisiones del Senado u otras magistraturas que se consideraran perjudiciales para el pueblo romano.

En la España visigoda existen también los Defensores Civitatis y la posibilidad de elevar peticiones a la Corona.

En el largo milenio que duró Bizancio (395-1453) los Defensores Civitatis fueron institución reconocida y mantenida.

De igual modo en la España musulmana, y durante casi sus 800 años de mantenimiento en la Península Ibérica (712-1492) existe el Sahib-al-Mazalim, Delegado del Califa de Córdoba y nombrado por éste, que vigilaba estrechamente la actuación de los funcionarios del Califato.

En la España Cristiana se crea por el Rey Jaime I de Aragón, en 1256, una institución que va a gozar de gran prestigio: el Justicia Mayor de Aragón que sólo rinde cuenta ante las Cortes y alcanza un gran poder, incluso jurisdiccional, de protección de los derechos y libertades de todas las personas que habitan en la Corona Aragonesa. Ese poder es tan grande que en 1390 las Cortes nombran, primero, cuatro inquisidores y luego, una comisión de 17, para evaluar las quejas que puedan darse contra el Justicia.

En este panorama rápido podríamos citar también en el siglo XV el Consejo de los Diez, en Venecia, que desempeña funciones análogas.

Así como la tarea del Recopilador de quejas durante el siglo XVI que tan eficazmente desempeñó el Padre Bartolomé de las Casas ante la Corona española, sobre la población indígena de América que llevó incluso a la aprobación en 1542, de las leyes Nuevas de Indias en donde se protegía especialmente a esa población. Por no hablar de la labor en este sentido de los juristas y teólogos de la Universidad de Salamanca, durante los siglos XVI y XVII.

En tierras americanas y en el Imperio Inca, existía Tucuyricui, “el que todo lo ve”, que era un funcionario que desempeñaba esa labor de control y supervisión y rendía cuentas al Inca o Emperador. En cuanto a la Corona española debemos destacar la importancia de los juicios de residencia por los cuales todos los funcionarios que desempeñan funciones en América, al terminar su mandato debían someterse a ese juicio y rendir cuentas de su desempeño, pudiendo incluso padecer penas de cárcel.

En Europa no podemos olvidar la importancia de la Carta Magna, 1215, en Gran Bretaña en donde se señalaba que los alguaciles no podían llevar a nadie a juicio sin testigos fidedignos que pudieran probar los hechos.

2. Los antecedentes modernos del *Ombudsman*

La institución sueca que ha sido un referente internacional para generalizarse e incluso crear esa especie de fiebre de la “Ombudsmanía” aparece en la Constitución de Suecia de 1809 y supone la aprobación, de forma indirecta por el Parlamento, mediante una comisión previa sin relación con los partidos políticos, de un funcionario independiente para supervisar las administraciones, y observar sus negligencias o incumplimiento de mandatos legales y proteger los derechos y libertades de los ciudadanos que se relacionan con tales administraciones. Ahora bien, este funcionario no puede intervenir en ninguna decisión del Parlamento ni de los ministros.

El antecedente de tal institución es la Oficina del Canciller de Justicia, creada en 1713 por el Rey Carlos XII de Suecia, por influencia de su estancia en Turquía y la observación de los funcionarios que protegían la Ley Islámica. En 1766 el Ombudsman es nombrado por el Parlamento y coexiste durante un tiempo con el Canciller de Justicia, nombrado por el Rey, hasta la Constitución de 1809 citada en donde quedó el Ombudsman como la única institución.

En las Constituciones escandinavas del siglo XX se recoge la institución, así en la de Finlandia de 1919, las de Noruega de 1952 y 1962, la de Dinamarca de 1954 y la sueca de 1974.

La institución va a expandirse más allá de ese origen escandinavo y aparece incluso en un territorio tan lejano como Nueva Zelanda.

En Europa prácticamente los 28 países de la Unión Europea la crean aunque no con las mismas competencias y funciones. Así el Comisionado parlamentario que se crea en Gran Bretaña en 1967 depende en alto grado del Parlamento y las quejas de los ciudadanos han de llegarle a través de los diputados.

Algo parecido ocurre con el Mediateur, de Francia, creado por ley de 1973 como Delegado del Parlamento pero también los ciudadanos tienen que presentarle sus quejas a través de Diputados o Senadores.

En Alemania no existe propiamente un Defensor u Ombudsman sino una Comisión de Peticiones en el Parlamento que no es exactamente lo mismo (si existe un Ombudsman militar para quejas en este ámbito).

Y en Italia no existe defensor nacional sino una red de Defensores Cívicos regionales con regulaciones de carácter autonómico y no exactamente iguales que incluso en algún caso cambian de nombre como en el Véneto en 2009 (garante regionale dei diritti della persona).

Se da el caso también de Defensores a escala de ciudad; Zúrich en Suiza, Utrecht y Ámsterdam, en Holanda. El caso del Defensor del Pueblo europeo que sólo interviene en relación con el derecho comunitario europeo y no con los derechos nacionales.

En Bélgica, por ley de 1995 se crearon dos Ombudsman: uno Flamenco y

otro francés, respondiendo a las comunidades lingüísticas existentes.

Incluso los seis países candidatos a ingresar en el futuro en la Unión Europea, lo tienen. Así como Rusia y varias de las repúblicas de la antigua Unión Soviética. Se puede afirmar que solo tres países carecen del mismo: Bielorrusia, San Marino y el Vaticano.

3. La singularidad de los Defensores del Pueblo en la Península Ibérica

La Constitución portuguesa de 1976 que abre las puertas a la democracia tras un largo periodo autoritario, crea el Proveedor de Justicia, elegido por la Asamblea Legislativa y con un alto grado de independencia e incluso capacidad de recurso de inconstitucionalidad contra las leyes de esa Asamblea que lo ha nombrado. En este mismo periodo y tras las elecciones parlamentarias de junio de 1977, empieza a elaborarse la Constitución española que se aprobará finalmente en Diciembre de 1978 y que va a tener semejanzas con el texto portugués y una singularidad destacada en el ámbito europeo.

El artículo 54 de la Constitución española denomina al Defensor del Pueblo Alto Comisionado de las Cortes Generales para defender los derechos del título I de la Constitución, a cuyos efectos supervisará la actividad de las administraciones, dando cuenta a las Cortes generales.

La Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril sobre el Defensor del Pueblo señala en su artículo IV que la elección de éste se realiza por las 3/5 partes de los miembros del Congreso y a continuación, el mismo porcentaje del Senado. Ahora bien, si estas mayorías no se dan, al cabo de un mes la elección se realiza, siempre que se dé los 3/5 del Congreso y al menos la mayoría absoluta del Senado.

El Defensor debe presentar un Informe a las Cortes con carácter anual haciendo un balance de su actuación, de las quejas recibidas y de los reclamos a las administraciones y sus funcionarios. Es de destacar que después de este Informe el Congreso no puede realizar propuestas ni iniciativas que obliguen al Defensor, sino únicamente manifestar opiniones no vinculantes. El otro gran giro fundamental es la capacidad del Defensor para iniciativa de recursos de inconstitucionalidad y de amparo contra decisiones legislativas o no legislativas de las Cortes, y en alguna medida también del poder judicial. En este caso y por medio del Derecho de Petición dirigido a esta institución, el Defensor suple la ausencia de la iniciativa de soberanía popular para estos recursos ante el Tribunal Constitucional.

En relación con esta independencia que en mi libro sobre el Defensor del Pueblo calificué de una deriva un tanto esquizofrénica pero eficaz del Defensor, que puede recurrir acuerdos de la institución parlamentaria que lo

ha elegido, el Profesor Carlos Constenla ha señalado que en este caso se difumina la idea fideicomisaria o de mandato legislativo del Ombudsman. En relación al recurso de inconstitucionalidad que el Defensor planteó ante el Tribunal Constitucional en relación a la reforma del Estatuto de Catalunya, algunos diputados nacionalistas hablaron de “teoría de la incongruencia” por recurrir una ley aprobada por las Cortes que lo había nombrado. Ahora bien, a esa teoría de la incongruencia se apuntó el Constituyente al dotar al Defensor de una plena independencia sin recibir ni mandatos ni órdenes de ninguna otra institución, y una vez elegido adquirir una plena autonomía sin ya dependencia de su origen parlamentario.

Por este motivo, creo que se equivocan aquellos autores que vinculan al Defensor del Pueblo de España o Portugal con el Ombudsman sueco y su tradición. Más próxima estaría la posición del Tribuno de la Plebe Romano o del Justicia Mayor de Aragón, aunque sin las funciones jurisdiccionales de este último.

En las conclusiones de mi libro sobre el Defensor hice algunas consideraciones que me parecen útiles para valorar esta figura en el contexto europeo, mucho más débil en instituciones análogas. Un punto que ha sido muy significativo es que en el año 2009 las Cortes al adherirse al convenio de la ONU sobre el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura incorporó tal Mecanismo al Defensor del Pueblo en donde, además de la tortura, también se deben considerar los tratos crueles, inhumanos o degradantes –podía tal vez considerarse el acoso moral en el trabajo-. El desempeño de tales funciones de carácter preventivo con las visita a cárceles y otros lugares de detención o privación de libertad, ha aumentado considerablemente la actividad de oficio del Defensor que anteriormente era claramente inferior a la provocada por las quejas de los ciudadanos.

En cuanto a su relación con los Comisionarios autonómicos que se han ido constituyendo, el principio de cooperación y coordinación entre el Defensor del Pueblo nacional y estos comisionarios ha funcionado con un carácter pragmático mediante las Jornadas Anuales de Coordinación y Cooperación, de forma bastante eficiente, además de los encuentros bilaterales.

La admisión de quejas ha estado en torno a un 70% y la efectividad de las recomendaciones del Defensor del Pueblo se mide en un 80% las aceptadas por la Administración.

El Defensor del Pueblo -he escrito- no es un adversario de la Administración Pública, sino un controlador-colaborador que ayuda a las Administraciones Públicas a superar sus disfuncionalidades y sólo si fracasa la labor de colaboración adquiere protagonismo la función de denuncia frente al Parlamento y la opinión pública.

El Defensor del Pueblo es un activador de la ética profesional de los funcio-

narios, acicate para su corrección y perfeccionamiento. Es fundamental confiar en el carácter neutro e independiente del Defensor basado en su imparcialidad.

Debemos recordar que el sistema orgánico e institucional de la Constitución está al servicio de la parte dogmática de la misma (los Derechos y Libertades) y el Defensor del Pueblo debe ser un activador de la conciencia para que ese servicio se realice de la mejor forma para alcanzar la plenitud de los Derechos y Libertades de nuestra Constitución.

El Defensor ejerce una magistratura de persuasión, no de coacción, sino de convencimiento mediante esa labor de colaboración con las Administraciones Públicas pero si la negligencia y las hostilidades observadas se mantienen, el Defensor puede recurrir a distintos medios: al Fiscal si se trata de presuntos delitos, al posible delito de desobediencia, a la denuncia con nombres y apellidos en casos graves en informe a las Cortes. Sería deseable incluso, introducir la legitimidad procesal amplia del sistema argentino, al servicio de los Derechos y Libertades.

En este sentido, creo que debe revisarse las incompatibilidades para ocupar el cargo del Defensor del Pueblo. Resulta absurdo que la independencia se apruebe, con abandonar un momento antes de ocupar esa magistratura, el cargo político, partidista o parlamentario. Al menos una independencia de 10 años sería exigible. También hacer públicos, con nombres y apellidos, los responsables de incumplimientos, graves negligencias o resistencias a la labor del Defensor. Potenciar la red de Defensores y la buena cooperación y coordinación entre el Defensor nacional y los Defensores Autonómicos. Debería incrementarse la publicidad de la actividad del Defensor mediante programa en las TV públicas, asignatura en las escuelas incluso se puede plantear reformas constitucionales que estudien la posibilidad de una elección popular de los Defensores o su iniciativa para proponer o respaldar algunos referéndums populares.

Este modelo ha tenido una gran influencia en las instituciones creadas en América Latina, incluso en muchos casos, con esta misma denominación y competencias.

En suma, subrayar su conexión con la soberanía popular y con aquella antigua competencia del poder negativo que es un valladar contra abusos o violaciones de los derechos. En este sentido comparto la opinión del Profesor Carlos Constenla de que la institución del Defensor así contemplada puede ser una de las innovaciones constitucionales más sugestivas de nuestro momento presente y de nuestro porvenir para garantizar tales derechos y libertades.

Bibliografía

- COLOMER VIADEL A., *El Defensor del Pueblo: un órgano político-administrativo de protección de los derechos*, en *Revista de Derecho Político* 71-72, 2008
- COLOMER VIADEL A., *La independencia del Defensor del Pueblo frente a los partidos políticos*, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional* 26, 2010
- COLOMER VIADEL A., *El Defensor del Pueblo, protector de los derechos y libertades y supervisor de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor (Navarra) 2013
- CONSTENLA C., *Teoría y práctica del Defensor del Pueblo*, Madrid 2010
- OEHLLING RUIZ H., *El Defensor del Pueblo: algunos problemas en su adaptación orgánico-funcional*, en *Revista de Estudios Políticos* 72, 1991
- ROVIRA VIÑAS A. (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica al Defensor del Pueblo*, Madrid 2002

ANTONIO PALMA

Università di Napoli 'Federico II' – già Difensore Civico del Comune di Amalfi

L'ambiguo status del *defensor civitatis*: soggetto pubblico o privato difensore?

1. Premessa. – 2. Origini, funzioni, scopi. – 3. Ἐὐνόδικος e *defensor civitatis*: avvocati privati con pubbliche funzioni. – 4. Conclusioni: riflessioni moderne.

1. Premessa

La ricerca si propone di chiarire come l'istituto del *defensor civitatis*¹, pur conservando in potenza la realizzazione di certi fini – la difesa degli *humiliores* – lungo il suo percorso evolutivo ne abbia, di fatto, raggiunti altri, come la collaborazione alle strategie politiche imperiali. In tal modo, il *defensor civitatis*, attraverso una eterogenesi dei fini, sebbene fosse stato ideato quale vessillo della libertà delle proteiformi realtà locali, disseminate nel vasto territorio imperiale, svolse un ruolo non secondario nella formazione di quella *koinè* economico-giuridica realizzatasi nell'età tardoantica².

1 Sui quali vd. il prezioso contributo di V. MANNINO, *Ricerche sul «Defensor Civitatis»*, Milano 1984, 218 ss.

2 Vd. S. MAZZARINO, *L'impero romano*, vol. III, Roma-Bari 1976, 752 ss.; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, spec. 319 ss.; F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano 2000, 10 ss.; S. PULIATTI, *Officium iudicis e certezza del diritto in età giustiniana*, in S. PULIATTI – A. SANGUINETTI, *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del Convegno. Modena, 21-22 maggio 1998*, Milano 2000, 43-152, spec. 85 ss. Questi ultimi due contributi evidenziano l'importanza di

Ma a questo aspetto, si deve aggiungere quello che le più recenti scoperte epigrafiche hanno fatto emergere, riproponendo un problema controverso e mai definitivamente sopito: l'individuazione della fonte legittimante – di natura pubblicistica o privatistica – dalla quale il *defensor* traeva i propri poteri.

Se poi tutto quanto appena accennato viene calato nella variegata, e per molti aspetti ancora oscura, realtà provinciale³, la figura del *defensor* dimostra tutta la sua problematicità.

2. Origini, funzioni, scopi

Come è ben noto a partire dal IV secolo d.C. il *defensor civitatis* era un magistrato cui veniva affidato l'incarico di difendere gli abitanti della comunità di appartenenza, specialmente i plebei⁴, da ogni tipo di sopruso. Una simile attività mirava a filtrare eventuali tensioni sociali attraverso una funzione mediatrice che veniva esercitata non solo fra le diverse classi sociali, ma soprattutto tra governanti e governati. Ciò ha indotto alcuni autori ad instaurare una analogia tra il *defensor civitatis* e il *tribunus plebis*⁵.

Nonostante l'opinione avversa di Francesco De Martino⁶, invero, un alcuni strumenti processuali nella unificazione imperiale.

3 Per una attenta ricostruzione delle singole realtà giuridiche provinciali sino alle porte del tardoantico vd. C. LETTA – S. SEGENTI (CURT.), *Roma e le sue province. Dalla prima guerra punica a Diocleziano*, Roma 2015, 19 ss.

4 Difatti, oltre che con l'appellativo di *defensor civitatis*, l'istituto viene spesso designato con il nome di *defensor* o *patronus plebis*. Basti leggere al riguardo una costituzione di Leone, con la quale si stabilì l'assoluta libertà del donatario di compiere l'insinuazione sia presso i *rectores provinciarum* sia presso i magistrati delle *civitates* sia presso il *defensor civitatis*: C. 1.57.1; C.Th. 1.29.4. Senonchè dobbiamo osservare come si sia sostenuto che invero il *defensor civitatis* fosse un personaggio ben distinto dal *defensor plebis* e che quest'ultimo avrebbe avuto solo la cura della plebe rurale; in altri termini che il *defensor plebis* fosse tutt'uno con il *defensor locorum*, ma diverso dal *defensor civitatis*. Sul punto vd. N.D. FUSTEL DE COULANGES, *Histoire des institutions politiques de la France*², vol. I, Paris 1877, 595.

5 F. RAYNOUARD, *Historie du droit municipal en France*, vol. I, Paris 1829, 71; R.-J.-A. HOUDOY, *De la condition et de l'administration des villes chez les Romains*, Paris 2016 (ediz. orig. 1875), 647.

6 F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, vol. V, Napoli 1975, 502: «[...] sebbene la legge dica che il *defensor* deve proteggere la plebe contro le ingiustizie dei potenti, ciò non significa che esso sia confrontabile, come voleva il Cuiacio, con i tribuni della plebe, ma può benissimo alludere a funzioni giurisdizionali, che avrebbero appunto permesso

mile accostamento non appare del tutto peregrino se pensiamo ad alcuni incontrovertibili punti di contatto tra le due figure: tra l'uno e l'altro istituto vi sono, infatti, aspetti comuni non marginali, tra i quali non solo lo scopo per il quale erano stati ideati, ma altresì lo strumentario giuridico loro concesso.

Allo *ius intercessionis* e allo *ius agendi cum patribus*, che avevano i tribuni, potrebbe corrispondere, a nostro avviso, tanto lo *ius postulationis* che il *defensor* poteva attivare innanzi al *praeses provinciae*⁷, quanto il fonda-

di evitare l'ingiustizia dei potenti». Secondo V. MANNINO, *Ricerche cit.*, 75: «la circostanza che all'ufficio, nella *pars* occidentale dell'impero, sia stato riconosciuto, alle origini, il compito di proteggere la *plebs* [...] fornisce la chiave per intendere la *ratio* più profonda di C.Th. 1.29.1», infatti a detta dello studioso la ragione che spinse gli imperatori ad emettere la costituzione di cui C.Th. 1.29.1 fu quella di predisporre strutture organizzative operanti in periferia, in grado di assicurare un'adeguata protezione (o un senso di protezione) alle classi meno abbienti. Un'esigenza più generale, questa, che era stata avvertita, per restare nell'ambito temporale in cui si inserisce la prima legislazione imperiale d'Occidente in tema di *defensio civitatis*, già da Giuliano. In proposito, non deve reputarsi privo di significato il fatto che l'imperatore Giuliano, accanto ad una politica di non favore nei confronti della religione emergente del Cristianesimo e di rilancio degli altri culti, aveva avviato un ampio processo di riorganizzazione dello Stato, su cui vd. S. MAZZARINO, *L'impero cit.*, 712. Sul modo di gestire la giustizia da parte di Giuliano, soprattutto da quanto emerge dall'opera di Ammiano Marcellino, vd. J. FONTAINE, *Le Julien d'Ammien Marcellin*, in *L'Empereur Julien. De l'histoire à la légende (331-1715)*, scritti raccolti da R. Braun e J. Richer, Paris 1978, 51; V. NERI, *Costanzo, Giuliano e l'ideale del civilis princeps nelle Storie di Ammiano Marcellino*, Roma 1984, *passim*; A. SELEM, *L'atteggiamento storiografico di Ammiano nei confronti di Giuliano dalla proclamazione di Parigi alla morte di Costanzo*, in *Athenaeum* 49, 1971, 89-110. Per ulteriori indicazioni bibliografiche sul punto vd. M. CALTABIANO, *Un quindicennio di Studi sull'imperatore Giuliano (1965-1980)*, in *Korvovia* 7, 1983, 113-116; EAD., *Un decennio di Studi sull'imperatore Giuliano (1981-1991)*, in *Korvovia* 17, 1993, 149-156.

7 Alla figura del *praeses provinciae* nelle opere ulpianee ha dedicato un approfondito esame D. MANTOVANI, *Il «bonus praeses» secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma del «de officio proconsulis» di Ulpiano*, in *BIDR.* 96-97, 1993-1994, 203 ss., soprattutto per quanto concerne la sua specificità rispetto alla figura del *proconsul* nel *de officio proconsulis*. Dario Mantovani nota come sia opportuno distinguere l'impiego in funzione appositiva del vocabolo *praeses* da quello in funzione denominativa. Dalle epigrafi del II e III secolo d.C. risulta che *praeses* in funzione appositiva era utilizzato raramente per indicare i *legati Augusti pro praetore* e ancor meno in sostituzione di *proconsul*. Diverse, invece, le considerazioni fatte dallo studioso in merito all'impiego in funzione denominativa di *praeses*. Le fonti letterarie testimoniano, infatti, un uso promiscuo dei due vocaboli: *praeses* veniva impiegato sia con il significato di governatore provinciale in generale, che in contrapposizione a *proconsul*. All'inizio del III secolo d.C. al termine *praeses*, invece, non era assegnata un'assoluta portata topica: è necessario, pertanto, vagliare caso per caso l'utilizzo semantico che ne fa Ulpiano, sul punto v. M. SCOGNAMIGLIO, *L'analogia tra tutor e qui officium in*

mentale diritto di essere, ogni qual volta lo ritenesse opportuno (C. 1.55.4)⁸, ricevuto sia dal governatore provinciale che, ma in un momento successivo, dal *praefectus praetorio*, dai *magistri militum* e dai *magistri officiorum*.

Giova, però, ricordare come le molteplici attribuzioni delle quali il *defensor* venne ad essere titolare furono il risultato di lente, e non sempre facili, conquiste.

L'eterogeneità delle funzioni rende evidente, più di altri aspetti, la mancanza di una idea chiara nella politica legislativa sulla natura giuridica del *defensor*. I singoli poteri vennero, infatti, concessi e revocati al *defensor* in modo del tutto occasionale senza alcun ordine sistematico, ma solo seguendo quanto richiedessero le circostanze specifiche. Ciò impedisce, com'è chiaro, di esporle schematizzandole in modelli organizzativi omogenei, e pertanto di seguito, per meglio comprenderne la portata nella costruzione identitaria del *defensor*, se ne daranno brevi cenni enumerandole, almeno per alcune, in ordine cronologico.

Il *defensor* possedeva di certo limitata giurisdizione per quelle cause che non *dignae forensi magnitudine videbantur* (CTh. 1.29.2), allo scopo di rendere una pronta giustizia ai più indigenti e salvaguardarli dalla avidità dei funzionari di cancelleria e dalla *pravitas* degli avvocati, che, come ha evidenziato Lucio De Giovanni⁹, ammorbava la società di allora.

provincia gerebat: osservazioni sull'amministrazione provinciale in età classica, in *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, Napoli 2008, 2439 ss.

8 Su questo ultimo aspetto cfr. S. ROMANO, voce *Defensor Civitatis*, in *NNDI.*, vol. V, Torino 1960, 313. A detta di Mannino si tratta di una costituzione assai significativa per il suo valore generale, in quanto tra l'altro, «costituisce, verosimilmente, il segno della volontà imperiale di uniformare, almeno sotto l'aspetto della durata della funzione, la condizione dei *defensores* orientali, dando così loro una stabilità maggiore: infatti, con la legge in esame si fissò in 5 anni la durata della carica e si stabilì l'esistenza di un rapporto diretto tra i titolari di essa ed il governatore provinciale, presso cui i *defensores* potevano farsi ricevere ogniqualvolta l'avessero reputato necessario»: V. MANNINO, *Ricerche cit.*, 114-15.

9 L. DE GIOVANNI, *I «mali della giustizia» in una testimonianza di Ammiano Marcellino*, in C. CASCIONE – C. MASI DORIA (curt.), *Fides, humanitas, ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, vol. III, Napoli 2007, 1401-1406. Ammiano Marcellino (30.4.3-22) descriverà l'avvocatura a lui coeva, rimpiangendo dolorosamente gli oratori di un passato tanto glorioso quanto lontano. Nelle parole dello storico antiocheno coloro che esercitano la professione forense appaiono accomunati da una natura violenta e rapace, tutti intenti in una smodata ricerca di incarichi giudiziari. Solo apparentemente laboriosi ma in realtà avvezzi a volare affaccendati da un foro all'altro e dediti a fiutare, come cani spartani o cretesi, le tracce di cause lucrose (Amm. 30.4.8: *At nunc videre est per eos omnes tractus violenta et rapacissima genera hominum per fora omnia volitantium, et subsidantium divites domus, ut Spartanos canes aut Cretas, vestigia sagacius colligendo ad ipsa cubilia pervenire causarum*). A simili uomini si adeguano i luoghi della giustizia del tardoantico, descritti come mercati di ru-

La codificazione teodosiana ci informa che sin dalla sua istituzione il *defensor* avrebbe potuto provocare in materia di imposte un vero e proprio giudizio, qualora le *subscriptions* nelle liste censuarie non fossero state redatte secondo diritto (C.Th. 13.10.7).

A queste funzioni vennero ad aggiungersene altre che potremmo qualificare ‘commissariali’, tra le quali la repressione del brigantaggio (C. 1.55.6) o la persecuzione dei pagani e degli eretici (C. 1.55.8), attività, queste, che già denotano una nuova dimensione dell’istituto sempre più distante dal reale significato della denominazione che lo contraddistingueva in origine.

E in questa prospettiva mi pare assuma una certa rilevanza il fatto che dal 409 d.C. in poi venne affidata al *defensor* la tutela dei *possessores* terrieri av-

berie e soprusi consumati per mano di giudici e avvocati pronti ad avviare un vero e proprio mercimonio delle cause, ridotte solo a fonte di ricchezza e cariche pubbliche (Amm. 30.4.2: *laxavitque rapinarum fores, quae roborabantur in dies iudicum advocatorumque pravitate sentientium paria, qui tenuiorum negotia militaris rei rectoribus vel intra palatium validis venditantes, aut opes aut honores quaesivere praeclaros*). La requisitoria dello storico sui propri tempi non si limita a recriminare su tali protagonisti, giudici o avvocati, bensì si dipana dilatandosi in una condanna capillare dei soggetti coinvolti a vario titolo nell’esercizio giurisdizionale. L’esigenza di fotografare la varietà di violazioni compiute nell’assolvimento di mansioni diversificate nell’amministrazione della giustizia della seconda metà del IV secolo d.C., aldilà della effettiva identificabilità storica dei quattro gruppi professionali che lo storico menziona, giustifica la scelta di stilare, nel brano richiamato (30.4.3-22), una vera e propria classificazione in materia: che ci consegna uno scenario popolato innanzitutto da malvagi profittatori, proclivi ad acuire contrasti familiari e strumentalizzare il proprio ingegno per ricavarne orazioni in realtà esclusivamente finalizzate ad ingannare i giudici. Non può meravigliare, dunque, che in una simile temperie il legislatore imperiale fosse sollecitato su più fronti per intervenire sugli aspetti etico-professionali della difesa in giudizio, in particolare, come si vedrà, relativamente all’*honorarium*. Innanzitutto era necessario disciplinare l’esercizio dell’avvocatura, sperando di poterne raddrizzare le plurime storture. Vd. I.G. MASTROROSA, *Ammiano Marcellino e l’oratoria forense tardorepubblicana: un antidoto contro la pravitas giudiziaria dell’età di Valente?*, in F. LEONARDELLI – G. ROSSI (cur.), *Officina humanitatis. Studi in onore di Lia de Finis*, Trento 2010, 87-98; O. BUCCI, *La professione forense, “odiosa alle persone oneste” (Ammiano Marcellino), “ombra di una parte della politica” (Platone) e “mala arte” (Epicuro)*, in C. RUSSO RUGGERI (cur.), *Studi in onore di Antonino Metro*, vol. I, Milano 2009, 181-221; M. CALTABIANO, *Studium iudicandi e iudicum advocatorumque pravitas nelle Res Gestae di Ammiano Marcellino*, in *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana. XI Convegno Internazionale in onore di Felix B.J. Wubbe*, Napoli 1996, 465-484, spec. 465 s. Più in generale per quanto concerne l’avvocatura nel tardo antico H. WIELING, *Advokaten im spätantiken Rom*, in *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana. XI Convegno Internazionale in onore di Felix B.J. Wubbe*, Napoli 1996, 419, il quale ha osservato che «später wurde der Ausdruck *patronus* allgemein für den Gerichtsredner verwandt» quando il vocabolo verrà, definitivamente, utilizzato «als Synonym für *orator*».

verso le rapacità degli agenti del fisco (C.1.55.8.1), così divenendo, di fatto, il garante del potere imperiale circa l'esatta riscossione delle tasse.

Dunque, il *defensor* acquisì sempre più i connotati di un magistrato al servizio del potere, preposto ad uniformare, anche attraverso una diffusa pace sociale, lo sconfinato territorio dell'impero, sia sotto il profilo giuridico che fiscale.

Non a caso un'altra attribuzione, prima spettante ad altri magistrati, venne in questo medesimo tempo conferita quasi nella sua totalità al *defensor*: l'amministrazione degli *acta* e dei *gesta*, che erano dei pubblici registri dove i privati registravano le ingiustizie di cui credevano essere stati vittime (C.1.55.9.1).

Infine, la legislazione giustiniana riformò completamente l'istituto (Nov. 8; 15), rendendolo poco più che un luogotenente del governatore.

Alla luce di queste brevi nozioni si spiega l'opinione di chi ritiene che il *defensor*, più di ogni altra figura, è una istituzione «dei tempi corrotti, che trova la sua spiegazione nella necessità impellente di porre un rimedio all'anarchia, che oramai dominava l'intera amministrazione dell'Impero romano»¹⁰.

In un clima del genere, come tramandano le fonti, sembrò opportuno creare una nuova figura:

CTh. 1.29.5: *Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Senatum. Utili ratione prospectum est, ut innocens et quieta rusticitas peculiaris patrocini beneficio fruatur; ne forensis iurgii fraudibus fatigata, etiam cum ultionem posceret, vexaretur; dum aut avarior instruitur advocatus aut obsessor liminis maioribus princeps praemiis exoratur; dum acta ab exceptoribus distrahuntur; dum commodi nomine amplius ab eo qui vicerit intercessor exposcit quam redditurus est ille qui fuerit superatus. hoc fieri dignitas non patitur senatoris, sed exortas contentiones cita definitione compescet; nam erepta perperam amota dilatione restituit ordin[...] sine dubio rectoris habeatur auctoritas, quae meliore in bonos condicione retinetur; nam ille patitur humani cruoris horrorem, hic innoxiam sibi vindicat potestatem. dat. iiii id. aug. hierapoli valentiniano et valente iii aa. cons. (370 aug. 10),*

che, come tramanda la codificazione teodosiana, *innocens et quieta rusticitas peculiari patrocinio fruatur*. Per l'impossibilità effettiva di conseguire un così alto obiettivo, il *defensor* si trasformò così in magistrato municipale, divenendo parte integrante di quella stessa amministrazione su cui avrebbe dovuto vigilare.

10 S. ROMANO, voce *Defensor cit.*, 313.

Come è noto, l'istituzione del *defensor civitatis*¹¹ viene collocata in Illiria nell'anno 364 d.C. per volontà degli imperatori Valentiniano I e Valente¹²:

CTh. 1.29.1: *Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Probum Praefectum Praetorio. Admodum utiliter edimus, ut plebs omnis illyrici officiis patronorum contra potentium defendatur iniurias. super singulas quasque praedictae dioeceseos civitates aliquos idoneis moribus quorumque vita anteacta laudatur tua sinceritas ad hoc*

11 Sulla nascita dell'istituto, e sul suo sviluppo, è d'obbligo la lettura di V. MANNINO, *Ricerche cit.*, 13 ss. e di F. PERGAMI, *Sulla istituzione del defensor civitatis*, in *SDHI*. 61, 1995 (= in *Id.*, *Studi di Diritto Romano Tardo Antico*, Torino 2011, 105 ss. da cui si cita). Pergami avanza, però, seri dubbi sull'attendibilità della data risultante dalla lettura della *subscriptio*, che lo studioso riconduce a due ordini di ragioni, l'uno di ordine prosopografico, attinente alla qualifica del destinatario; l'altro, di carattere sostanziale, relativo ai tempi di introduzione del *defensor civitatis* nella legislazione tardo-antica. Per quanto concerne il dato prosopografico, lo studioso ritiene che nella data indicata non vi sia stata alcuna prefettura di Probo, ricorda infatti che «le *inscriptiones* e le *subscriptiones* radicalmente alterate nel Codice Teodosiano sono molto frequenti, senza che spesso sia possibile offrire una soluzione plausibile» (*ibidem*, 117). In merito alla impossibilità sostanziale di collocare in quella data la creazione dell'istituto Pergami evidenzia come appaia poco credibile che un progetto di tale rilevanza politica possa essersi concretizzato nel breve tempo intercorso dall'avvento al potere di Valentiniano. Infatti, trascorsi dieci giorni dalla morte di Gioviano, *Valentinianus nulla discordante sententia numinis adspiratione caelestis electus est* (Amm. 26.1.5). Sul contenuto della costituzione in esame cfr. i rilievi di V. MANNINO, *Ricerche cit.*, 13 ss.; 69 ss.

12 Appaiono interessanti le osservazioni fatte da Ammiano Marcellino sulla amministrazione della giustizia da parte di Valentiniano I e Valente. In particolare nel XXX libro delle *Res Gestae*, lo storico antiocheno osserva che, mentre la situazione dell'impero poteva dirsi tranquilla relativamente ai rapporti con i popoli stranieri, non lo era altrettanto all'interno a causa degli amici e dei familiari dell'imperatore Valente, che, preoccupati più del vantaggio personale che dell'onestà, si davano da fare con grande diligenza *ut homo rigidus audire cupiens lites a studio iudicandi revocaretur*. L'insistenza degli amici, infatti, soprattutto quella del prefetto del pretorio Modesto, convinsero l'imperatore che l'esercizio della giurisdizione sarebbe stata una attività umiliante per la maestà del potere imperiale e pertanto lo portarono ad astenersene. Ma in questo modo, del tutto inopinatamente, l'imperatore favorì il continuo accrescersi delle ruberie, che divennero sempre più sfacciate per la perversità degli avvocati. In questo contesto risultano strettamente connesse la mancanza da parte dell'imperatore dello *studium iudicandi*, il quale suppone, oltre alla competenza del sovrano ad amministrare la giustizia personalmente o delegandone il compito ad altri, anche la consapevolezza del dovere personale e dello zelo diligente ed appassionato di compierlo con equità, e la *iudicum advocatorumque pravitas*, cioè la disponibilità dei giudici e degli avvocati a lasciarsi corrompere. Sulla amministrazione della giustizia per quanto concerne l'impero di Valente e Valentiniano vd. M. CALTABIANO, *Studium cit.*, 465 s.; F. PERGAMI, *La legislazione di Valentiniano e Valente (364-375)*, Milano 1993, *passim*.

eligere curet officium, qui aut provinciis praefuerunt aut forensium stipendiorum egere militiam aut inter agentes in rebus palatinosque meruerunt. decurionibus ista non credat; his etiam, qui officio tui culminis vel ordinariis quibuscumque rectoribus aliquando paruerint, non committat hoc munus; referatur vero ad scientiam nostram, qui in quo oppido fuerint ordinati. dat. v k. mai. divo ioviano et varroniano cons. (364 [immo 368 postea] apr. 27).

Sulla base dei dati desumibili dalla legge, dunque, si rileva come essa fu diretta a Probo, il prefetto del pretorio d'Italia, d'Ilirico e d'Africa. Il richiamo all'Ilirico e la particolare posizione di Probo, nonché i rapporti burocratici esistenti nel basso impero, fanno pensare ad una possibile estensione di C.Th. 1.29.1, se non altro, all'Italia e all'Africa, poste pure sotto il controllo di quel prefetto del pretorio, mentre è meno probabile l'estensione anche alla *pars Orientis*, soprattutto per la mancanza di adeguate notizie in tal senso¹³. Non si deve, in ogni caso, dimenticare che cenni a *defensores civitatum* si ritrovano anche in alcune opere di giuristi precedenti, come Paolo ed Ermogeniano¹⁴, e proprio questo dato si crede debba essere preso in maggiore considerazione rispetto a quanto sino ad oggi è stato fatto.

Al fine di meglio comprendere la reale natura dell'istituto¹⁵, appare opportuno evitare di ridurre le testimonianze precedenti al provvedimento imperiale a meri riferimenti a soggetti che i municipi avrebbero eletto, a vario titolo, per difendere le proprie ragioni in cause specifiche: *qui ad certam causam agendam vel defendendam eligitur*¹⁶.

Sembra, infatti, plausibile che Valentiniano I e Valente abbiano dato veste istituzionale a prassi da tempo seguite: intento degli imperatori sarebbe stato quello di rendere, in ossequio all'ideologia imperiale, parte dell'amministrazione centrale una figura diffusa, inquadrandola in una visione organicistica statale.

L'introduzione di un fitto sistema sanzionatorio e la regolamentazione giuridica dell'istituto non fece altro che "statualizzare" lungo gli anni ciò che già esisteva, volendo in tal modo eliminare eventuali spiragli di libertà

13 Dalla formulazione della costituzione richiamata Vincenzo Mannino trae alcuni significativi elementi che di seguito, in parte, si sintetizzano: 1) in Ilirico non esisteva un patronato munito delle caratteristiche indicate nel provvedimento ricordato in C.Th. 1.29.1; 2) nel provvedimento il patronato viene configurato come un ufficio imposto dal governo centrale alla stregua di un organo periferico dello stato; 3) questo ufficio di natura pubblica e statale non sarebbe stato adibito alla protezione generalizzata di tutti i cittadini, bensì dei soli appartenenti alla classe plebea contro le ingiustizie dei *potentes*, cfr. V. MANNINO, *Ricerche cit.*, 26.

14 Vd. S. ROMANO, voce *Defensor cit.*, 313 nt. 6.

15 E. PHILIPPS, *Zur Geschichte des Patronats über juristische Personen*, in *Rheinisches Museum für Philologie* 8, 1853, 451 ss.

16 D. 50.4.18. (*Arcadius l.s. de mun. civil.*).

alle diverse realtà municipali che da allora in poi avrebbero dovuto rivolgersi in caso di lamentele solo ai diretti rappresentanti degli imperatori.

Ciò comprova che il *defensor* possa essere considerato come un patrocinatore che per la notorietà acquistata veniva delegato dalle *civitates* per esercitare funzioni di *postulatio*¹⁷ e di *cognitio* nel loro interesse¹⁸. Ma una simile funzione di valenza latamente pubblica non esclude che il *patronus/defensor* restasse, comunque, un professionista privato che assumeva funzioni pubbliche.

In questa direzione un modello di riferimento già presente nell'ordinamento giuridico romano a partire dall'età adrianea potrebbe essere costituito dall'*advocatus fisci*.

È stato rilevato al riguardo¹⁹ che anche nel caso dell'avvocato del fisco questi era legittimato ad esercitare la professione anche privatamente *dummodo contra fiscum* (C. 2.8.9).

La sola qualità di patrono del fisco imperiale, infatti, non appariva determinante a segnare una significativa differenziazione dagli altri *defensores* di origini private²⁰. L'*advocatus fisci*, in effetti, da professionista accreditato presso la corte imperiale per le sue capacità divenne ai tempi dei Severi «un

17 Sul significato di *postulare*, con aggiornata bibliografia, vd. V. CARRO, ... *Et ius et aequom postulas. Studi sull'evoluzione del significato di postulare*, Napoli 2006, 5 ss., la quale in merito all'accezione del verbo *postulare* nel significato di "richiedere un provvedimento dinanzi al tribunale" precisa che «assume grande rilievo in quanto presupposto della relazione tra *postulatio* e domanda giudiziale. Ciò in quanto va registrato che la stessa domanda giudiziale trovò il suo fondamento testuale proprio nella definizione di *postulare* contenuta in D. 3.1.1.2 (Ulp. 6 *ad ed.*). [...] A riprova del rilievo giuridico di *postulare* va aggiunto che il verbo, indicando una richiesta esposta in giudizio, assunse anche il significato di accusa o meglio di richiesta di autorizzazione ad accusare rivolta al magistrato dall'accusatore»: V. CARRO, ... *Et ius cit.*, 16 ss. Cfr. la recensione sulla ricerca della Carro di A. DIMOPOULOU-PILIOUMI apparsa in ZSS. 126, 2009, 600 ss. Sempre in tema di *postulatio* si rinvia a J. VALLET DE GOYTISOLO, *Dal Rhetor al Advocatus*, in *Anales de Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* 35, 2005, 17 s.

18 Entrambe le attività furono oggetto di rigida normativa da parte della legislazione diocleziana, infatti Diocleziano nell'*Edictum de pretiis rerum venalium* (7.72-73) del 301 d.C., sotto il titolo *De mercedibus operariorum*, facendo riferimento anche agli onorari forensi, stabilì che l'avvocato potesse chiedere al massimo 250 denari per una *postulatio* e 1000 denari per una *cognitio*: CIL III.831. Ma sulla lenta emersione dell'onorario forense rinvio a F. GIUMETTI, *I senatusconsulta di età giulio-claudia in materia di retribuzione forense*, in A. PALMA (cur.), *Studi in onore di Francesco Guizzi*, vol. I, Torino 2013, 320-337.

19 Cfr. G. CHICCA, *Il «fiscus» e le attribuzioni del suo «advocatus» nell'Ordinamento Romano*, in RIDA. (serie 3) 11, 1964, 141-147.

20 G. CHICCA, *Il «fiscus» cit.*, 142

rappresentante processuale delle ragioni della cassa imperiale»²¹, capace di padroneggiare la moltitudine di regole che disciplinavano le complesse articolazioni dell'amministrazione imperiale²².

Chi scrive si è già occupato del problema delle strutture amministrative romane, rilevando già allora come una ricostruzione attenta di simili costruzioni giuridiche ponga seri problemi metodologici, che condizionano profondamente ogni ricerca in materia²³.

Un'analisi sugli istituti affini al *defensor civitatis* deve, infatti, al fine di coglierne la reale portata, che fuoriesca da ogni convenzione ideologica, vertere intorno al modello organizzativo delle strutture pubbliche romane attraverso un uso estremamente sorvegliato della somma di strumenti, metodologie ed acquisizioni delle moderne discipline organizzative, nate ovviamente in condizioni economiche, sociali e culturali enormemente diverse²⁴ rispetto all'età di riferimento e che si rifanno, in generale, al modello di struttura formale che prevale nelle moderne organizzazioni statali: il modello burocratico, che Max Weber descrisse quale struttura "idealtipica"²⁵, fattore essenziale dello sviluppo della società occidentale.

Ed allora i fili del discorso si riavvolgono su quanto accennato: se è vero che il rapporto tra politica ed istituzione burocratica è sempre stato stretto, è altresì vero che laddove non esiste o non sia esistita una solida struttura burocratica, con stratificazioni e sedimentazioni interne, questo rapporto di-

21 P. LAMBRINI, *In tema di advocatus fisci*, in *SDHI*. 59, 1993, 325. Cfr., altresì, M. HUMBERT, voce *Advocatus fisci*, in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, vol. I.1, Paris 1877, 90; E. DE RUGGERO, voce *Advocatus fisci*, in *Dizionario Epigrafico di Antichità Romane*, vol. I (A-B), Roma 1895, 126-130; W. KUBITSCHKEK, voce *Advocatus fisci*, in *PWRE.*, vol. I, Stuttgart 1894, 438; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, vol. I, Leipzig 1908, 364 s.; E. NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Milano 1937, 313; S. VON BOLLA, *Die Entwicklung des Fiscus zum Privatrechtssubjekt mit Beiträge zur Lehre vom Aerarium*, Prag 1938, 76 e 97 ss.; G. PUGLIESE, *Processo privato e processo pubblico*, in *Riv. dir. proc.* 3.1, 1948, 98; H.G. PFLAUM, *Les procurateurs équestres sous le haut-empire romaine*, Paris 1950, 64; U. COLI, voce *Fisco (diritto romano)*, in *Nov. Dig. It.*, vol. VII, Torino 1961, 384; F.M. MILLAR, *The fiscus in the First Two Centuries*, in *JRS*. 53, 1963, 33; P.A. BRUNT, *Procuratorial Jurisdiction*, in *Latomus* 25, 1964, 475 e 488; T. SPAGNUOLO VIGORITA, «*Praesente fisci patrono*», in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. III, Napoli 1984, 1119 ss.

22 O. HIRSCHFELD, *Untersuchungen auf dem Gebiete der römischen Verwaltungsgeschichte*, vol. I, Berlin 1876, 49.

23 A. PALMA, *Le 'curae' pubbliche. Studi sulle strutture amministrative romane*, Napoli 1991, 1 ss.

24 Vd. V. MORTARA, *L'analisi delle strutture organizzative*, Bologna 1973, 25 ss.

25 Vd. M. WEBER, *Economia e società*, trad. it., Roma 2005, 260 ss.

viene maggiormente incisivo a vantaggio del politico, per l'assenza di un'alternativa interna alla struttura burocratica stessa.

Quanto appena detto può, si crede, meglio chiarire la circostanza per cui il potere volle istituzionalizzare la prassi delle città di scegliersi dei patroni, ossia dei protettori, tra personaggi illustri e potenti e da questo costume nacque il *defensor civitatis* riscontrabile nella costituzione del 364 d.C.

Appare, pertanto, di particolare interesse meglio indagare quale fosse la reale portata dell'incarico del *defensor* al di fuori della pubblicistica imperiale e per fare questo si rende necessario reconsiderarne alcuni aspetti peculiari, come ad esempio la procedura di elezione che fu in modo incessante soggetta a continue novelle legislative, dettate, con tutta probabilità, dalla già ricordata difficoltà di raggiungere gli scopi per cui era stato istituito.

In un primo periodo, all'incirca dal 363 al 387 d.C., il *defensor* veniva nominato direttamente dal prefetto del pretorio: quest'ultimo era considerato, infatti, come colui che meglio di altri era in grado di conoscere coloro *quorum vita ante acta laudatur*.

Ciò non deve far pensare, a nostro avviso, che il potere centrale si disinteressasse di una simile nomina, e non a caso CTh. 1.29 faceva obbligo al *praefectus* di inoltrare immediatamente all'imperatore la lista di tutti i *defensores* nominati, lista che, pertanto, poteva essere soggetta a continue modificazioni. Si crede che ciò possa ben spiegarsi con la volontà dell'imperatore di assicurarsi, attraverso un controllo sulle singole persone che ricoprivano l'incarico, una attività tesa, anche attraverso l'uso di motivazioni "umanitarie", come ho cercato di affermare altrove²⁶, a rifondare la giuridicità in termini universalistici, adeguati alla dimensione dell'impero²⁷. Ma ancor più interessante, nella prospettiva di ricerca quivi adottata, appare un nuovo sistema di elezione lasciato alla discrezionalità non più dell'ufficio del prefetto ma alla *civitas* medesima che lo elegge attraverso l'adozione di *decreta* (CTh. 1.29).

Sulla natura giuridica di siffatti provvedimenti è difficile, in questa sede, prendere posizione – *decreta curiae* o incarichi di natura privatistica? – ma proprio in ragione dell'origine del *defensor* appare opportuno analizzare alcune testimonianze ad oggi poco note che meglio potranno informarci sul rapporto tra *defensores* e *civitates*.

26 A. PALMA, *Humanior Interpretatio. 'Humanitas' nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1992, 1 ss.; ID., *Benignior Interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1997, 1 ss.

27 V'è inoltre da ricordare come l'ampia libertà di scelta accordata al prefetto era tuttavia limitata da alcune incapacità o, a dire meglio, ineleggibilità: così non potevano assumere l'ufficio di *defensores* i decurioni, i *cohortales*, coloro che erano impiegati nell'ufficio del prefetto medesimo, cfr. CTh. 1.29.

La lettura che di questi documenti verrà offerta, pur allontanandosi da consolidate e stratificate opinioni, apparirà, si crede, non priva di qualche ragione.

3. Ξύνδικος e *defensor civitatis*: avvocati privati con pubbliche funzioni

Autorevole dottrina²⁸ avanzò l'ipotesi che la figura del *defensor* fosse tributaria di quella del ξύνδικος, come parrebbero far ritenere alcuni ritrovamenti papiracei. Ed infatti, Josef Partsch²⁹, studiando un papiro friburghese (n. 11 'Ein Antrag an den *defensor civitatis*'), contenente una petizione ad un ξύνδικος dell'Ossirinchiote, scorgeva la conferma testuale di quanto già aveva avanzato Moritz August von Bethmann-Hollweg³⁰, per cui la figura del *defensor civitatis* avrebbe avuto origine da quella del ξύνδικος inteso nella sua accezione di difensore di una *civitas*.

Federico Pergami³¹, che ha dedicato all'argomento un denso contributo, ricorda come nel 1937 la pubblicazione di nuovi ritrovamenti su papiro arricchirono le nostre informazioni al riguardo.

Trattasi, in particolare, di un fascicolo processuale relativo ad un giudizio svoltosi nel 340 d.C. innanzi al *praepositus pagi* di Arsinoe³², nel quale il termine ξύνδικος viene tradotto dagli editori con quello di *defensor civitatis*. Una simile analisi trovava il suggello dell'autorità di Vincenzo Arangio-Ruiz³³, il quale, nel papiro definito della *longissimi temporis praescriptio*, dava per pacifico il richiamo al *defensor civitatis*, con ciò confermando il contenuto del papiro di Friburgo datato al 336 d.C., o meglio la lettura che di questo ne fecero Ludwig Mitteis sulla Rivista della *Savigny Stiftung*³⁴ e il già ricordato Partsch.

Riflettendo su questa zona meno esplorata della storia giuridica romana,

28 Cfr. V. MANNINO, *Ricerche cit.*, 16 ss.

29 J. PARTSCH, *Mitteilungen aus der Fraiburger Papyrussammlung*, rist. italiana, Milano 1974, 45 s.

30 M.A. BETHMANN-HOLLWEG (VON), *Der römische Civilprozess*, vol. III, Bonn 1866 (rist. 1959), 107.

31 F. PERGAMI, *Sulla istituzione cit.*, spec. per la parte filologica 105 ss.

32 Cenni sul *praepositus pagi* in P. PRUNETI, *L'archivio di Aurelius Heras praepositus pagi*, in *Aegyptus* 74, 1994, 33-36.

33 V. ARANGIO-RUIZ, *Il papiro della 'longissimi temporis praescriptio'*, in *Parerga. Note papirologiche ed epigrafiche*, Napoli 1945, 79 ss.

34 L. MITTEIS, *Neue Urkunden*, in *Miszellen*, in *ZSS.* 30, 1909, 401.

Leanne Bablitz³⁵ si è interrogata, in tempi recenti, sulle esatte funzioni esercitate dai ξύνδικοι. Ma la studiosa, in ragione del taglio della sua ricerca, imperniata essenzialmente su *actors and audience in the Roman courtroom*, tralascia di approfondire la relazione intercorrente tra il ξύνδικος e l'istituto del *defensor civitatis*.

La polisemia del lemma ξύνδικος propone una serie di interrogativi circa il ruolo giocato nella prassi da tale figura, che a nostro modo di vedere si crede essere in rapporto archetipico con il *defensor*. Più dettagliatamente resta in dubbio non solo in che veste si presentasse innanzi agli organi giurisdicenti il ξύνδικος, e di conseguenza, *per relationem*, il *defensor*, ma, altresì, quali funzioni queste due figure concretamente esercitassero e di che natura fosse il rapporto con i relativi rappresentati.

Non solo, ma è lecito domandarsi anche se, ogni qualvolta ξύνδικοι/*defensores* si trovassero a postulare innanzi alla corte imperiale, operassero attività di ambasceria³⁶ o, piuttosto, vere e proprie udienze nelle quali rappresentavano le comunità cittadine in forza di mandati specifici³⁷.

35 L. BABLITZ, *Actors and audience in the roman courtroom*, London-New York 2007, 167 ss.

36 Solo per inciso si fa presente che anche l'originario significato della parola *orator*, che rappresenta il difensore in giudizio per antonomasia nel periodo tardorepubblicano, era quello di ambasciatore, ciò è testimoniato da Festo, in W.M. LINDSAY (*edidit*), *S. Pompei Festi de verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, Lipsiae 1913, 218: ... *nunc quidem legati, tunc vero oratores, quod rei publicae mandatas partis agebant*. Una simile accezione del vocabolo è registrata anche in Plauto (*Amph.* 50; 384). Più approfonditamente sul significato di *orator* cfr. W. NEUHAUSER, *Patronus und Orator. Eine Geschichte der Begriffe von ihren Anfängen bis in die augusteische Zeit*, Innsbruck 1958, 120: «Orator ist eine Weiterbildung des lateinischen Verbalstammes *ora-* mit dem im Lateinischen zu jeder Zeit lebendigen Suffix *-tor*, das ursprünglich „den Begriff einer dauernden Eigenschaft oder eines unterscheidenden Charakters“ bezeichnet. Diese Funktion behält *-tor* auch noch zur Zeit Caesars und Ciceros. Erst später wird es in allgemeinerer Art zur Kennzeichnung einer Tätigkeit verwendet. Mit *-tor* werden also nomina agentis gebildet, obei mehr als eine bloße Handlung ausgedrückt werden soll, nämlich die Verkörperung und der Inbegriff einer solchen; so *conditor, bellator, amator, pistor, rector* (also zur Kennzeichnung von Berufen), sämtlich mehr als bloß „*is, qui ...*“. In derselben Weise ist *orator* der Inbegriff, die Verkörperung des *orare* in einer bestimmten Person, die diese Tätigkeit berufsmäßig ausübt»; sul verbo *orare* cfr. L. GAVOILLE, *Orare et «la revendication éloquente» en latin*, in *Ktéma* 34, 2009, 63 ss.

37 Per alcuni spunti di riflessione sulle attività di simili figure vd. F. MILLAR, *The Emperor in the Roman World (31 BC – AD 337)*, Oxford 1977, 375-385; 434-446, 507-527, il quale fa notare circa il ruolo svolto dall'imperatore come «we cannot rigidly distinguish between the Emperor as benefactor and as judge» (*ibidem*, 434); R.J.A. TALBERT, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton 1984, 464-487 e Crook, il quale dopo aver passato in rassegna

Per cercare di rispondere a simili interrogativi, o, quantomeno, offrire soluzioni plausibili, appare utile concentrarsi su una serie di iscrizioni ad oggi poco analizzate.

Nella prima si narra di come un certo *M. Gavius Gallicus* di Attaleia meritasse i più alti pubblici elogi poiché aveva discusso numerose cause in difesa della sua e di altre comunità innanzi alla corte imperiale:

OGIS 567 = IGRRP. 3,778: [...] συνήγορον καὶ προήγορον³⁸ τῆς πατρίδος διηνεκῆ ... πολλοὺς ὑπερ τῆς πατρίδος καὶ πόλεων πλείστων ἀγῶνας εἰρηκότα ἐπὶ τε τῶν Σεβαστῶν καὶ τῶν ἡγε[μόν]ων [...]³⁹.

Nella seconda, un ignoto efesino aveva svolto, in diverse occasioni, la funzione di ξύνδικος al cospetto di Severo e di Caracalla nell'interesse dell'intero popolo asiatico:

I.v. Ephesos, III, nt. 802: [...] πρεσ[βεύ]σαντα καὶ συνδικήσαντα ἐπὶ θεοῦς [Σε-] οὔηρον καὶ Ἀντωνῖνον εἷς τε τὴν βασιλίδα Ῥώμην πλεονάκις [...]⁴⁰.

Le due epigrafi non chiariscono, però, se le comunità provinciali disponessero di magistrature specifiche cui rivolgersi in caso di necessità, o se si trattasse, piuttosto, di professionisti, ai quali, per la loro notorietà, venivano conferite procure, *iure privatorum*, al fine di postulare in cause nell'interesse collettivo. Oppure, terza eventualità, se si facesse riferimento a delegati che partecipavano ad ambascerie.

Appare utile considerare sul punto una serie di testimonianze di Filostrato⁴¹, il quale narra come il sofista Scopeliano di Clazomene si fosse

una serie di testimonianze, soprattutto di natura epigrafica, nota, in particolare, come queste «demonstrate how issues of public and private law and disputes between cities, between them and the government, and between them and their own citizens, were intertwined in the daily affairs of the empire» (J.A. CROOK, *Legal Advocacy in the Roman World*, London 1995, 50). I provinciali, infatti, avrebbero inviato ambascerie in città «to accuse *de repetundis*, to ask for titles or money or other direct gifts, to plead for releases from this or that tax, about boundaries, the right to raise internal revenues, the fulfilment of pollicitationes by their own citizens or the right to receive legacies from them» (*ibidem*, 51). Le testimonianze in oggetto sono state analizzate da ultimo da F. GIUMETTI, *Per advocatum defenditur. Profili ricostruttivi dello status dell'avvocatura in Roma antica*, Napoli 2017, 91-95.

38 «Constant advocate and pleader» così traduce l'espressione J.A. CROOK, *Legal advocacy cit.*, 49 s.

39 Cfr. J.A. CROOK, *Legal advocacy cit.*, 49 s.

40 Cfr. J.A. CROOK, *Legal advocacy cit.*, 50.

41 Sulla figura del biografo greco si veda E. BOWIE – J. ELSNER (edd.), *Philostratus*,

recato a Roma per persuadere Domiziano⁴² «on behalf of the whole province of Asia and not only the Smyrnaeans' to rescind the government's prohibition against planting vines»⁴³.

Filostrato menziona, altresì, il sofista Polemone di Laodicea⁴⁴ scelto per rappresentare Smirne di fronte all'imperatore in un processo che concerneva i templi e i diritti della città:

Philostr., *VS* 1.25.539: [...] ἤριζεν ἡ Σμύρνα ὑπὲρ τῶν ναῶν καὶ ἐπ' αὐτοῖς δικαίων [...].

Anche in questo caso la natura dei ruoli rivestiti da Scopeliano e da Polemone, eletto dagli abitanti di Smirne quale ξύνδικος, risulta di contenuto complesso.

Il retore di Lemno, per quanto riguarda Polemone, si limita, infatti, ad informarci che, poiché questi si trovava fuori zona per motivi professionali, la città fu costretta a rivolgersi ad altri *patroni*, ma l'imperatore sospese il giudizio fino a quando non gli fu portata la difesa redatta da Polemone, il quale chiese che il discorso fosse letto e, basandosi su di esso, fu sentenziato in favore di Smirne.

La circostanza che i soggetti menzionati comparissero innanzi alla corte imperiale per interessi collettivi ha un significato non decisivo, infatti indica solo come le parti in causa fossero ben consapevoli dell'importanza di farsi rappresentare da un abile patrocinatore, in quanto le ripercussioni derivanti dal mancato ricorso a difensori capaci potevano rivelarsi disastrose.

Filostrato racconta, al riguardo, la storia di Eraclide di Licia che, nel bel mezzo di un discorso *ex tempore* davanti a Settimio Severo, si bloccò perché intimorito dalla presenza dell'affollato auditorio e dalle guardie imperiali⁴⁵.

Lo stesso Filostrato riporta i motivi dell'*empasse*:

Philostr., *VS* 2.26.613: [...] τουτὶ δὲ ἀγορῆος μὲν τις παθὼν κἂν αἰτίαν λάβοι, το γὰρ τῶν ἀγοραίων ἔθος ἰταμοὶ καὶ θρασεῖς, σοφιστῆς δὲ ξυσπουδάζων μεираκίους τὸ πολὺ τῆς ἡμέρας πῶς ἂν ἀντίσχοι ἐκπλήξει.

Cambridge 2009, 33 ss.

42 Philostr., *VS* 1.21.519-520, sul passo cfr. L. BABLITZ, *Actors cit.*, 167 ss.

43 J.A. CROOK, *Legal advocacy cit.*, 51.

44 Su questa figura vedi M.D. CAMPANILE, *La costruzione del sofista. Note sul βίος di Polemone*, in *Studi Ellenistici* 12, 1999, 269 ss.; Philostr., *VS* 1.25.539; sull'episodio si veda G. MIGLIORATI, *Cassio Dione e l'impero romano da Nerva ad Antonino Pio. Alla luce dei nuovi documenti*, Milano 2003, 239 ss.

45 Philostr., *VS* 2.26.613.

Egli opera una netta distinzione tra colui che è ἀγορῶς e colui che è σοφιστής, osservando che solo alla prima figura non poteva essere perdonato un simile errore: infatti, Eraclide era un σοφιστής, abituato, come tale, a trascorrere la giornata dedicandosi all'insegnamento lontano dai tribunali.

Volendo trarre qualche conclusione sull'episodio sinteticamente richiamato sembra possa evincersi che i soggetti inviati alla corte imperiale fossero da considerarsi come avvocati di singole collettività, le quali, attraverso un rapporto di mandato, conferito con atti pubblici, legittimavano noti oratori a *postulare alieno nomine*. Ed infatti Polemone viene designato come ξύνδικος, utilizzando, pertanto, il vocabolo abitualmente riferito agli avvocati «du démos d'une ville, envoyés devant l'Empereur ou le gouverneur de province, pour plaider une cause où la ville s'est engagée»⁴⁶.

La testimonianza lascia intravedere come il ξύνδικος, e quindi il *defensor*, venisse eletto da una *civitas* per patrocinare in favore di un «démos d'une ville», ricoprendo, con ciò, un incarico a valenza pubblica ma sulla base di un mandato privato, come un qualunque altro *advocatus*⁴⁷.

Si è consapevoli della difficoltà di prendere una posizione precisa sul tema, difficoltà comprovate dall'ambiguità che caratterizza il rapporto tra ξύνδικος e *defensor civitatis* sulla base della presunzione *iuris tantum* che il primo sarebbe l'antecedente del secondo e rappresenterebbe un «avvocato privato o pubblico»⁴⁸.

Sull'ipotesi avanzata nella presente analisi di ritenere il *defensor*, almeno nelle sue manifestazioni originarie, un avvocato del tutto svincolato da poteri magistratuali è doveroso dare atto che il Pergami ha rilevato come il sostantivo ξύνδικος sia adoperato per riferirsi a delle funzioni giudicanti e che conseguentemente la traduzione con *defensor civitatis* sia del tutto arbitraria.

Ma a ben vedere la nostra ricostruzione del *defensor* come un vero e proprio avvocato eletto dalla *civitas* per la *postulatio* o la *cognitio* di singole cause non sembra trovare elementi ostativi nella circostanza che il ξύνδικος, inteso come un proto *defensor*, potesse svolgere anche funzioni giudicanti.

La cumulabilità delle due funzioni, infatti, viene confermata da più luoghi della compilazione giustiniana ed in particolare da una disposizione del codice, come in *principium* di C. 2.6.6 (*Imp. Valentinianus et Valens AA. Ad Olybrium p.u.* – a. 370), per cui:

46 A. DIMOPOULOU, *La rémunération de l'assistance en justice. Étude sur les relations avocat-plaideur à Rome*, Athens 1999, 262.

47 F. GIUMETTI, *Per advocatum defenditur cit.*, 92 ss.

48 B.R. REES, *The defensor civitatis in Egypt*, in *JJP.* 6, 1952, 73 ss. Sul punto il Liddell-Scott, *A Greek-English Lexicon*, ad h.v. registra il concetto di assistenza e rappresentanza in giudizio che avrebbe avuto il termine ξύνδικος.

Quisquis vult esse causidicus, non idem in eodem negotio sit advocatus et iudex, quoniam aliquem inter arbitros et patronos oportet esse delectum.

Il brano pone in evidenza uno dei cardini del sistema giudiziario, ovvero la necessità della separazione del ruolo di giudice e di avvocato nel medesimo processo.

Il fatto che il divieto imposto al *iudex* di giudicare *in sua causa*, obbligando chiunque si accingesse al patrocinio di scegliere tra l'*advocatio* e l'*officium iudicis*, venga espresso in più fonti⁴⁹ testimonia la frequente violazione di un simile precetto⁵⁰.

D'altronde, è la stessa costituzione (C. 2.6.6.6) che, in chiusura, conferma come dal punto di vista strettamente giuridico non vi fossero, invero, cause d'incompatibilità sostanziale tra i due ruoli. Chiunque desiderasse, infatti, svolgere l'attività di *causidicus*⁵¹ non avrebbe dovuto avere ragione di alcuna doglianza ritenendo di aver perso in *honor* per non aver svolto la funzione di giudice.

Come ha osservato Salvatore Puliatti «tra professione legale e funzione giudicante non esisteva incompatibilità se non in caso di contemporaneità dell'esercizio di entrambe le attività da parte del medesimo soggetto»⁵². Lo

49 CTh. 2.2.1; C. 3.5.1; C. 4.20.10.

50 R. LAMBERTINI, *Sulla responsabilità del giudice nel diritto romano tardoantico*, in *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino 2010, 196.

51 In rapporto ai nuovi vocaboli affermatasi in età imperiale per indicare la difesa in giudizio, uno dei vocaboli maggiormente utilizzati è sicuramente quello di *causidicus* che, come ha puntualizzato Wieling, «kommt in den Rechtstexten dieser Zeit nicht ein einziges Mal vor, obwohl er sonst verbreitet ist»: H. WIELING, *Advokaten cit.*, 420. Sul reale significato del termine – che, a detta di M. GRELLET-DUMAZEAU, *Le Barreau Romain*, Paris 1972, 74, divenne di uso comune sotto il regno di Domiziano – vi sono teorie divergenti: infatti, da una parte per A. DIMOPOULOU, *La rémunération cit.*, 260 indicherebbe semplicemente «une caricature de l'avocat, qui rassemble magnifiés tous les excès et les vices de la profession»; dall'altro K. ZOLTÁN MÉHÉSZ, *Advocatus Romanus*, Buenos Aires 1971, 66, ritiene che il vocabolo sarebbe stato utilizzato per rivolgersi a tutti i difensori «muy estimados, aunque antes bien por su elocuencia conmovedora, que por su pericia en las cuestiones de Derecho». Tra le due opposte posizioni sembra preferibile una terza offerta da W. NEUHAUSER, *Patronus und Orator. Eine Geschichte der Begriffe von ihren Anfängen bis in die augusteische Zeit*, Innsbruck 1958, 111, a detta del quale il termine «drückt eine niedrige Stufe des Gerichtsredners aus, dar vor allem nur auf die praktische Bewährung Wert legt, auf den Erfolg ausgeht und sich nicht um die Ideale des orator kümmert».

52 S. PULIATTI, «*Officium*» *cit.*, 93.

studioso adduce la testimonianza accolta in C. 1.51.14pr.-4.⁵³ quale emblematica rappresentazione di una amministrazione della giustizia tutt'altro che esemplare. Tra i mali denunciati nella costituzione spicca la sovrapposizione dei ruoli di *adsector* e di *advocatus*, nonché il decidere liti nel ruolo di *adsector* da parte di soggetti che precedentemente avevano patrocinato gli stessi interessi in veste di *advocati*.

Il rimedio adottato dall'imperatore al fine di evitare simili conflitti di interessi è la previsione d'incompatibilità tra le due funzioni. Incompatibilità funzionale – si badi bene – eccezionale solo se nel medesimo *iudicium* lo stesso soggetto si trovi a ricoprire la veste di giudice e di avvocato.

Il compilatore giustifica siffatto precetto puntualizzando come gli incarichi di *adsector* e di *advocatus* esigano *debita solertia*, ossia una dedizione totale, e come non tollerino il *festinare ad utrumque*, cioè il frenetico simultaneo esercizio⁵⁴.

53 C. 1.51.14pr.: *Nemo ex his, qui advocati causarum constituti sunt vel fuerint et in hac regia urbe in quocumque iudicio deputati et in aliis omnibus provinciis nostro subiectis imperio, audeat in uno eodemque tempore tam advocatione uti quam consilarii cuiuscumque magistratus, quibus res publica gerenda committitur; curam adripere, cum sat abundeque sufficit vel per advocationem causis perfectissime patrocinari vel adsectoris officio fungi, ne, cum in utrumque festinet, neutrum bene peragat: sed sive advocatus esse maluerit, hoc cum debita solertia implere possit, vel si adsessionem elegerit, in ea videlicet permaneat, ita tamen, ut post consilarii sollicitudinem depositam liceat ei ad munus advocationis reverti.* (a. 529); C. 1.51.14.1: *Nec sit concessum cuidam duobus magistratibus adsidere et utriusque iudicii curam peragere (neque enim facile credendum est duabus etiam necessariis rebus unum sufficere: nam cum uni iudicio adfuerit, altero abstrahi necesse est sicque nulli eorum idoneum in totum inveniri), sed altera adsessione penitus semota unius magistratus esse contentum iudicio.* (a. 529); C. 1.51.14.2: *Nec callidis machinationibus huiusmodi legem putet quis esse circumscribendam et, si non consilarii signum quod solitum est chartis imponat, sed alias quasdam litteras excogitatas adsimulaverit, existimari ei licere fungi quidem memorato officio, sub huiusmodi tamen umbra latere, cum in legem committunt hi, qui vigorem eius scrupulosis et excogitatis artibus eludere festinant.* (a. 529); C. 1.51.14.3: *Neque sibi blandiri quemquam oportet, quod et praesentis legis aculeos possit evadere, quemadmodum et anteriores leges super hac re positas deludebat. si quis etenim in tali commissio fuerit inventus, sciat se de matriculis advocatorum penitus esse delendum et decem librarum auri multam nostris privatis largitionibus illaturum, per virum illustrem comitem rerum privatarum exigendam, et aliam maiorem regalis culminis subiturum offensam, cum nec ipse iudex, qui hoc fieri passus est et sciens prudensque hoc commiserit, sine imperiali commitione remanebit.* (a. 529); C. 1.51.14.4: *Eadem poena subiciendo etiam eo vel eis, qui in his causis, quarum patrocinium adepti sunt quibusque advocationem suam praestiterint, adsessionis cuiuscumque magistratus colore audeat vel audeant iudicare, ne adfectionis suae advocationis memor incorrupti iudicis non possit nomen perferre.* (a. 529).

54 Cfr. S. PULIATTI, «Officium» cit., 93.

Se è dunque vero che, come testimonia Arcadio Carisio⁵⁵ in

D. 50.4.18.13 (Arc. Char. lib. sing. de muneribus civilibus): *Defensores quoque, quos Graeci syndicos appellant, et qui ad certam causam agendam vel defendendam eliguntur, laborem personalis muneris adgrediuntur,*

e, dopo di lui, Ermogeniano, in un altro passo escerpito dai Digesta giustiniani:

D. 50.4.1.2 (Ermog. 1 epit.): *Personalia civilia sunt munera defensio civitatis, id est ut syndicus fiat: legatio ad census accipiendum vel patrimonium: scribatus: kamylasia: annonae ac similium cura: praediorumque publicorum: frumenti comparandi: aquae ductus: equorum circensium spectacula: publicae viae munitiones: arcae frumentariae: calefactiones thermarum: annonae divisio et quaecumque aliae curae istis sunt similes. ex his enim, quae rettulimus, cetera etiam per leges cuiusque civitatis ex consuetudine longa intellegi potuerunt,*

che, illustrando il concetto di *munera civilia*, poneva tra questi la *defensio civitatis*, precisando che *id est ut syndicus fiat*, è, altresì vero che in entrambi i giuristi il *munus* civile di cui si parla è quello della rappresentanza in giudizio delle città: ed in questo senso il termine *syndicus* era già utilizzato sia da Gaio:

D. 3.4.1 (Gai 3 ad ed. provinc.): *Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat,*

che da Paolo:

D. 3.4.6.1 (Paul. 9 ad ed.): *Si decuriones decreverunt actionem per eum movendam quem duumviri elegerint, is videtur ab ordine electus et ideo experiri potest: parvi enim refert, ipse ordo elegerit an is cui ordo negotium dedit. sed si ita decreverint, ut quaecumque incidisset controversia, eius petendae negotium titius haberet, ipso iure id decretum nullius momenti esse, quia non possit videri de ea re, quae adhuc in controversia non sit, decreto datam persecutionem. sed hodie haec omnia per syndicos solent secundum locorum consuetudinem explicari,*

ed Ulpiano:

55 D.V. PIACENTE, *Aurelio Arcadio Carisio. Un giurista tardoantico*, Bari 2012, 20 ss.

D. 43.24.5.10 (Ulp. 70 *ad ed.*): *Idem ait et adversus procuratorem tutorem curatorem municipumve syndicum alieno nomine interdici posse.*

Secondo Puliatti appare «inaccettabile la tesi che fa risalire agli anni precedenti il 336, e addirittura al 319, l'introduzione dell'istituto del *defensor civitatis* nella normativa imperiale»⁵⁶, e pertanto la creazione dell'istituto deve essere esclusivamente attribuita alla legislazione di Valentiniano I e Valente.

Alla luce di queste ultime considerazioni, sembra evidente dalla lettura delle fonti che tanto la legislazione orientale quanto quella d'Occidente, autonomamente e parallelamente, finirono per conferire ai *defensores civitatum* operanti nelle due *partes* dell'impero varie funzioni riconducibili a molteplici competenze di natura protettiva, amministrativa e giudiziaria.

In particolare in Occidente dove le fonti non parlano più di *defensores plebis*, bensì di *defensores urbium* o appunto *civitatum*, già nel 387 d.C., l'ufficio in esame si configurò come un patrocinatore forense in senso proprio, mandatario delle singole comunità vessate soprattutto in campo fiscale.

Ciò non esclude che accanto a questa raffigurazione ve ne possano essere altre a riprova che il contenuto competenziale per le istituzioni antiche era fluido, legato alle contingenze, ai contesti territoriali, in nome di un pluralismo istituzionale che faceva perno sulle esigenze di uniformità centralistiche.

4. Conclusioni: riflessioni moderne

Dal breve *excursus* storico che si è percorso emerge un dato incontrovertibile e di qualche novità e cioè che il contenuto precipuo delle funzioni esercitate dal *defensor civitatis* possono essere ricondotte a quelle proprie del *patronus* e dell'*advocatus*⁵⁷, dunque una funzione di difesa attiva facente perno sulla configurazione di organismo burocratico sia pure *extra ordinem* che ha costituito il modello per l'*Ombudsman* di origini scandinave⁵⁸. Il dato

56 F. PERGAMI, *Sulla istituzione cit.*, 109.

57 Per una comparazione tra le due figure vd. F. GIUMETTI, *Per advocatum defenditur cit.*, 37 ss.; sulla funzione di queste due figure vd. A. BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato, actor veritatis. Studi di retorica e deontologia forense*, Bologna 2016, 57; M.L. BICCARI, *Dalla pretesa giudiziale alla narratio retorica (e viceversa). Spunti di riflessione sulla formazione dell'avvocato romano e la sua azione*, Torino 2017, 61 ss.

58 L'istituto dell'*Ombudsman* fu previsto per la prima volta, parallelamente allo sviluppo

descritto scaturente dall'analisi storica può contribuire a rimodellare la difesa civica contemporanea che, soprattutto in Italia, soffre attualmente di una grave crisi di insignificanza, al punto che la figura del difensore civico comunale è stata legislativamente cancellata come organo necessario⁵⁹.

Dunque, oggi, nel nostro Paese, dove sopravvivono i soli difensori civici regionali, non vi è una disciplina legislativa concernente la difesa civica nazionale e si è lontanissimi dalla prefigurazione della difesa civica come potere costituzionale così come presente in alcuni ordinamenti sud americani⁶⁰.

La specificità negativa della situazione italiana ha molte ragioni una delle quali sicuramente da individuarsi nella pervasività e diffusione della tutela giurisdizionale dei diritti.

Il giudice, quale potere terzo e con garanzia costituzionale di indipendenza e imparzialità⁶¹, sembra così nel nostro ordinamento essere il mediatore

del processo di limitazione dell'assolutismo monarchico, nella Carta Costituzionale svedese del 1809 che, ispirandosi alla dottrina della separazione dei poteri ma attenuandone la rigidità, delineò un sistema dualistico imperniato sulla dicotomia e sul reciproco controllo tra Re e Parlamento. Per porre un freno alle estese prerogative del Re e del suo Consiglio, al Parlamento (*Riksdag*) furono attribuiti incisivi poteri di controllo sull'attività di governo del monarca, tra cui il non trascurabile potere di nominare, ad ogni sessione ordinaria, un giureconsulto di provata esperienza in qualità di Commissario del *Riksdag*; a tale organo (*Justitieombudsman*) fu affidato il precipuo incarico di controllare, secondo gli intendimenti espressi dal *Riksdag*, l'osservanza delle leggi da parte dei pubblici funzionari, nonché di citare in giudizio, avanti ai tribunali competenti, coloro i quali nell'esercizio delle loro funzioni, per contegni contrari ai doveri del proprio ufficio, avessero commesso atti illeciti. Sul punto vd. G. ASTUTI, *Le Costituzioni della Svezia e della Norvegia*, Firenze 1946, 27 ss.; G. DE VERGOTTINI, voce *Ombudsman*, in *ED.*, vol. XXIX, Milano 1979, 879; A. BEXELIUS, *The Ombudsman for civil affaire*, in *The ombudsman citizen's defender*, a cura di D.C. Rowat, London 1965, 24 ss.; L. COMINELLI, *Il mediatore europeo, Ombudsman dell'Unione*, Milano 2005, 7.

59 Per l'introduzione della difesa civica in Italia B. MAZULLO, *Il difensore civico come si configura concretamente nella vigente legislazione regionale*, in *Foro amm.*, II, 1983, 17 ss.; A. CARACCILO LA GROTTIERIA, *Note critiche sulla figura del Difensore civico*, in *Foro amm.*, II, 1979, 29 ss.; G. BERTOLANI, *Il difensore civico nella problematica dei controlli*, in *Giur. it.*, 1979. Nel 2010 la legge n. 42 sanciva definitivamente la soppressione della figura del difensore civico di tipo comunale, già abolita genericamente nel 2009 con la legge n. 191 (legge finanziaria 2010), stabilendo, altresì, per i Comuni la possibilità che le funzioni di difensore civico comunale potessero essere attribuite, mediante apposite convenzioni, al difensore civico della relativa Provincia (difensore civico territoriale).

60 Vd. L. PEGORARO – A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, spec. 264 ss.

61 Per una interessante disamina sul tema, tra antico e presente, vd. F. GALLO, *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Torino 2014, 1 ss.

centrale delle istanze di tutela degli interessi. Eppure sussiste una amplissima fascia di interessi deboli che per la loro modesta rilevanza non appaiono rappresentati in giudizio né nella forma individuale né in quella associata, tenuto anche conto della complessa disciplina della *class action* nel vigente codice processuale⁶², azioni collettive che difficilmente possono essere attivate per gli interessi deboli e diffusi non mediabili dai soggetti intermedi della società italiana (ad esempio sindacati o associazioni dei consumatori). Dall'esperienza antica arriva, allora, ai moderni soggetti dell'ordinamento giuridico il suggerimento di coniugare centralità del giudice e centralità del patrocinio defensionale per il tramite di un difensore civico, avvocato, *stricto sensu*, dei deboli. Si pensi, ad esempio, allo spazio di intervento difensivo che un difensore civico avvocato può attivare in ordine all'applicazione delle norme, previste dalle più recenti leggi sul processo amministrativo, per combattere i silenzi inerti della Pubblica Amministrazione⁶³. In sostanza, la riscrittura tentata sulla base delle fonti delle funzioni del *defensor civitatis* consente di prefigurare un diverso futuro per la difesa civica, senza vagheggiare il ritorno del modello del tribunale della plebe, che è un luogo istituzionale, chiaramente, del tutto incompatibile con gli assetti delle attuali democrazie rappresentative.

Anche per questo aspetto le fonti antiche trasmettono, dunque, alla modernità modelli di continuità che superano le fratture e le antinomie del processo storico.

62 AA.VV., *Class action. Il Nuovo volto della tutela collettiva in Italia. Atti*, Milano, 2011, *passim*.

63 Vd. la c.d. legge Madia (7 agosto 2015, n. 124) su cui le osservazioni di G. PASSALACQUA, *La pubblica amministrazione dopo la riforma Madia. Guida alle procedure semplificate per cittadini e imprese*, Rimini 2017, *passim* e ancor prima il c.d. decreto Bersani (legge 4 agosto 2006, n. 248, poi aggiornata con il decreto n. 7 del 31 gennaio del 2007).

LAURENT HECKETSWEILER

Université de Montpellier

Défense civique romaine et «Défenseur des droits» français. Comparaison historique et juridique

1. La question. – 2. Le défenseur. – 2.1. *Le précédent: le Médiateur de la République.* – 2.2. *Travaux préparatoires.* – 2.3. *Caractéristiques générales.* – 2.4. *Extension des compétences.* – 2.5. *Accessibilité élargie.* – 2.6. *Compléments d'information.* – 3. Les droits. – 3.1. *Le « modèle » du Defensor del Pueblo.* – 3.2. *Quelques choix: rejet de « peuple », abandon de « République ».* – 3.3. *« Droits [fondamentaux] ».* – 3.4. *Perspective romaniste.* – 3.5. *Fonction critique du droit romain.* – 3.6. *Deux récents avis du Défenseur des droits.* – 3.7. *Positivismes sociologique/associations de défense.* – 3.8. *Objection.*

1. La question

Pour cette rencontre internationale de Turin en l'honneur du Professeur Giuseppe Grosso, le Professeur Catalano m'a demandé de considérer un point de terminologie : que penser, pour l'expérience française, du passage du « Médiateur de la République » (1973) au « Défenseur des droits » (2011) ? Quelle peut être la portée (conceptuelle) de cette évolution des mots, de ce renouvellement visible des titulatures ? « Défenseur » et « droits » : comme le professeur Catalano l'avait certainement prévu en me confiant cette tâche, le droit romain reste un très bon outil, une position de choix pour l'observation du droit positif – toutes époques confondues¹ !

1 G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino 1967.

2. Le défenseur

2.1. *Le précédent : le Médiateur de la République*

A sa création en 2011, le Défenseur des droits se substitue au Médiateur de la République². Le Médiateur était une autorité administrative indépendante et unipersonnelle, nommée par le pouvoir exécutif : autorité investie, sur le plan national, de la charge d'instruire les réclamations des administrés au sujet du fonctionnement des administrations et organismes associés. L'insuffisance des garanties d'indépendance du Médiateur et l'inadéquation de ses attributions avec sa mission (moyens d'intervention jugés peu incisifs) ont finalement été perçus comme des points faibles de l'institution.

2.2. *Travaux préparatoires*

La rénovation de l'institution fut l'objet d'une ambitieuse proposition du *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République* prévoyant : l'augmentation des attributions du Médiateur ; son élévation au niveau d'organe constitutionnel ; sa nomination par le Parlement (suivant en cela le modèle de l'*Ombudsman* en général et du *Defensor del Pueblo* espagnol en particulier). La proposition, qui prévoyait également la refonte des compétences de plusieurs autres autorités de contrôle en la nouvelle institution (dans un objectif de rationalisation des institutions de garantie des droits fondamentaux), eut un résultat inégal³.

2.3. *Caractéristiques générales*

L'introduction du Défenseur des droits est issue de la réforme de la Constitution française en 2008⁴ : il s'agit du nouvel article 71-1⁵ (complété

2 B. DELAUNAY, *Le Médiateur de la République*, Paris 1999.

3 F. AUMOND, *Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur*, dans *RFDA*, 2011, 817 ss.

4 Loi constitutionnelle n. 2008-724 du 23/7/2008.

5 Art. 71-1 : « Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences.

Il peut être saisi, dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa. Il peut se saisir d'office.

La loi organique définit les attributions et les modalités d'intervention du Défenseur des droits. Elle détermine les conditions dans lesquelles il peut être assisté par un collègue pour

par deux lois organiques de 2011⁶). La fonction générale de l'institution est la même que précédemment mais, alors que le projet prévoyait une nomination par le Parlement, le principe de la désignation par l'exécutif fut maintenu. Comparé au Médiateur, deux innovations importantes doivent être soulignées : extension des compétences et plus grande accessibilité.

2.4. Extension des compétences

La volonté de rationalisation⁷ a concentré dans la nouvelle défense des droits les fonctions de quatre instances de protection des droits fondamentaux : 1) le Médiateur de la République ; 2) le Défenseur des enfants ; 3) la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité (CNDS) ; 4) la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE). En conséquence, le Défenseur des droits cumule sa fonction générale de défense des droits et des libertés des citoyens vis-à-vis de l'Administration avec trois autres fonctions spécialisées : la protection des droits de l'enfant ; la lutte contre la discrimination (définie comme une inégalité de traitement fondée sur un critère interdit par la loi : âge, origine, sexe, handicap, opinions) ; le respect de la déontologie des acteurs de la sécurité.

2.5. Accessibilité élargie

Plus ouvert que précédemment (l'accès au Médiateur exigeait l'intercession d'un parlementaire), le recours au Défenseur peut être exercé par toute personne physique ou morale qui s'estime lésée dans ses droits et/ou libertés par l'Administration. Dans sa fonction spécifique de protection des droits de l'enfant, cette faculté appartient au mineur, à ses parents, aux services médico-sociaux ainsi qu'aux associations de défense ; dans sa fonction de lutte contre la discrimination, elle appartient à la victime et aux associations concernées.

l'exercice de certaines de ses attributions.

Le Défenseur des droits est nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable, après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13. Ses fonctions sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement et de membre du Parlement. Les autres fonctions incompatibles sont fixées par la loi organique. Le Défenseur des droits rend compte de son activité au Président de la République et au Parlement ».

6 Lois organiques n. 2011-333 du 29/3/2011 et n. 2011-334 du 29/3/2011.

7 O. DORD, *Le Défenseur des droits ou la garantie rationalisée des droits et libertés*, dans *AJDA*, 2011, 958 ss.

2.6. Compléments d'information

Trois autres aspects doivent être relevés : 1) renforcement du statut d'autorité indépendante (constitutionnalisation)⁸ ; 2) garantie d'indépendance (inamovibilité, immunité juridictionnelle) ; 3) réunion, sur l'ancien modèle, de trois types de pouvoirs : investigation, résolution à l'amiable, injonction à agir⁹.

3. Les droits

3.1. Le « modèle » du Defensor del Pueblo

Cette présentation très générale de la nouvelle institution étant faite (cf. www.defenseurdesdroits.fr), revenons à la question posée : que penser de l'évolution terminologique entre « Médiateur de la République » et « Défenseur des droits » ? Quelques réponses simples viennent immédiatement à l'esprit, réponses qui évoquent les enjeux de la réforme tant sur le fond que sur la forme : 1) la concentration des compétences : la nouvelle institution, née de la fusion de quatre (Médiateur de la République, Défenseur des enfants, CNDS, HALDE), ne pouvait logiquement continuer à s'appeler « Médiateur de la République » sans ignorer les 3/4 de sa mission ; 2) le modèle espagnol : *Ombudsman*, ne signifiant rien en français, aucune valeur ne peut formellement lui être attachée ; en revanche, « défenseur » est un mot efficace et chargé de sens (voir à ce sujet Dominique Gély, *Le défenseur du peuple espagnol en modèle*, dans *AJDA*, 2008, 1451 ss.).

3.2. Quelques choix : rejet de « peuple », abandon de « République »

Formellement, le « modèle » espagnol, c'est évident, n'a pas été retenu dans son intégralité : « droits » (au pluriel) s'est substitué à « peuple » (au singulier) pour donner « Défenseur des droits ». Comment expliquer ce rejet de « peuple » ? Disons simplement que l'idée mommsénienne (et le spectre) d'un « Etat dans l'Etat » pour se représenter l'institution romaine du Tribunal de la plèbe reste vivace dans la France du 21^e siècle : même *indépendant* du gouvernement, le Défenseur reste une *autorité administrative* agissant au

8 B. DELAUNAY, *Les autorités constitutionnelles indépendantes, autorités administratives*, dans *AJDA*, 2011, 817 ss.

9 Pour plus de précisions, E. MATUTANO, *Défenseur des droits*, dans *J.-Cl. Administratif*, fasc. 77, 18/12/2011.

nom de l'Etat – et du peuple lui-même aurait ajouté Mommsen¹⁰ ! Il faut aussi relever, dans l'économie générale de la réforme, que « République » n'a pas été retenue. Signe d'une époque, les « droits » individuels s'y sont substitués. Finalement, la combinaison des mots semble assez cohérente en ce que la nouvelle institution n'est censée défendre que des individus (et leurs droits) : elle ne défend ni la Nation, ni le peuple, ni même la République, qui restent des entités (ou des réalités) collectives.

3.3. « *Droits [fondamentaux]* »

On peut poursuivre le commentaire en empruntant à la théorie des sources du droit¹¹ le critère distinction formel/matériel : d'un côté, les formes de production observables ; de l'autre, les causes profondes de telle ou telle disposition. Déplaçant ainsi l'analyse de la forme au fond, on perçoit mieux la signification de l'évolution des formes terminologiques : au sens où elle exprime de façon manifeste une pensée, une intention. On ne peut ainsi abstraire et donc soustraire la question (institutionnelle) de la défense des droits en France du contexte, plus global, de protection des droits fondamentaux : je pense notamment à l'activité croissante de la Cour de justice de l'Union européenne. Contexte de protection mais aussi, en amont, de valorisation : force est en effet de constater que l'« ombudsmania » généralisée se greffe (en tant qu'institution) sur une certaine *culture* du droit, toujours plus subjectiviste.

3.4. *Perspective romaniste*

A ce stade, on s'autorisera un bref commentaire de romaniste pour continuer à observer la défense des droits. Mais de l'extérieur cette fois, en relevant un décalage d'ordre systématique avec l'expérience romaine. Méthodologiquement, l'étude de la « défense civique » romaine (du tribun de la plèbe au défenseur de la cité, donc sur un millénaire) suppose de poser correctement le problème du point de vue du *ius* romain (système du juste et de l'équitable selon Salvatore Riccobono) et de ne pas, précisément, projeter nos conceptions actuelles du droit : l'étatisme et la séparation des pouvoirs mais aussi, tout aussi anachronique, l'individualisme et, c'est important ici, les derniers droits fondamentaux du sujet de droit (1973 n'est d'ailleurs pas 2011). Il y a en ce sens un fossé très net entre les expériences ancienne et

10 « *Populus ist der Staat* ». Voir sur ce point P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974, 41 ss.

11 P. DEUMIER – Th. REVET, *Sources du droit (Problématique générale)*, dans *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland, S. Rials), Paris 2003, 1430 ss.

moderne de la « défense »¹², fossé qui touche à la conception même du droit.

12 L'histoire du *defensor civitatis* depuis ses origines (Constantin, début IV^e siècle) est complexe. Les étapes de développement et de systématisation sont multiples jusqu'à Justinien, d'autant qu'il faut les appréhender dans l'optique de la division de l'Empire entre Orient et Occident advenue entre Valentinien I^{er} et Valens (364). C'est d'ailleurs une constitution de ces empereurs (conservée au C.Th. 1.29.1) qui, en 364, pose véritablement le principe, pour le diocèse d'Illyrie, de la défense civile : un mécanisme de défense contre l'injustice des puissants (*contra potentium—iniurias*). Vingt ans plus tard, l'institution s'est répandue « dans toutes les provinces » (constitution de 385 conservée au C.J. 1.55.4). Le juriste pourra se faire une idée de cette catégorie dogmatique du *ius publicum* romain en considérant, autant qu'il est possible, les sources de façon synchronique (pour dés-historiciser son étude). Du reste, et malgré des différences notables qui tiennent à l'histoire du droit, il existe une cohérence de fond entre le titre 29 livre I du C.Th, le titre 55 livre I du C.J. et la Nouvelle XV. L'important est de poser correctement le problème du point de vue du *ius* romain (système du juste et de l'équitable) et de ne pas projeter nos conceptions actuelles du droit (étatisme, séparation des pouvoirs, individualisme, droits fondamentaux...). En pratique, la défense civile (référence à la cité, *civitas*) est un mécanisme juridique de défense (*defensio, tuitio*) des citoyens des villes de l'Empire contre les « abus de pouvoir » des fonctionnaires impériaux en province (officiels, juges, le gouverneur lui-même) et/ou des magistrats locaux. Il s'agit toutefois d'un mécanisme dont la technique et la portée sont à saisir plus largement, du point de vue politique et social (voire économique), en ce qu'il est institué au profit de la *plebs* urbaine (et des habitants de la campagne, *rus*) contre la catégorie générale des « puissants » (*potentes*). De là la proximité, si ce n'est l'équivalence dans les sources, entre *defensor civitatis* et *defensor plebis* — notions qu'une partie de la littérature continue à distinguer pour des raisons historiques (histoire des sources depuis Constantin) et conceptuelles (défenseur des citoyens/avocat des pauvres). Ce qui n'est pas/plus le cas de Justinien au VI^e siècle. Les développements ultérieurs de l'institution sont multiples (Italie ostrogothique par exemple) et attestent de sa survie en Occident après l'Empire. Nonobstant, l'histoire des institutions en Europe n'a pas contribué à mettre en avant la défense civile lors de la réception/sollicitation du droit romain à l'époque médiévale, moderne et contemporaine. En 1688, C.J. de Ferrière (*La jurisprudence des Nouvelles de Justinien*) juge par exemple qu'elle « est inutile » dans le Royaume de France. Au XIX^e siècle, elle subit la même désaffection que le Tribunal de la plèbe dans l'historiographie germanique du droit de l'Etat (Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*) — une annulation scientifique impliquant la construction d'une histoire et d'un système de droit sans le pouvoir du tribunal. Depuis, une attention nouvelle est portée sur le « pouvoir négatif » en général, notamment en Italie (terre naturellement sensible au constitutionnalisme latin). On considère ainsi que le *tribunus plebis* est certes une institution républicaine (-493) mais que son essence — la défense — est reproposée, avec un nom différent et des fonctions spécifiques, dans l'Empire tardif (le *defensor plebis* ou *civitatis*). A l'appui d'un tel modèle est invoqué, entre autres, l'historien Eutrope (collaborateur épistolaire de l'empereur Valens, co-auteur de la constitution-clé des années 360 sur la défense civile), qui dans son traité d'histoire romaine depuis la fondation de la cité (*Breviarium ab urbe condita* 1.13) renseigne ses contemporains sur la fonction de l'ancien tribunal romain : défendre dans la cité le peuple contre le sénat et les consuls. Plus tard, au Digeste (1.2.2.20), Justinien fait preuve d'une sensibilité identique pour

Un aspect minutieusement décrit en son temps par le philosophe du droit M. Villey¹³.

3.5. *Fonction critique du droit romain*

Le droit romain ne doit pas perdre sa fonction critique, encore moins aujourd'hui. Car il faut bien reconnaître que la défense actuelle (sous bien des manifestations) est, de fait, une institution mise au service de la modernité juridique en ce sens où elle « enregistre » les ultimes développements du système dit « romano-germanique »¹⁴ : elle rend particulièrement compte des « déviations » du système au regard du *principium* romain (commencement mais aussi principe premier¹⁵). Je ne peux ici que citer un élève bien connu du Professeur Grosso : « L'enseignement du Droit romain doit aujourd'hui, dans les Etats dont les droits appartiennent au système juridique "romano-germanique", avoir deux buts principaux : 1) retrouver les origines des éléments communs des divers ordres juridiques étatiques compris dans le système ; 2) libérer le juriste des déviations et superpositions conceptuelles liées à l'évolution moderne du système, aujourd'hui fragmenté en états nationaux à structure économique capitaliste (évolution qui a eu, jusqu'alors un sens individualiste et anti-universaliste) »¹⁶.

3.6. *Deux récents avis du défenseur des droits*

Il est nécessaire à ce stade d'évoquer certaines orientations de l'insti-

l'histoire au service de la vie en s'appropriant les développements historico-dogmatiques du juriste classique Pomponius sur l'expérience tribunicienne.

13 M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris 1975 et *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris 1985.

14 La compilation justinienne est reconnue comme le point de départ de ce système : voir R. DAVID – C. JAUFFRET-SPINOZI, *Les grands systèmes de droit contemporains*¹⁰, Paris 1992, 16 s. : « La famille de droit romano-germanique a son berceau dans l'Europe. Elle s'est formée par les efforts des Universités européennes, qui ont développé depuis le XII^e siècle, sur la base des compilations de l'empereur de Justinien, une science juridique commune à tous, appropriée aux conditions du monde moderne. L'épithète *romano-germanique* est choisie pour rendre hommage à ces efforts communs, déployés à la fois dans les Universités des pays latins et des pays germaniques ».

15 Cf. *Valori e principii del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano, Maestro di Istituzioni* (a cura di A. Trisciuglio), Torino 2007.

16 P. CATALANO, *Diritto e persone (Studi su origine e attualità del sistema romano)*, Torino 1990, VII (« Osservazioni sommarie »).

tution qui rendent compte, même bien partiellement, de son « idéologie » (au sens neutre du terme) : ensemble plus ou moins systématisé d'idées, de doctrines influant sur un comportement. Car le Défenseur des droits n'est pas cet homme de science qui n'émettrait pas de jugement de valeur dans son travail. Deux avis, formulés lors d'auditions du Défenseur par des commissions parlementaires, sont tout particulièrement éclairants. Ils donnent le « point de vue » du Défenseur sur quelques sujets réputés sensibles :

a) L'avis n. 15-18 du 3/7/2015 présenté dans le cadre la mission d'information « Assistance médicale à la procréation et gestation pour autrui ». Prenant acte de la loi de 2013 ouvrant le « mariage » aux couples de personnes de même sexe, le Défenseur interroge : *ouvrir l'accès à la PMA à toutes les femmes ?* (l'accès à la Procréation Médicalement Assistée étant réservé aux seuls couples hétérosexuels). Mettant (très justement) en évidence la relation entre la question du mariage et celle de la filiation¹⁷, le Défenseur relève que *l'ouverture du mariage aux couples de même sexe est un pas en ce sens* (celui de la PMA pour toutes). En effet, cette ouverture du mariage permet désormais aux couples homosexuels de s'engager dans un projet parental en adoptant un enfant mais le législateur, après quelques hésitations, n'a pas été au-delà. Et le Médiateur d'exprimer son regret que la France se soit ainsi isolée en Europe (comparée à la Suède ou aux Pays-Bas). Aussi, le Défenseur des droits, se fondant sur un égal accès, non discriminant, de toutes les femmes à la technique médicale, recommande au législateur français de faire évoluer la loi et de rendre universel le droit à la PMA.

b) L'avis n. 15-12 du 28/5/2015 portant sur le projet de loi de « modernisation du système de santé ». Deux points sont ici à relever : 1) Le défenseur appuie le projet de suppression du délai légal de réflexion de 7 jours allongeant, inutilement selon lui, le parcours d'une femme qui souhaite recourir à une Interruption Volontaire de Grossesse (IVG); 2) Le défenseur regrette que la proposition de la délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale relative à la suppression de la clause de conscience propre à l'IVG n'ait pas été entendue (la clause de conscience est ici le droit du médecin de refuser la réalisation d'un acte médical autorisé par la loi mais que lui, médecin, estimerait contraire à ses convictions personnelles, professionnelles ou éthiques). Et le défenseur d'émettre son vœu que l'IVG soit pleinement un droit ouvert à toutes les femmes.

3.7. Positivisme sociologique/associations de défense

17 Cf. G. CHOISEL, *D'un changement de définition à un droit en attente de reconstruction. Réflexions sur l'étendue des conséquences juridiques de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, dans *Revue trimestrielle de droit civil* 3, 2015, 505 ss.

Un bref commentaire de ces avis tiendra en deux remarques :

- a) Le « Défenseur des droits » comme institution est clairement contemporain de la (seconde) vague d'innovations sociétales engagées depuis quelques années dans le monde occidental. Bien plus que l'ancien « Médiateur de la République » des années 70 soucieux des fameuses « libertés publiques » (catégorie du droit organisant les rapports entre les citoyens et l'Etat), il est un acteur du positivisme sociologique actuel faisant la part belle à l'individu et ses « droits fondamentaux »¹⁸. Cela transparait de ses avis où la *réalité sociétale* fait partie des motivations, presque des « attendus »¹⁹.
- b) L'accessibilité au Défenseur (plus ouverte que celle au Médiateur) a incontestablement renforcé les associations de défense (des droits de la femme par exemple). De là, signe des temps, une politisation et une médiatisation plus importantes de la fonction, relais spontané et désormais de plein droit des groupes de pression (lobbying). Ici se trouve certainement une explication du passage de la « Médiation » (une conciliation exercée par une tierce personne) à la « Défense » (une protection, un peu comme celle de l'avocat qui représente les intérêts d'une partie).

Ces deux conditionnements majeurs que l'on peut relier à l'idéologie (d'origine économique) de la « gouvernance » – désormais en place dans les sociétés occidentales régies par la démocratie libérale – interrogent finalement moins sur l'indépendance de l'institution que sur les contours et modalités de sa dépendance. Et en l'état actuel des choses, on ne tolérera pas que le défenseur soit un censeur ! Il se peut donc que la fonction du défenseur (qui rappelle Rome) soit en voie d'absorption par la société libérale et ses desideratas²⁰ – manière intelligente et moderne de continuer, en l'abritant, à neutraliser la résistance. *Caveant consules !*

3.8. *Objection*

C'est la raison pour laquelle, à côté du « Défenseur des droits » (devenu

18 G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*⁸, Paris 2008.

19 Avis n. 15-18 déjà cité sur la PMA : « Le défenseur des droits observe qu'en France, comme en Europe, les situations familiales et parentales se sont diversifiées, ainsi qu'en attestent les nombreuses études sociologiques, anthropologiques et démographiques sur le sujet. Le schéma familial dit "traditionnel" coexiste avec celui des familles recomposées, homoparentales (en 2011, 200 000 personnes déclarent vivre en couple avec une personne de même sexe et 10% ont déclaré avoir au moins un enfant), monoparentales etc. Il s'agit là d'une réalité sociétale que le Défenseur des droits appelle à prendre en compte ».

20 Cf. J.-L. HAROUËL, *Les droits de l'homme contre le peuple*, Paris 2016.

un relais important des lois et des ultimes nouveautés législatives), commencent en France à se mettre en place des initiatives alternatives de « résistance » à la loi civile elle-même : loi votée certes, mais regardée comme allant contre le droit naturel, le bien commun, la *ratio scripta* aussi. Les anciennes questions de Cicéron et de saint Thomas sont à cette occasion re-posées : la loi mauvaise oblige-t-elle en conscience ? Une loi qui s'écarte de la raison, est-ce une loi ou une violence ? De même que sont sollicitées les catégories des juristes romains, en droit des personnes et de la famille notamment (tout cela rappelle bien évidemment la démarche intellectuelle d'un Giorgio La Pira²¹). Il faut d'ailleurs insister sur l'investissement personnel de professeurs des Facultés de droit qui, en association avec des professeurs de philosophie et des théologiens, travaillent, retravaillent même, le concept d'objection de conscience : non pas du seul point de vue individuel, subjectif, mais bel et bien de point de vue politique²². Et ce, en théorie comme en pratique²³ :

a) Travail théorique, qui approfondit la distinction faite par le Pape Pie XI entre objection de conscience (notion subjective) et objection de *la* conscience (notion objective, en adhérence avec la loi naturelle). Une entreprise de distinction qui permet 1) de rendre objective la « conscience » du point de vue juridique et éviter ainsi le piège de la dérive subjectiviste ; 2) de replacer au centre la notion complexe, composée, de Justice contre les droits particuliers.

b) Travail pratique, qui pose les fondations efficaces, procédurales, d'une « guérilla juridique » contre la loi civile. De façon empirique et extrêmement concrète ! puisqu'il s'agit de trouver des solutions en droit positif pour défendre les clauses de conscience des médecins et sages-femmes (qui choisiraient de ne pas collaborer à l'avortement), des pharmaciens (qui ne pratiqueraient pas la vente libre de solutions contraceptives ou abortives), des maires et notaires (qui refuseraient de célébrer ou enregistrer de « nouveaux » types de mariage), des enseignants enfin (qui refuseraient d'apprendre autre-chose que la vérité aux enfants, en s'abstenant par exemple de relayer la théorie américaine du « genre » sur l'identité sexuelle).

21 Voir P. CATALANO, *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira*, en *Diritto@Storia* 5, 2006.

22 L'objection de conscience consiste en un refus personnel d'accomplir certains actes allant à l'encontre de convictions éthiques, morales ou religieuses. Ce refus peut aller jusqu'à la désobéissance aux institutions d'une autorité civile ou au refus de l'application d'une loi.

23 Sur ces deux aspects, on consultera avantagement le site de *Objection ! L'association pour la liberté de conscience en France* : www.objectiondelaconscience.org. A titre complémentaire, v. aussi l'ouvrage collectif *Objection de conscience* (dir. Ph. CAPPELLO), Paris 2014.

Il s'agit là d'actions juridiques courageuses (étant donné l'environnement hostile) que l'on peut comprendre, au sens romain, comme le refus d'une énième manifestation de l'*Isolierung* du droit – un « isolement » mis en place par la loi civile représentative²⁴. Ces actions donnent un éclairage précieux sur les limites « structurelles » d'un défenseur des droits au service de la loi, au service du système légicentrique²⁵ et finalement – *desinit in piscem* – asservi à un système toujours plus positiviste qui ne souhaite pas qu'on lui rappelle les fondements de sa propre conscience (par exemple la défense de l'enfant conçu dans le droit romain²⁶). Par d'autres voies, on retombe sur l'« éternel problème du droit naturel » bien vu en son temps par le Professeur Grosso.

24 Isolement juridique qui suppose des abandons en série, des réductions du/de monde : voir dernièrement J. HAUTEBERT, *Le libéralisme ou l'abandon du bien*, dans *Ichtus*, 2015 (Documents).

25 Voir à ce sujet J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*⁵, Paris 2017, 223 ss.

26 M.P. BACCARI, *La difesa del concepito nel diritto romano, dai Digesta dell'Imperatore Giustiniano*, Torino 2006.

ELISABETTA PALICI DI SUNI

Università di Torino

Il ruolo della difesa civica nei principali ordinamenti europei

1. Premessa. – 2. Cittadini e pubblica amministrazione. – 3. *L'Ombudsman* nei Paesi scandinavi. – 4. *L'Ombudsman* in Austria. – 5. La difesa civica in Germania. – 6. Il *Defensor del Pueblo* in Spagna. – 7. Francia: dal *Médiateur* al *Défenseur des droits*. – 8. *L'Ombudsman* in Grecia. – 9. Il Commissario Parlamentare e per la sanità nel Regno Unito. – 10. Il Mediatore europeo. – 11. Analogie, differenze e pregi di un istituto che favorisce la buona amministrazione.

1. Premessa

Un tema che appare talvolta nel dibattito italiano, ma che non riscuote l'interesse che parrebbe meritare è quello della difesa civica. L'Italia è l'unico Paese dell'Unione Europea a non avere un difensore civico a livello nazionale¹.

1 Sono stati però istituiti difensori civici in molte regioni (attualmente tredici, cui si aggiungono le province autonome di Trento e Bolzano) e ad essi la recente legge 8 marzo 2017, n. 24, contenente “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”, riconosce un importante ruolo in materia sanitaria. La legge dispone infatti una diversa disciplina della responsabilità professionale degli operatori sanitari, ma introduce, parallelamente, un modello organizzativo strutturato in un Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza della sanità, istituito presso l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, e in Centri regionali per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente: in questo ambito si prevede che le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano possano affidare all'ufficio del difensore civico la funzione di garante per il diritto

Il dato può apparire curioso, sia considerando i problemi che affliggono la nostra pubblica amministrazione², sia considerando che l'origine della difesa civica viene fatta risalire al diritto romano e al tribuno della plebe³.

Quest'ultimo si poneva infatti come garante delle libertà dei cittadini nei confronti delle istituzioni e come garante della sottoposizione di queste ultime alla volontà popolare⁴. Al pari del tribuno della plebe, la difesa civica avrebbe la forza e la capacità di influire sulle altre istituzioni e condizionarne le decisioni⁵.

Il tribunato sarebbe inoltre l'espressione di un diritto di resistenza, di un potere negativo⁶, dato che il tribuno della plebe esercitava un diritto di veto, attraverso l'*intercessio*⁷.

alla salute e disciplinarne la struttura organizzativa e il supporto tecnico. Riferimenti al ruolo attribuito al difensore civico dalla legge n. 24 del 2017 sono contenuti nella Relazione annuale del difensore civico della regione Piemonte 2017, 75 ss., spec. 81 ss. Sul difensore civico in Italia v. A. DI GIOVINE, *L'Ombudsman in Italia: competenze e poteri*, in C. MORTATI (cur.), *L'Ombudsman (Il difensore civico)*, Torino 1974, 173 ss.; E. BERNARDI, voce *Ombudsman*, in *Noviss. Dig. It., Appendice*, vol. V, Torino 1984, 427 ss.; G. CALDERONI, *Il difensore civico nell'esperienza italiana*, Rimini 1987; A. PILIERI, *Il difensore civico*, Roma 1990, 23 ss.; F. VERDE, *Il difensore civico*, Padova 1996; A. DI BERNARDO, *L'esperienza italiana*, in M. MARIANI-A. DI BERNARDO-A.L. DORIA, *Il Difensore civico. Esperienze comparate di tutela dei diritti*, Torino 2004, 181 ss.; R. SCARCIGLIA, *L'istituto del Difensore civico in Italia fra "declamazioni", poteri di fatto e regole procedurali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 1773 ss.; M. PIERI, *Le parole chiave sul difensore civico in Italia*, in *Difesa civica in Europa ed in Italia (Atti del Convegno di Lecce)*, Lecce 2013, 57 ss.; G. GUIDI, *Serve una rinnovata cultura della partecipazione ripensando alla difesa civica*, in *Federalismi.it* 10, 2014, 5 ss.

2 In questo senso v. soprattutto G. GUIDI, *Serve cit.*, ma già C. MORTATI, *Introduzione*, in C. MORTATI, *L'Ombudsman cit.*, spec. 7 e F. PIZZETTI, *L'Ombudsman nelle regioni e negli altri enti territoriali*, ivi, 205, che sottolinea una "duplice esigenza: quella di estendere la tutela dei cittadini al di là degli ordinari rimedi giurisdizionali o amministrativi e quella di consentire una vigilanza sull'operato dell'amministrazione più penetrante di quanto permettano i sistemi di controllo vigenti".

3 Cfr. P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971; ID., *Postilla al "promemoria"*, in *Diritto@Storia* 6, 2007; G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano 1982; ID., *A proposito dei difensori del popolo*, in *Diritto@Storia* 9, 2010.

4 A. COLOMER VIADEL, *El Defensor del Pueblo, Protector de los Derechos y Libertades y Supervisor de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor (Navarra) 2013, 13.

5 Ivi, 12.

6 P. CATALANO, *Diritti di libertà e potere negativo (Note per l'interpretazione dell'art. 40 Cost. nella prospettiva storica)*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. III, Padova 1973, 2004 ss.; ID., *Postilla cit.*

7 G. GROSSO, *Il diritto di sciopero e l'intercessio dei tribuni della plebe*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1953.

Nei Paesi dove si è più radicata, la difesa civica sembra però avere assunto un ruolo non tanto (o per lo meno non solo) di contrapposizione, quanto di collaborazione con la pubblica amministrazione, un ruolo positivo più che negativo.

Giorgio Lombardi, a proposito del potere negativo, richiamava giustamente il principio dell'*Abwehrrecht* di matrice tedesca, come diritto di difesa⁸, che è il corrispondente di quelle che noi definiamo libertà negative. Attraverso il difensore civico mi pare tuttavia che ci si ponga in uno stato più avanzato, in quello che Georg Jellinek definiva *status activae civitatis*⁹, se è vero – come sembra – che la difesa civica costituisce una forma di cittadinanza attiva, che consente al cittadino un rapporto più diretto con la pubblica amministrazione e contribuisce a migliorarne i servizi.

2. Cittadini e pubblica amministrazione

In uno scritto del 1885 Georg Jellinek riassume con questa frase le caratteristiche che contraddistinguono i principali ordinamenti europei: “Concessione della Costituzione da parte del Monarca, responsabilità ministeriale, libera votazione del bilancio appaiono come mezzi di tutela che vengono assicurati specialmente nella tradizione statale dei popoli latini, mentre la formazione di una giustizia amministrativa autonoma come garanzia del diritto individuale contro gli abusi del potere statale è in Europa un prodotto specifico della tradizione costituzionale tedesca”¹⁰.

Ciò che emerge da tale passo sono due diversi modelli di Stato: il primo modello, quello dei “popoli latini” (Italia e Francia), è concentrato sulle istituzioni rappresentative, mentre il secondo, dei popoli di lingua tedesca, è un modello più garantista dei diritti individuali nei confronti del potere pubblico.

Con la rivoluzione francese la supremazia del Parlamento, bocca del popolo, ha condotto alla supremazia della pubblica amministrazione: quest’ultima, anche in virtù della maggiore conoscenza di cui dispone¹¹, è il soggetto che meglio di ogni altro può interpretare la legge, espressione della

8 G. LOMBARDI, *Potere privato e potere negativo*, in *Autonomia e diritto di resistenza. Studi sassaresi* (serie III), vol. III, a.a. 1970-71, 474.

9 G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg 1892, trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano 1912, 151 ss.

10 G. JELLINEK, *Una Corte costituzionale per l’Austria* (1885), trad. e cura di E. Palici di Suni, Torino 2013, 42.

11 Cfr. F. LEVI, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino 1967, 19 ss., che si richiama al pensiero di M. WEBER, *Economia e Società* (1922), Milano 1961.

volontà generale. Ciò giustifica i “privilegi” posti a tutela della pubblica amministrazione, con una giustizia amministrativa separata, a garanzia della stessa amministrazione prima ancora che del cittadino¹², e con un interesse legittimo che in Italia può essere tutelato come interesse individuale solo in quanto coincida con l’interesse generale alla legalità della pubblica amministrazione.

Questo modello è stato superato: la pubblica amministrazione è stata radicalmente riformata sia in Francia che in Italia. In Francia, come vedremo, un difensore civico è stato istituito e poi perfezionato; in Italia alcune riforme, e soprattutto la legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, hanno modificato i rapporti tra cittadino e autorità pubbliche. Eppure l’Italia ancora non ha un difensore civico a livello nazionale, in Francia quello che è stato istituito presenta alcune particolarità che lo distinguono dagli altri: insomma, la concezione della pubblica amministrazione nei “popoli latini” resta tuttora in parte diversa rispetto ai Paesi di lingua tedesca e del Nord Europa.

Storicamente la tradizione più garantista dei diritti individuali si riscontra in particolare in Austria, dove la c.d. Costituzione di dicembre del 1867 introdusse un catalogo dei diritti cui rinvia ancora la Costituzione austriaca attuale e istituì, accanto alle numerose Corti amministrative già esistenti, un Tribunale dell’Impero (*Reichsgericht*), competente a giudicare i conflitti di competenza e i ricorsi (*Beschwerden*) dei cittadini per la violazione dei loro diritti, esperiti i ricorsi amministrativi previsti dalla legge. Nel 1925 fu approvata in Austria la prima legge sul procedimento amministrativo, riformata nel 1950.

Alla Svezia e agli altri Paesi scandinavi si deve invece la creazione dell’*Ombudsman* per controllare la pubblica amministrazione a tutela degli individui.

3. L’Ombudsman nei Paesi scandinavi

L’istituto dell’*Ombudsman*, come è noto, nasce in Svezia¹³.

12 Cfr. L. VOLPE, *In search of the administrative morality: l’ondivago successo dell’Ombudsman dalla patria baltica alla Cordigliera delle Ande*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 1596 ss., che analizza sotto questo profilo l’evoluzione del concetto di separazione dei poteri con l’obbligo per i giudici di arrestarsi di fronte alla discrezionalità amministrativa.

13 Sull’*Ombudsman* in Svezia v. A. DI GIOVINE, *L’Ombudsman in Scandinavia*, in C. MORTATI, *L’Ombudsman cit.*, 15 ss.; E. BERNARDI, *Ombudsman cit.*, 415 ss.; A. PILIERI, *Il difensore civico cit.*, 11 ss.; L. COMINELLI, *Il Mediatore europeo, Ombudsman dell’Unione. Risoluzione alternativa delle dispute tra cittadini e istituzioni comunitarie*, Milano 2005, 5 ss.; L. VOLPE, *In search cit.*, 1601 ss.; M. MAZZA, *La proliferazione degli Ombudsmen negli ordinamenti nordeuropei e il controllo dell’amministrazione: profili di tutela del di-*

Il nome deriva dal termine medioevale svedese *umboosmaor*, traducibile come “uno che ha il potere di agire a favore di un altro”, “uomo-tramite”.

Nel 1709, durante la seconda Guerra del Nord, dopo essere stato sconfitto dalla Russia a Poltava, Re Carlo XII di Svezia fugge in Turchia, dove conosce l’istituto arabo del ‘*Qadi al Qadat*’, che assicurava il rispetto del diritto islamico da parte degli ufficiali pubblici¹⁴. Al suo ritorno in patria istituisce pertanto un Cancelliere di Giustizia, con la funzione di sorvegliare il rispetto delle leggi da parte dei funzionari pubblici¹⁵. Con la Costituzione del 1809 si afferma in Svezia il regime parlamentare e viene creato un *Ombudsman* di Giustizia (*Justitieombudsman*), rappresentante del Parlamento, con il compito di sorvegliare l’applicazione delle leggi da parte di giudici e ufficiali governativi e di proporre emendamenti alle leggi. L’*Ombudsman*, come organo di controllo della pubblica amministrazione, diventa sempre più il difensore dei singoli contro ogni abuso o disfunzione. Nel 1915 viene creato il *Militie Ombudsman*, cui viene affidato il controllo dell’amministrazione militare¹⁶. Nel 1917 i due organismi vengono unificati, si crea un’istituzione con tre commissari, ai quali vengono in seguito affiancati altri tre commissari con competenze settoriali (*antitrust*, consumatori, stampa). Attualmente vi sono in Svezia quattro *Ombudsmen* per la giustizia (o parlamentari), ai quali si aggiungono *Ombudsmen* di settore: uno per l’infanzia, uno per l’eguaglianza, uno per i consumatori.

Gli *Ombudsmen* vengono eletti dal Parlamento tra laureati in giurisprudenza, normalmente tra i giudici. Non è prevista alcuna incompatibilità, durano in carica quattro anni, possono essere rieletti una o due volte. La loro

ritto oggettivo nazionale e dei diritti soggettivi dei cittadini, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 1713 ss.; ID., *L’ombudsman nei paesi dell’Europa del Nord*, in *Difesa civica cit.*, 37 ss. Secondo G. LOBRANO, *A proposito cit.*, 2 s., non è corretto far discendere dall’*Ombudsman* svedese i difensori civici presenti in diversi Paesi.

14 Cfr. A.L. DORIA, *La difesa civica nel paradigma internazionale dei diritti umani*, in M. MARIANI-A. DI BERNARDO-A.L. DORIA, *Il Difensore civico cit.*, 11.

15 Merita osservare che in Estonia, rimasta per più di due secoli sotto l’influenza della Svezia, vi è tuttora un Cancelliere di Giustizia (*Õiguskantsler*), introdotto con la Costituzione del 1938 e ripreso dalla Costituzione vigente: viene nominato per sette anni dal Parlamento (*Riigikogu*) su proposta del Capo dello Stato, con la funzione di verificare la conformità alla Costituzione e alle leggi degli atti del potere legislativo, del potere esecutivo e del governo locale (§ 139). Qualora riscontri un contrasto con la Costituzione o con una legge, il Cancelliere rinvia l’atto per un riesame all’organo che lo ha emanato. Se entro venti giorni l’atto non viene riapprovato in conformità alla Costituzione o alle leggi, il Cancelliere può sollevare la questione di costituzionalità innanzi alla Corte suprema (§ 142).

16 Sugli *Ombudsmen* militari G. DE VERGOTTINI, *L’Ombudsman per gli affari militari*, in C. MORTATI, *L’Ombudsman cit.*, 273 ss.

funzione è quella di salvaguardare l'applicazione della legge, proteggere i diritti e interpretare la legge. Svolgono attività di controllo e consultiva. L'*Ombudsman* controlla tutta la pubblica amministrazione, il clero e i giudici, ma per questi ultimi i suoi rilievi non sono vincolanti. È indipendente dal Parlamento ed agisce su richiesta dei cittadini. Può comparire in giudizio o affidare il caso ad un procuratore. Può effettuare ispezioni e indagini e ha accesso a tutti i documenti. Può intentare un procedimento legale contro i funzionari. Presenta una relazione annuale al Parlamento.

In Finlandia l'*Ombudsman* è stato introdotto con la Costituzione del 1919¹⁷. In base alla sezione 38 l'*Ombudsman* viene eletto dal Parlamento insieme a due aggiunti. Deve avere una buona conoscenza del diritto. Dura in carica quattro anni. In base alla sezione 109, l'*Ombudsman* deve assicurare che le corti, le altre autorità, i funzionari e gli impiegati pubblici rispettino la legge e adempiano ai loro doveri. Assicura l'implementazione dei diritti umani. Sottopone annualmente una relazione al Parlamento. Ha diritto di ricevere informazioni dalle autorità pubbliche. Può partecipare alle riunioni del Consiglio dei Ministri. Se ritiene che il Presidente della Repubblica sia colpevole di alto tradimento o di un crimine contro l'umanità lo comunica al Parlamento. Per le accuse contro i Ministri si rivolge alla Commissione Affari Costituzionali. Chiunque può rivolgersi gratuitamente all'*Ombudsman*, ma quest'ultimo può intervenire anche di sua iniziativa. Normalmente non vengono prese in considerazione questioni riferite a episodi realizzatisi più di due anni prima, ma in questo caso l'*Ombudsman* avvisa senza ritardo la persona interessata. Può controllare le carceri e le Forze armate. Può inviare una raccomandazione alle autorità competenti e può segnalare al Governo eventuali carenze nelle leggi o nei regolamenti. Può agire anche nell'ambito della prevenzione contro la tortura e i trattamenti inumani o degradanti.

In Danimarca l'*Ombudsman* fu previsto dalla Costituzione del 1953 e fu istituito nel 1954¹⁸. Viene eletto dal Parlamento per quattro anni ed è rieleggibile. È attivato dai cittadini o su sua iniziativa. Ha poteri investigativi, ma non dispone dell'azione legale.

17 La Finlandia fece parte del Regno di Svezia fino al 1809, quando divenne Gran Ducato di Finlandia all'interno dell'Impero russo fino al 1917-18: cfr. A. JYRÄNKI, *Finlandia*, in E. PALICI DI SUNI, F. CASSELLA, M. COMBA (cur.), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*², Padova 2001, 246 ss.; L. VOLPE, *In search cit.*, 1603. Sull'*Ombudsman* in Finlandia v. E. BERNARDI, *Ombudsman cit.*, 420; M. MAZZA, *La proliferazione cit.*, 1719 ss.; ID., *L'ombudsman cit.*, 40 ss.

18 Cfr. A. DI GIOVINE, *L'Ombudsman cit.*, 31 ss.; E. BERNARDI, *Ombudsman cit.*, 420 s.; L. VOLPE, *In search cit.*, 1605 s.; M. MAZZA, *La proliferazione cit.*, 1721 ss.; ID., *L'ombudsman cit.*, 42 s.

4. L'Ombudsman in Austria

Dall'inizio degli anni '70 si discusse in Austria sull'opportunità di introdurre un *Ombudsman*, che fu infine istituito con la legge n. 212 del 1977 come Avvocatura del Popolo (*Volksanwaltschaft*). La disciplina di tale legge aveva un carattere provvisorio e avrebbe dovuto cessare i suoi effetti nel 1983. La fiducia nei confronti della nuova istituzione fece però sì che essa fosse prevista anche in Costituzione dal 1981 in un apposito titolo (VII, art.148, lettere a-j) e nuovamente disciplinata dalla legge n. 433 del 1982.

L'Avvocatura del Popolo in Austria¹⁹ è un organismo collegiale, composto da tre membri che a turno ne assumono la presidenza. Vengono eletti dal Consiglio Nazionale per sei anni e sono rieleggibili non più di una volta.

All'Avvocatura del Popolo può rivolgersi chiunque lamenti un presunto abuso da parte della pubblica amministrazione o una violazione dei diritti umani. L'Avvocatura del Popolo può ricorrere di fronte alla Corte costituzionale sulla legalità degli atti amministrativi o per conflitto di competenza. L'Avvocatura del Popolo riferisce annualmente alle Camere (Consiglio Nazionale e Consiglio Federale).

5. La difesa civica in Germania

L'art. 17 della Legge Fondamentale tedesca stabilisce che "Ognuno ha il diritto di rivolgere per iscritto, individualmente o insieme ad altri, petizioni (*Bitten*) o reclami (*Beschwerden*) alle autorità competenti e alle assemblee rappresentative"²⁰. Più specificamente l'art. 45c prevede una Commissione per le petizioni (*Petitionsausschuß*), che deve essere istituita dal *Bundestag* per trattare le petizioni e i ricorsi rivolti allo stesso *Bundestag* a norma dell'art. 17.

Governo e autorità sono tenuti a fornire informazioni alla Commissione, che riferisce mensilmente al *Bundestag* ed è assistita anche dalle Corti e dalle autorità amministrative. Vi sono vari tipi di petizioni: multiple, collettive e di massa. Petizioni in forma scritta possono essere presentate da qualsiasi persona giuridica o fisica residente in Germania. La Commissione

19 Cfr. F. PALERMO – J. WOELK, *L'Ombudsman in Germania e Austria: tra competenze generali e settoriali, una discrasia tra forma e sostanza?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 1740 ss.

20 Sul modello tedesco cfr. E. BERTOLINI, *L'ombudsman nell'esperienza tedesca*, in *Difesa civica cit.*, 15 ss.; L. VOLPE, *In search cit.*, 1606 ss.; F. PALERMO – J. WOELK, *L'Ombudsman cit.*, 1734 ss.

può rifiutare petizioni confuse, illeggibili, o su materie che esulano dalla sua competenza.

L'art. 45b dispone inoltre che sia nominato dal *Bundestag* un Commissario parlamentare alla difesa (*Wehrbeauftragte*).

Dal 1978 vi è infine un Commissario per la tutela dei dati personali e la libertà d'informazione (*Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit*), nominato dal *Bundestag* su proposta del Governo per la durata di cinque anni. La sua indipendenza è stata rafforzata dalla legge approvata nel dicembre 2014 ed entrata in funzione il 1° gennaio 2016, che ha abolito qualsiasi collegamento, anche dal punto di vista organizzativo e amministrativo, con il Ministero degli Interni. È ora soggetto unicamente al controllo parlamentare e giudiziario.

6. Il *Defensor del Pueblo* in Spagna

In Spagna e in America Latina vi è un'antica tradizione di tutela dei diritti individuali contro gli abusi dello Stato e della autorità pubbliche. Ricorsi contro l'arbitrarietà del potere erano presenti in Castiglia fin dall'undicesimo secolo. La Costituzione spagnola, redatta dal Parlamento riunito a Cadice nel 1812, disponeva all'art. 373 che "Ogni Spagnolo ha diritto di reclamare innanzi alle Corti, o presso al Re, l'osservanza della Costituzione".

Seguendo questa tradizione, la Costituzione del 1978 assicura il *recurso de amparo* per la tutela dei diritti e introduce la figura del *Defensor del pueblo*. Quest'ultimo, istituito dalla legge organica n. 3 del 1981²¹, viene eletto dalle *Cortes* a maggioranza dei tre quinti e dura in carica cinque anni. È assistito da due aggiunti e da un segretario generale.

La sua funzione è quella di difendere i diritti fondamentali e le libertà pubbliche, come Alto Commissario delle *Cortes*, attraverso la supervisione dell'attività delle amministrazioni pubbliche. Può agire su richiesta di chiunque, anche se straniero, o d'ufficio. Può ricorrere di fronte al Tribunale Costituzionale. Controlla tutti gli atti della pubblica amministrazione centrale e locale, compresa l'amministrazione militare. Dal 2009 ha assunto anche la funzione di *Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura*.

21 Sul difensore civico in Spagna v. E. BERNARDI, *Ombudsman cit.*, 426 s.; L. VOLPE, *In search cit.*, 1620 ss.; M. JACOMETTI, *Il Defensor del Pueblo spagnolo tra garanzia dei diritti e supervisione delle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 1684 ss.; J.L. PEREZ FRANCESCH, *L'istituto della difesa civica in Spagna*, in *Difesa civica cit.*, 49 ss.; A. COLOMER VIADEL, *El Defensor del Pueblo, Protector de los Derechos y Libertades y Supervisor de las Administraciones Públicas*, Civitas 2013.

7. Francia: dal *Médiateur* al *Défenseur des droits*

Con legge nel 1973 fu istituito in Francia il *Médiateur*²². Esso veniva nominato dal Consiglio dei Ministri per sei anni, non rinnovabili. Non erano richiesti requisiti specifici. Il *Médiateur* era attivabile solo da un membro del Parlamento, che si rivolgeva a lui su propria iniziativa o su reclamo di un cittadino; il *Médiateur* non poteva agire d'ufficio.

La riforma costituzionale del 2008 trasformò il *Médiateur* in un *Défenseur des droits*²³, che fu poi istituito nel 2011. Il *Défenseur des droits* può essere adito da qualsiasi persona fisica o giuridica direttamente e gratuitamente, può anche agire d'ufficio. Viene nominato dal Presidente della Repubblica per un mandato di sei anni non rinnovabile. Viene assistito da quattro aggiunti e da tre collegi: uno adibito alla sicurezza, uno all'infanzia e uno contro le discriminazioni. Il *Défenseur des droits* rende conto delle sue attività al Presidente e al Parlamento.

8. L'*Ombudsman* in Grecia

In Grecia l'*Ombudsman* fu istituito nel 1998 in base alle disposizioni contenute nella legge n. 2477 del 1997 e in un secondo tempo fu previsto anche dalla Costituzione. La riforma costituzionale del 2001, infatti, introdusse una disciplina generale sulle autorità indipendenti (art. 101A) e stabilì che una legge doveva regolare l'istituzione e le funzioni dell'*Ombudsman* come autorità indipendente (art. 103.9); esso fu dunque nuovamente disciplinato con la legge n. 3094 del 2003.

L'*Ombudsman* viene nominato dal Governo per cinque anni, rinnovabili. È supportato da cinque assistenti, nominati dal Ministro degli Interni su proposta dell'*Ombudsman*. Ad esso può rivolgersi gratuitamente chiunque, greco o straniero, abbia problemi con un ufficio greco della pubblica amministrazione, in Grecia o all'estero. Prima di presentare un reclamo occorre rivolgersi all'ufficio in questione e solo se il problema permane ci si può rivolgere all'*Ombudsman*.

In base all'art. 1 della legge n. 3094 la sua funzione è quella di mediare tra cittadini e servizi pubblici, autorità locali, organizzazioni pubbliche e pri-

22 Cfr. E. BERNARDI, *Ombudsman cit.*, 424 ss.; A. PILIERI, *Il difensore civico cit.*, 16 ss.; L. VOLPE, *In search cit.*, 1615 ss.; V. DE FALCO, *Il Médiateur de la République: riflessioni sul ruolo "politico" di un'autorità amministrativa indipendente in Francia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 1652 ss.

23 G. GUIDI, *Serve cit.*, 16 ss. e 27.

vate con l'obiettivo di proteggere i diritti dei cittadini, combattere la cattiva amministrazione e assicurare il rispetto della legalità. Controlla gli atti dei Ministeri e delle amministrazioni pubbliche che violano i diritti individuali e l'interesse delle persone fisiche o giuridiche. Non rientrano nella competenza dell'*Ombudsman* gli organismi religiosi, i giudici, le Forze Armate. L'*Ombudsman* presenta una relazione annuale al Parlamento. Nel primo quinquennio (ottobre 1998-dicembre 2002) ha ricevuto più di quarantamila reclami.

Dal 2003 tutela anche i diritti dell'infanzia. L'*Ombudsman*, supportato da uno dei cinque assistenti a ciò destinato, controlla e promuove l'attuazione delle convenzioni internazionali e della legislazione nazionale sui diritti dei bambini, informa il pubblico, mantiene i contatti con le altre istituzioni, elabora e sottopone proposte al Governo. In caso di gravi violazioni interviene di sua iniziativa.

9. Il Commissario Parlamentare e per la sanità nel Regno Unito

Nel Regno Unito il *Parliamentary and Health Service Ombudsman* unisce le figure del Commissario Parlamentare, istituito originariamente nel 1967, e del Commissario per la sanità, istituito nel 1973²⁴. Viene nominato dalla Corona e dura in carica fino ai sessantacinque anni. Può cessare dall'incarico per sua richiesta o su decisione congiunta delle due Camere. Non può essere membro della Camera dei Comuni.

Con l'eccezione, come si vedrà, della materia sanitaria, le denunce possono essere inoltrate all'*Ombudsman* solo tramite un membro del Parlamento (*the MP filter*): questa soluzione si pone in linea con le tradizioni parlamentari fortemente radicate nel Regno Unito²⁵, ma non mancò di suscitare

24 Sull'*Ombudsman* nel Regno Unito v. G. O'HARA, *Parties, People and Parliament: Britain's "Ombudsman" and the Politics of the 1960s*, in *Journal of British Studies* 50.3, 2011, 690 ss.; G. TREVES, *Il Commissario parlamentare per l'amministrazione nel Regno Unito*, in C. MORTATI, *L'Ombudsman cit.*, 85 ss.; D.W. WILLIAMS, *Maladministration. Remedies for Injustice*, London 1976, 56 ss.; E. BERNARDI, *Ombudsman cit.*, 422 ss.; A. PILIERI, *Il difensore civico cit.*, 14 ss.; N. SHEHU, *Gli Ombudsmen cit.*, 1429 ss.; L. VOLPE, *In search cit.*, 1610 ss.; A. TORRE, *Maladministration, tutela del cittadino e controllo parlamentare: il Parliamentary Commissioner britannico*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 1783 ss.; F. ROSA, *Il controllo parlamentare sul Governo nel Regno Unito. Un contributo allo studio del parlamentarismo britannico*, Milano 2012, 161 ss.

25 Cfr. A. TORRE, *Maladministration cit.*, 1786-1787, N. SHEHU, *Gli Ombudsmen cit.*, 1437 s.; G. TREVES, *Il Commissario parlamentare cit.*, 93 s.

obiezioni fin dall'inizio²⁶. Il 5 dicembre 2016 è stato presentato un progetto di legge di riforma dell'*Ombudsman*, che prevede l'abolizione di tale filtro.

L'*Ombudsman* valuta i casi di *maladministration* da parte delle amministrazioni statali. Non rientrano nelle sue competenze le Corti, la scuola, gli enti locali (per i quali vi è fin dal 1974 un apposito *Local Government Ombudsman*), i Parlamentari, la polizia e le cliniche private (a meno che siano sovvenzionate dal Servizio Sanitario Nazionale)²⁷. Ci si può rivolgere all'*Ombudsman* entro un anno da quando si è avuta notizia dell'episodio che si contesta, sia per il Servizio Sanitario che per i dipartimenti governativi e gli altri enti pubblici. La richiesta deve riguardare un danno ingiusto e non irrisorio.

Nel Regno Unito il modello dell'*Ombudsman* assume un ruolo sempre più importante nonostante le numerose modifiche intervenute in materia di giustizia nel quadro di una politica di tagli alla spesa pubblica, che ha portato a restringere l'accesso alla giustizia con il *Criminal Justice and Courts Act 2015*, a tagliare il gratuito patrocinio con il *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*, nonché a chiudere alcuni tribunali²⁸. La ricerca di tecniche alternative di risoluzione dei conflitti ha condotto ad una "ombudsmania"²⁹, che esalta il ruolo dell'*Ombudsman*, non solo per la risoluzione delle controversie, ma anche per il monitoraggio ed il miglioramento della pubblica amministrazione: *Ombudsman* come *fire-fighting, fire-watching* e *fire-prevention*³⁰. Il progetto di legge in discussione, innanzi richiamato, prevede la creazione di un *Public Service Ombudsman*, che riunisce le figure del *Parliamentary and Health Service Ombudsman* e del *Local Government Ombudsman*, con l'obiettivo di semplificare l'accesso, ampliarne le funzioni e accrescerne l'efficienza e l'indipendenza.

I poteri dell'*Ombudsman* in materia sanitaria sono stati disciplinati dall'*Health Service Commissioners Act* del 1993 e dall'*Health Service Commissioners (Amendment) Act* del 1996. Nel caso del Servizio Sanitario Nazionale (*National Health Service – NHS*) non occorre il filtro di un parlamentare: ci si deve rivolgere prima alle strutture del Servizio Sanitario e poi direttamente all'*Ombudsman*. Quando la richiesta è accolta, l'*Ombudsman* può fare raccomandazioni alla struttura di riferimento, chiedendole di riconoscere l'errore e

26 A. ABRAHAM, *Making cit.*, 96.

27 Sui diversi *Ombudsmen*, pubblici e privati, generali e di settore, nonché sugli *Ombudsmen* creati a seguito del processo di *Devolution* v. N. SHEHU, *Gli Ombudsmen cit.*

28 R. KIRKHAM, *The ombudsman, tribunals and administrative justice section: a 2020 vision for the ombudsman sector*, in *Journal of Social Welfare & Family Law* 38.1, 2016, 104.

29 C. GILL, J. WILLIAMS, C. BRENNAN, N. O'BRIEN, *The future of ombudsman schemes: drivers for change and strategic responses*, Edimburgh 2013, 9; R. KIRKHAM, *The ombudsman cit.*, 105.

30 R. KIRKHAM, *The ombudsman cit.*, 108.

scusarsi o assumere altre azioni in relazione a quanto accaduto. L'*Ombudsman* può anche richiedere che siano adottate misure per prevenire lo stesso errore nei confronti di altri e di migliorare il servizio per tutti.

10. Il Mediatore europeo

Proposte per istituire un difensore civico europeo furono presentate sin dagli anni settanta³¹. Il Mediatore europeo fu introdotto nel 1993 con il Trattato di Maastricht insieme alla cittadinanza europea³². Il diritto di ricorrere al Mediatore europeo fu quindi riconosciuto proprio per rafforzare il carattere democratico delle istituzioni europee ed avvicinarle maggiormente ai cittadini.

Il Mediatore indaga sulle denunce relative a casi di cattiva amministrazione da parte delle istituzioni o di altri organi dell'UE presentate da cittadini o residenti nei Paesi dell'Unione Europea. Ne informa l'istituzione interessata, cerca di pervenire a una soluzione amichevole, può formulare a tale istituzione delle raccomandazioni e può infine inviare una relazione speciale al Parlamento europeo, affinché prenda le misure opportune. Il Mediatore europeo viene nominato dal Parlamento Europeo ad ogni suo rinnovo, ma può essere revocato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Il Mediatore europeo viene denominato diversamente nei Paesi dell'Unione Europea, a seconda del corrispondente istituto nazionale: *Ombudsman*, *Médiateur*, *Defensor del Pueblo*. Curiosamente in Italia viene denominato Mediatore invece che Difensore civico, mentre sul sito italiano dell'Unione Europea il termine Difensore civico viene usato per designare i diversi *Ombudsmen* nazionali³³.

31 Cfr. L. COMINELLI, *Il Mediatore europeo cit.*, 91 ss. A. PILIERI, *Il difensore civico cit.*, 18, riferisce di una proposta presentata dal Ministro degli Esteri austriaco al Consiglio d'Europa nel 1982.

32 Cfr. M. MARIANI, *Il Mediatore europeo*, in M. MARIANI-A. DI BERNARDO-A.L. DORIA, *Il Difensore civico cit.*, 73 ss.; L. VOLPE, *In search cit.*, 1632 ss.; O. POLLICINO, *L'Ombudsman comunitario: limiti e potenzialità di un istituto nel quadro della "scommessa" della cittadinanza europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 1746 ss.; G. GUIDI, *Serve cit.*, 24 ss.

33 L. COMINELLI, *Il Mediatore europeo cit.*, 101 s. Rilievi su questa anomala traduzione in italiano sono contenuti anche nella Relazione 2013 del Coordinamento Nazionale della Difesa Civica, 8.

11. Analogie, differenze e pregi di un istituto che favorisce la buona amministrazione

Tra i Paesi presi in considerazione possono ravvisarsi analogie e differenze³⁴.

Nella maggior parte dei Paesi il difensore civico è nominato dal Parlamento (Svezia, Finlandia, Danimarca, Austria, Germania e Spagna), mentre è nominato dal Governo o dal Capo dello Stato in Francia, Regno Unito e Grecia³⁵.

In tutti i Paesi considerati il difensore civico è previsto dalla Costituzione (ovviamente con l'eccezione del Regno Unito), ma in Francia, in Austria ed in Grecia è stato prima previsto con legge e ha ricevuto solo successivamente una copertura costituzionale.

Può essere attivato dai cittadini o d'ufficio in Svezia, Finlandia, Danimarca, Austria, Germania, Spagna, Grecia e Francia (dal 2008), mentre occorre l'intermediazione di un parlamentare nel Regno Unito (così come in Francia prima del 2008), intermediazione che non è tuttavia necessaria in materia sanitaria.

Svolge attività di ispezione e di controllo in Danimarca, Germania, Francia, Grecia e Regno Unito, mentre può anche agire in giudizio in Svezia e in Finlandia o di fronte ai giudici costituzionali in Spagna e in Austria.

Tra i diversi modelli di difesa civica permangono dunque alcune differenze, che tendono tuttavia ad attenuarsi, anche per effetto della comparazione e delle influenze reciproche, particolarmente forti all'interno dell'Europa.

La diffusione della difesa civica³⁶ dimostra un dato che potrebbe apparire paradossale: tale istituto è presente proprio laddove la pubblica amministrazione dà già prova di grande efficienza e funzionalità. Da ciò vi è chi fa discendere il principio secondo cui il difensore civico può essere istituito solo negli ordinamenti nei quali vi è già un sistema amministrativo avanzato e un clima di fiducia dei cittadini nei confronti della pubblica amministra-

34 Cfr. L. VOLPE, *In search cit.*, 1619, secondo cui "l'Ombudsman mostra però una grande capacità di adattamento nei diversi "ambienti" costituzionali, inventariando non pochi modelli differenziati di se stesso".

35 Sottolineano questa differenza G. DE VERGOTTINI, voce *Ombudsman*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIX, Milano 1979, 881 s.; M. COMBA, voce *Ombudsman*, in *Digesto. Discipline Pubbl.*, Appendice, vol. II, Torino 2008, 537.

36 L. VOLPE, *In search cit.*, individua nella transtemporalità e transterritorialità della difesa civica quattro generazioni: 1) l'età fondativa con il prototipo baltico; 2) la sua entrata in campo con le Costituzioni razionalizzate attraverso la recezione finlandese; 3) lo spazio conquistato al tempo del *Welfare State*; 4) la più recente e matura coniugazione con la proiezione costituzionale dei diritti.

zione³⁷. Come è chiaramente intuibile, tuttavia, la difesa civica, che impone una maggiore trasparenza alla pubblica amministrazione, tende a responsabilizzare i funzionari pubblici e a migliorare i servizi erogati, sarebbe invece necessaria soprattutto dove la pubblica amministrazione è più carente.

Si obietta che il difensore civico non avrebbe poteri abbastanza incisivi³⁸, sarebbe uno strumento meno idoneo rispetto alla via giudiziaria a ristabilire i diritti violati. L'esperienza dei Paesi dove è stato istituito dimostra tuttavia che, quand'anche privo di poteri coercitivi nei confronti della pubblica amministrazione, l'*Ombudsman* esercita una notevole influenza nei confronti degli uffici pubblici e i suoi richiami non restano inascoltati³⁹. Il difensore civico, come tramite fra cittadini e pubblica amministrazione, favorisce una risoluzione amichevole della controversia, con evidenti vantaggi tanto per il cittadino quanto per l'amministrazione.

Nei Paesi in cui è più radicato, il difensore civico si pone in aggiunta ad altri strumenti di garanzia dei cittadini verso la pubblica amministrazione, come la giustizia amministrativa, ma anche il procedimento amministrativo o il ricorso diretto di costituzionalità per la tutela dei diritti fondamentali (*recurso de amparo* in Spagna e in America Latina e *Verfassungsbeschwerde* nei Paesi di lingua tedesca).

La difesa civica non è uno strumento alternativo alla tutela giurisdizionale: si possono percorrere entrambe le strade. Tuttavia, mentre la via giudiziaria tutela diritti prevalentemente individuali, la difesa civica tutela maggior-

37 Secondo L. VOLPE, *In search cit.*, 1630-1631 precondizione necessaria per il buon impianto della difesa civica sarebbe la separazione tra politica ed amministrazione, che in Italia risulta "molto di là a venire".

38 Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Un Ombudsman per le regioni*, in *Il Mulino* 21, 1972, spec. 430 (lo stesso A., voce *Difensore civico*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XII, Roma 1988, 4-5, qualifica però la difesa civica come una "soluzione organizzativa positiva, anche se non risolutiva, nel quadro di un tentativo di miglioramento dei rapporti fra comunità regionali e apparato amministrativo"); G. ZAGREBELSKY, *Problemi costituzionali sulla nomina di un Commissario parlamentare in Italia*, in C. MORTATI, *L'Ombudsman cit.*, 154; A. DI GIOVINE, *L'Ombudsman cit.*, 196; G. LOBRANO, *A proposito cit.*, 4. Molto critico nei confronti dell'esperienza italiana della difesa civica G. LOMBARDI, *Prefazione*, in S. GAMBINO-G.P. STORCHI (cur.), *Governo del Comune e statuti: una ricerca sulle scelte organizzative*, Rimini 1993, II, secondo cui il difensore civico regionale, privo di *potestas* e dotato di ben modesta *auctoritas*, ha dato pessima prova "creando un vero e proprio lusso amministrativo, senza una capacità di incidere sul buon andamento della pubblica amministrazione".

39 Cfr. L. VOLPE, *In search cit.*, 1644; N. SHEHU, *Gli Ombudsmen in Gran Bretagna*, in A. TORRE-L. VOLPE (cur.), *La Costituzione britannica. Atti del Convegno di Bari*, Torino 2005, 1450; M. BUCKLEY, *The Health Service Ombudsman*, in *AVMA Medical & Legal Journal*, 2000, 202.

mente diritti sociali e collettivi⁴⁰. A differenza che in un processo, inoltre, la difesa civica non porta necessariamente al soccombere di una parte a vantaggio dell'altra: come si accennava la pubblica amministrazione spesso segue le indicazioni del difensore civico, il che può condurre a soluzioni amichevoli. Pur non essendo alternativa alla via giudiziaria, la difesa civica tende così a favorire una riduzione del contenzioso⁴¹.

Se ne ricavano vantaggi sul piano dei risultati, insieme ad una sensibile diminuzione dei costi, sia per il cittadino che per lo Stato. Normalmente appellarsi al difensore civico non comporta alcun costo per il cittadino, ma anche per lo Stato i costi per una procedura flessibile e informale di fronte al difensore civico sono certo inferiori rispetto a quelli richiesti per il complesso apparato giudiziario. Per la sua gratuità e la maggiore facilità di accesso, la difesa civica diviene allora particolarmente utile per le fasce deboli della popolazione, che più difficilmente ricorrerebbero all'autorità giudiziaria.

40 G. DE VERGOTTINI, *Difensore civico cit.*, 4; N. O'BRIEN, *Social rights and civil society: 'Giving force' without 'Enforcement'*, in *Journal of Social Welfare & Family Law* 34.4, 2012, 460; A. ABRAHAM, *Making sense to the muddle: the ombudsman and administrative justice, 2002-2011*, in *Journal of Social Welfare & Family Law* 34.1, 2012, 95.

41 Cfr. C. MORTATI, *Introduzione cit.*, 9; G. GUIDI, *Serve cit.*, 23.

TATIANA ALEXEEVA

*Presidente della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Nazionale di Ricerca
"Scuola Superiore di Economia", San Pietroburgo
Associata dell'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR,
Firenze*

Alcune notizie sulla *Prokuratura* dall'Impero alla Federazione Russa*

1. Dall'Impero Russo all'Unione Sovietica. – 2. La *Prokuratura* nella Federazione Russa. – 3. Competenze della *Prokuratura*. – 4. La *Prokuratura* e i diritti umani e del cittadino. – 5. *Prokuratura* e *Ombudsman*.

1. Dall'Impero Russo all'Unione Sovietica

La *Prokuratura* fu istituita da Pietro I con tre decreti, di cui quello del 12 gennaio del 1722 ebbe il merito di introdurre “presso il Senato le figure del *Prokuror* Generale e del *Prokuror* Capo e presso ogni circoscrizione un *Prokuror* che dipendeva dal *Prokuror* Generale”. Pietro I stabilì che ogni *Prokuratura* dovesse avere la funzione di “estirpare o circoscrivere il male derivante dagli affari illeciti, dalle ingiustizie, dalla corruzione e dall'illegalità”. Del primo *Prokuror* Generale Pietro I disse “è l'occhio, con cui potrò vedere tutto”.

A partire dal 1802 l'istituto della *Prokuratura* divenne parte integrante del Ministero della Giustizia, mentre il Ministro dello stesso Dicastero acquisì d'ufficio la carica di *Prokuror* Generale. La riforma giudiziaria del 1864 lasciò immutate alla *Prokuratura* le funzioni di partecipazione al processo giudiziario, di vigilanza sulle indagini preliminari e sulle istruttorie e

* Traduzione dal russo di Stefania ZELLA, Roma.

di “supervisione generale”.

Nel novembre del 1917 il Decreto del Governo dei Soviet abolì i tribunali esistenti prima della rivoluzione, così come la supervisione dei *Prokurori* ecc. Tuttavia, nel maggio del 1922 nell'ambito del Commissariato popolare della Giustizia fu istituita la *Prokuratura* di Stato, cui furono attribuite le funzioni di: vigilanza sulla legittimità dell'operato di tutti gli organi, enti e persone fisiche; promozione del procedimento penale, impugnazione dei provvedimenti adottati in violazione della legge; controllo diretto sull'attività degli organi inquirenti; sostegno delle accuse in giudizio; vigilanza sulla giusta causa della carcerazione.

Nel 1933 fu istituita la *Prokuratura* dell'URSS, che divenne un organo statale autonomo. Il *Prokuror* dell'URSS veniva designato dal Comitato Centrale Esecutivo. La Costituzione dell'URSS del 1936 introdusse il concetto di stretta vigilanza sull'esatta applicazione delle leggi, attribuendone la funzione al *Prokuror* dell'URSS, che a partire dal 1946 fu denominato *Prokuror* Generale dell'URSS.

2. La *Prokuratura* nella Federazione Russa

La Costituzione della Federazione Russa ha rafforzato il principio della divisione dei poteri dello Stato in legislativo, esecutivo e giudiziario.

La Legge Federale del 1992 “Sulla *Prokuratura*” ha fissato la seguente definizione: “La *Prokuratura* della Federazione Russa costituisce un unico sistema federale centralizzato di organi che in nome della Federazione Russa esercitano il controllo sull'osservanza della Costituzione e sull'applicazione delle leggi vigenti sul territorio della Federazione Russa” (art.1).

La definizione della *Prokuratura* fissata dalla legge federale rispecchia i tratti distintivi della sua organizzazione e attività: 1) la *Prokuratura* è un organo federale autonomo, indipendente dagli altri organi e organizzazioni; 2) è un unico sistema federale centralizzato, strutturato sulla base della dipendenza gerarchica dei *Prokurori* da quelli di grado superiore e dal *Prokuror* Generale; 3) agisce osservando scrupolosamente la legge ed esercitando la vigilanza sul rispetto della Costituzione e sull'applicazione delle leggi; 4) la sua attività è pubblica laddove non contravvenga alle esigenze di tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini, né a quelle di difesa del segreto di Stato o di altro specificatamente tutelato dalla legge; sullo stato della legalità ragguaglia gli organi del potere federale e regionale, gli enti locali nonché i cittadini; 5) l'attività dei magistrati della *Prokuratura* è incompatibile con altre attività, che non siano quelle didattiche, scientifiche e artistiche.

Nell'ambito della *Prokuratura* rientrano: 1) la *Prokuratura* generale; 2)

le *Prokuraturi* dei soggetti della Federazione Russa, le *Prokuraturi* militari ad esse equiparate ed altre; 3) le *Prokuraturi* comunali e distrettuali ed altre *Prokuraturi* territoriali.

La *Prokuratura* Generale è diretta dal *Prokuror* generale che viene nominato e destituito dalla sua carica dal Consiglio della Federazione dell'Assemblea Federale (la Camera Alta del Parlamento russo) su proposta del Presidente della Federazione Russa. Il suo mandato dura cinque anni. I *Prokurori* dei soggetti della Federazione vengono nominati, su proposta del *Prokuror* Generale, dal Presidente della Federazione Russa previo accordo con gli stessi soggetti della Federazione, mentre i *Prokurori* comunali e distrettuali vengono nominati dal *Prokuror* Generale.

3. Competenze della *Prokuratura*

Attualmente la *Prokuratura* vigila:

- sull'osservanza delle leggi da parte degli organi federali del potere esecutivo e dell'autorità inquirente, degli organi legislativi ed esecutivi dei soggetti della Federazione Russa, degli organi delle amministrazioni locali, dei loro pubblici ufficiali, degli organi che gestiscono e dirigono le organizzazioni commerciali e non;
- sulla tutela dei diritti umani e del cittadino da parte degli stessi organi, organizzazioni e persone fisiche;
- sull'osservanza delle leggi da parte degli organi che esercitano attività operativo-investigativa e conducono inchieste e indagini preliminari;
- sull'osservanza delle leggi da parte degli ufficiali giudiziari, delle case di pena e dei luoghi di reclusione di persone in stato di fermo e di detenzione;
- sull'esercizio dell'azione penale secondo la legislazione processuale penale;
- sul coordinamento dell'attività delle forze dell'ordine nella lotta contro la criminalità;
- sull'avvio del procedimento amministrativo per la violazione di norme di diritto amministrativo nonché sull'espletamento delle istruttorie.

I *Prokurori* prendono parte all'esame delle cause giudiziarie in forza del diritto processuale.

La legislazione vigente attribuisce ai *Prokurori* strumenti giuridici, atti a contrastare le violazioni di legge:

Impugnazione (*protest*) di un atto giuridico illegittimo dinanzi all'organo o al pubblico ufficiale che l'abbiano emesso oppure dinanzi all'organo o pubblico ufficiale di qualifica superiore oppure dinanzi al giudice. Ad essa

segue l'obbligo di riesame nel termine di 10 giorni.

Raccomandazione (*predstavlenije*) del *Prokuror* all'organo o al pubblico ufficiale, competenti a ripristinare, in caso di violazione della legge, lo *status quo ante*. Nell'arco di un mese dalla presentazione della raccomandazione devono essere adottati i provvedimenti necessari per provvedere nel senso indicato.

Provvedimento (*postanovlenije*) motivato in base alla violazione commessa dal pubblico ufficiale, che il *Prokuror* adotta per dare avvio alla procedura prevista per l'inosservanza di norme amministrative.

Avvertimento (*predosterezhenije*) che il *Prokuror* rivolge al pubblico ufficiale per prevenire una violazione di legge, quando sussistano elementi indiziari, tali da far presumere il compimento di azioni illecite. Nel caso in cui le richieste avanzate con l'avvertimento non vengano eseguite, il pubblico ufficiale può essere perseguito a norma di legge.

Il *Prokuror* è parte in giudizio nei casi previsti dalla legislazione processuale. Nell'esercizio dell'azione penale, il *Prokuror* agisce in qualità di pubblica accusa. Il medesimo ha il potere di ricorrere in giudizio o di intervenire in qualsiasi fase dello stesso, se ad essere interessati sono i diritti dei cittadini e gli interessi sociali o statali tutelati dalla legge. Nell'ambito dei poteri di controllo sugli atti processuali, il *Prokuror* può sollevare eccezioni di legittimità e fondatezza.

4. La *Prokuratura* e i diritti umani e del cittadino

La legge regola l'attività di controllo sull'osservanza dei diritti umani e del cittadino. Al riguardo gli organi della *Prokuratura* non sottraggono competenze ad altri organi statali e pubblici ufficiali, che esercitano l'attività di tutela dei diritti (tra essi rientra il Commissario dei diritti umani).

Il *Prokuror* esamina le denunce di violazione dei diritti umani e del cittadino, informa le parti offese sulle modalità di difesa dei loro diritti e libertà, adotta le misure per prevenire e reprimere tali violazioni, chiamando in giudizio i responsabili. Oltre a promuovere i giudizi nel caso di trasgressione di norme amministrative e penali, il *Prokuror* può presentare domanda giudiziale nei casi di violazione dei diritti umani e del cittadino, tutelati in via civile e amministrativa. Ciò è previsto qualora la parte lesa, a causa del suo stato di salute, età o altro, non possa difendere di persona i propri diritti in giudizio, oppure se la stessa sia costituita da un numero considerevole di cittadini oppure, ricorrendo altre circostanze, se la violazione assuma una particolare valenza sociale.

5. *Prokuratura e Ombudsman*

Attualmente la *Prokuratura* russa è investita, nell'ambito della tutela dei diritti umani e del cittadino, delle funzioni che ineriscono all'istituto dell'*ombudsman*, previsto in Europa. E' in forza dell'attività, esperienza, competenza e fiducia, accordata dai cittadini, che alla stessa viene riconosciuta particolare rilevanza.

Nel 2016 sono state presentate alla *Prokuratura* di San Pietroburgo 154 436 domande, di cui 58 860 sono state evase, 62 915 sono state assegnate ad altri uffici. Sono state presentate 1617 domande giudiziali, 98 impugnazioni, 1607 raccomandazioni, 615 provvedimenti e 50 avvertimenti (procspb.ru/result/22-o-rezultatah-rassmotreniya-obrashcheniy-za-2016-god). Nella percezione di milioni di Russi la *Prokuratura* è un'efficace istituzione di difesa dei loro diritti.

Nota bibliografica

La Prokuratura dans un Etat de Droit, Réunion multilatérale organisée par le Conseil de l'Europe en coopération avec la Prokuratura générale de la Fédération de Russie. Moscou, 8-9 janvier 1997, éditions du Conseil de l'Europe

- A. DI GREGORIO, *La protezione dei diritti dei cittadini ad opera della Prokuratura in Russia tra permanenza del modello sovietico ed elementi di originalità, ibid.*, 141-195
- T. VASILEVA, *Dejatel'nost' Prokurorov Rossijskoj Federacii po zaščite prav čeloveka* [L'attività dei *Prokurori* della Federazione Russa per la difesa dei diritti dell'uomo], in *Difesa dei diritti dei cittadini. Difensore civico, Defensor del pueblo, Ombudsman. Valmontone. Palazzo Doria Pamphilj, 10-12 giugno 2010*, a cura di A. Caruso, Roma 2010, 121-139
- T. VASILEVA, *Rol' organov Prokuraturi Rossijskoj Federacii v zaščite prav čeloveka i grazhdanina* [Il ruolo degli organi della *Prokuratura* della Federazione Russa per la difesa dei diritti dell'uomo e del cittadino], in *I Seminario Euroasiatico di diritto romano. Dušanbe, 14-15 ottobre 2011*, a cura di P. Catalano, M. Machmudov, Dušanbe 2013, 178-184

MARIAGRAZIA VACCHINA

già Presidente dell'AOMF-Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie

L'A.O.M.F. (Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie) al servizio dell' "Etat de droit, les droits de l'Homme, la paix sociale". Verso un nuovo tribunato?

Sono onorata e commossa di prendere la parola, al termine della mia avventura di Difensore, in questa solenne assise, soprattutto in qualità di ancienne Présidente de l'A.O.M.F. (Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie), sulla scia di un impegno che, negli anni, ha segnato una fattiva collaborazione con i Professori Pierangelo Catalano, Giovanni Lobrano, Sebastiano Tafaro e con i colleghi Defensores del Pueblo e Procuradores de los derechos humanos, in particolare con i Membri della F.I.O.-Federación Iberoamericana de Ombudsman, con cui ho siglato a Quito, nel novembre 2004, un *Protocollo* di collaborazione a tutela dei diritti dei più deboli. Un impegno che ho regalato, come punto di riferimento ideale e operativo, alla mia Valle e all'Italia tutta in qualità di Coordinatrice (oggi Presidente) della Conferenza nazionale dei Difensori civici delle Regioni e delle Province autonome.

Il titolo del mio intervento (volutamente ancorato all'esperienza, con rimando, per la parte più propriamente dottrinale, alle mie pubblicazioni*)

* Cfr., in particolare, M. VACCHINA, "Relazioni annuali" del Difensore civico della Valle d'Aosta/"Rapports annuels" du Médiateur de la Vallée d'Aoste, 1995/1996, 1996/1997, 1997/1998, 1998/1999, 1999/2000, 2000/2001 (pubblicate anche in *Bollettino Ufficiale della Regione Autonoma Valle d'Aosta/Bulletin officiel de la Région Autonome Vallée d'Aoste*", 2001/2002, 2002/2003, 2003/2004, 2004/2005, 2005/2006, 2006 [marzo-dicembre]); *Rapports de la Secrétaire Générale de l'A.O.M.F.-Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie*, Aoste 2001/2002 e 2002/2003; *Actes des Conseils d'Administration de*

l'A.O.M.F.-Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie 2001-2003; Rapports de la Présidente de l'A.O.M.F.-Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie, Aoste 2003/2004 e 2004/2005; Brochure d'information de l'A.O.M.F.-Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie¹⁻², 2004; Ombudsmans et Médiateurs: l'indépendance de l'Institution au service de la démocratie, in A.O.M.F., Actes du colloque de Nouakchott, Mauritanie, 19-21.5.1998, Paris 1998, 27; Linee per la definizione del profilo istituzionale del Difensore civico, nonché Interventi di presidenza dei lavori della 2^a giornata in Coordinamento Difensori civici dell'Umbria, in Atti del Convegno naz. "La parola al Difensore civico e alla cittadinanza attiva", Foligno 8-9.5.1998, Perugia 2000; Le personnel des bureaux des Ombudsmans et Médiateurs, in A.O.M.F., "L'organisation, le fonctionnement et la professionnalisation des bureaux d'Ombudsmans et Médiateurs", Actes du 1^{er} congrès statutaire A.O.M.F.-Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie, Ouagadougou-Burkina Faso, 23-26.11.1999, Paris 2000, 1-6; La médiation en Italie: situation et perspectives, in A.O.M.F., "L'Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie (A.O.M.F.) comme outil de renforcement et de développement des bureaux d'Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie", Actes du 1^{er} congrès statutaire A.O.M.F.-Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie, Ouagadougou-Burkina Faso, 23-26.11.1999, 4,5, Paris 2000, 1-5; L'equità al servizio della democrazia nel quotidiano: il ruolo del Difensore civico/Equity at the democracy service: the role of the Ombudsman, in Convegno sul tema "Difesa civica e partecipazione democratica", Roma 4.10.2000, a cura del Difensore civico della Provincia di Roma, Roma 2001, 165-201, in "Nona lettera di collegamento" del Médiateur européen, Strasburgo 2003, 48-50 (edizione plurilingue europea), in "Rivista amministrativa eugubina" S.E.P.A.-Scuola eugubina di Pubblica Amministrazione 2, 2003, 30-33; L'utilisation des outils de proximité dans le bureau du Médiateur de la Vallée d'Aoste, in A.O.M.F., "Protection des droits de l'homme et proximité avec les citoyens: les prérogatives des Ombudsmans et Médiateurs", Actes du 11^{ème} congrès statutaire A.O.M.F., Principauté d'Andorre 14-18.10.2001, Paris-Andorre 2002, 1-7; Il Difensore civico da organo di controllo formale degli atti amministrativi a organo di partecipazione e tutela dei diritti, interventi in qualità di Rappresentante del Coordinamento nazionale dei Difensori civici delle Regioni e delle Province autonome e di Secrétaire Générale de l'A.O.M.F., in "Da Roma a Roma. Dal tribuno della plebe al Difensore del popolo. Dallo jus gentium al Tribunale penale internazionale", Atti del Seminario di Studi I.I.L.A.-Istituto Italo-Latino-Americano, A.S.S.L.A-Ass. di Studi Sociali Latino-Americani, Università di Sassari e "T. Vergata" di Roma-C.N.R.-Centro Studi giuridici latino-americani, a cura di P. Catalano-G. Lobrano-S. Schipani, Roma 2002, 121-130 e 199-201; Discours d'ouverture et de bienvenue de la Secrétaire Générale au Conseil d'Administration de l'A.O.M.F.-Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie, La Salle (Ao) 23.10.2002, in A.O.M.F., Actes du Conseil d'Administration de l'A.O.M.F. -Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie, Valle d'Aosta 23-25.10.2002, a cura di M.G. Vacchina, Aosta 2002; Contribution de l'Ombudsman-Médiateur à l'amélioration du fonctionnement de l'Administration: le cas du Val d'Aoste, in A.O.M.F., Atti del Seminario-Atelier int. di Bamako (24-26.2.2003), a cura del Médiateur de la République du Mali e A.I.F.-Agence intergouvernementale de la Francophonie, Bamako 2003, 95-102;

Quali riforme in Italia per un sistema di difesa civica forte e diffusa a tutela dei diritti dei cittadini, in *"I Difensori civici d'Europa"*, Bollettino di informazione a cura del Médiateur européen 1, 2003, 38-40 (edizione plurilingue europea), in *"Rivista amministrativa eugubina"* S.E.P.A.-Scuola eugubina di Pubblica Amministrazione 4, 2004, 30-31, in *Atti del Convegno nazionale dei Difensori civici delle Regioni e delle Province autonome, Policoro 10-11.7.2003, sul tema "Il ruolo della difesa civica per un rapporto equilibrato tra Cittadino e Pubblica Amministrazione"*, a cura del Difensore civico della Regione Basilicata, Potenza 2004, 23-26; *Allocution d'ouverture e Intervento sul tema Les techniques de persuasion du Médiateur face à l'Administration: ami ou ennemi?*, in A.O.M.F., *Actes III^{ème} congrès statutaire de l'A.O.M.F.-Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie, Yasmine Hammamet 14-17.10.2003*, a cura di M.G. Vacchina, Aoste 2004; *Indirizzo di saluto e Introduzione ai lavori*, in qualità di Coordinatore della Conferenza nazionale dei Difensori civici delle Regioni e delle Province autonome, Convegno "Statuti regionali e garanzie: il ruolo della difesa civica", a cura del Consiglio regionale e Difensore civico del Veneto, Venezia 31.10.2003, in *"Difesa civica news"* 2, a cura del Consiglio regionale del Veneto-Università degli Studi di Padova, 4-5; *Una globalizzazione positiva: l'Ombudsman nel mondo di oggi*, in *"Rivista amministrativa eugubina"* S.E.P.A.-Scuola eugubina di Pubblica Amministrazione 5 (*Atti del Convegno 24.4.2004 sul tema "La figura del Difensore civico in Italia e nel mondo: esperienze a confronto"*); *La difesa civica regionale e il contesto europeo: quali sviluppi*, in *"Rivista amministrativa eugubina"* S.E.P.A.-Scuola eugubina di Pubblica Amministrazione 5 (*Atti del Convegno 24.4.2004 sul tema "La figura del Difensore civico in Italia e nel mondo: esperienze a confronto"*), Gubbio 2004, 21-32, in *Atti Convegno Provincia e Difensore civico Provincia di Padova sul tema "Il Difensore civico quale utile mediatore nei rapporti tra il Cittadino e la Pubblica Amministrazione"*, Padova 26.3.2003, Padova 2005, 8-18; *La difesa civica nel contesto europeo*, in *Rivista "Parlamenti regionali"* 10, 2004, 160-168, in *Forum on-line del sito della Rivista "Parlamenti regionali"* www.parlamentiregionali.it; in *Sito dell'Observatorio de los Derechos Humanos* www.observatoriodelosderechoshumanos.org; *Allocution de bienvenue*, in qualità di Président de l'A.O.M.F., e *Interventi vari al Séminaire de formation A.O.M.F. sul tema "Le triple défi de l'A.O.M.F. en rapport avec les droits de la personne, le préambule de sa loi constitutive et la Déclaration de Bamako"*, Québec 6.9.2004, a cura di M.G. Vacchina, ed. CD rom, Québec 2004; *Difesa civica e contesto europeo*, in *"I Difensori civici d'Europa"*, Bollettino di informazione a cura del Médiateur européen 3, 2004, 39-40 (edizione plurilingue europea); *La Déclaration de Bamako et sa mise en œuvre. Le rôle de l'A.O.M.F.*, *Allocution de la Présidente de l'A.O.M.F. et Discours de clôture à l'occasion du I^{er} colloque int. du Grand Médiateur de la République de Côte-d'Ivoire sur "Le renforcement des capacités du Médiateur de la République Présidente dell'A.O.M.F. et l'élaboration d'un plan stratégique portant sur la période 2005-2010"*, Yamassoukro 20-23.6.2005, ed. CD rom, Abidjan 2005; *Allocution d'ouverture*, in qualità di Presidente A.O.M.F., al IV Congresso statutario A.O.M.F. sul tema "Le Médiateur: interprète des attentes, acteur des réformes", Parigi 28-30.11.2005, in *Actes du IV^{ème} congrès statutaire A.O.M.F.-Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie*, Paris 2006, 16-25; *Diritti umani e Difensore civico*, in *"I Difensori civici d'Europa"*, Bollettino di informazione a cura del Médiateur européen 6, 2006, 47-48 (edizione plurilingue europea); *Diritti umani e*

mira a focalizzare le peculiarità del Médiateur/Protecteur/Défenseur des citoyens/des droits/Advocat du peuple di area francofona nel panorama internazionale dell'Ombudsman e ad evidenziare la stimolante problematica della sussistenza di un collegamento tra Tribuno della plebe e Difensore dei cittadini, di rilievo anche per un auspicabile rilancio della figura nel nostro Paese, sulla scia peraltro delle speranze riposte nell'istituto da autorevoli maestri della politica e del diritto. Scriveva, nel 1965, Arturo Carlo Jemolo: "La perdita di fiducia negli organi statali, il perenne senso di essere vittima di torti, sta logorando pilastri fondamentali, assai più che non farebbero iniziative apertamente rivoluzionarie (...) potrebbe pensarsi ad un tribuno del popolo o ad un censore, nominati a suffragio universale, o magari con un elettorato diverso da quello che elegge i membri del Parlamento". Si tratta di un collegamento prospettabile, *de iure condendo*, quale possibile sviluppo della figura, ad oggi non ben definita, dell'Ombudsman/Defensor del Pueblo/Médiateur/Difensore civico, secondo alcune delle terminologie in uso, a conferma della duttilità dell'istituto, ma anche della sua non chiara demarcazione, essendo innegabile la flessibilità applicativa a contesti sociali

Difensore civico, in *Atti del Convegno sul tema "Diritti umani e Difensore civico"*, a cura dell'Ufficio del Difensore civico e Comune di Pesaro, *Pesaro 17.12.2005*, Ancona 2007, 65-77; *L'Ombudsman-Médiateur in Italia e in Europa. Verso un nuovo tribunato?/El Defensor civico en Italia y en Europa. ¿Hacia una nueva defensa popular?*, in *Atti del XV Congresso Latino-americano di Diritto romano, Morelia-Michoacán-Messico, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 16-18.8.2006, Intervento di apertura*, ed. CD rom, Morelia 2006; *Conflitti sociali e difesa civica: nuovo tribunato?*, intervento in veste di Coordinatore della Conferenza nazionale dei Difensori civici delle Regioni e delle Province autonome, in *Atti del Convegno per la Celebrazione dei 2500 anni della Secessione della Plebe sul tema "Conflitto e Costituzione repubblicana"*, a cura di C.N.R., Università "La Sapienza" di Roma e di Sassari, *Sassari, Facoltà di Giurisprudenza, 11-12.12.2006*, ed. on-line (formato video e html) *Rivista int. di Scienze giuridiche e tradizione romana "Diritto@Storia"* 6, 2007; in *Rivista "Il Porticciolo"* 3, 2012, 10-26; *Dal Tribuno della Plebe al Difensore civico*, intervento in veste di Coordinatore della Conferenza nazionale dei Difensori civici delle Regioni e delle Province autonome e di Segretaria nazionale dell'A.I.C.C.-Associazione italiana Cultura classica, in *Atti del Convegno per il ventennale dell'istituzione del Difensore civico regionale della Regione Basilicata, Matera 1-2.3.2007*, a cura dell'Ufficio regionale Difensore civico, Potenza 2007, 51-73; *Les Médiateurs/Ombudsmans en Europe, séance solennelle (in qualità di membre titulaire) Académie de Savoie, Chambéry 25.5.2007*, in *"Mémoires de l'Académie de Savoie"* huitième série, tome IX, Chambéry 2018, 49-76; a cura di M. Vacchina: *A.O.M.F., Actes du Conseil d'Administration 23-25.10.2002 (Vallée d'Aoste)*, Aoste 2002; *A.O.M.F., Actes du IIIème congrès statutaire de l'A.O.M.F. sur le thème "Les techniques de persuasion des Médiateurs face à l'Administration: ami ou ennemi?"* (Yasmine Hammamet, 14-17.10.2003), Aoste 2004; *A.O.M.F., Actes du séminaire de formation sur le thème "Le triple défi de l'A.O.M.F. en rapport avec les droits de la personne, le préambule de sa loi constitutive et la Déclaration de Bamako"*, Québec 6.9.2004, ed. video, Québec 2004.

differenti, fatta salva l'indipendenza, senza la quale non c'è difesa civica, né possibilità – nel caso di specie – di entrare a far parte dell'A.O.M.F.

In merito, non sono di poco conto i rilievi mossi dall'A.O.M.F. (Associazione fondata il 28 maggio 1998 a Nouakchott-Mauritania tra Paesi di Africa, America, Asia, Australia ed Europa, con l'obiettivo di migliorare la qualità dei servizi pubblici, proteggere i diritti fondamentali e contribuire alla pace sociale, il tutto attraverso il consolidamento degli uffici esistenti e la promozione di nuovi nell'ottica dell'"Etat de droit" e dei principi di giustizia e uguaglianza, grazie anche a programmi di sistematica formazione professionale: sia a Parigi con l'E.N.A., sia nel Terzo mondo con la creazione di centri di confronto operativo e di *Recueils de la doctrine de l'Ombudsman*) alla stessa Francia e alle modalità di scelta dei candidati, provenienti per lo più dall'ambito ministeriale (peraltro con mandato non rinnovabile, carattere questo invocato a garanzia di indipendenza), di "nomina" del titolare e di gestione dei dossiers "par l'intermédiaire d'un parlementaire" (così come previsto dalla legge istitutiva del Médiateur de la République del 3 gennaio 1973), rilievi che partivano dalle democrazie mature non meno che dal Terzo mondo e che hanno portato, prima, a correttivi pratici (vicinanza del servizio per il tramite di "délégués" nei vari "Départements" e nei "quartiers à risque" di Parigi, con contestuale abolizione di fatto della necessità di intermediazione parlamentare: deputato o senatore, scelto dal cittadino, ma col tempo individuato dallo stesso "bureau du Médiateur" di Parigi per il cittadino) e, successivamente, alla revisione costituzionale del 23 luglio 2003 e alla legge organica del 29 marzo 2011 istitutiva del "Défenseur des droits".

Non è, altresì, di poco conto il fatto che il primo Difensore civico/Médiateur (una donna, eletta nel giugno 1995) della piccola Regione autonoma Valle d'Aosta ("Pays d'Etat", volevano i nostri Padri, dotata di Statuto autonomo, bilingue, ma pur sempre Regione d'Italia, non facente parte della Francofonia, che lega gli Stati), sia stato ammesso tra i 18 membri fondatori dell'A.O.M.F. e successivamente eletto all'unanimità prima rappresentante la Regione Europa nel "Conseil d'Administration", poi "Secrétaire Générale" e infine "Présidente", in nome della qualità dell'esperienza valdostana delle origini, io credo determinata soprattutto (il Canada e il Québec, promotori del destino valdostano insieme ai Paesi africani più liberi dal neocolonialismo, lo hanno esplicitamente sottolineato e studiato con interesse in rapporto alla fondamentale garanzia di indipendenza) dalle esemplari modalità di elezione previste dall'art. 6 della l.r. n. 5/1992 istitutiva del Difensore civico/Médiateur in Valle (peraltro abrogata dalla l.r. n. 17/2001 in nome di un adeguamento alle più diffuse normative regionali italiane): elezione "all'unanimità" (successivamente "a maggioranza" ex l.r. n. 49/1994) del titolare da parte di una Commissione di Magistrati e Avvocati (Presidente

del Tribunale di Aosta, Presidente del Tribunale amministrativo della Valle d'Aosta, Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Aosta, Presidente della Commissione regionale di controllo sugli atti degli Enti locali) presieduta dal Presidente del Consiglio regionale a parità di voto.

Esemplare, per capire ragioni e obiettivi dell'A.O.M.F., così come la fondamentale funzione proattiva del Médiateur, il Colloquio internazionale realizzato in Côte d'Ivoire, nel centro emblematico della pace di Yamoussoukro, in vista della stesura di un piano di pace, nel travagliato giugno 2005 (cinque anni dopo la *Déclaration de Bamako*, la Dichiarazione dei diritti africana – uscita dal “IXème sommet de la Francophonie” – che è centrale nel *Préambule des Nouveaux Statuts de l'A.O.M.F.* adottati ad Andorra nel 2001, *Déclaration* controllata nella sua applicazione dalla Francofonia al servizio della democrazia), cui ho partecipato in qualità di Président de l'A.O.M.F. “L'Association et ses membres s'engagent à promouvoir et défendre – leggiamo nel *Préambule* – à travers la Francophonie, la démocratie, l'Etat de droit et la paix sociale, ainsi qu'à faire respecter les textes nationaux et internationaux sur les droits de la personne, dont à la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* et à la *Déclaration de Bamako*. Pour renforcer et promouvoir ces valeurs démocratiques, l'Association et ses membres s'engagent à favoriser la coopération internationale avec d'autres institutions et organisations vouées à la promotion et à la défense des droits de la personne”. Insomma, quella sinergia delle buone pratiche che è indispensabile per passare dai principi alla realizzazione, con conseguente valutazione dell'effettività e qualità della democrazia nei luoghi di appartenenza: perché l'A.O.M.F. non si è limitata a regolare il quadro associativo (con particolare riferimento a struttura, regole di adesione, funzionamento), ma ha inteso assumere una vera e propria missione politica (nel senso etimologico del termine, il più nobile e ampio). Una prospettiva che anche in Italia potrebbe portare ad un salto di qualità nella difesa civica.

Cuore della tutela del cittadino per l'A.O.M.F., vera stella polare, “la pratique de l'équité”, peraltro consacrata in non poche leggi istitutive di Médiateurs/Ombudsmans (“le règlement en équité”), al servizio della democrazia nel quotidiano, un vero e proprio correttivo del diritto in determinate situazioni e a precise condizioni: quando la legge non prevede una situazione particolare, quando una decisione di diritto richiede di essere temperata (l'*aequitas* – di classica memoria, possibile ma poco praticata nei Tribunali – permette di umanizzare lo *jus* grazie all'*humanitas*, risponde al naturale sentimento del giusto e dell'ingiusto e riporta a pratiche antiche – quali “l'arbre à palabres” di tradizione soprattutto africana – di “justice douce”), quando lo stretto rispetto del diritto e delle relative procedure determina conseguenze intollerabili per il cittadino, quando la soluzione proposta è con-

cretamente applicabile senza creare precedenti, né ledere i diritti di terzi. In questa stessa ottica, con specifica funzione proattiva e di partecipazione, sia pure indiretta, si situa un'altra pratica centrale nell'A.O.M.F., determinante e qualificante per la protezione non solo del ricorrente e, dunque, orientata alla pace sociale, con conseguente eliminazione di quella violenza che nasce dall'ingiustizia, anche per lo specifico obiettivo di trovare non colpevoli ma soluzioni: "la proposition de réformes législatives et administratives" volte ad eliminare – alla radice e per tutti – le cause di disfunzioni e ingiustizie.

Per quanto attiene poi il rapporto storico/funzionale con il Tribuno della plebe, ciò che a prima vista accomuna il modello romano al Difensore dei cittadini (così come interpretato da A.O.M.F. e F.I.O.-Federación Iberoamericana de Ombudsman, con ciò superando il modello scandinavo) è la *ratio* di impegno a tutela delle fasce deboli contro soprusi e privilegi delle classi dominanti (i plebei e gli schiavi nei confronti dei patrizi nell'antica Roma, i poveri e gli emarginati rispetto ai potentati delle società moderne, ma anche le fasce medie di oggi rispetto al "potere" di Politica/Amministrazione/Tribunali). Si tratta, come noto, di un minimo comune denominatore ravvisabile in numerose figure che hanno costellato la storia della civiltà e del diritto: dall'Eforato spartano ai *Logistai* di Atene, al *Defensor civitatis* tardo romano, al Censorato cinese, ai Missi dominici merovingi e carolingi, al Consiglio veneziano dei dieci, al *Sindicus* dei Comuni, ai Censori nord americani del '600, istituiti tutti riconducibili ad una esigenza di giustizia sostanziale che si rivela indispensabile per la pace sociale e che gli apparati pubblici non sono in grado di garantire. Per quanto attiene al Tribuno, è rilevante soprattutto il potere di *intercessio*, consistente nel "potere negativo", per dirla con G. Grosso, di porre il veto a decisioni senatorie o ad atti emessi da Magistrati patrizi, al loro *imperium* ritenuto pregiudizievole nei confronti della plebe, per cui il Tribuno – stigmatizza Rousseau – pur senza nulla fare, tutto può impedire nell'esercizio dell'*auxilii latio*. Ora, questo elemento qualifica solo in parte l'Ombudsman, fin dalla sua nascita, che risale al 1713, quando re Carlo XII, impegnato in azioni di guerra lontano dalla Svezia, nominò un Ispettore (l'*Hogste Ombudsman*) per controllare i Funzionari. La *Carta Costituzionale* svedese del 1809, nata da una rivoluzione che depose il re, prevede poi espressamente, all'art. 96, l'Istituto dell'Ombudsman (cioè dell'uomo che "fa da tramite", che "agisce come portavoce o rappresentante" di qualcuno), preposto a vigilare sull'operato del Governo e della Pubblica Amministrazione e dotato di penetranti poteri di sindacato e correzione. Tale Organo si diffuse, come noto, nel corso del '900, in Europa (fino all'elezione, nel 1995, di un *Médiateur européen*, previsto dal *Trattato di Maastricht* del 1992, art. 138 E) e nel mondo intero, con sviluppo esponenziale.

In Italia, questo tentativo di democratizzare la Pubblica Amministrazione è partito, nel 1974, dalle Regioni (Toscana e, a ruota, Liguria), per essere previsto, a partire dal 1990, come possibile istituzione locale (ex art. 8 l. n. 142/1990 e succ. mod.), mentre resta ad oggi aspirazione di pochi l'istituzione di un Difensore civico nazionale, nonostante l'impegno della Conferenza nazionale dei Difensori civici delle Regioni e delle Province autonome a partire dal 1998 e la presentazione di specifico d.d.l. n. 1879/2.11.2006 – primi firmatari entrambi i poli – riprodotte una proposta del Coordinamento che ebbero l'onore di presentare il 16 ottobre 2006 in occasione di un Convegno europeo a Firenze. Una difesa, quella italiana, “di prossimità” (come raccomandato, con opportune correlazioni, dal Congresso dei Poteri locali e regionali del Consiglio d'Europa con la *Risoluzione n. 80 del 17 giugno 1999 “Il ruolo dei Difensori civici/Ombudsmen nella difesa dei diritti dei cittadini”*), ma a macchia di leopardo (con vuoti vistosi nel sud e nelle isole: solo la Sicilia è priva di legge istitutiva, ma, se si considerano le realtà in cui il titolare non è stato eletto o rieletto, non sono poche le Regioni prive di Difensore, così come sono rilevanti i tentativi di cancellare la figura, soprattutto da parte del Ministro Calderoli/Governo Berlusconi). Il che ad oggi disattende la stessa normativa comunitaria, che sancisce, tra i diritti “fondamentali” del Cittadino europeo – cosa che costituisce un *primum* che il mondo ci invidia – il diritto alla buona amministrazione, ex art. 41 della *Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.*, firmata a Nizza nel 2000, e il diritto a rivolgersi al Médiateur européen in caso di cattiva amministrazione, ex art. 43 della stessa *Carta*, diritti entrambi riaffermati dalla *Costituzione europea* firmata a Roma il 29.10.2004. Al fine di rendere effettivi tali diritti, il Parlamento europeo ha adottato, nel settembre 2001, una *Risoluzione* con cui ha approvato il *Codice europeo di buona condotta amministrativa*, proposto da Jacob Söderman, primo Médiateur européen e membro dell'A.O.M.F., con intuizione proattiva che sarà alla base del riconoscimento di cui alla *Carta di Nizza* e alla *Costituzione europea*, a riprova del “potere” di persuasione stragiudiziale dell'Ombudsman. Tale *Codice* costituisce un importante punto di riferimento per tutti gli Enti pubblici operanti all'interno dell'Unione ed è comprensivo della tutela delle ragionevoli aspettative generate nel cittadino da precedenti comportamenti dell'Amministrazione (art. 10), nonché delle regole di equità e cortesia cui deve ispirarsi il funzionario (artt. 11 e 12).

Per tornare all'Italia, unico Paese dell'Unione ad oggi sprovvisto di Difensore nazionale (peraltro tra i requisiti richiesti per entrare nell'U.E.), la figura è ancora messa in discussione quando non ignorata, sia per timore di politicizzazione, sia per amore del decentramento funzionale al cittadino, il quale deve poter adire al Difensore e sentirlo parte della medesima realtà

socio-politica, come evidenzia il Congresso dei Poteri locali e regionali del Consiglio d'Europa con la citata *Risoluzione n. 80/1999*, che vuole una rete capillare e diffusa sul territorio nazionale, in vista non solo della tutela ma anche della promozione di diritti e doveri, con conseguente responsabile partecipazione dei consociati alla vita della comunità. Ma proprio l'assenza di competenza specifica e generalizzata dei Difensori civici regionali sulle Amministrazioni statali centrali ripropone la questione dell'opportunità di un Difensore nazionale, fatta salva la necessità di una normativa che garantisca che il titolare sia una vera e propria "bandiera" della difesa civica oltre che garanzia di adeguata correlazione con i colleghi regionali e locali, senza subordinazione alcuna, come vuole autorevole dottrina dell'E.O.I.-European Ombudsman Institute e dell'I.O.I.-International Ombudsman Institute.

Il tutto presuppone competenza, autorevolezza e indipendenza (anche come rilevanza esterna – perché nel pubblico la forma è sostanza – a partire dai criteri di eleggibilità e di elezione e dalla durata del mandato), nonché un efficiente collegamento informatico e operativo, indispensabile strumento di forza della figura, che, nell'esercizio della sua funzione ("Magistrato di persuasione" con il compito di mediare tra cittadino e Amministrazione per un equo temperamento tra interesse pubblico e privato) deve poter contare su adeguate strutture, su un'*équipe* idonea di collaboratori, nonché su una rete efficiente, anche internazionali, con i colleghi. Il che consente di sopperire alla naturale solitudine del Difensore del cittadino, che, in quanto Organo imparziale e indipendente, salvo tradire il proprio ruolo, non può schierarsi né pro, né contro la Pubblica Amministrazione: cosa non facile. E per quanto il *Médiateur* sia funzionale al buon andamento della *res publica*, non può assumere le vesti di Organo amministrativo di controllo, dovendo porsi come distinto e complementare rispetto alla Pubblica Amministrazione: utile, se non indispensabile – come vuole l'A.O.M.F. nella persona del suo primo Presidente Daniel Jacoby, *Protecteur du citoyen* del Québec – allo stesso lavoro di politici e amministratori, quali diretti rappresentanti dei cittadini, in una parola alla democrazia, di cui è creatura.

Si tratta di una solitudine sorretta dalle attese "dei molti", soprattutto nella misura in cui favorisce collaborazione, confronto e aggiornamento con i colleghi e con il mondo della ricerca. Di qui l'importanza di Convegni promossi da Università e/o Associazioni di categoria, in vista di una solida rete operativa: l'I.O.I.-International Ombudsman Institute, l'E.O.I.-European Ombudsman Institute, l'A.O.M.F.-Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie, la F.I.O.-Federación Iberoamericana de Ombudsman, il F.C.O.-Forum Canadien des Ombudsmans, l'A.O.M.A.-Association des Ombudsmans Médiateurs Africains. Nella stessa logica opera in Italia la Conferenza nazionale dei Difensori civici delle Regioni e delle

Province autonome, sia pure poco inserita nel contesto internazionale, tanto più che Conferenza e Coordinatore/Presidente sono espressamente riconosciuti, sia dal Congresso delle Regioni (cfr. *Risoluzione* del 5.6.2002 del Congresso delle Regioni su *Le Regioni per una difesa civica generalizzata e forte a tutela e garanzia dei cittadini*) che dal Médiateur européen quali rappresentanti la difesa civica italiana anche in riferimento all'attuazione della normativa comunitaria, onde contribuire ad assicurare, nei vari Paesi dell'U.E., il rispetto di principi e orientamenti contenuti in Direttive, Raccomandazioni e Sentenze della Corte di Giustizia.

Per tornare al cuore dell'istituto e alla stessa pratica di ammissione dell'A.O.M.F., occorre ribadire che, nonostante la diversa disciplina che caratterizza l'Ombudsman nel mondo, vi sono connotati la cui mancanza ne travolgerebbe l'essenza. Così, in primo luogo e per assodata dottrina, l'indipendenza dell'Ombudsman, di cui necessita verificare le modalità di assicurazione, in riferimento ai criteri di eleggibilità e di elezione e alla durata del mandato. La regola è costituita dall'"elezione" da parte dell'Assemblea rappresentativa della volontà popolare, con maggioranza qualificata, anche se in alcuni casi praticamente coincidente con l'Esecutivo. Qualcuno vorrebbe che il Difensore fosse eletto a suffragio universale, ma la soluzione non pare genericamente opportuna, non dovendo essere espressione della volontà di una parte, sia pure maggioritaria (in ciò si rinvia un distinguo rispetto al Tribuno della plebe, che, essendo Magistrato plebeo, trova competenza elettorale nei *concilia tributa plebis*). E poiché l'indipendenza si deve manifestare non solo rispetto all'apparato esecutivo e amministrativo, ma anche nei confronti dell'Organo elettivo, la sua effettività può essere garantita attraverso la richiesta di adeguato titolo di studio, comprovata esperienza giuridico-amministrativa, bilancio autonomo, durata della carica slegata dalle vicende dell'Organo elettivo. Elementi, tutti, per lo più indigesti al potere, essendo verosimile che nessuno o quasi è disponibile a cederne quote ad altro soggetto con il quale potrebbe configurare e al quale dovrebbe rendere conto. In realtà, l'indipendenza del Médiateur non è un contro-potere, dovendo operare per il miglioramento della *res publica* e per rendere tutti consapevoli del proprio *status* e connesse potenzialità: il che rimanda alla tutela di diritti, interessi, situazioni soggettive non sufficientemente formalizzate ma rilevanti in termini di equità e giustizia sostanziale, in concorso col diritto.

Diverse le modalità di attuazione del ruolo (in alcune realtà australiane l'Ombudsman ha potere di denuncia nei confronti degli stessi Ministri), a seconda che si ponga l'accento su vigilanza e controllo di atti e attività amministrativa ovvero su tutela e promozione dei diritti: un distinguo su cui si misura l'esistenza di un filo, più o meno diretto, tra Difensore civico e

Tribuno della Plebe. Se è vero, infatti, che, nel momento in cui si controllano legittimità e correttezza amministrativa si proteggono i cittadini da inadempienze e abusi lesivi di diritti e interessi, è evidente che tali affermazioni di principio debbono calarsi nel lavoro quotidiano, dove il controllare proteggendo ovvero il proteggere controllando si traducono in *forma mentis* e *modus operandi* che fanno la differenza. Di qui la marginalità della questione relativa all'intervento su istanza di parte o d'ufficio: in merito, De Vergottini (cfr. AA.VV., *Regione e governo locale*, n. 4/92, 522-523) sottolinea che il graduale passaggio dall'intervento d'ufficio al ricorso di parte conferma l'evoluzione dell'istituto verso forme sempre più svincolate dalla stessa Assemblea, diventando mezzo di tutela non giurisdizionale di diritti e interessi non sufficientemente garantiti. E poiché la funzione (che fa l'Organo) è anche quella di favorire la partecipazione del cittadino alla gestione della cosa pubblica, la richiesta di intervento non costituisce il limite (quand'anche introdotta a tale scopo), bensì il presupposto della tutela, nell'ottica generale di un osservatorio privilegiato, perché non filtrato dal consenso, del malessere degli amministrati, idoneo a segnalare al Legislatore e all'Amministratore le criticità su cui intervenire ("proposte" essenziali nella dottrina e nella pratica dell'A.O.M.F.). Si tratta della fondamentale funzione propositiva del Difensore civico, che, attraverso l'ascolto, può dar forza ad esigenze di intere fasce di popolazione, soprattutto dei più deboli, che spesso non hanno voce, ma sanno pensare pensieri (anche giuridici) rilevanti, per farsene tramite in seno agli Organi decisionali. Un potere "positivo" che nasce dalla matrice stessa del "potere negativo".

Il richiamo ai concetti di "potere positivo" e "negativo" ripropone il dilemma, mai sopito, se il Difensore civico debba essere Organo di persuasione e influenza, con poteri morbidi e informali di sollecitazione e promozione dell'equità, ovvero Organo di controllo e tutela della legalità, con poteri coercitivi e sanzionatori, problema centrale anche nell'A.O.M.F.. Apparentemente l'attribuzione di poteri "forti" potrebbe avere la valenza di riconoscimento ufficiale e permanente dell'istituto all'interno del sistema giuridico-amministrativo, ma detta facilitazione si risolverebbe in mero controllo di legittimità, senza possibilità di alternativa, valorizzabile invece nell'ottica della mediazione, all'interno della quale non va sottovalutato il potere di persuasione, il più efficace dei poteri in una democrazia a parere di autorevoli esperti. Ne è convinto, in particolare, il primo Président de l'A.O.M.F. Daniel Jacoby, Protecteur du citoyen du Québec, determinante per la scelta di prospettiva dell'Associazione tutta: "le pouvoir de recommandation" – amava ripetere –, ritenuto da molti inutile o inefficace, è, in realtà, il più efficace dei poteri democratici, perché la gente ama l'armonia e il dialogo costituisce il motore della democrazia, la caratterizza e rafforza;

del resto, se l'Ombudsman avesse "un pouvoir de contrainte", è certo che l'Amministrazione reagirebbe con ricorsi giudiziari che finirebbero non solo per allungare i tempi di soluzione dei conflitti, ma anche per snaturare la sostanza della figura e le peculiarità di intervento.

Allora, il Médiateur deve essere pensato soprattutto come positivo colante sociale che, operando a stretto contatto con i cittadini, di cui privilegia l'ascolto come fondamento della democrazia, ne prende a carico esigenze e interessi adoperandosi con gli strumenti della legge e della persuasione affinché il Legislatore e l'Amministratore abbiano a tenerli nella dovuta considerazione. Un Organo che si muove in maniera duttile e tempestiva, a tutela della giustizia sostanziale del caso concreto: non solo al fine di risolvere una lite prima che diventi vertenza giudiziaria, ma anche prospettando miglioramenti normativi e/o amministrativi (una vera e propria missione per A.O.M.F. e F.I.O.) idonei ad evitare l'insorgere sia di disfunzioni che di pretese infondate, col fine di ridare al cittadino fiducia nelle Istituzioni. Una via feconda per il bene comune, misura della qualità della democrazia e fonte di pace sociale. L'efficacia della persuasione su cui si fonda l'istituto, per lo più monocratico (fanno eccezione, in Europa, Austria, Lituania, Ungheria, Belgio federale e Svezia, ove l'Organo si compone di due, tre o quattro persone, con diversi sistemi di correlazione funzionale), è direttamente proporzionale al prestigio del titolare. Di qui – giova ripeterlo non solo in riferimento all'A.O.M.F. – la rilevanza dei criteri di eleggibilità ed elezione, così come di una formazione specifica e permanente, ivi compresa la conoscenza della lezione della storia: nel caso di specie, di ogni istituto simile, a partire dal Tribuno della plebe, alla luce della comune matrice del mondo giuridico europeo e latinoamericano, il diritto romano, un patrimonio prezioso a carattere universale anche per le società moderne. Va da sé che non è tanto importante affermare un collegamento diretto tra istituti nel tempo quanto sottolineare l'influsso che lo spirito sotteso alle Istituzioni repubblicane del diritto romano riveste ancora sul diritto pubblico degli Stati moderni.

Per concludere, è certo che il moltiplicarsi esponenziale di istituti di difesa/promozione dei cittadini nei confronti del potere politico-amministrativo è oggi tendenza, anche costituzionale, di rilevanza mondiale, tanto più in presenza di fenomeni massicci di immigrazione che ricordano quelli della Roma antica, posti alla base, per autorevole dottrina (G. Grosso), dell'origine stessa della plebe. Se oggi la gente si tiene alla larga dalla politica sarà – come vuole James Fishkin – perché non ritiene di aver voce in materia. Nulla di più lontano dalla convinzione di Tucidide, ne *La guerra del Peloponneso*, secondo cui "la nostra Costituzione si chiama democratica perché il potere non è nelle mani di una minoranza ma dell'intero popolo". In questa logica, superata la tentazione di "poteri forti" cui indulgiano

alcuni Difensori civici soprattutto in Italia, l'istituto può e deve diventare elemento essenziale di tutela e promozione dei diritti, in ossequio ai valori sociali in concorso con lo *jus*, non essendovi sistema democratico se non quando tutti sono coinvolti e rispettati.

A patto che il Difensore sia davvero l'Avvocato del Popolo...

III

Constitucionalismo latinoamericano.

Defensa del pueblo y de los derechos humanos

CARLOS CONSTENLA

Presidente del Instituto Latinoamericano del Ombudsman-Defensor del Pueblo

Constitucionalismo Latinoamericano. Defensa del Pueblo y Derechos Humanos. Introducción al tema

1. Formulación de postulados. – 2. Derecho objetivo y subjetivo. El Derecho romano es un Derecho concreto. – 3. La ciudadanía. – 4. División de poderes. Representación política. Tribunado y «poder negativo». – 5. Explicación de los postulados. – 6. Conclusión y homenaje al egregio profesor Giuseppe Grosso.

1. Formulación de postulados

La figura del Defensor del Pueblo en Latinoamérica es, seguramente, un vivo testimonio del Derecho romano clásico, en el actual Derecho público.

Intentaremos demostrarlo a través de tres postulados: 1) el Derecho romano es un derecho concreto; 2) el Derecho público romano se sustenta en el valor universal de la ciudadanía; y 3) el Derecho romano formula un sistema de garantías inspirador del moderno Defensor del Pueblo que se expresa a través del llamado «poder negativo».

2. Derecho objetivo y subjetivo. El Derecho romano es un Derecho concreto

La primera oración de la novela *Ana Karenina* de León Tolstoi dice que las familias dichosas se parecen entre sí; en cambio las infelices lo son cada cual a su manera.

Efectivamente, existe un orden abstracto que pondera la objetividad de

la felicidad material con referencia a la riqueza, a la belleza, al poder, al estilo, diríamos al *glamour*. Esto es verificable objetivamente. El paradigma de la dicha, para un esquema económico social, parece ser homogéneo. La publicidad es su marquesina. Algunas de las familias felices a las que aludía Tolstoi, podrán ser desdichadas en uno o muchos aspectos, pero no se notará. Efectivamente las familias dichosas se parecen entre sí.

Con el derecho ocurre otro tanto: la ley se formula como la objetivización de un orden justo que abriga al ser humano de atropellos y arbitrariedades, partiendo de algunos dogmas como son los de la igualdad y la libertad en abstracto. «El orden legal de la vida» decía Ihering¹. A esto se llama Derecho objetivo. Sin embargo, como advirtieron otros consagrados juristas del siglo XIX², el derecho es bifronte, tiene dos caras; del lado de la ley es objetivo; del lado de los derechos privados, que derivan de aquellas leyes, subjetivo. Por eso se lo llama derecho subjetivo, definido retóricamente por Windscheid como «. . .un poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico»³.

La influencia de Kant en la Filosofía del Derecho fue la más importante, en comparación a la de cualquier otro filósofo. A ella se debió que en la segunda mitad del siglo XIX, a partir de la formulación del imperativo categórico⁴, se estableciera una teoría general del Derecho que redujo «. . .su preocupación a proponer modelos acerca de cómo debería estar constituida una genuina ciencia del derecho positivo, sin prestar demasiada atención al grado de que los propósitos y funciones de la actividad que los juristas despliegan de hecho, se ajusten a los modelos propuestos o se apartan de ellos»⁵. Debido a que los contenidos jurídicos no pueden ser accesibles al conocimiento científico, en beneficio de la seguridad jurídica, esos contenidos definen al Derecho en términos abstractos y formales. Sobre esta base se trazó una teoría general del Estado, de la «institución» y del derecho subjetivo.

Se va a generar así una disociación entre el pueblo y lo público y entre la sociedad y el poder (Estado), en oposición a la identificación de *respublica* y *populus*⁶.

1 R. VON IHERING, *La lucha por el derecho* (1877), traducción por A. Posada, Buenos Aires 1946, 53.

2 P.G. VINOGRADOFF, *Introducción al derecho* (1913), traducción por V. Herrero, México 1952, 47.

3 B. WINDSCHEID, *Pandectas* (1862), traducción por J. Marshall Silva, agregado como apéndice en R. VON IHERING, *La dogmática jurídica*, Buenos Aires 1946, 222.

4 E. KANT, *Fondaments de la metaphysique des moeurs* (1785), sec. II, traduit par H. Lechelier, París 1907, 53.

5 C.S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho* (1973), Buenos Aires 1987.

6 Crudamente Nietzsche lo describe: « *L'Etat c'est le plus froids des monstres froids. Il*

Consagrado romanista, Federico Carlos de Savigny observó que:

... el Derecho no tiene existencia por sí, sino que más bien se da en la vida del hombre. Considerada en un cierto aspecto, siempre que la ciencia del Derecho se separa de este su propio objeto, tendrá que encaminarse por un sendero completamente arbitrario, sin ser guiado por una clara intuición de los principios, alcanzando un alto grado de formal construcción, pero sin base verdadera de realidad. Ahora bien; en este punto se distingue principalmente el método de los jurisconsultos romanos. Cuando tienen que considerar un caso de derecho, parten de la viva intuición de éste, y ante nosotros se desarrolla poco a poco y plenamente, como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo deba deducirse. De este modo no hay para ellos una distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación y la práctica vese siempre elevada a la altura del proceso científico. En cada teorema fundamental vese a un mismo tiempo un caso de aplicación al modo cómo en todo caso práctico se descubre la regla que lo informa, revelando además una gran maestría en la facilidad con que pasan de lo general a lo particular y viceversa. Realmente en este método especial, para encontrar y exponer el derecho, radica su particular mérito, siendo de notar que en ellos el arte se ha perfeccionado con el conocimiento y la exposición científica, sin perder por ello la evidencia y la vida que son características de los tiempos primitivos⁷.

Para Savigny, la nota más destacada del espíritu romano fue su fino espíritu político, atento siempre a las necesidades de la vida comunitaria. La distinción entre teoría y praxis en Roma, está fundada a su juicio en la naturaleza misma del Derecho.

Sin embargo aprovechó su saber para desarrollar una teoría jurídica que contradecía en esencia al Derecho romano elaborando la doctrina de la ficción y de allí la teoría de la institución. De su parte, la escuela de los pandectistas alemanes, iría por una construcción jurídica que partiendo del Derecho romano, elaboraría un derecho funcional al sistema económico emergente en el siglo.

En la última parte de su vida, Savigny, desde de un enfoque absolutamente abstracto e idealista, forja la teoría de la institución, que consiste en un entramado de relaciones jurídicas ordenadas de acuerdo a un bien o fin de-

ment aussi froidement et voici le mesonge qui rampe de sa bouche. 'Moi, l'Etat, je suis le Peuple'» (Estado se llama al más frío de todos los monstruos fríos. Es frío cuando miente; y esta es la mentira que se desliza de su boca: 'yo, el Estado, soy el pueblo' [trad. C.R. C.]): F. NIETZSCHE, *Ainsi parlait Zarathoustra* (1883), parte I, traduit par H. Albert, París 1898, 61 (trad. del francés C.R. C.).

7 F.C SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y ciencia del derecho* (1814), traducción por A. Posada, Buenos Aires 1977, 63-64.

terminado. De acuerdo a esto los derechos sólo existen en la medida en que están regulados por una ley y ésta a su vez depende de las características, fines y principios presentes en una institución que tiene un carácter objetivo. El derecho subjetivo de Savigny no emana desde la persona (entendida como sujeto individual) sino desde la institución. Como tipo ideal, la institución se sobrepone a la relación y la proyecta hacia el sistema⁸.

La idea de que el derecho puede ser considerado desde un punto de vista objetivo como subjetivo fue seriamente enjuiciada por Stucka:

La ciencia burguesa, como es sabido, denomina al conjunto de las relaciones jurídicas concretas, derechos en sentido subjetivo, mientras que la expresión derecho en sentido objetivo designa no ya el contenido de las relaciones jurídicas, sino el conjunto o sistema de normas jurídicas vigentes, o, en pocas palabras, la totalidad de las leyes. La forma, en suma, se considera como el elemento objetivo del derecho. Además, en el concepto del derecho subjetivo se incluye no solamente el concepto del derecho atribuido a un sujeto individual, sino también la idea de un derecho innato en el sujeto, el conocido derecho abstracto del hombre en el sentido de la célebre declaración de la revolución francesa. En cambio según nuestra concepción del derecho, para emplear los mismos términos, deberemos buscar el elemento objetivo no ya en la ley y en particular en su forma, sino en las relaciones sociales concretas que constituyen todo el sistema jurídico y el elemento subjetivo más bien en la formulación subjetiva que éstos reciben en la ley⁹.

Del mismo modo suponer la prevalencia de las abstracciones jurídicas en el derecho romano, había sido repudiado por el mismo Savigny cuando joven. El Derecho romano no es un Derecho abstracto, es concreto, como dice Michel Villey, es un «... derecho de rasgos nítidos, rígidos y ciertos»¹⁰; está definido en términos rústicos pero firmes. El Derecho romano no estaba concebido en teóricas generalizaciones; atendía personas no situaciones supuestamente objetivas, precisamente porque el *ius est ars boni et aequi*, según la definición de Celso recogida en el Digesto. El Derecho era el «arte de lo bueno y de lo justo».

Se entiende entonces qué es lo quería decir Tolstoi. En lo concreto, cuando se debe hacer valer un derecho, cada uno lo expresa a su manera.

8 F.C. SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual* (1840), tom. I, traducción por J. Mesía y M. Poley, Madrid s.f., 66-67.

9 P.I. STUČKA, *La función revolucionaria del Derecho y del Estado* (1921), traducción por J.R. Cappela, Barcelona 1969, 181.

10 M. VILLEY, *El Derecho Romano* (1945), traducción por M. Lahitte de Juncal y J.Á. Juncal, Buenos Aires 1966, 13.

Obsérvese la inteligente interpretación de Bonfante: «el *ius* no restringe su cometido a la mera interpretación del Derecho positivo. . . su interpretación trascendía hasta un cierto punto los límites de la interpretación verdadera y propia y creaba un nuevo derecho»¹¹. Vuelvo a la antes citada afirmación de Savigny: «. . . resulta superior el método de los juristas romanos. Si tienen que juzgar un litigio parten de la parte más viva del mismo, presentando así ante nuestros ojos, cómo surge y se modifica, paso a paso toda la relación. . .», en una palabra, de qué manera se relaciona el derecho con una persona, en la singularidad de su situación, porque cada uno lo sufre a su manera.

3. La ciudadanía

El término ciudadanía procede etimológicamente del vocablo latino *cives*, que designa la posición del individuo en la *civitas*. La idea romana de ciudadanía hace referencia a un *status* integrado por un núcleo compacto e inseparable de derechos y deberes que definían la posición de las personas libres en la República. En cierto modo la idea de “ciudadanía urbana” que configura la raíz de una nueva construcción de este concepto a finales del siglo XX, «. . . parece constituir un retorno del término ciudadanía a sus orígenes. . . Desde entonces, su historia sólo habría sido un prolongado rodeo que la llevó a transitar por la nación, y su territorio antes de llegar a coincidir de nuevo con su marco original y natural»¹². Si bien en toda la historia la ciudadanía tuvo un significativo valor, en el caso de Roma, presentó singularidades. Plinio Fraccaro ha dicho que «la extensión de la ciudadanía romana, desde el limitado territorio de la antigua urbe hacia toda Italia, es el más importante hecho en la historia de la antigüedad, pues hizo posible el imperio y la Pax Romana»¹³. Muchas de las guerras en las que se vio envuelta Roma, fueron guerras “por la ciudadanía”: conflictos que se producían a partir de la pretensión de quienes no eran romanos por alcanzar esa condición. Ningún pueblo como el romano confirmó menos pre juiciosamente la ciudadanía a otras personas, cualquiera fuese su origen, raza, cultura o rango social. El concepto de ciudadano romano era estrictamente jurídico, por lo que todos podían llegar a ser ciudadanos. Hubo romanos de origen persa, como también partos, judíos o turcomanes y la ciudadanía no

11 P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*⁵ (1907), traducción por L. Bacci y A. Larosa, Madrid 1999, 9.

12 J. DONZELOT, *¿Hacia una ciudadanía urbana?*, traducción por H. Cardoso, Buenos Aires 2012, 7 y 8.

13 P. FRACCARO, *Arcana Imperii*, en *Opuscola*, vol. I, Pavia 1956, 61-80 (trad. C.R. C.).

era revocable sino por gravísimos motivos. Son ilustrativas las referencias en los *Hechos de los Apóstoles*, sobre la condición de ciudadano romano de Pablo de Tarso durante su procesamiento en la que se registran significativas referencias a normas procesales¹⁴. Tácito relata cómo Claudio, en el año 48, trató de convencer a los senadores que permitiesen la entrada en la curia de prohombres de la Galia más notables y romanizados. Los senadores se oponían alegando su condición originaria de extranjeros, a lo que el emperador contestó recordándoles que Rómulo tuvo como conciudadano al mismo hombre que horas antes había tenido como enemigo en el campo de batalla. Claudio dijo con certeza, que la desgracia de Atenas y de Esparta había sido la de no haber sabido ni querido asumir en su ciudadanía a las poblaciones sometidas, mientras que Roma había sido una maestra en «hacer romanos»¹⁵.

Debemos a las enseñanzas del profesor Catalano el saber de que ya en la edad más antigua, los extranjeros (todavía llamados *hostes*) eran *pari iure cum populo Romano* (tenían «paridad de derechos con el pueblo romano»). La tesis de la originaria falta de derechos de los extranjeros es fruto de la autoproyección de los modernos¹⁶.

El Edicto de Caracalla (Marco Aurelio Antonino Bassiano) del año 212, otorgó la ciudadanía a todos los súbditos libres del imperio, situación a la que nunca se había llegado hasta entonces y que, con posterioridad a la caída del imperio, no se repetirá, para pasar a ser una renovada aspiración a principios del siglo XXI... El Edicto de Caracalla hace desaparecer –según Piganiol- toda distinción, nacida de la conquista, entre romanos y súbditos, generando un verdadero ascenso de las «clases inferiores» y de este modo favoreciendo –según el historiador francés- el régimen municipal. Organizó como municipalidades a las capitales de los distritos egipcios, las metrópolis de los nomos¹⁷ y concedió a Alejandría el consejo municipal (*boulé*) que ésta venía reclamando desde hacía muchas décadas¹⁸.

Como ha dicho Valerio Marotta: «El estudio de la noción de ciudadanía demuestra qué inconmensurable distancia separa la experiencia romana de lo imperios coloniales o comerciales de las edades moderna y

14 *Hechos*, 16: 37 y 38, 22: 25 – 29 y 25, 9 a 12.

15 TÁCITO, *Ouvres de Tacite – Annales de Tacite*³, XI 24, 25, tom. III, París 1793, 86-91.

16 P. CATALANO, *Choque de sistemas jurídicos en la perspectiva romana latinoamericana*. Ponencia al XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Morelia 16 al 18 de agosto de 2006 (inédito).

17 Subdivisiones territoriales en el antiguo Egipto.

18 A. PIGANIO, *Historia de Roma* (1939), traducción por R. Araya, Buenos Aires 1971, 375-377.

contemporánea»¹⁹.

El «derecho a tener derechos» del que habló Hanna Arendt²⁰ se plantea en términos de ciudadanía. Una persona tiene derechos por su pertenencia a un conjunto o comunidad de base cultural y territorial. La ciudadanía implica igualdad porque sus integrantes están sometidos a las mismas reglas. La ciudadanía acepta las diferencias, pero de ninguna manera la desigualdad.

La ciudadanía, surge como lo indica su nombre de las ciudades; no es solamente *urbs*, es decir una concentración física de personas y edificios. Es *civitas*, espacio de desarrollo de la libertad participación en el concepto de la llamada libertad de los antiguos. En una palabra, la ciudadanía pasa por la construcción y el fortalecimiento de la civilidad, de la sociedad civil. «El ciudadano se construye en la participación política sobre el destino de la sociedad. Sin una participación en la vida pública no es posible construir la ciudadanía: el ciudadano debe, como pensaba Aristóteles, ser aquel que es capaz de gobernar y de ser gobernado»²¹. Dice Habermas: «La autonomía política de los ciudadanos debe expresarse en la auto-organización de una comunidad que se da sus leyes mediante la voluntad del pueblo. La autonomía privada de los ciudadanos debe por otra parte cobrar forma en los derechos fundamentales que garantizan el dominio anónimo de las leyes»²².

La ciudad tiene en sí misma un derecho. Es el derecho a la vida en tanto espacio físico y urbano de los seres humanos, de su libertad, desarrollo y realización. Por eso Giorgio La Pira pregonó: «Las ciudades no pueden morir»²³.

De este modo la ciudadanía dejó de ser una categoría jurídica incrustada en un risco político – constitucional, para convertirse en un derecho humano. El derecho a la ciudad es en esencia el derecho a la ciudadanía.

4. División de poderes. Representación política. Tribunado y «poder negativo»

La Secesión al Monte Sacro sentó las bases de un sistema de garantías que tuvo una prolongada recepción en tiempos posteriores y que, no obstante haber sido desconocido por el constitucionalismo liberal del siglo XIX, fue

19 V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I – III d. C.)*, Torino 2009, 175 (trad. C.R. C.).

20 H. ARENDT, *Orígenes del totalitarismo* (1951), Buenos Aires 1994, 378.

21 F. GIRALDO, *Pensar la Ciudad*, Bogotá 1996, 18.

22 J. HABERMAS, *El nexo interno entre el Estado de derecho y la democracia*, en *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, traducción por J.A. Gimbernant, Madrid 1997, 28-29.

23 G. LA PIRA, *Le città non possono morire*, Firenze 1996.

de a poco recuperando lugar, a través del estudio de su más genial (Ortega *dixit*)²⁴ y llamativa creación: el Tribuno de la Plebe. Esta circunstancia fue particularmente notoria en América Latina desde del último cuarto del siglo pasado, en la que reapareció institucionalmente, bajo la forma del Defensor del Pueblo.

El constitucionalismo clásico, estableció la protección de los derechos a través del llamado sistema de la división de poderes sustentado en una indirecta manifestación popular conocida como denominada democracia representativa. Sin embargo, en ese aspecto por lo menos, mostró manifiestas insuficiencias. La crisis del régimen representativo puesta en evidencia después de la Primera Guerra Mundial, sufrió concretas impugnaciones después de la Segunda Guerra Mundial, no sólo en el pensamiento de grandes juristas (pienso en Orlando, Kelsen, Duguit, Loewenstein, Zampetti, Schmitt), sino por un requerimiento político que viene explorando la posibilidad de reanimar mecanismos de democracia directa para reparar las insuficiencias y disfuncionalidades de un sistema político representativo que, a pesar de ello, quiere ser democrático.

Entre las innovaciones que se introdujeron, se apeló a una institución sueca muy poco tenida en cuenta durante los casi 150 años que corrieron desde su original prototipo: el *Ombudsman*. Órgano de control de la Administración, comisionado del parlamento, apareció en la doctrina como una propuesta novedosa y eficaz para hacer cierto algo así como un *impeachment* práctico contra la mala administración. La propuesta tuvo repercusión en el norte de Europa y en algunos otros países como Nueva Zelanda e Israel. Sin embargo, en el último cuarto de siglo, al establecerse en Portugal (1976) y España (1978) adoptó formas y competencias propias que lo alejaron resueltamente del modelo escandinavo. Si bien conservó sus notas características formales, le dio una competencia preponderante: la de proteger los derechos humanos, otorgándole al mismo tiempo una herramienta procesal imprescindible, y ubicándolo metodológicamente, en la parte declarativa de la constitución cuando, conceptualmente en la idea del constitucionalismo clásico debería haber sido ubicado en la orgánica. Además le dio otro nombre que en la huella de la Constitución española, resultó ser algo turbador: Defensor del Pueblo.

El Defensor del Pueblo y sus revolucionarias posibilidades, no encontraron en los casales clásicos del *Ombudsman* – Comisionado Parlamentario, las justificaciones teóricas y políticas que lo pudieran sostener y hacer avanzar, impulsado desde la raíz romanística del derecho latinoamericano cuya

24 J. ORTEGA Y GASSET, *Las Atlántidas y del Imperio Romano* (1941), Madrid 1960, 142: «Genial irracionalidad» la llamó el filósofo español.

especificidad constitucional latina fue destacada por Juan Bautista Alberdi²⁵.

Latinoamérica fue el mejor campo para su desarrollo; el rico almacén que le permitió insertarse constitucionalmente y las propias condiciones de la realidad social, hicieron que echara raíces y que encauzara mejor que sus modelos ibéricos. Y esto fue precisamente lo que motivó el replanteo raigal que conduce al Tribuno de la Plebe.

En relación a esta magistratura, vale recordar que la secesión al Monte Sacro fue un movimiento producido al calor de la nueva república romana. Dice el historiador Mastrocinque al hablar de sus orígenes:

. . . fundada el año 509 a. C. por Lucio Giunio Bruto que hizo jurar a los romanos que no tolerarían más la presencia de un rey. La constitución republicana implicaba que los poderes, las funciones públicas, el culto, los lugares que involucraban a los ciudadanos, fueran confiados al pueblo. En el año 494 emerge el gran problema de la desigualdad económica. Los autores antiguos describen la crueldad de los usureiros encarnados en el patriciado y la mísera condición de los plebeyos endeudados, encarcelados y de todos modos humillados por sus enriquecidos acreedores. Una monarquía absoluta, una tiranía o un férreo régimen oligárquico, puede funcionar muy bien con graves diferencias económicas entre los súbditos, pero en una república la situación cambia porque se afecta el principio de igualdad que está en la base en una forma o en otra de la república. Si una persona es demasiado pobre y su pobreza le impide disfrutar de lo que es público, entonces la idea de lo público comienza a perder su sentido²⁶.

La secesión al Monte Sacro determinó cambios profundos en las relaciones sociales imperantes en Roma. El Senado acordó mediante un solemne juramento²⁷, una serie de reformas jurídicas, sobre todo relacionadas con el trato de los deudores. Pero a su vez debió conceder a la plebe la más importante de sus garantías instituyendo dos magistrados plebeyos llama-

25 Ver G. LOBRANO, *Modelo romano y constitucionalismos (Anotaciones en torno al debate juspublicístico contemporáneo, con especial referencia a las tesis de Juan Bautista Alberdi y Vittorio Emanuele Orlando)*, trad. por J. Fuquen Corredor, Bogotá 1990. Igualmente H.A. STEGER, «*Universidad de los abogados*» y *universidad futura*, en *Index* 3, 1973, 59-89. C.R. CONSTENLA, *Identidad latinoamericana. La Universidad y el rol de los abogados*, en *Roma e America. Diritto Romano Comune* 35, 2014, 369-376. I. CASTELLUCCI, *¿Sistema jurídico latinoamericano? Una verifca*, Torino 2011.

26 A. MASTROCINQUE, *Il giuramento sul Monte Sacro*, en *Diritto@Storia* 6, 2007 (trad. C.R. C.).

27 T. LIVIO, *Storia di Roma dalla fondazione*, III, 55, edición con texto latino e italiano, traducción por G.D. Mazzocato, tom. I, Roma 1997, 355.

dos *Tribunos*²⁸. «Concedednos elegir cada año de entre nosotros, un cierto número de magistrados sin otro poder que el de ayudar a los plebeyos que hayan sido objeto de injusticia o violencia y el de no permitir que nadie sea privado de sus derechos»²⁹. Su misión era la de defender al pueblo contra todo abuso del poder, provisto de un derecho de veto. «Que el pueblo tenga los diez tribunos que él se ha creado para socorrerle contra la fuerza; que proposiciones al pueblo, sean ley; que sean inviolables y que nunca quede el pueblo desprovisto de tribunos» decía Cicerón³⁰. Según Teodoro Mommsen, esta institución fue creada para proteger «. . . aún revolucionariamente a los débiles y pequeños contra la soberbia y los excesos del poder de los altos funcionarios. . . no tenían en su origen parte alguna en la administración, no eran magistrados ni miembros del Senado»³¹ «. . . tenían. . . derecho a anular, mediante su oposición personal interpuesta dentro del término de la ley toda decisión de un magistrado si la creían perjudicial para cualquier ciudadano. . . »³². «La potestad tribunicia tenía pues derecho a derogar a su antojo la marcha de la administración y la ejecución de los juicios: podía permitir al que estaba obligado al servicio militar sustraerse impunemente al llamamiento; impedía o hacía que cesase el arresto del deudor . . . su acción en fin, se extendía a todo»³³.

El Tribuno de la plebe era el magistrado popular al que se atribuía la más alta responsabilidad moral de la república: la de defender al pueblo y su libertad de los abusos y de la injusticia. Como sostenía Maquiavelo, su

28 *Ibidem* II, 28, 32, 33 *cit.*, 198-201.

29 DIONISIO DE HALICARNASO, *Historia antigua de Roma*, libro VI, 87, traducción por A. Alonso y C. Seco, tom. II, Madrid 1984, 323.

30 CICERÓN, *Tratado de las leyes*, libro III, traducción por versión de D. Tendero y F. Llera y Calvo, traducida al castellano por F. Navarro y Calvo y J.B. Calvo, México 2007, 190.

31 T. MOMMSEN, *Historia de Roma* (1854), traducción por A. García Moreno, tom. I, Buenos Aires 1953, 340. El célebre romanista alemán identificó las características instrumentales del Tribunado, y en su *Historia de Roma* interpretó su verdadera naturaleza aunque a mi juicio no alcanzó a comprender el profundo sentido político que lo inspiró (ver especialmente el parágrafo 29 de la página 341: «. . . una magistratura sin objeto definido, no teniendo casi, otra misión, que la de entretener al proletariado miserable con la apariencia de un socorro quimérico, revistiendo en un principio un carácter decididamente revolucionario y posesionado de un poder anárquico para contrarrestar la acción de los funcionarios y aún del Senado»). Cuando publica la *Historia del Derecho Público Romano*, Mommsen reduce aún más la significación del *Tribunado* (ver T. MOMMSEN, *Compendio de Derecho Público Romano* (1871), Buenos Aires 1942, 74 y 75).

32 *Ibidem*, tom. I, 300.

33 *Ibidem*, tom. I, 300-301.

autoridad era la garantía para que existiese efectivamente la libertad³⁴.

El movimiento de la Secesión al Monte Sacro y la aparición del Tribunado, dieron origen al sistema de garantías del Derecho Romano. Según Vittorio Emanuele Orlando, pertenece al Derecho romano la teoría de los derechos originarios de la personalidad, es decir de los derechos civiles y políticos. Es la concepción misma de la constitución como un sistema de garantías para defender el derecho contra la opresión por parte del poder: «Un sistema de garantías tendiente a defender los derechos contra las posibles vulneraciones del soberano»³⁵.

El poder tiene como Jano, dos caras. Una representa lo que el poder hace, la otra la que el poder impide. Puede entenderse como una limitación, pero más que una limitación es una reacción contra el otro poder, un contra poder, al que se da en llamar “poder negativo”. El poder nunca fue absoluto; a través de los siglos, se buscaron fórmulas que contuviesen sus desbordes, hasta llegar al llamado Estado de Derecho, al que se presenta como el estadio superior de las garantías democráticas. Pero hay otra visión del poder, que es expresión de la soberanía del pueblo, pero de una soberanía negativa. Como dice Mario Castelli:

El poder negativo es el poder típico del pueblo soberano, compuesto de personas soberanas; eso expresa generalidad, porque comprende a todos los sectores de la vida civil y es una alternativa al poder positivo que se encuentra en el parlamento, en el gobierno y en el poder judicial. Podríamos decir que es la vida misma de una comunidad política democrática³⁶.

34 «La autoridad tribunicia fue necesaria para resguardar la libertad». N. MAQUIVELO, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (1531), traducción por R. Raschella, libro 1, VI, Buenos Aires 2003, 73.

35 V.E. ORLANDO, *Introduzione generale a La dottrina generale del diritto dello Stato di Giorgio Jellinek* (1910), Milano 1949, XIII (trad. C.R. C.).

36 M. CASTELLI, *Sviluppo democratico e potere negativo, oggi in Italia*, artículo inédito de 1997. La versión original se conserva en el «Fondo Castelli» en la sede nacional de las ACLI (Associazioni Cristiane Lavoratori Italiani) de Roma. Fue publicado e impreso por el «Centro Mediterraneo per le Nuove Professioni», Sassari 1998, 15 (trad. C.R. C.). La idea del «poder negativo» se puede presentar en otros órdenes jurídico – políticos. Kelsen, por caso, cuando habla de la función de un Tribunal Constitucional anulando leyes inconstitucionales o de un tribunal ordinario que no aplica una ley, reglamento u ordenanza por juzgarlo ilegal, restando validez de este modo a una norma general, «. . .pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que oficia de ‘legislador negativo’ (H. KELSEN, *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?* (1931), traducción por R.J. Brie, Madrid 1995, 36-38). Aunque Kelsen no lo diga, podemos deducir entonces que, cuando se anula una ley por el propio órgano que la sancionó, se está ejerciendo un acto de

El mismo autor sostiene en otro trabajo:

El poder negativo es por definición el anti poder, es la fuerza que el pueblo tiene en sí mismo y con la cual se defiende del gobierno que él mismo se dio, lo condiciona, lo pone al servicio de la comunidad. No es una alternativa al poder, no es la oposición parlamentaria ni siquiera es la síntesis de los grupos de poder real que no se expresan en un partido pero que influyen en ellos. Es la otra cara de un poder que no se convertirá jamás en un poder³⁷.

Estas ideas en torno al poder negativo, desarrolladas en su mayor altura por Pierangelo Catalano, se elaboraron a partir del pensamiento del gran romanista de la Universidad de Torino y profesor a su vez de Catalano, Giuseppe Grosso a partir de sus singulares reflexiones en torno a la interrelación entre el derecho de huelga y la *intercessio* del tribuno de la plebe³⁸.

«Poder negativo», concepto antiguo, tal vez olvidado, convoca hoy a su estudio con renovada atención. Dice Catalano

La reutilización de conceptos «olvidados» por la tradición del pensamiento democrático (como el del «poder negativo»), así como la actualización de elementos de la mencionada tradición, no tienen obviamente finalidad historiográfica. Tal reutilización y actualización se relaciona a la transformación contemporánea de la realidad socio – económica y de las instituciones y con ellas deberán ser confrontadas³⁹.

El llamado «poder negativo» no se contrapone a la idea de control constitucional del poder mediante el régimen de la división de poderes. Se desarrolla en otro plano. Su naturaleza se sustenta en la soberanía popular y no es, ni debe ser patrocinado por las minorías como sucede con algunas herramientas de control institucional del Estado⁴⁰. No se trata de una hipótesis de

poder positivo, es decir un acto legislativo propiamente dicho porque el mismo legislador que creó la norma, por consideraciones políticas, la deja sin efecto. En cambio cuando la norma no se deroga, sino que se anula, se abroga, se casa (que no es lo mismo que derogarla) por un órgano distinto, hay en acción un poder negativo que en sentido figurado llama Kelsen «legislador negativo».

37 M. CASTELLI, *In tema di destabilizzazione*, en *Aggiornamenti Sociali*, aprile 1981, 282-283 (trad. C.R. C.).

38 G. GROSSO, *Il diritto di sciopero e l'intercessio dei tribuni della plebe*, estratto dalla *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Milano 1953, 3-7.

39 P. CATALANO, voz *Poder negativo*, en *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. LIX, Sao Paulo 1981, 153 (trad. C.R. C.).

40 Por caso en la Argentina, la Auditoría General de la Nación.

censura política «difusa», es decir la que ejercen órganos políticos no especializados en la defensa constitucional derivados de la división de poderes o de la del poder judicial o «concentrada», cuando el ordenamiento jurídico ha previsto un organismo específico de control. El ejercicio del «poder negativo» en forma directa se expresa a través de la huelga. Ejercido en forma indirecta, a través una institución (éforos, Tribuno de la plebe, Defensor del Pueblo).

El reconocimiento del «poder negativo» convierte al Defensor del Pueblo en la voz y el instrumento de reclamo de las personas, de grupos (o de una «clase» de grupos), y en su caso de la sociedad. Cabe recordar la definición que trae Lobrano del historiador romano Eutropio: «El pueblo romano creó los tribunos de la plebe como sus propios jueces y defensores, a través de los cuales puede ser protegido contra el senado y contra los cónsules»⁴¹. Obsérvese como se difuma la idea fideicomisaria o de mandato legislativo del *Ombudsman*, y se empieza a develar la esquizofrénica contradicción que advertía el constitucionalista valenciano Antonio Colomer entre lo que puede el *Defensor del Pueblo*, con relación al parlamento que lo designa⁴².

Esta interpretación de la proyección del Tribunado hasta nuestros días, muestra un importante recorrido que pasando por Maquiavelo, Mariana, Althusius, los monarcómacos calvinistas, Spinoza, y Fichte, tiene su más alta expresión en Rousseau, cuando en el libro IV del Contrato Social, se ocupa de las instituciones públicas romanas. En el capítulo 5, referido específicamente al Tribunado, se hallan las más concretas referencias al moderno Defensor del Pueblo.

5. Explicación de los postulados

El Defensor del Pueblo encuentra su razón de ser en estos tres postulados —de intensa relación con del Derecho romano—, que hemos formulado breve-

41 G. LOBRANO, *Dal "Defensor del Pueblo" al Tribuno della Plebe: ritorno al futuro*, en "Da Roma a Roma". *Dal Tribuno della Plebe al Difensore del Popolo. Dallo Jus Gentium al Tribunale Penale Internazionale*, edición a cargo de P. Catalano, G. Lobrano y S. Schipani, Roma 2002, 79 (trad. C.R. C.).

42 "Otro problema. . . es la deriva un tanto esquizofrénica de la naturaleza de nuestro Defensor que en su origen es Comisionado de las Cortes Generales y, por otro, puede recurrir las leyes emanadas de tales Cortes. Ciertamente es que el artículo 6 de la Ley Orgánica del Defensor señala que no está sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna autoridad. Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio" (A. COLOMER VIADEL, *El Defensor del Pueblo entre el Tribuno de la Plebe y el Poder Negativo*, en *Regenerar la Política*, coord. por A. Colomer Viadel, Valencia 2008, 135).

mente: a) defensa de derechos concretos, b) ciudadanía y c) poder negativo.

El Defensor del Pueblo actúa sobre la realidad, tratando casos particulares y colectivos, pudiendo proceder con informalidad. Su misión es cuidar que se cumpla la ley, pero nada le impide ir contra ella cuando el caso en justicia así lo requiera. Su visión del derecho debe ser concreta; no debe olvidar que su objeto son los derechos humanos, que no dependen del reconocimiento del derecho positivo del Estado, sino que son inherentes a la persona humana y que se homologan a través de su aceptación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No es un magistrado neutral; tiene un directo compromiso con las personas que acuden a su protección y debe encarar la solución del caso a partir del reconocimiento de la situación de vulnerabilidad en que se suelen hallar. Es independiente de todo, hasta de ser abogado. Como dice Gordillo:

No es una función concebida para un abogado en cuanto profesional del derecho, sin perjuicio de que puede serlo un abogado, sino para un político independiente, o una persona independiente con vocación política, en el sentido arquitectónico y constructivo, de alguien que se ocupa de mejorar el manejo de la cosa pública sin perseguir ni defender intereses sectoriales determinados, sino la defensa de todos los derechos individuales desconocidos por el obrar administrativo⁴³.

En conclusión, su acción no se subordina a una teoría general que le fije otro marco y curso de acción que no sea el de la protección de los derechos humanos. Sus competencias no la determina la ley sino las necesidades sociales.

La protección de los derechos humanos está incardinada en el rango de la ciudadanía. Allí donde no se construye una ciudadanía inclusiva, no hay derechos humanos. El Defensor del Pueblo es el garante de la construcción de esa ciudadanía; todas sus actuaciones, cualquiera fuera su origen, deben tender a generar un tejido de protección, en el sentido más preciso, para asegurar ciudadanía con igualdad y reconocimiento de diferencias.

El Defensor del Pueblo latinoamericano, ha propiciado con su acción, la consagración de instrumentos impeditivos, propios del ejercicio de un «poder negativo». Ello sin dejar de reconocer los avances en igual sentido producidos en Europa del oeste en los estatutos orgánicos de esta institución y en modo especial la norma consagrada para dotar al *Sindic de Greuges* en Cataluña un verdadero poder impeditivo.

En América Latina, los defensores del pueblo tienen legitimación procesal activa a través de recursos de amparo e inconstitucionalidad que operan contra leyes, decretos o reglamentos en tanto sean violatorios de los dere-

43 A. GORDILLO, *Derechos Humanos* (1990), Buenos Aires 1999, VIII, 27.

chos fundamentales. En Ecuador, el Defensor del Pueblo está autorizado por la Constitución a dictar normas precautelares ejerciendo de ese modo un poder negativo frente al gobierno.

Ha dicho Pierangelo Catalano:

La distinción entre poder de creación y aplicación del derecho («positivo») y poder impeditivo («negativo») no es para confundir con la reciente doctrina que distingue entre el poder de gobernar que incluye el de legislar (que corresponde a la mayoría), y el poder de controlar que corresponde a la oposición. Está claro en efecto que el «poder impeditivo» no pertenece a una minoría sino a la mayoría, cuya voluntad sin embargo, se expresa en forma diversa de aquella propia de la tradición decimonónica del «poder positivo». En otras palabras, se trata de una forma diversa de ejercitar la soberanía por parte del pueblo: poder para poner en tela de juicio el ordenamiento jurídico (salvo principios fundamentales de la Constitución republicana), impidiendo su aplicación. . . Las nuevas formas de «poder impeditivo» deberían servir esencialmente a la «tutela de voluntad individual» y a la «organización de los consensos», que, como se ha dicho justamente, son los elementos de los cuales necesita la sociedad industrial para darse estructuras más humanas y huir de ese modo de la tentación totalitaria que la amenaza⁴⁴.

6. Conclusión y homenaje al egregio profesor Giuseppe Grosso

Este opúsculo procura demostrar la necesidad de afirmar un perfil del Defensor del Pueblo en América Latina. Las particularidades de nuestra región y el modelo ibérico que se siguió para establecerlo, impone avanzar en su comprensión y en la reformulación de sus mandatos y competencias. Demostrar sus raíces romanísticas no es un argumento histórico; es la cien-

44 P. CATALANO, «Potere negativo» e sovranità popolare, en *Convegno di Studio della D. C., Lucca 28-30 aprile 1967*, 5 y 7 (trad. C.R. C.). Esta transcripción es una expresiva síntesis del tema largamente desarrollado por el ilustre profesor de *La Sapienza*. Ver sobre este tema: P. CATALANO, *Diritti di libertà e potere negativo*, en *Note per l'interpretazione dell'art. 40 della Costituzione nella prospettiva storica*, Modena 1972, 321-427. P. CATALANO, voz *Poder negativo*, en *Enciclopedia Saraiva do Direito*, vol. LIX, Sao Paulo 1981, 147. P. CATALANO, *Un concepto olvidado. "Poder negativo"*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 80.3, 1980, 231-248. P. CATALANO, *Sovranità della Multitudo e Potere Negativo: Un aggiornamento*, en *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino 2005, 641-661. También mi modesta contribución: C.R. CONSTENLA, *No quedó en el olvido*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (IIIª época) 1, enero-marzo 2014, 7-18. E mi caso más desarrollado en C.R. CONSTENLA, *Teoría y Práctica del Defensor del Pueblo*, Madrid-Buenos Aires-Bogotá-México 2010.

tífica referencia a una identidad específica, que pasando sobre los esquemas de la legalidad positiva, sirva para alcanzar los objetivos que justificaron su creación. No será en los moldes del sistema institucional liberal del siglo XIX en los que hallaremos respuesta a sus posibilidades y exigencias. A ello se llegará cuando realmente asumamos que es imperativo hacer un sistema de garantías más seguro, sobre nuevas bases y cuando convirtamos la proclamada participación popular, en una realidad política concreta. Así estaremos en condiciones de afirmar que el Defensor del Pueblo puede cumplir en plenitud su misión. Debemos encontrar sus referencias conceptuales: un derecho concreto: no abstracto; una ciudadanía inclusiva e igualitaria con respeto por las diferencias; y un poder impeditivo («negativo») que limite el poder. Que las hallemos en el Derecho romano no es sino aceptar la supremacía milenaria que la historia le ha reconocido.

En *De legibus*, se registra el diálogo de Cicerón con su hermano Quinto en torno a la validez del Tribunado. Ambos son conservadores, pero la aguda inteligencia de Marco Tulio prevalece, dando luz a la incomprensión de su hermano Quinto que desaprobaba que Pompeyo le hubiera devuelto la fuerza e iniciativa al tribunado. Cicerón le contesta que el pueblo que había creado el Tribunado sin conocerlo, no podía ciertamente ser privado de él, ahora que la conocía. Giuseppe Grosso, en cuyo homenaje nos honramos en dedicar estas jornadas, glosando el episodio deduce «*C'è dunque il fondamentale riconoscimento del tribunato come interprete delle aspirazioni popolari nei confronti della classe dirigente. Posizione inevitabile per l'armonizzazione secondo il conservatore moderato (nec perniciosam), posizione di lotta per l'uomo di parte*»⁴⁵.

45 G. GROSSO, *Tribunato. Appunti sulla valutazione del tribunato della plebe nella tradizione storiografica conservatrice* en *Index* 7, 1977, 160-161 (*Es por lo tanto fundamental el reconocimiento del tribunado como intérprete de las aspiraciones populares frente a la clase dirigente. Posición que será a favor de la armonización según el conservadorismo moderado; posición que será de lucha para el hombre de partido* [trad. C.R. C.]).

GIOVANNI LOBRANO

Università di Sassari

«Mezzi per la difesa della libertà» e «forme di governo»

1. Bisogno della difesa della libertà nelle organizzazioni umane. – 2. Dialettica pre-contemporanea tra due mezzi per la difesa della libertà: conseguenza della dialettica tra due forme di governo. – 2.1. *Due mezzi per la difesa della libertà: equilibrio dei poteri contro tribunato.* – 2.2. *Due forme di governo, ovverosia di volizione: rappresentanza contro partecipazione.* – 3. Rappresentanza ed equilibrio dei poteri. – 3.1. *Centralismo e sostituzione feudale di volontà.* – 3.2. *Equilibrio dei poteri.* – 3.3. *Sviluppo statale-“federalist”.* – 4. Partecipazione e tribunato. – 4.1. *Democrazia e cooperazione repubblicana di volontà.* – 4.2. *Tribunato.* – 4.3. *Sviluppo civico-imperiale.* – 5. Cancellazione contemporanea della dialettica giuridica ... – 5.1. *Sovra-scrittura pandettistica della forma di governo statale-rappresentativa su quella civica-partecipativa.* – 5.2. *Consequente «dimenticanza» (della specificità) del tribunato.* – 5.3. *Consequente «dimenticanza» delle Assemblee provinciali di città.* – 6. ... ed esigenza attuale di ripristinarla: l'esempio italiano.

1. Bisogno della difesa della libertà nelle organizzazioni umane

La libertà è diritto naturale degli uomini, da sempre offeso nelle organizzazioni umane¹, e, pertanto, da sempre in esse bisognoso di difesa.

1 Ulp. *D.* 1.1.4 [*servitus e manumissio*] *a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita [...]* Et cum uno naturali nomine homines appellaremur [...]; Flor. *D.* 1.5.4 pr. *Libertas est naturalis facultas [...]* e 1 *Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur.*

Il riconoscimento della necessità di appositi istituti “per la difesa della libertà”², nelle molteplici organizzazioni collettive in particolare “pubbliche”³, e l’impegno alla loro realizzazione sono presenti lungo tutto il corso della ampia e composita esperienza politica-giuridica, la quale va dal cosiddetto ‘mondo antico’ greco-romano, formatosi nella confluenza mediterranea di Africa, Asia ed Europa, sino ai giorni nostri, investendo – nel corso dei secoli – la totalità dei Continenti e raccogliendo – in un comune alveo – manifestazioni del medesimo riconoscimento e impegno, anche provenienti da altre esperienze⁴.

Nella storia politica-giuridica a noi più nota, il primo istituto per la difesa della libertà è individuato nella ‘magistratura’ degli έφοροι, introdotta durante l’VIII secolo a.C. nella πολιτεία di Sparta⁵.

La πολιτεία è (come tralatziamente traduciamo) la “forma di governo”⁶ qua-

Cfr. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, 1.1 «L’homme est né libre, et partout il est dans les fers».

2 La espressione è di Robespierre nel proprio *Discours sur la constitution*, del 10 maggio 1793; vedi, *infra*, § 2.a.

3 Ma non solo. Si pensi ai “sindaci” delle “società” (si veda, ad. es. il *Codice civile* italiano, libro quinto. “Del lavoro”, titolo quinto. “Delle società”, capo quinto. “Società per azioni”, sezione sesta-bis. “Dell’amministrazione e del controllo”, paragrafo tre. “Del collegio sindacale”, articoli 2397-2409, e sezione nona. “Del bilancio”, articolo 2429). Anche sul ruolo e sulla natura di questi “sindaci” influisce la “forma di governo” nella quale essi sono inseriti; cfr. G. LOBRANO – P.P. ONIDA, *Rappresentanza o/e partecipazione. Formazione della volontà «per» o/e «per mezzo di» altri. Nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo*, in *Diritto@Storia* 14, 2016, nt. 22 (ora in corso di pubblicazione, con integrazioni e tradotto in lingua spagnola, *Representación o participación. Formación de la voluntad «por» o «por medio de» otros. En relaciones individuales y colectivas, de derecho privado y público, romano y positivo*, in *Roma e America* 37, 2016).

4 Una panoramica in C.R. CONSTENLA, *Teoría y práctica del Defensor del Pueblo*, Bogotá – México, D.F. – Madrid – Buenos Aires 2010, cap. primo.

5 Lo rammentano Erodoto, Senofonte, Platone, Aristotele e Plutarco seppure con oscillazioni sul nome dell’ideatore: Licurgo (secondo Erodoto, 1.65, e Senofonte, *La repubblica degli Spartani*, 11.2) oppure Teopompo (secondo Aristotele, *Politica*, 5.1313a.26, e Plutarco, *Licurgo*, 7.1) mentre oscilla tra le due tradizioni Platone (*Leggi*, 692a e *Lettere*, VIII). I cinque efori erano una delle quattro principali istituzioni pubbliche di quella πόλις, assieme alla assemblea dei cittadini maschi adulti [ἀπέλλα], al senato [γερουσία] composto da ventotto anziani [γέροντες] e ai due ‘re’ [ἄρχηγέτας]. Gli efori avevano il compito di controllare ed eventualmente sanzionare l’operato dei ‘re’ (L. PARETI, *Origini e sviluppo dell’Eforato spartano*, 1910, quindi in ID., *Studi minori di Storia antica. I. Preistoria e storia antica*, Roma 1958, 1001 ss. e ancora ID., “Efori” in *Enciclopedia Italiana*, XIII, 520 ss.).

6 Avrei preferito usare la espressione “forma di sovranità” (in considerazione specialmente della impostazione rousseauiana: vedi, *infra*, nt. 32). Tuttavia, in obbedienza alle

lificata (come sopra tutti spiega Erodoto, *Storie*, 3.80-83) dal regime volitivo: a seconda, cioè, che vi sia determinante la volontà dell'uno, dei pochi o dei molti.

2. Dialettica pre-contemporanea tra due mezzi per la difesa della libertà: conseguenza della dialettica tra due forme di governo

2.1. Due mezzi per la difesa della libertà: equilibrio dei poteri contro tribunato

Dall'VIII secolo a.C. sino ai giorni nostri, per la difesa della libertà nelle organizzazioni collettive, è stata prodotta una serie relativamente numerosa di istituti o anche soltanto di proposte di istituti⁷.

Il metodo per evitare una visione disorientata e – quindi – erratica di tale serie di istituti è quello *dialettico*, proprio del pensiero scientifico del Settecento, applicato, in particolare, alle discipline giuridiche-storiche e, ulteriormente in particolare, proprio alla materia della “libertà”. Durante il Settecento è, infatti, prodotto e rigorosamente adoperato un generale schema interpretativo, mediante il quale è individuata e descritta la contrapposizione tra *due* macro-tipi di tali istituti.

La individuazione dei due ‘macro-tipi’ non è, tuttavia, una invenzione settesca. La troviamo già – seppure non in termini di contrapposizione – nel pensiero di Jehan Cauvin (*Institution chrétienne*, 1536) il quale menziona «pour la défense du peuple, pour refréner la trop grande cupidité et licence des rois»: sia i «magistrats» come «anciennement les Lacédémoniens avaient ceux qu'ils appelaient *éphores*, et les Romains leurs défenseurs populaires, et les Athéniens leurs *démarques*», sia gli, a lui coevi, «trois états

regole della semantica, ricorro alla espressione “forma di governo”, la quale resta di uso corrente per indicare le πολιτείας e il λόγος connesso (vedi, esemplarmente, M. LUCIANI, voce *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. III, Milano 2010, § 2 “La forma di governo nella dottrina”, 541 ss.). Tale uso può dipendere, ora, anche dalla tendenza a evitare la categoria di ‘sovranità’ per una sua pretesa funzionalità alle nozioni di “Stato” e di “rappresentanza politica” (tra i critici dell’uso della categoria sovranità si veda, ad es., G. DUSO, *Genesi e logica della rappresentanza moderna*, in ID., *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano 2002, 55 ss.; contro, ancora ad es., A. CATANIA, *Hobbes e il diritto moderno*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 26.2, 1996, 269 ss., il quale sottolinea la necessità – per la comprensione delle logiche e dinamiche moderne del diritto – della attenzione alla specificità del pensiero di Hobbes precisamente in materia di sovranità, di cui è manifestazione esemplare il confronto tra Carl Schmitt e Hans Kelsen).

7 Si veda ancora C.R. CONSTENLA, *Teoría cit.*, in part. cap. primo, §§. II e III, entrambi sulla “Limitación de poder”.

quand ils sont assemblés»⁸.

La contrapposizione è, invece, presente – ma, ancora, soltanto *in fieri* e non priva di qualche aporia – presso Montesquieu (*De l'esprit des loix*, 1748). Questi, infatti, invertendo l'ordine di Cauvin, evoca contestualmente sia la «séparation» ovvero «distribution» dei «trois pouvoirs» sia la «puissance des tribuns de Rome»: da un lato, individuando proprio in questa seconda la «faculté d'empêcher»⁹ con la quale mettere in relazione («balance» ovvero, come dirà Robespierre, «équilibre») quei “tre poteri”, ma, da altro lato, criticandone come «vicieuse»¹⁰ la applicazione da parte degli «anciens» i quali «ne connaissaient pas la distribution des trois pouvoirs»¹¹.

La contrapposizione è affermata pienamente e coerentemente da Jean-Jacques Rousseau (*Du contrat social*, 1762, e *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, 1782). Rousseau contrappone «division du gouvernement» e appositi «magistrats» (i «tribuns») attribuendo il primo istituto (che egli critica duramente) ai «modernes» e il secondo agli «anciens» (i quali, come egli scrive, benché non conoscessero l'«expédient» della “divisione del governo”, sapevano «mieux que nous comment se maintient la liberté») ¹².

8 *Institution chrétienne*, IV, cap. XX, § 25.

9 *EdL*, libro 11 “Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution”, cap. 6 “De la constitution d'Angleterre”: «J'appelle faculté de statuer, le droit d'ordonner par soi-même, ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre. J'appelle faculté d'empêcher, le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre; ce qui était la puissance des tribuns de Rome» (*EdL*, 11.6).

10 *EdL*, loc. ult. cit.

11 *EdL*, ancora libro 11, cap. 9 “Manière de penser d'Aristote”. Montesquieu proietta sulla “antichità” anche la distinzione dei «trois pouvoirs», denunziandone però la unione nelle mani di uno solo o di un solo “corpo di uomini”: sempre libro 11 ma cap. 11 “Des rois des temps héroïques chez les grecs” «Les Grecs n'imaginèrent point la vraie distribution des trois pouvoirs dans le gouvernement d'un seul; ils ne l'imaginèrent que dans le gouvernement de plusieurs, et ils appelèrent cette sorte de constitution, police»; cap. 12 “Du gouvernement des rois de Rome et comment les trois pouvoirs y furent distribués” «Il [Tarquin] aurait réuni les trois pouvoirs dans sa personne, mais le peuple se souvint un moment qu'il était législateur, et Tarquin ne fut plus.»; cap. 14 “Comment la distribution des trois pouvoirs commença à changer après l'expulsion des rois” «À Rome, le peuple ayant la plus grande partie de la puissance législative, une partie de la puissance exécutive, et une partie de la puissance de juger, c'était un grand pouvoir qu'il fallait balancer par un autre. [...] Ils choquèrent donc la liberté de la constitution, pour favoriser la liberté du citoyen; mais celle-ci se perdit avec celle-là».

12 In *CS*, 3.7 “Des gouvernements mixtes”, Rousseau oppone la «division du gouvernement» ai «magistrats intermédiaires»; nelle *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, 1782, § 7. “Moyens de maintenir la constitution”, egli fa altrettanto: «L'invention

La contrapposizione raggiunge la maturità della formulazione sintetica in un luogo e in un momento di grandi accelerazione, intensità e drammaticità del pensiero e della azione ovvero della teoria e della prassi politiche-giuridiche: in Parigi, alla Convenzione Nazionale, nel 1793. Il convenzionale Maximilien Robespierre, nel proprio discorso di presentazione del progetto ‘giacobino’ di Costituzione (il 10 maggio) dice ai rivoluzionari costituenti: «Jusqu’ici les politiques qui ont semblé vouloir faire quelque effort, moins pour défendre la liberté que pour modifier la tyrannie, n’ont pu imaginer que deux moyens de parvenir à ce but; l’un est l’équilibre des pouvoirs, et l’autre le tribunal.»

La contrapposizione settecentesca è stata fatta oggetto di studio nei primi anni ’70 del secolo scorso, individuandosene i termini «ultimi», da una parte, nella «divisione dei poteri [...] che fa capo al Montesquieu» e, dall’altra parte, nel «potere negativo» di cui, attribuendolo ai tribuni romani, scrive Johann Gottlieb Fichte (*Grundlage des Naturrechts*, 1796)¹³. Peraltro, trenta anni prima di Fichte, utilizzava la categoria di «negative power», a proposito del potere tribunizio romano, il più importante giurista britannico, nonché discepolo di Montesquieu, Sir William Blackstone, nei suoi *Commentaries on the Laws of England*, 1765, Introduction, Section II “Of the Nature of Laws in general” e Book 1 “Rights of Persons”, Chapter II “Of the Parliament”, in part. nt. 16. Nel secolo successivo, il ricorso anglosassone a questo uso della categoria di “potere negativo” è fortemente ribadito da John Caldwell Calhoun. Calhoun (giurista [avvocato] e statista di primissimo piano nella storia degli Stati Uniti d’America tra il 1810 [era nato nel 1782] e il 1850

de cette division par Chambres ou départements est moderne. Les anciens, qui savaient mieux que nous comment se maintient la liberté, ne connurent point cet expédient. Le Sénat de Rome gouvernait la moitié du monde connu, & n’avait pas même l’idée de ces partages. Ce Sénat cependant ne parvint jamais à opprimer la puissance législative, quoique les sénateurs fussent à vie. Mais les lois avaient des Censeurs, le peuple avait des Tribuns, & le Sénat n’étaisait, pas les Consuls».

13 P. CATALANO, *Tribunato e resistenza cit.*, § “Prospettiva ultima: divisione del potere e ‘potere negativo’”, 116-125; cfr. § I. “«Tribunato»: ispirazione machiavelliana” (35-47), § V. “Jean Jacques Rousseau di fronte a Montesquieu” (59-62) e § IX. “Johann Gottlieb Fichte” (90-93). Catalano fa riferimento alla dottrina di Johann Gottlieb Fichte, esposta nei *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, Iena und Leipzig 1796, citati però nella ed. Berlin 1845 = *Sammliche Werke*, vol. III. Catalano (osservando come lo stesso Fichte [*Grundlage cit.*, 171 n.] affermi essere i «Volkstribunen in der römischen Republik» la istituzione storica più vicina alla propria idea di «absolut negative Macht») individua la derivazione di tale dottrina dal pensiero rousseauiano: «è nel *Contrat social* la più diretta ispirazione» (*Tribunato cit.*, 91 s.) Per una messa a punto recente, da parte di Catalano, sulla nozione di “potere negativo” si veda, la sua *Postilla al «Promemoria»*, in *Diritto@Storia* 6, 2007.

[anno della sua morte], esponente degli Stati ‘schiavisti’ del Sud) ricorre a tale categoria nei suoi scritti teorici più importanti¹⁴.

L’elemento sul quale coincidono tutte queste espressioni della ‘contrapposizione’ di “mezzi per la difesa della libertà”, è la rispettiva attribuzione di un “mezzo” alla dottrina e alla prassi “antiche”, in particolare a quelle romane, seppure modernamente interpretate (tribunato e/o potere negativo) e dell’altro “mezzo” alla dottrina e alla prassi (medievali-)“moderne”, in particolare, a quelle inglesi (separazione/divisione e/o bilanciamento/equilibrio dei poteri)¹⁵.

14 *A Disquisition on Government* e *A Discourse on the Constitution and Government of the United States* (composti tra il 1848 e il 1850, pubblicati postumi in ID., *The Works*, a cura di R. Crallé, vol. I, Columbia S.C. 1851; quindi a cura e con una “Introduction” di C.G. Post, come *A Disquisition on Government an selection from the ‘Discourse’*, New York 1953, e, in italiano, a cura e con una “Introduzione” di M. Surdi, come *Disquisizione sul governo e discorso sulla costituzione degli Stati Uniti*, Roma 1986). Sul “potere negativo” in Blackstone e Calhoun, vedi G. LOBRANO, *Res publica res populi*, Torino 1996, 298 e 321 ss., e, per la bibliografia aggiornata sul pensiero costituzionale di Calhoun, vedi L.M. BASSANI, *Stati e Costituzione: il federalismo autentico di John C. Calhoun (1782-1850)*, in *Eunomia. Rivista semestrale di Storia e Politica Internazionali* (n.s.) 4.1, 2015, 291-318, cui occorre aggiungere quanto meno M. FRANKLIN, *Roman Origin and the American Justification of the Tribunitial or Veto Power in the Charter of the United Nations*, in *Tul. L. Rev.* 24, 1947-1948. In proposito vedi G. LOBRANO, *Del Tribuno de la plebe al Defensor del pueblo. Regreso al futuro*, 2002, ora in *II. Seminario en el Caribe Derecho Romano y Latinidad: Identidad e Integración Latinoamericana y Caribeña – Memorias – ‘Patria es humanidad’, José Martí [atti del convegno La Habana, 12 al 14 de febrero de 2004 – edición por Facoltà di Giurisprudenza della Università di Sassari, Italia – Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México – Universidad de Pinar del Río, Cuba]*, a cura di P.P. Onida-E. Valdés Lobán, Sassari 2007, 267-316, e in *Defensorias del pueblo y Ouvidorias en Iberoamérica. Nuevos conceptos y perspectivas*, a cura di C.R. Constenla-R.P. Lyra, João Pessoa 2012, 67-108.

15 Alla dottrina storica e politologica – particolarmente a quella “dix-huitièmiste” – è ben nota la attenzione settecentesca per la storia e le istituzioni antiche, soprattutto romane, in contrapposizione a quelle moderne. Però, tali attenzione e contrapposizione sono di norma scambiate per forme retoriche, prive di sostanza. In questo senso vedi, recentemente ed esemplarmente, J. BOUINEAU, *Les toges du pouvoir, ou la révolution de droit antique (1789-1799)*, Toulouse 1986, ove – appunto – i riferimenti alle istituzioni antiche sono giudicati orpelli (“toges”) su un potere sempre uguale a se stesso. Nel Seminario *Jean-Jacques Rousseau, Du contrat social, 1762: il “principio” della democrazia* (Università di Sassari, 20-21 settembre 2010) la prima relazione (di Alberto Postigliola, Società Italiana di Studi sul secolo XVII) è ancora stata “Solo una digressione per étoffer il IV libro? Ancora su Roma nel Contrat social”. La relazione non è stata pubblicata negli atti del Seminario (G. LOBRANO, P.P. ONIDA [a cura di], *Il principio della democrazia: Jean-Jacques Rousseau, Du contrat social (1762)*, Napoli 2012).

In effetti, la *dottrina della necessità* del mezzo per la difesa della libertà “tribunato” era apparsa, con Cicerone alla metà del secolo I a.C., in Roma, nel corso del travaglio ‘sociale’ e del lavoro scientifico per lo sviluppo imperiale della repubblica¹⁶; la *dottrina della necessità* del mezzo per la difesa della libertà “separazione dei poteri” appare, invece, con Montesquieu alla metà del secolo XVIII, in Francia, nel corso del travaglio ‘sociale’ e del lavoro scientifico per la creazione del ‘nouveau régime’ “costituzionale”¹⁷. Con una notevole simmetria o specularità, come, nel proprio trattato sulle leggi (*de legibus*, 52 a.C.)¹⁸, Cicerone aveva affermato – drammaticamente – che se un solo magistrato comanda su tutti gli altri «*non posse hunc incommutabilem rei publicae conservari statum*»¹⁹, così, nel proprio trattato sulle leggi, Montesquieu afferma – drammaticamente – che, se lo stesso uomo o lo stesso “corpo” sociale esercitano tutti i (tre) poteri «*tout serait perdu*»²⁰.

16 Sull’impero come ‘perfezionamento’ della repubblica: vedi G. LOBRANO, *Res publica. Sui libri 21-45 di Tito Livio*, in *Roma e America* 36, 2015, § II.2.C.C. “Le diverse soluzioni, greca e romana, del problema di fare convivere la piccola dimensione della comunità cittadina e la grande dimensione organizzativa: il perfezionamento ‘imperiale’ della repubblica”.

17 Per l’uso della espressione «nouveau régime» à proposito della Costituzione, vedi *Révolution Française. Table alphabétique du Moniteur de 1787 jusqu’à l’an 8, de la République (1799)*, tom. IV, *Titre des matières*, Paris An X de la République Française [1802], voce *Constitution*, 81.

18 Scritto, dal punto di vista cronologico, almeno parzialmente in parallelo con il trattato *de republica* (54-51 a.C) nel quale troviamo la prima teoria del principato: *rep.* 5.5 e 6.13.

19 Perché resta, nella sostanza, la opposta istituzione regia: *leg.*, 3.15 s. *nomen tantum videtur regis repudiatum, res manebit si unus omnibus reliquis magistratibus imperabit. Quare nec ephori Lacedaemone sine causa a Theopompo oppositi regibus, nec apud nos consulibus tribuni; rep.* 2.57 s. *Sed id quod fieri natura rerum ipsa cogeat, ut plusculum sibi iuris populus adscisceret liberatus a regibus, non longo intervallo, sexto decimo fere anno, Postumo Cominio Sp. Cassio consulibus consecutus est; in quo defuit fortasse ratio, sed tamen vincit ipsa rerum publicarum natura saepe rationem. id enim tenetote quod initio dixi, nisi aequalis haec in civitate compensatio sit et iuris et officii et muneris, ut et potestatis satis in magistratibus et auctoritatis in principum consilio et libertatis in populo sit, non posse hunc incommutabilem rei publicae conservari statum. (58) nam cum esset ex aere alieno commota civitas, plebs montem sacrum prius, deinde Aventinum occupavit. ac ne Lycurgi quidem disciplina genuit illos in hominibus Graecis frenos; nam etiam Sparta regnante Theopompo sunt item quinque illi quos ephoros appellant, in Creta autem decem, qui cosmoe vocantur; ut contra consulare imperium tribuni plebis, sic illi contra vim regiam constituti.*

20 *EdL*, 11.6 «Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs [...] Il n’y a point [...] de liberté si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législative et de l’exécutrice. [...] Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs». Nel preambolo (“Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen”) alla prima Costituzione francese, di netta ispirazione monte-

La contrapposizione sostanziale tra le due dottrine – al di là della ovvia differenza ‘materiale’ tra i due istituti, così indicati – è immediatamente evidenziata dal rispettivo rapporto di questi con l’archetipo dell’Eforato, indicato da Cicerone elogiativamente, come il precedente del tribunato, e che Montesquieu indica criticamente, come l’istituto di cui la separazione dei poteri offre la alternativa²¹.

2.2. Due forme di governo, ovvero sia di volizione: rappresentanza contro partecipazione

La individuazione della contrapposizione tra i due (macro-tipi di) “mezzi per la difesa della libertà” è punto di partenza – *principium* – per la comprensione della questione (domanda e risposte) della “difesa della libertà”; le cui risposte sono ancora troppo sovente ridotte – per debolezza della memoria scientifica contemporanea –²² alla sola “divisione [o “separazione”] dei poteri”²³.

Per avanzare, ora, in misura e maniera consistenti in tale comprensione, è necessario ampliare l’orizzonte dell’esame storico-giuridico alle corrispondenti “forme di governo”, per le quali quei mezzi sono pensati e fuori delle quali essi perdono il proprio senso.

A compiere questo ulteriore esame ci obbligano ugualmente la logica giuridica e la osservazione storica.

squieuiana, è scritto (Art. 16.) «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution».

21 Montesquieu (sempre in *EdL*, 11.6) scrive che la «distribution des trois pouvoirs» è «le seul moyen conforme à la raison, de suppléer à la tyrannique magistrature des éphores, & aux inquisiteurs de Venise, qui sont aussi despotiques».

22 Sulla “dimenticanza” del “potere negativo” ha richiamato l’attenzione Pierangelo Catalano: *Un concepto olvidado. «Poder negativo»*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (segunda época) 80.3, 1980, 233 e in AA.VV., *Costituzionalismo latino*, vol. I, [= *Progetto Italia-America Latina. Ricerche giuridiche e politiche, Materiali*, IX/1], Sassari s.d., 40 ss.; cfr., *supra*, nt. 13.

La dimenticanza scientifica contemporanea nei confronti degli istituti giuridici romani non è circoscritta al mezzo antico per la difesa della libertà. Essa, come vedremo, è stata denunciata anche a proposito dei Concili provinciali di città (vedi, *infra*, § 5.c) e, più in generale, concerne (anzi colpisce per prima) la forma di governo antica (vedi, *infra*, § 5.a).

23 «È certo però che ogni qual volta il criticato principio di separazione è stato radicalmente eliminato, anche se con opposte intenzioni (Stati autoritari di tipo fascista, Stati del socialismo cosiddetto reale, ecc.) i risultati non sono stati molto incoraggianti. Ed ogni volta, dall’interno o dall’esterno si è invocato il ritorno alle vecchie garanzie che rappresentano il nucleo invariato del principio» (G. SILVESTRI, voce *Poteri dello Stato (divisione dei poteri)*, in *Enciclopedia del diritto*⁸, vol. XXXIV, Varese 1985).

Lo stesso pensiero scientifico dialettico del Settecento, che contrappone i due macro-tipi di mezzi per la difesa della libertà, colloca questa contrapposizione all'interno di quella tra altrettanti macro-tipi di forme di governo, per i quali anche vale l'alternativo riferimento alla antichità o alla modernità. Lo stesso autore contemporaneo, il quale ha richiamato la attenzione scientifica sulla contrapposizione settecentesca tra due mezzi per la difesa della libertà, lo ha fatto anche per la contrapposizione settecentesca tra due forme di governo²⁴.

La interpretazione degli istituti per la difesa della libertà, isolati dai contesti delle rispettive forme di governo, è particolarmente pericolosa per la comprensione scientifica del tribunato e per la gestione *de iure condito* e *de iure condendo* di aspiranti tribunati. La “separazione dei tre poteri” è – per così dire – scolpita sulla stessa forma di governo, cui inerisce²⁵. Non è così la magistratura del tribunato, il quale si presta – quindi – ad essere pensato ‘in sé’ e – per tanto – come istituto inseribile in (ovvero buono per) ogni

24 P. CATALANO, *Constitutionnalisme latin et constitution de la République romaine de 1848 (à propos du droit public romain du tribunat)*, in L. REVERSO (sous la direction de), *Constitutions, républiques, mémoires. 1849 entre Rome et la France*, Paris 2011, 31: «On oublie facilement que les modèles constitutionnels tracés par ces deux auteurs de langue française [*scl.* Montesquieu e Rousseau] sont opposés entre eux et déterminent deux lignes de pensée politique et juridique qui sont en conflit parfois violent entre elles, notamment pendant la Révolution française: la ligne de pensée girondine et libérale contre la ligne jacobine et démocratique». Discriminante tra le «deux lignes» è, sempre secondo Catalano, la concezione del popolo: “concreta” e “romana” quella “democratica”, “astratta” e “moderna” quella “liberale” (vedi ID., *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974, in part. § I.IV.A “Magistrat’ e ‘Volk’ nel pensiero del Mommsen, e gli sviluppi della visione dello «Stato astratto»”; ID., *Diritto e persone*, vol. I, Torino 1990, in part. il cap. V. “Alle radici del problema delle persone giuridiche”).

La attenzione di Catalano per la dialettica settecentesca si fonda – a mio avviso – nella preferenza già tributata dallo stesso autore alla categoria di “sistema” rispetto alla categoria di “ordinamento” per la interpretazione del Diritto romano: ID., *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino 1965, 30 ss., in part. 37 nt. 75; quindi ribadita: ID., *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia*, in *ANRW – Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, vol. II.16.1, Berlin-New York 1978, 445 s.; ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino 1990, 57. Al contrario di quanto potrebbe apparire, infatti, è proprio la concezione sistemica del Diritto romano che consente a Catalano di prendere distanza da scelte capitali della dottrina pandettistica, il cui testo-chiave è il *System des heutigen römischen Rechts* di Friedrich Carl von Savigny (vedi, *infra*, ntt. 87 e 124-130).

25 Per lo stato (a mio avviso largamente insoddisfacente) della riflessione, si può vedere, J.-P. DUPRAT, *Le législateur et le juge*, in AA.VV., *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Aix en Provence 2003 (digitalizzato dal 2015) § I “Représentation et séparation des pouvoirs: le fondement de la subordination du juge au législateur”.

contesto. È però un errore e una illusione. La lezione che ci viene dai suoi massimi teorici, a iniziare da Cicerone, è un'altra.

Cicerone – lo abbiamo visto – non scrive che il tribunato è necessario *tout court*. Egli scrive che il tribunato è necessario *per la repubblica*. E la affermazione ciceroniana deve essere letta *non* nel senso che la repubblica si costituisce a partire dal tribunato *ma* nel senso che alla repubblica già costituita manca un elemento necessario per il suo corretto funzionamento ovvero per la sua vita fin tanto che non vi è inserito il tribunato. Cicerone, infatti, affronta la questione del rapporto tra tribunato e repubblica verso la fine del *de legibus* (3.15 s.) e in un punto avanzato del *de re publica* (2.49): soltanto, cioè, *dopo* aver risposto puntualmente alla domanda cosa sia la repubblica, scrivendo in maniera giuridicamente molto tecnica che la repubblica è la “cosa del popolo” e il popolo è la “società dei molti” (*rep.* 1.39). Cicerone aveva inoltre già detto in un discorso tenuto dinnanzi al popolo nel 63 a.C., che «la libertà consiste nella legge» (*agr.* 2.102; cfr. *rep.* 47) e la legge – come ricorderanno Ateio Capitone e Aulo Gellio – «è il comando generale del popolo su proposta del magistrato» (A. Gell. *n.A.* 10.20.2; cfr. Gai. 1.3). Ciò che ha senso giuridico precisamente sul presupposto dalla natura societaria del popolo²⁶.

La crono-logia presente nella riflessione antica/ciceroniana su repubblica e tribunato è fatta propria e sviluppata all'inizio della epoca moderna da Nicolò Machiavelli, nei *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* (redatti tra il 1513 e il 1519 ma pubblicati postumi, nel 1531), e, quindi, durante il secolo XVIII da Jean-Jacques Rousseau, in varie opere, principalmente (oltre le già citate *Contrat* e *Considérations*) il *Projet de constitution pour la Corse* (redatto tra il 1764 e il 1765 ma anche esso pubblicato postumo, nel 1861).

Nei *Discorsi* machiavelliani (dove la parola “libertà” è estremamente ricorrente: circa 100 volte) la libertà non esiste nel regno ma nasce con la repubblica (§ 1.2 “Di quante spezie sono le repubbliche, e di quale fu la

26 *Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*; cfr. *rep.* 1.48 s.

Per comprendere il senso della interpretazione ciceroniana del *populus* come *societas*, occorre prima liberarsi della interpretazione pandettistica di questa (vedi, esemplarmente, M. TALAMANCA, voce *Società* (*dir. rom.*), in *ED*, vol. XLII, Milano 1990, 814 ss.) come istituto da un lato ‘allzuspezialisiert’ (privatistico) e da altro lato ‘allzuallgemein’ (naturalistico). Cfr. G. LOBRANO, voce *Società. Concetti e principi*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, vol. XI, Napoli 2017, P.P. ONIDA, *La causa della societas fra Diritto romano e Diritto europeo*, in *Diritto@Storia* 5, 2006, ntt. 27-29. Sul ruolo deliberante delle assemblee dei soci, vedi, *infra*, nt. 125.

repubblica romana”). Il paragrafo dedicato al tribunato (§ 1.3) è significativamente intitolato «Quali accidenti facessero creare in Roma i Tribuni della Plebe, il che fece la repubblica più perfetta», dove è assolutamente notevole il concetto del tribunato come “ulteriore perfezionamento” di una repubblica già perfetta. Tale paragrafo è ‘incastonato’ tra il paragrafo dedicato alla collocazione della «repubblica» romana nelle varie «spezie di repubbliche» (§ 1.2 cit.) e il paragrafo sulla sorgente della libertà nella repubblica romana nella forte inter-azione tra istituzioni plebee e istituzioni patrizie (§ 1.4 “Che la disunione della Plebe e del Senato romano fece libera e potente quella repubblica”).

La percezione moderna della esigenza di rispettare l’ordine logico tra repubblica e tribunato (ovvero tra forma di governo e mezzo per la difesa della libertà) è espressa nella maniera più matura presso Rousseau, forse perché posta all’interno di una riflessione in esplicita contrapposizione alla riflessione montesquieuiana²⁷. Rousseau affronta – prima di tutto – la questione della forma di governo repubblicana, la cui specificità è colta sia in negativo sia in positivo. La demarcazione in negativo della repubblica è fatta con la forte sottolineatura della sua alterità anzi incompatibilità rispetto alla forma di governo “rappresentativa”, definita spregiativamente ma correttamente “feudale” (CS, 1.4 “De l’esclavage” e 3.15 “Des Députés ou Représentans”). Lo studio ‘in positivo’ della “repubblica”, come forma di governo, occupa i primi tre libri del CS, dedicati, nell’ordine: il libro 1° alla “società”, unica forma di aggregazione capace di coniugare unità e libertà (cap. 6 “Du Pacte Social”); il libro 2° alla “legge”, espressione del “Popolo/sovrano”; il libro 3° alla “esecuzione” (della legge) affidata al “governo”. La definizione della repubblica («tout Etat régi par des loix») è data nel libro 2°, capitolo 6 “De la Loi”, subito dopo la definizione della legge («quand tout le peuple statue sur tout le peuple»). Il prioritario e poizore impegno di Rousseau per la comprensione della “forma di governo repubblicana” è, dunque, dedicato ai due elementi (da lui, evidentemente, giudicati) costitutivi di tale ‘forma’: α) la *natura* del Popolo, cioè la società (elemento trattato nel primo libro) e β) il suo *regime*, cioè la articolazione della volizione collettiva/pubblica in due azioni volitive, la legge e la sua esecuzione (elemento, conseguentemente, affrontato in due libri, il secondo e il terzo). Soltanto a conclusione di tale impegno e in virtù dei risultati così raggiunti, Rousseau può affrontare la questione del mezzo per la difesa della libertà e lo fa – a questo punto, agilmente ma perfettamente

27 Questo ordine logico diventa caratteristica saliente nel ‘discorso’ rousseauiano; anche in ciò agli antipodi di quello montesquieuiano, il quale (almeno nel famoso cap. 6 del libro 11 dell’*EdL*, sulla «constitution d’Angleterre») prende l’avvio dal mezzo per la difesa della libertà e appare restarvi sempre appeso.

– nel capitolo 5 (“Du Tribunat”) del libro 4° del *CS*. A sottolineare il carattere sopravveniente di tale istituto, Rousseau vi precisa che «Le Tribunat n’est point une partie constitutive de la Cité» (*CS*, 4.5)²⁸.

Per comprendere il “mezzo per la difesa della libertà – tribunato” occorre comprendere la “forma di governo – repubblica” e l’ordine dei due termini non è invertibile.

3. Rappresentanza ed equilibrio dei poteri

3.1. Centralismo e sostituzione feudale di volontà

La divisione del potere, in poteri paralleli, “separati” e “in equilibrio” tra loro, è l’istituto “per la difesa della libertà” proprio della forma di governo “monarchica”, nel “modello” feudale di questa, fornito dalla “costituzione” inglese medievale-moderna e il cui istituto-quadro è il Parlamento²⁹.

Questa appartenenza è affermata chiaramente da Montesquieu, il quale definisce tale forma di governo: «gouvernement fondé sur un corps législatif formé par les représentants d’une nation» ovvero: «gouvernement d’un seul [...] mêlé de l’aristocratie» (*EdL*, 11.8 “Pourquoi les anciens n’avaient pas une idée bien claire de la monarchie”)³⁰.

28 La affermazione della grandissima importanza del tribunato non soltanto segue ma anche ribadisce la affermazione che le parti costitutive della «cité» sono precisamente ed esclusivamente i due segmenti della volizione collettiva (legge e sua esecuzione): «Le Tribunat n’est point une partie constitutive de la Cité, & ne doit avoir aucune portion de la puissance législative ni de l’exécutive, mais c’est en cela même que la sienne est plus grande: car ne pouvant rien faire il peut tout empêcher. Il est plus sacré & plus révééré comme défenseur des loix, que le Prince qui les exécute & que le Souverain qui les donne».

29 Il “Model Parliament”, istituito (1295) quaranta anni dopo il tentativo del ribelle Conte di Montfort (1265) e ottanta anni dopo il compromesso, raggiunto tra Re e aristocrazia feudale con la *Magna Charta* (1215).

Hans Kelsen afferma ripetutamente la differenza sostanziale del “parlamentarismo” dalla democrazia. Si veda, in particolare, il saggio *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien – Leipzig 1925; cfr. Th. OLECHOWSKI, *Von der „Ideologie“ zur „Realität“ der Demokratie*, in T. EHS (hrsg.), *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*, Baden-Baden / Wien 2009, 113 ss.

30 La ispirazione feudale di Montesquieu è evidente e nota (E. MAGNOU-NORTIER, *Les “lois féodales” et la société d’après Montesquieu et M. Bloch ou la seigneurie banale reconsidérée*, in *Revue Historique* 586, avril-juin 1993, 321-360; P. OURLIAC, *Montesquieu historien de la féodalité*, in AA.VV., *Mélanges P. Vellas. Recherches et réalisations*, Paris 1995, 437-449; O. THOLOZAN, *Henri de Boulainvilliers. L’anti-absolutisme aristocratique légitimé par l’histoire*, Aix-Marseille 1999, Troisième partie. – Chapitre II. – Sous-Chapitre I. –

Nel vocabolario di Montesquieu è assente la parola “centralismo” (la quale è un ‘ismo’ proto-novecentesco) ma nella sua dottrina è presente la tesi che sia caratteristica della monarchia il determinante ruolo volitivo del “centro”³¹ e Rousseau riconosce la “concentrazione” del governo come caratteristica della forma di governo monarchica³². La concentrazione della volizione collettiva nell’ “uno” (il “capo”)³³ contrappone immediatamente questa forma di governo a quella democratica³⁴, la cui caratteristica prima è, invece e all’opposto, la partecipazione di tutti a quella volizione. La concentrazione volitiva rende intrinsecamente elementare il modo della volizione.

Section I “Boulainvilliers et Montesquieu : une communauté d’esprit” – § 4 “Convergences et divergences dans la conception de l’histoire des corps intermédiaires”: «Le parlementaire [Montesquieu] est d’ailleurs convaincu que cette monarchie tempérée par la féodalité, modèle politique idéalisé, a existé»). Tale ispirazione “feudale” non deve fare dimenticare l’inscindibile nesso (anche nel pensiero di M.) del feudalesimo con il «gouvernement d’un seul» ovvero con la «monarchie».

Montesquieu ha perfettamente ragione nell’affermare la assenza presso gli «anciens» della esperienza monarchica-feudale; egli ha, però, gravemente torto quando la spiega con la poca chiarezza delle loro idee. In realtà è proprio lui a non avere «bien claire» la relazione antica (che, tuttavia, usa) tra legge e governo. Per la comprensione di questa relazione occorrerà attendere Rousseau: P. BASTID, *Rousseau et la théorie des formes de gouvernement*, in AA.VV., *Études sur le Contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Paris 1964, 316: «La grande originalité du *Contrat social* c’est la séparation définitive de l’Etat (au sens courant du mot) et du gouvernement. Le sens de chacune de ces deux notions s’est métamorphosé. Le *pactum societatis* qui est à la base de l’Etat n’a plus rien en commun avec le choix d’un chef: c’est l’acte primordial par lequel “un peuple est un peuple”». Bastid (*ibid.* 315) ricorda che nel *Discours sur l’inégalité* del 1755, su questi temi, Rousseau si limitava ancora -come egli stesso riconosce- a seguire la “opinion commune”. Cfr., *supra*, nota 6.

31 *EdL*, Livre III. “Des principes des trois gouvernements », ch. VII “Du principe de la monarchie” «il en est comme du système de l’univers, où il y a une force qui éloigne sans cesse du centre tous les corps, et une force de pesanteur qui les y ramène.»; cfr. Livre X. “Des lois dans le rapport qu’elles ont avec la force offensive”, ch. IX. “D’une monarchie qui conquiert autour d’elle”.

32 Nel *CS* (livre III., ch. III. “Division des Gouvernements”) Rousseau definisce «Monarchie ou Gouvernement royal» la forma di governo in cui tutto il governo è «concentrato» nelle mani di un magistrato unico.

33 Sulla nozione di “capo” in relazione alle organizzazioni collettive, vedi G. LOBRANO, *Società cit.* (cfr. anche, *infra*, nt. 42).

34 L’ossimoro “centralismo democratico” (del *Programma della internazionale comunista* del 1928, preceduto dal “centralismo” del *Che fare?* del 1902, e dal “centralismo organico” delle *Tesi di Lione* del 1926) appartiene al linguaggio politico ma è un prodotto della scienza giuridica ’900esca, prodotto – a sua volta – di quella ottocentesca (vedi, *infra*, § 5. “Cancellazione contemporanea della dialettica giuridica”).

Nella specie feudale/parlamentare (westminsteriana) del genere monarchico di forma di governo, la volizione ‘pubblica’ resta assolutamente concentrata/elementare.

Non complessa ma complicata³⁵ e oscura è resa, invece, la sua raffigurazione, mediante una sorta di ‘chicane’ più terminologica che concettuale. È la contraddittoria novità della affermazione della sovranità (della volontà) popolare e – nel medesimo tempo – della sua negazione mediante la nozione di “rappresentanza”.

La affermazione della sovranità della volontà popolare è l’apice concettuale di una serie di fenomeni tra loro connessi e sinergici. Questi fenomeni, i quali hanno avuto inizio durante il secolo XII, in luoghi diversi della Europa per interessarla quindi nella sua totalità, hanno in comune il ritorno alla romanità contro il feudalesimo. Essi, infatti, sono, in ordine cronologico: la crisi del feudalesimo, il rifiorire di quelle città, ora “Comuni”, retaggio romano (come osserveranno Fustel de Coulanges e Mommsen)³⁶, la cosiddetta “riscoperta” (in particolare presso lo *Studium* del “Comune” di Bologna e ad opera principalmente del giurista Imerio) del Diritto romano nel *Corpus Juris Civilis*³⁷ e la convocazione di delegati dei Comuni a vari

35 Sulla distinzione tra complessità e complicazione nel diritto, si può vedere il recente contributo di M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico* 3, 2015, 985 ss.; ivi, in part., il rinvio (1018 nt. 57) a F. OST – M. VAN DE KERKOVE, *Pensare la complessità del diritto: per una teoria dialettica*, in *Soc. dir.*, 1997, 5 ss.; M. MITCHELL, *Complexity. A guided tour*, Oxford 2009; A.F. DE TONI – L. COMELLO, *Prede o ragni. Uomini e organizzazioni nella ragnatela della complessità*, Torino 2009, 13 ss.

36 Vedi, *infra*, nt. 39.

Per quanto concerne il giudizio sulla nozione di rappresentanza come “chicane terminologica”, ricordo che almeno dagli anni ’80, la dottrina costituzionale ha preso atto della inconsistenza razionale della nozione di rappresentanza politica: A. TORRES DEL MORAL, *Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos*, in *Revista de Derecho político* 14, verano 1982; H. EULAU, *Changing Views of Representation*, in H. EULAU – J.C. WAHLKE (eds.), *The Politics of Representation. Continuities in Theory and Research*, Beverly Hills 1978, 32; seguito da D. FISICHELLA, *La rappresentanza politica*, Milano 1983, 5; cfr. ID., *Elezioni e democrazia: un’analisi comparata*, Bologna 1982; D. NOCILLA – L. CIAURRO, voce *Rappresentanza politica*, in *EdD*, vol. XXXVIII, Milano 1987; G. FERRARI, voce *Rappresentanza istituzionale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXV, Roma 1991.

37 Osserva V. PIANO MORTARI, voce *Glossatori*, in *EdD*, vol. XIX, Milano 1970, 625, che il «ritorno dello studio del diritto civile compreso nella codificazione di Giustiniano», il quale dà «inizio alla civiltà giuridica europea», avviene a opera dei Glossatori bolognesi nel secolo XII quando «i Comuni italiani raggiunsero il momento del loro fiorire maggiore». È stato ampiamente osservato che il vero significato ‘costituzionale’ del risveglio degli studi di Diritto romano, a partire dal secolo XII, è la individuazione nel popolo della fonte della autorità dell’Imperatore e l’avvio della dottrina della “sovranità popolare”: R.W. e A.J.

consilia di regni della epoca, ad iniziare al *Consilium* del Regno di Castiglia (1188)³⁸. Il consiglio regio, così trasformato in “Parlamento”, ripropone la partecipazione – già propria all’Impero romano – delle città (collettività ‘politiche’ minori, di base) alla volizione delle rispettive province (collettività maggiori, le quali le comprendono)³⁹.

CARLYLE, *Il pensiero politico medievale*, 1903, tr.it. di S. Costa, a cura di S. Firpo, Bari 1956, vol. I, 369; vol. IV, 246 s.; cfr. ID., *Some aspects of the relations of Roman Law to Political Principles in the Middle Ages*, in *Studi onore E. Besta*, Milano 1937-1939; E. CHENON, *Le droit romain à la Curia regis de Philippe Auguste à Philippe le Bel*, in *Mélanges Fitting*, vol. I, 1907, 1975 ss.; M. CAVALIERI, *Di alcuni fondamentali concetti politici contenuti nella Glossa d’Accursio*, in *Archivio giuridico* 88, 1910; E. CROSA, *Il principio della sovranità popolare dal Medioevo alla Rivoluzione Francese*, Milano – Torino – Roma 1915, 27; cfr. ID., *Diritto costituzionale*³, Torino 1951, 18 e 77; M.P. GILMORE, *Argument from Roman Law in Political Thought. 1200 – 1600*, Cambridge, Mass. 1941; D. MAFFEI, *Gli inizi dell’umanesimo giuridico*, Milano 1956; F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di Diritto comune pubblico*², Milano 1951, in part. 90 ss.; M. GALIZIA, *La teoria della sovranità dal Medio Evo alla Rivoluzione francese*, Milano 1951; A. PASSERIN D’ENTREVES, recensione a W. ULLMANN, *Principles of Government and Politics in the Middle Ages* (London 1961), in *Riv. storica italiana* 75.2, 1963, 389; E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*², Roma 1982; e persino N. BOBBIO, *Democrazia*, in N. BOBBIO – N. MATTEUCCI – G. PASQUINO, *Dizionario di politica*², Torino 1983, 308 ss.

38 Nonostante alcune discussioni, è tesi decisamente prevalente che la prima partecipazione di delegati delle città (“*cives electi*”) alla feudale *Curia regis* sia avvenuta presso il Regno di Castilla-León agli inizi del 1188, convocati dal re Alfonso IX: J. O’CALLAGHAN, *The beginnings of the Cortes of Leon and Castille*, in *American Historical Review* 74.5, 1969, 1503 ss.; ID., *The Cortes of Castile-León, 1188-1350*, Philadelphia 1989; V. PISKORSKI, *Las Cortes de Castilla en el periodo de tránsito de la Edad Media a la Moderna 1188-1520*, Barcelona 1897 (ried. 1977); E. PROCTER, *Curia and Cortes in León and Castile, 1072-1295*, Cambridge and New York 1980; E. MITRE FERNÁNDEZ, *A ochocientos años de las ¿primeras? Cortes hispánicas (León 1188): mitos políticos y memoria histórica en la formación del parlamentarismo europeo*, in *Myrqa: revista del Departament de Ciències Històriques i Teoria de les Arts* 22.1, 1989, 415 ss.; AA.VV., *Las Cortes de Castilla y León*, 5 voll. di atti congressuali, Valladolid 1988-1990; J.M. CERDÁ, *La presencia de caballeros y ciudades en la curia regia y el origen de las asambleas parlamentarias en Inglaterra y los Reinos Hispánicos (s. XII – s. XIII)*, in *Revista Kinesis* 1, 2004, riprodotto in J.F. JIMÉNEZ (ed.), *Actas II Simposio de Jóvenes Medievalistas*, Lorca 2004, 11 ss.

Per la attribuzione del “pieno potere” ai delegati delle città di esprimere la volontà di queste nel Parlamento, per fare dei delegati i rappresentanti occorre però attendere il 1295 (vedi, *infra*, nt. 47).

39 Sui Concili provinciali delle città nell’impero romano, vedi G. LOBRANO, *Le Assemblies provinciali delle Città dell’Impero romano*, comunicazione al XXXVII Seminario internazionale di studi storici – *Da Roma alla terza Roma. Le Città dell’Impero da Roma a*

La negazione della sovranità della volontà popolare (la quale, ovviamente, nasce in conseguenza della sua affermazione) è la reazione feudale contro la romanità, operata mediante la nuova “tecnica” giuridica della “rappresentanza” come “sostituzione” della volontà⁴⁰. Questa “tecnica” è il frutto della

Costantinopoli a Mosca. Fondazione e organizzazione. Capitale e Province, Campidoglio, 21-22 aprile 2017, in corso di pubblicazione.

Sulla continuità tra il regime municipale romano e quello moderno, si possono vedere le testimonianze pressoché coeve di Numa Denis Fustel de Coulanges e Theodor Mommsen: N.D. FUSTEL DE COULANGES, *Leçons à l'Impératrice sur les origines de la civilisation française*, 1869-70, publiées par P. Fabre, Paris 1930, 40 «ce régime municipal que les Romains avaient établi chez nous [...] a subsisté à travers tout le moyen âge, avec le même caractère et avec les mêmes procédés, presque les mêmes magistratures, le même mode d'élection qui était en usage chez les Romains»; Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, Graz 1952 [r.a. 3^a ed. Leipzig 1887], vol. III.1, 773: «Wie die Republik in nothwendiger Consequenz endigt mit der Verwandlung des italischen Städtebundes in die *Roma communis patria*, so endigt der Principat damit die Provinzialgemeinden alle erst zu städtischer Gestaltung zu führen und dann gleichfalls in Bürgerstädte umzuwandeln. Das Ergebnis dieser Entwicklung, niedergelegt wie es ist in den römischen Rechtsbüchern, hat insbesondere durch diese mächtig und zum Theil segensreich auf diejenige Entwicklung von Staat und Gemeinde eingewirkt, welche das Fundament unserer Civilisation ist»; cfr. 781: «Seitdem [dopo il *bellum sociale*] ist die römische Bürgerschaft rechtlich vielmehr die Conföderation der sämtlichen Bürgergemeinden».

Si può inoltre ricordare la secolare esperienza medievale delle leghe di città, la cui massima manifestazione è la Confederazione elvetica (1291) e la massima teorizzazione è la *Politica methodice digesta* (1603-1614) di Johannes Althusius. Infine, circa la reviviscenza dei sistemi di città d'origine romana prima e dopo la Rivoluzione francese, in Francia e in America Latina, vedi G. LOBRANO, *1812-2012. Il dovere della memoria storica e della riflessione giuridica. La “Costituzione di Cadice”: tra “liberalismo metropolitano” e “democrazia americana”*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 33, 2012 (pubbl. 2013), 85-123; ID., *Esiste un “pensiero politico-giuridico Latino-Americano”? Caratteristiche e attualità del pensiero democratico: federalismo vero contro federalismo falso tra Europa e America*, in V. GIMÉNEZ CHORNET, A. COLOMER VIADEL (eds.), *Congreso Internacional América-Europa, Europa-América*, Valencia 2015, 47-89; ripubblicato in lingua portoghese e con qualche integrazione come *Existe um “pensamento político-jurídico latino-americano”? O pensamento democrático-republicano da independência latino-americana: federalismo verdadeiro (municipal) versus federalismo falso (estadual) entre Europa e América*, in J. PIZZI e M.dG. PINTO DE BRITTO (coords.), *Constitucionalismos, democracias e educação: o presente e o futuro da América Latina*, Pelotas, in corso di stampa.

⁴⁰ Sottolinea la valenza “tecnica” della rappresentanza in generale e politica in particolare K. LOEWENSTEIN, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago 1957, Part One, II, § “Shared Powers and the Technique of Representation”.

Sulla natura sostitutiva della rappresentanza Vedi, G. LOBRANO e P.P. ONIDA, *Rappresentanza o/e partecipazione cit.*, § I.1.c “Essenza «sostitutiva» della rappresentanza: una questione

applicazione al Regno d’Inghilterra, ad opera di Edoardo I, della – allora recentissima – dottrina della “*persona ficta – repraesentata*”, la quale riceve la prima formulazione (sembra nel 1251) ad opera del grande giurista canonista Sinibaldo dei Fieschi, Papa Innocenzo IV («*collegium in causa universitatis fingatur una persona*»)⁴¹.

Si deve notare che tale ‘prima formulazione’ è destinata e funzionale agli affatto peculiari concezione e regime della Chiesa cattolica ovvero del “Popolo di Dio”⁴². Infatti, negli stessi anni, il sommo dottore della Chiesa, San Tommaso d’Aquino, formula, per le comunità laiche, una opposta dottrina. È, questa *altra*, la dottrina che, oggi, noi conosciamo con il nome di “dottrina sociale” della Chiesa e con il contenuto del “principio di sussidiarietà”⁴³. La estensione della dottrina, invece, della *persona ficta-repraesen-*

di «potere»”.

41 Cfr. F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi*, in ID., *Scritti giuridici minori*, vol. II, Milano 1936, 14.

Il corretto giudizio di Galgano sulla dottrina di Sinibaldo (vedi la nt. precedente) assume maggiore valore quando si considera che esso non è conforme a quello già dominante e tuttora corrente in dottrina, di cui è espressione autorevole l’amplissimo studio di R. FEENSTRA, *L’histoire de fondations. A propos de quelques études recentes*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 24.1, 1956, 38-448 (vedi, recentemente, A. CAMPITELLI, «*cum collegium in causa universitatis fingatur una persona*». *Riflessioni sul commento di Sinibaldo dei Fieschi (c. praesentium, de testibus et attestacionibus, 57 X 2,20)*, in T. BERTONE – O. BUCCI [a cura di], *La persona giuridica collegiale in diritto romano e canonico. Aequitas romana ed Aequitas canonica*, Roma 1990: «il Feenstra [...] tende a dare al testo che abbiamo ricordato una collocazione [...] non tanto distaccata dalla concezione corrente nella cultura giuridica dell’epoca [...] in tema di *universitas* [...] temi già noti alla civilistica»).

42 M. CONDORELLI, *Considerazioni problematiche sul concetto e sulla classificazione delle persone giuridiche nello «schema de populo Dei*», in *Il diritto ecclesiastico* 91, 1980, 446-458; A. MELLONI, *Innocenzo IV. La concezione e l’esperienza della cristianità come “regimen unius personae”*², Genova 1990, Milano 2011; M. DEL POZZO, *L’inadeguatezza della nozione di persona giuridica*, in *Ius Ecclesiae* 25, 2013, 317-337: § 2. “L’elaborazione canonica della figura e gli sviluppi successivi”.

Sulla nozione di “capo” presso San Paolo (*Lettera agli Efesini* 5.23) vedi H. DE LUBAC, *Corpus mysticum. L’Eucarestia e la Chiesa nel Medioevo*³ (Paris 1949), tr. di L. Rosadoni, Milano 1996, 121 (cfr., *supra*, nt. 33).

43 N. ARONEY, *Subsidiarity, Federalism and the Best Constitution: Thomas Aquinas on City, Province and Empire*, in *Law and Philosophy* 26, 2007, 161-228; cfr. L. GAETA, *Sussidiarietà e sicurezza sociale*, in AA.VV., *Studi in onore di Remo Martini*, vol. II, Milano 2009, 122 (ove si osserva l’uso tomistico della nozione di “*subsidium*” «per perseguire il bene comune» [cfr., *infra*, nt. 78]). Sul nesso tra la dottrina tomistica e quella aristotelica: vedi J. BERCHMANS V.D.G., *El tejido social y su contextura*, in *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada* 6, 2000, 103-165, in part. 159: «por el Estagirita y el Aquinatense

tata alle collettività ‘laiche’ avviene nella decade successiva, ad opera di un “civilista”, benché ancora un ecclesiastico. È Jacques de Revigny, maestro della Scuola di Orléans, il quale insegna che anche l’impero è una «*persona repraesentata*»⁴⁴.

In ogni caso, le dottrine formulate da Fieschi / Innocenzo IV e da Jacques de Revigny, incentrate sulla natura della collettività, già contengono, in conseguenza della nuova concezione della collettività come astrazione, il nuovo regime volitivo della collettività come – necessaria! – delegazione, da parte di questa a chi agirà per suo conto e in suo nome, *non soltanto* del proprio potere *ma anche* della propria volontà. I giuristi di Edoardo I appaiono ben cogliere la funzionalità di queste dottrine per la quadratura del cerchio, ovvero per la concordanza del discordante desiderio di concentrazione del- e domanda di partecipazione al potere, i quali assillano il loro re. Nelle lettere, scritte dalla cancelleria reale, di convocazione dei delegati comunali al Parlamento del 1295, la dottrina di questi giuristi, incentrata sulla messa a punto del regime della collettività, si traduce nella formula «*cum plena potestate pro se et tota communitate [...] ad consulendum et consentiendum pro se et communitate illa*». È il primo divieto di “mandato imperativo”⁴⁵.

[...] el Estado no es una comunidad de individuos, sino una sociedad de sociedades». Sul principio di sussidiarietà, vedi anche, *infra*, ntt. 153 e 160.

44 Jacques de Revigny, *Prooemium Authenticorum*, ms. Madrid 573, fo. 40vab, passo segnalato e parzialmente edito in E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, vol. II, Roma 1995, 406 s. e nt. 48; cfr. ID., *Un personaggio in cerca di autore. La compilazione giustiniana nel medioevo*, in *Diritto@Storia* 3, 2004, nt. 17.

45 C. GUÉRIN-BARGUES, *Le Parlement de la Réforme et la naissance de l’Eglise d’Angleterre*, in *Jus Politicum* 16, 2016, 257 ntt. 56 s. «En réalité la formulation – à l’exception de la précision relative au consentement – apparaît dès le règne d’Edouard Ier, en 1295. Voir “The Plena Potestas of English Parliamentary Representative”, in E.B. Fryde & E. Miller (dir.), *Historical Studies of the English Parliament*, vol. I, *Origins to 1399*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, p. 146».

Sulla origine canonistica della formula e sulle reciproche influenze tra idee secolari ed ecclesiastiche, vedi B. TIERNEY, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle (1150-1650)* (trad. di *Religion, Law and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1650*, Cambridge 1982), Paris 1993, 38-40.

Sulla individuazione nella convocazione del “Model Parliament” del perfezionamento del mandato imperativo mediante la *plena potestas*, vedi Ch. MÜLLER, *Das imperative und freie Mandat. Überlegungen zur Lehre von der Repräsentation des Volkes*, Leiden 1966, in part. § II.A.11 “Die Verfassungsentwicklung Englands”, 67-71 s. Müller (*op. cit.*, 70 nt. 138) rinvia a W. STUBBS, *Select Charters and other Illustrations of English Constitutional History from the Earliest Times of the Reign of Edward the First*, 1870, 9^a ed. 1913, rist. Oxford 1962, 476.

Non deve confondere il fatto che la espressione “*plena potestas*” sia – forse – ricavata dal

Si deve inoltre notare che tutta questa *complicata* operazione – la quale è oggettivamente *contro* il repubblicanesimo romano e *per* il feudalesimo germanico – si auto accredita, in maniera implicita o esplicita, come recupero della romanità. La dottrina canonista della *persona ficta* è stata definita infatti, recentemente ed efficacemente, «Il falso diritto romano»⁴⁶ e il re d’Inghilterra, Edoardo I, presenta la convocazione dei delegati dei Comuni al proprio *Consilium* come applicazione della costituzione 5.59.5.2 del *Codice* di Giustiniano (*quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur*).

L’istituto della rappresentanza come sostituzione della volontà dei “rappresentati” ad opera dei “rappresentanti” è, dunque, operativo alla fine del secolo XIII, nel Parlamento di Westminster⁴⁷. Alla sua maturazione scientifica i giuristi inglesi – “parlamentari” e non – lavoreranno tuttavia ancora a lungo, sino alle soglie del secolo XVIII⁴⁸, quando passeranno la mano ai giuristi del vecchio e del nuovo continente. Nel lavoro dei giuristi inglesi – assolutamente determinante – spicca il contributo di Thomas Hobbes.

Appare certo essere la dottrina gius-canonista a consentire alla monarchia inglese lo specifico regime del “Model Parliament”. Tuttavia, la sfumata dottrina della *persona ficta* diventa la massiccia ‘dottrina dello Stato’ soltanto con il *Leviathan* (1651): il ‘Libro dello Stato’, che in qualche modo subentra al ‘Libro del Diritto’ e la cui logica è sistemicamente “rappresentativa/

CJC (vedi C. 2.12.10) o, comunque, di provenienza romana. La assoluta novità della convocazione del Parlamento di Westminster è l’uso della espressione per rendere il mandatario anzi che il mandante il *dominus* del *negotium*. Questa inversione del potere tra mandanti e mandatari, effettuata dai “moderni” (in particolare “in England”) rispetto alla impostazione degli “antichi”, è vigorosamente (seppure non perfettamente) denunciata in M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*⁵ [scritto entro il 1920], hrsg. J. Winckelmann, Tübingen 1976, lib. I cap. III § 21 (su cui: G. LOBRANO, P.P. ONIDA, *Rappresentanza o/e partecipazione cit.*, nt. 18).

46 F. GALGANO, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Verona 2010, cap. II. “Le anime moderne del diritto privato romano” § 5 “Il falso diritto romano” 69. Il titolo del paragrafo va decisamente oltre la affermazione oramai ricorrente (vedi, *infra*, nt. 87) che il ricorso operato dal canonista Sinibaldo dei Fieschi – Papa Innocenzo IV, alla categoria di *persona* per *fungere* il *collegium in causa universitatis* «non è un uso antico».

47 Il pieno potere è attribuito ai rappresentanti delle città “contro” le città: C. JOURNES, *L’État britannique*, Paris 1985, 44 «A la fin du XIIIe siècle et dans la courant du XIVE, trois caractéristiques essentielles marquent l’originalité du Parlement anglais, par rapport aux autres assemblées apparues en Europe dans le même période: l’idée même de représentation, une division en deux Chambres, des compétences relativement importantes. [...] L’idée même de représentation, c’est-à-dire d’agissements individuels au nom d’une communauté [...], est dirigée contre les communautés représentées».

48 Vedi, *infra*, nt. 50.

sostitutiva⁴⁹. La rappresentazione mentale della *persona ficta* diventa, con Hobbes, la rappresentanza istituzionale della *persona artificialis*. Questo nuovo soggetto, astratto ma ‘reale’, opera cioè “vuole” mediante persone fisiche, “rappresentanti”, il cui insieme costituisce il “Parlamento”⁵⁰. La volontà del Parlamento sostituisce la volontà degli ex-“cittadini”, così trasformati in “sudditi residenti nelle città/comuni”⁵¹, a loro volta trasformate da

49 Scrive, ad es., Jean-Marc Ferry in *Histoire de la pensée politique. Syllabus de complément* (testo del corso omonimo presso l’UFR de Droit della Université de Nantes, senza data ma non prima del 2003, consultabile ‘on line’, p. 28) «Chez Hobbes [...] la représentation est bel et bien une substitution».

Per informazioni testuali e bibliografiche sulla riflessione di Hobbes in materia di “*persona artificialis*” vedi A. AMENDOLA, *Il corpo politico in Hobbes: una giuridicizzazione imperfetta*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 26.2, 1996, 279 ss.

50 Sosterranno la natura rappresentativa dell’intero Parlamento nei confronti della intera nazione inglese Thomas Smith (1513-1577) autore del *De Republica Anglorum*, completato nel 1562 ma pubblicato solo nel 1583, ed Edward Coke (1522-1634) autore tra il 1628 e la sua morte degli *Institutes of the Laws of England* (tre volumi, il terzo dei quali è pubblicato nel 1644). Sulla natura del Parlamento comprensiva del Re, vedi, *infra*, nt. 58.

51 Sulla distinzione tra cittadini e sudditi, vedi, Rousseau, *CS*, ch. 1.6 “Du pacte social”: «A l’égard des associés, ils prennent collectivement le nom de Peuple, & s’appellent en particulier Citoyens, comme participant à l’autorité souveraine, & Sujets, comme soumis aux loix de l’Etat. Mais ces termes se confondent souvent & se prennent l’un pour l’autre». Seppure con orientamento politico affatto opposto, sulla distinzione rousseauiana conven-gono, all’inizio dell’Ottocento, B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, 1819, «chez les anciens, l’individu, souverain presque habituellement dans les affaires publiques [...] Chez les modernes, au contraire, l’individu [...] n’est même dans les états les plus libres, souverain qu’en apparence. Sa souveraineté est restreinte, presque toujours suspendue; et si, à des époques fixes, mais rares, durant les quelles il est encore entouré de précautions et d’entraves, il exerce cette souveraineté, ce n’est jamais que pour l’abdiquer» e K.L. VON HALLER, *Restauration der Staats-Wissenschaft oder Theorie des natürlich-geselligen Zustands der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt*, Band III, Winterthur 1821, 97 s. [Kap. 48 § III]: «müssen [...] die [...] Unterthanen nicht Bürger oder Staatsbürger, vielweniger wie es in Frankreich während der Revolution und seither in Ausland geschah, Söhne des Vaterlandes u.s.w. genannt werden». Si deve, peraltro, rammentare che – sempre secondo Constant (*ibidem*) per una sorta di contrappasso, a suo giudizio ineluttabile – l’individuo antico è «esclave dans tous les rapports privés» mentre l’individuo moderno è «indépendant dans sa vie privée». Su Haller si veda P. POMA, *Il contrattualismo come errore radicale: Haller o l’anti-Rousseau*, Pisa 2012.

Sulla contrapposizione tra la visione antica della libertà (che consiste nella legge) e quella moderna della libertà (che nella legge trova il proprio limite) vedi G. LOBRANO, *La libertas che in legibus consistit*, relazione al Seminario scientifico internazionale Libertà e abuso nel diritto privato romano, Copanello, 1-4 giugno 2014, atti in corso di pubblicazione (una editio minor in lingua francese ne è: *Libertas, qui in legibus consistit [Cic. agr. 2.102]. Pour*

comunità politiche in agglomerati urbani / collegi elettorali.

La congruenza della dottrina di Hobbes con quella di Innocenzo IV è che entrambi pensano in chiave teologica. Lo iato tra le due dottrine è la transizione dal Dio biblico⁵² al Dio-Stato, con tutta la coda (estremamente interessante ma cui non possiamo qui dedicare spazio) della sua “laicità”⁵³.

Ai sudditi – anzi: a ciascuno di essi separatamente, *uti singulus* – resta, come unico oggetto e ambito di volizione, la determinazione e il perseguimento delle rispettive “utilità individuali”⁵⁴, in una miriade di atti volitivi meramente egoistici/competitivi⁵⁵; della cui reciproca integrazione in un disegno oggettivamente unitario provvederà (secondo Adam Smith) la secon-

se libérer de l'«heutiges römisches Recht», in J. BOUINEAU [dir.], *Hommage à Marie-Luce Pavia – L'homme méditerranéen face à son destin*, Paris 2016, 257-304).

52 Presso la quale (almeno nella interpretazione cristiana) è nettamente presente la distinzione tra ciò che appartiene a Dio e ciò che appartiene a Cesare (Mat. 22.21; Marc. 12.17; Luca 20.25; su cui vedi, ad es.: H. PENA-RUIZ, *Dieu et Marianne*, Paris 1999, tr. it. di C. Basso, *Dio e la Repubblica. Filosofia della laicità*, Monte Porzio Catone, 2008, 178).

53 Vedi G. LOBRANO, *Qualche idea, dal punto di visto del Diritto romano, su origine e prospettive del principio di laicità*, in *Diritto@Storia* 10, 2011-2012, § 2.d “Il paradosso (non) apparente della ‘laicità dei moderni’: lo Stato si vuole laico perché si crede Dio”.

54 Ulp. D. 1.1.1.2 *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.*

55 Discendono direttamente dalla dottrina hobbesiana della “naturale” competizione di tutti contro tutti, le tutt’ora dominanti: α) dottrina economica dell’egoismo individuale come motore della economia e fonte della ricchezza delle nazioni (formulata in particolare da Adam Smith: *The Wealth of Nations*, 1776); β) dottrina sociologica detta “darwinismo sociale” (in realtà, formulata, prima dell’opera di Darwin, da Herbert Spencer: *Social Statics: or, The Conditions essential to Happiness specified, and the First of them Developed*, London 1851, Part III, Ch. XX “Poor-Laws”, § 6 «struggle for life or death»); γ) dottrina naturalistica della lotta di ogni cellula contro ogni altra cellula per il miglioramento delle specie viventi (formulata in particolare da Charles Darwin: *On the Origin of Species*, 1859); δ) dottrina politologica della superiorità delle minoranze organizzate, “teoria delle élites” (formulata in particolare da Gaetano Mosca [*Elementi di scienza politica*, Roma 1896; 2 ed. ampliata, Torino 1923] e Wilfredo Pareto [*Les systèmes socialistes*, Paris 1902]). La dottrina economica dell’egoismo era stata anticipata dall’olandese divenuto inglese, Bernard de Mandeville (*Fable of the Bees: or, Private Vices, Publick Benefits*, breve poema satirico composto nel 1705 e successivamente più volte ampliato sino a divenire, nel 1728, un’opera in due tomi) ed è stata puntualmente ripresa, in tempi recenti, dalla russa divenuta USA, Any Rand (= Alyssa Rosenbaum) *The Virtue of Selfishness: A New Concept of Egoism*, 1964, le cui idee sono coltivate con successo dallo “Ayn Rand Institute” e riprese da economisti ‘di potere’ come Alan Greenspan, presidente per venti anni della Federal Reserve, dal 1987 al 2006.

da persona della nuova Divinità (binitaria): il Mercato⁵⁶.

3.2. *Equilibrio dei poteri*

La divisione del potere è, allora, la segmentazione in tre “poteri” del potere, il quale resta concentrato seppure non più soltanto nel monarca ma (garantendone reciprocamente i membri) nella nuova aristocrazia o “élite”⁵⁷ parlamentare dei “rappresentanti”, nella quale il monarca stesso è, ora, inglobato⁵⁸. Nessuna componente della élite potrà prevalere sulle altre poiché soltanto con la convergenza dei tre poteri la formazione della volontà collettiva/pubblica si completa e diventa efficace: «Ces trois puissances [...] seront forcées d’aller de concert» (*EdL*, 11.6).

Come si ricorre al Diritto romano in maniera (lo abbiamo visto) “falsa” nella costruzione della forma di governo “parlamentare”, così avviene anche nella difesa della libertà come “divisione del potere”. I tre – notissimi – poteri sono fare le leggi, governare e giudicare, costituiti in un rapporto di “bilanciamento/equilibrio” tra loro mediante la “facoltà di impedire”. Questa ultima è fatta esplicitamente risalire alla esperienza giuridica romana⁵⁹. Tuttavia, rispetto all’originale, essa è falsata con la sua attribuzione alla

56 Come spiega ancora Benjamin Constant nel *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes* (cit.) gli uomini barattano la propria «souveraineté» così accettando di essere «soumis aux lois» con «le droit de dire son opinion, de choisir son industrie, et de l’exercer, de disposer de sa propriété, d’en abuser même» perché «... le commerce inspire aux hommes un vif amour pour l’indépendance individuelle. Le commerce subvient à leurs besoins, satisfait à leurs désirs, sans l’intervention de l’autorité. Cette intervention est presque toujours, et je ne sais pourquoi je dis presque, cette intervention est toujours un dérangement et une gêne. Toutes les fois que le pouvoir collectif veut se mêler des spéculations particulières, il vexé les spéculateurs. Toutes les fois que les gouvernements prétendent faire nos affaires, ils les font plus mal et plus dispendieusement que nous. [...] Notre liberté à nous, doit se composer de la jouissance paisible de l’indépendance privée. [...] La liberté individuelle, je le répète, voilà la véritable liberté moderne. La liberté politique en est la garantie». Per la dottrina recente sulla “libertà di mercato”, vedi, C.A. MARLETTI, *Razionalità e valori: Introduzione alle teorie dell’azione sociale*, Roma-Bari 2006, in part. § 2.3.

57 Per una compatta trattazione e una ampia bibliografia sulla contemporanea “Teoria della élites”, vedi la *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani, 1993, *sub voce*. Sulla antica *factio paucorum* (contro cui scrive, in particolare, Sallustio) vedi L. CANFORA, *Storici della rivoluzione romana*, Bari 1974.

58 Sulla formula “The King in the Parliament” vedi G.L. HARRIS, *The Formation of Parliament, 1272-1377*, in R.G. DAVIES, J. H. DENTON (eds.), *The English Parliament in the Middle Ages*, Manchester 1999 (1^a ed. 1981), 29 ss. in part. 55.

59 «ce qui était la puissance des tribuns de Rome» (*EdL*, 11.6) distinta (cfr., *supra*, § 1.a,

stessa élite titolare e utilizzatrice della “facoltà di statuire”. Sono, invece, prese non esplicitamente ma oggettivamente dalla esperienza giuridica romana le nozioni – reciprocamente sostenentisi – dei primi due poteri (alla cui distinzione fondamentale già abbiamo dovuto fare cenno e su cui dovremo tornare). Anche queste nozioni sono, però, falsate nella loro attribuzione alla unica élite. Infatti, per la logica romana dei “*magistratus in potestate populi*”⁶⁰, neppure è pensabile il veto dell’esecutivo sul legislativo, invece presente anzi fondamentale nella «Constitution d’Angleterre»: «Si la puissance exécutive n’a pas le droit d’arrêter les entreprises du corps législatif, celui-ci sera despotique» (*EdL*, 11.6). È, infine, totalmente aliena alla esperienza giuridica romana dello “*iudex privatus*” la nozione del “giudicare” come potere⁶¹; nozione la quale viene chiaramente e notoriamente dalla tradizione germanica, di cui quella inglese è la punta di lancia e in cui *il* potere per antonomasia è proprio “giudicare”⁶².

La ‘concentrazione/elementarità’ della volizione monarchica, confermata e consolidata attraverso la chicane della rappresentanza sostitutiva, non viene meno nella “tripartizione dei poteri”; anzi, vi si rivela pienamente. In questo ‘meccanismo’ istituzionale, la romana distinzione sostanziale tra legge e atto di governo è, infatti, ridotta a mera distinzione formale⁶³ e il giudicare è non la applicazione rigorosa della legge (applicazione ancora invano auspicata da Cesare Beccaria, 1764)⁶⁴ ma una ulteriore, parallela fonte del diritto.

nt. 9) dal potere “di statuire”.

60 Cic. *orat.* 2.167 *magistratus in potestate populi Romani esse debent; pro Cn Plan.*

62. *Sic populus Romanus deligit magistratus quasi rei publicae villicos. Est igitur proprium munus magistratus intelligere se gerere personam civitatis debereque eius dignitatem et decus sustinere, servare leges, iura describere, ea fidei suae commissa meminisse; Paul. D. 50.16.215 Potestatis verbo plura significantur, in persona magistratum imperium, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium.*

61 Si tratta di una attività meramente conoscitiva, destituita di discrezionalità e, in quanto tale, affidata a “privati” (G. LOBRANO, P.P. ONIDA, *Rappresentanza o/e partecipazione cit.*, § II.2.c. “Partecipazione e «cooperazione»”, nt. 90).

62 V. PIRAS, *Sui processi di formazione della volontà collettiva: appunti in tema di ‘decodificazione’ e ‘Giudice Re’*, in D. D’ORSOGNA, G. LOBRANO, P.P. ONIDA (a cura di), *Città e Diritto. Studi per la partecipazione civica. Un “Codice” per Curitiba*, Napoli 2016, 267 ss.

63 Su concezione sostanziale e formale della distinzione tra legge e atto (esecutivo) di governo, vedi A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Diritto & Questioni pubbliche* 7, 2007, 201 nt. 33.

64 C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, § IV “Interpretazione delle leggi”: «Chi sarà dunque il legittimo interprete della legge? Il sovrano, cioè il depositario delle attuali volontà di tutti, o il giudice, il di cui ufficio è solo l’ esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un’ azione contraria alle leggi? [...] si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore

Il regime della volizione resta, così, sempre assolutamente elementare come nella propria matrice “monarchica” anche se ve ne sono tre soggetti (con tre rispettive forme) in lega o, secondo le circostanze, in conflitto tra di loro.

La difesa della libertà dei membri della collettività (il “ceto dei molti”) per mezzo della separazione/equilibrio dei poteri tra i membri della élite di governo è un effetto soltanto residuale e aleatorio di tale mezzo, rispetto a quello primario delle garanzie reciproche da esso assicurate a questi ultimi⁶⁵.

3.3. *Sviluppo statale-“federalist”*

La forma di governo parlamentare attivata nel 1295 (convocazione del Model Parliament), teorizzata nel 1651 (pubblicazione del *Leviathan*) e descritta nel 1748 (pubblicazione dell’*Esprit des Loix*) è sviluppata, verso la fine del secolo XVIII, nel “federalismo” USA, teorizzato da Madison, Jay ed Hamilton.

Questa “federazione” è un ente essenzialmente composto – in ordine discendente – di enti minori: gli “Stati federati” e le “città/comuni”. L’ordine strutturale della natura di questa “federazione”, la quale diviene rapidamente – nella memoria scientifica mondiale – la “federazione”, è, ovviamente, riprodotto nell’ordine dinamico del suo regime volitivo.

La Federazione americana è costruita, nel 1787, con lo stesso criterio con il quale, quasi esattamente cinque secoli prima, era stata (ri-)organizzata la Monarchia inglese. All’interno della Federazione o Unione, è applicata agli Stati federati la medesima forma di governo (già) applicata, all’interno di ogni singolo Stato, ai Comuni. Il “Federalism”, è la avanzata combinazione di «grande centralisation gouvernementale [... e di ...] extrême décentralisation administrative»⁶⁶, dove il decentramento è non contrappeso ma perfezionamento del centralismo. È stato detto in maniera forte ma sostanzialmente esatta che «Il *Federalist* [...] appare una nota a piè di pagina alla teoria della sovranità di Hobbes»⁶⁷.

dev’essere la legge generale, la minore l’azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all’incertezza. [...] Non v’è cosa più pericolosa di quell’assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge» *etc.*

65 Con la necessità della concertazione tra i diversi detentori delle “trois puissances” (*EdL*, 11.6).

66 Alexis de Tocqueville (*De la démocratie en Amérique*, 1835 – 1840) «grande centralisation gouvernementale [...] extrême décentralisation administrative».

67 Sulla ascendencia hobbesiana del *Federalist*, vedi: P. KING, *Federalism and federation*, London 1982, Part One § 3 “Centralist Federalism” 24 «Il *Federalist* [...] appare una nota a piè do pagina alla teoria da soberania do Hobbes», citato in L.M. BASSANI, *Gli avversari*

Come già accennato, alla vigilia della ‘Civil War’ anglo-americana del 1861-1865, è stato proposto senza successo – da parte ‘sudista’ – l’inserimento nella costituzione USA di un «negative or tribunitial power»⁶⁸.

4. Partecipazione e tribunato

4.1. *Democrazia e cooperazione repubblicana di volontà*

Il tribunato è il mezzo per la difesa della libertà proprio della forma di governo democratica, nel “modello” di questa costituito dalla Repubblica romana⁶⁹. In essa il tribunato è inserito tre lustri dopo la cacciata dell’ultimo Re e la fine del regno (509 a.C.) nel numero inizialmente (494 a.C.) di due membri e poi (457 a.C.) di dieci membri⁷⁰.

La natura democratica di questa forma di governo è stata riconosciuta dal teorico moderno della “sovranità”, Jean Bodin (1577)⁷¹, e dal teorico contemporaneo della “dottrina pura del diritto”, Hans Kelsen (1920)⁷².

della costituzione americana: “antifederalisti” o federalisti autentici?, introduzione a Id. e A. GIORDANO (a cura di), *Gli Antifederalisti. I nemici della centralizzazione in America (1787-1788)*, Torino 2011, 42. Cfr. la omologa osservazione, fatta già nel dall’ambasciatore francese negli USA, Jean Antoine Joseph Fauchet, «secondo il quale “mentre i Federalisti tentano con ogni mezzo di distruggere il federalismo”, gli Antifederalisti “hanno sempre desiderato preservarlo”» (ancora L.M. BASSANI, *op. cit.*, 45, che cita a sua volta J.T. MAIN, *The Antifederalist: Critics of the Constitution, 1781-1788*, Chapel Hill 1961, XII).

68 Vedi, *supra*, nt. 14.

69 Vedi, *supra*, nt. 19.

70 Realizzandola ovvero perfezionandola. Di realizzazione scrive Cicerone (vedi ancora, *supra*, nt. 15). Di perfezionamento scrive invece Nicolò Machiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, 1513-19 [1^a pubbl., postuma, Firenze 1531], cap. 3 “Quali accidenti facessero creare in Roma i Tribuni della plebe, il che fece la repubblica più perfetta”.

71 Secondo il quale il sistema giuridico romano è, «a partire dalla cacciata dei re», «popolare»: «n’y a doute quelconque, que l’état des Romains, depuis qu’on donna la chasse aux rois, ne fût populaire» (J. BODIN, *Les Six Livres de la République*, Paris 1576, livre II. ch. 1; vedi anche livre I. ch. 8 “De la souveraineté “: «La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d’une République, que les Latins appellent *majestatem*» e ch. 10 «Ainsi parlaient les anciens Romains, quand ils disaient, imperium in magistratibus, auctoritatem in senatu, potestatem in plebe, majestatem in populo : car le mot de majesté est propre à celui qui manie le timon de la souveraineté»).

72 Secondo il quale il *modus cogitandi* e, quindi, il *modus operandi* istituzionali dei Romani sono “democratici” «Pilatus [...] – als Römer – gewohnt ist demokratisch zu denken» (H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und*

Nella forma di governo democratica, la partecipazione di tutti alla volizione pubblica ne rende *intrinsecamente* complesso il modo⁷³. La titolarità e l'esercizio da parte di tutti del diritto-dovere a decidere sulle questioni che tutti ugualmente interessano⁷⁴ comporta, infatti, la integrazione delle molteplici utilità individuali⁷⁵ in unica utilità comune. L'atto volitivo collettivo si articola così, *ipso facto*, in un *iter* volitivo, il quale – nel percorso assembleare –⁷⁶ muove dalle singole esigenze individuali per giungere, però, alla loro soddisfazione *attraverso* la individuazione e il perseguimento di ciò che Cicerone definisce la «*communio utilitatis*»⁷⁷ e San Tommaso d'Aquino definirà il «*bonum commune*»⁷⁸.

Nella specie repubblicana del genere democratico di forma di governo, per conservare la necessaria uguaglianza tra i membri della collettività⁷⁹ e, al contempo, per ovviare alle difficoltà della partecipazione di “molti” ai negozi giuridici, il modo della volizione pubblica è reso ulteriormente cioè anche *estrinsecamente* complesso. L'atto volitivo collettivo è articolato così, artificialmente, in un *iter* volitivo, il quale è composto di due semi-atti volitivi, ciascuno dei quali postula l'altro. È la tecnica giuridica della “cooperazione” tra *due* volontà⁸⁰. La prima delle due volontà è quella “dominica” (o “sovrana”) espressa dal popolo, cioè da “tutti i cittadini”⁸¹, e il cui contenuto è

Sozialpolitik 47, 1920, 50 ss.; saggio pubblicato anche autonomamente: Tübingen 1920).

73 Vedi, *infra*, ntt. 76 e 78.

74 *Codice di Giustiniano*, 5.59.5.2 (costituzione dell'anno 531).

75 La espressione *singulorum utilitatem* è di Ulpiano (*D.* 1.1.1.2, cit.).

76 Sul *modus operandi* delle assemblee deliberative democratiche vale (per quanto critica in chiave repubblicana) la notazione di Cicerone sull'*administrare in contionibus* (vedi, *infra*, nt. 83).

Sul principio maggioritario nella esperienza romana, vedi Scaev. *D.* 50.1. <*Ad municipalem et de incolis*> 19 *Quod maior pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint*; Ulp. *D.* 50 <*De diversis regulis iuris antiqui*> 17.160.1. *Refertur ad universos, quod publice fit per maiorem partem.*

77 *Rep.* 1.39, cit.

78 *Summa Theologica*, Prima Secundae, q. 90, art. 4: “*Lex est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata*” (cfr., *supra*, nt. 43).

79 Cicerone *rep.* 47 [*Scipio*] *et talis est quaeque res publica, qualis eius aut natura aut voluntas qui illam regit. itaque nulla alia in civitate, nisi in qua populi potestas summa est, ullum domicilium libertas habet; qua quidem certe nihil potest esse dulcius, et quae si aequa non est ne libertas quidem est.*

80 Vedi, *infra*, nt. 135; cfr. G. LOBRANO, *Le Assemblee provinciali cit.*, § 1.d. “Il regime volitivo (la “tecnica della partecipazione [democratica]”) che consente la soluzione”.

81 *Gai.* 1.2 *populi appellatione universi cives significantur.*

‘soltanto’ quello “generale” della *communio utilitatis*. È la “legge”⁸². L’altra volontà è quella “esecutiva” della prima (ma, in quanto altra, con una propria discrezionalità) espressa dai magistrati del popolo, e il cui contenuto è – quindi – soltanto particolare⁸³. È il “governo” (in senso proprio o stretto). I magistrati agiscono con il potere del popolo (pertanto: da questo delegato)⁸⁴ ma con volontà propria. In questa ‘tecnica’⁸⁵ “consiste la libertà”⁸⁶ da difendere.

La tecnica della “cooperazione” di due volontà gerarchicamente ordinate (dominicale/generale ed esecutiva/particolare), in contesto di unità/delegazione potestativa non è specifica della volizione pubblica. Tale tecnica appare presente in tutto l’agire giuridico attraverso intermediari, sia nell’agire individuale (in particolare familiare) sia nell’agire collettivo (privato e pubblico), e oggetto di una lunga elaborazione giurisprudenziale, la quale – ora correntemente e, credo, giustamente – si considera *in fieri* sino alla grande sistemazione giustiniana⁸⁷.

82 At. Cap. *apud* Aul. Gell., *n.A.* 10.20.2: *lex [...] est generale iussum populi [...] rogante magistratu*; cfr. Gai 1.3 *Lex est quod populus iubet atque constituit*.

83 Cicerone critica le “*res publicae*” greche perché queste «sono amministrate temerariamente in assemblea» (*pro Flacco* 7.16 *Graecorum totae res publicae sedentis contionibus temeritate administrantur*). J. ROUVIER, *La République romaine et la démocratie*, Paris 1961, osserva che i Greci non producono una teoria della magistratura. Sul significato tecnico di “*gubernare*” vedi C.M. MOSCHETTI, *Gubernare navem, gubernare rem publicam: Contributo alla storia del diritto marittimo e del diritto pubblico romano*, Milano 1966.

84 Cic. *rep.* 1.39 (cit.); cfr., *infra*, ntt. 98-104.

85 Vedi, *infra*, nt. 135.

86 La espressione *consistit libertas in legibus* è di Cicerone (*agr.* 2.102) su cui: G. LOBRANO, *La libertas cit.*

87 Sostenitore tra i più autorevoli di un secolare processo di elaborazione delle categorie romane dell’agire collettivo è Riccardo Orestano (*Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino 1959; voce *Rappresentanza [Diritto romano]*, in *NNDI*, vol. XIV, Torino 1967; *Il problema delle persone giuridiche nel diritto romano*, vol. I, Torino 1968).

Questo Autore, però, spinge oltre la propria prospettiva, ricostruendo il lavoro dei giuristi romani come incanalato nella logica infine detta, nel 1840, da Friedrich von Savigny (vedi, *infra*, ntt. 124-8) della persona giuridica (cioè della astrazione della concreta comunità umana) con ciò che segue sul piano del regime: rappresentanza/sostituzione della volontà di quella comunità così ‘sublimata’. Orestano, infatti, nonostante le apparenze (alimentate da qualche forte dichiarazione iniziale: «il concetto moderno di persona giuridica ha le sue radici nel pensiero medievale» [*Il problema delle fondazioni cit.*, 11]) non nega la dottrina savignyana della romanità della “*juristische Person*” ma la storicizza, individuando nel Diritto romano ‘soltanto’ le fasi iniziali del «lento e faticoso processo di astrazione e di unificazione che porta all’idea di una personalità corporativa» (*ibidem*, 166). In questo modo, Orestano esplicita e, quindi, rafforza l’implicito postulato di ineluttabilità storica-dogmatica della categoria di “ju-

La molteplicità di manifestazioni della unica tecnica della ‘cooperazione di

ristiche Person”. Si può, del resto, notare che Orestano appare incline a interpretare in chiave “evolutiva” la scienza giuridica romana (ID., *Idea di progresso, esperienza giuridica romana e ‘paleoromanistica’*, in *Sociologia del diritto*, 1983, e in R. TREVES [a cura di], *Alle origini della sociologia del diritto*, Milano 1983, quindi in ID., *Edificazione del giuridico*, Bologna 1989, dove [252 s.] critica «il grande romanista tedesco» Fritz Schulz perché questi «sostenne vigorosamente [...] avere i giuristi romani ignorato qualsiasi sentimento di evoluzione»).

La dottrina di Orestano è esemplare (in termini di eccellenza) di quella della romanistica novecentesca, ove, della elaborazione pandettistica, si è diffusa una critica la quale non soltanto non investe la logica di fondo di quella elaborazione ma si preclude la possibilità di farlo. Si è, cioè, diffusa, nella romanistica dell’ultimo secolo, una contrapposizione tra il ricorso a categorie “astratte” perché “generalì” (ciò che sarebbe il vizio pandettistico) e il ricorso all’esame del “caso concreto” perché singolo (ciò che ne sarebbe la correzione). Questa contrapposizione non coincide con ma corrisponde a quella tra il ricorso alla categoria di “sistema” e il ricorso alla categoria di “ordinamento” (vedi, *supra*, nt. 24) alla quale ultima Orestano, infatti, ribadisce più volte la propria preferenza (R. ORESTANO, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna 1981, 395 ss.; ID., *Le nozioni di ordinamento giuridico e di esperienza giuridica nella scienza del diritto*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico* 4, 1985, 959 ss., in part. 964 ss.; ID., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 348 ss.) Il ricorso (in riferimento al Diritto romano) alla categoria interpretativa di “ordinamento” con la connessa attenzione ai “casi concreti” non aiuta a cogliere le opzioni pandettistiche (in particolare quella sulla concezione della collettività, per la quale introduce anzi elementi di confusione terminologica) e anche per questa strada la romanistica novecentesca è diventata la ancella analitica dell’ordinamento prodotto dalla grande ricostruzione sistematica della romanistica ottocentesca.

Una utile rappresentazione complessiva della dottrina romanistica sul modo romano di concepire la unità della pluralità (in particolare dalla *positio studii* dello *ius publicum*) è proposta in maniera sintetica da M. CARVALE, *Popolo. Antichità e Medioevo*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. VI, 1996 (consultabile su ‘internet’) § 1.c. “Il *populus* romano come comunità dei *cives* romani o come persona giuridica”. Cfr. G. LOBRANO, *Res publica. Sui libri 21-45 di Tito Livio*, cit., 36, 2015, nt. 39, e G. LOBRANO – P.P. ONIDA, *Rappresentanza o/e partecipazione cit.*, ntt. 71 e 72, le cui citazioni di contributi novecenteschi occorre ora aggiornare con la monografia di A.L. PROSDOCIMI, *Forme di lingua e contenuti istituzionali nella Roma delle origini*, vol. I, Napoli 2016. L’ampio lavoro di Prosdocimi è uno studio filologico finalizzato al “contenuto istituzionale” del “termine” romano *populus*. Prosdocimi non è un giurista, come si vede – *ictu oculi* – dal capitolo secondo (pp. 98-255): intitolato la “Società dei *Quirites*” ma nel quale non una parola è spesa sul senso attribuito o da attribuire alla qualificazione dell’insieme dei “*Quirites*” come “società”. Tuttavia, il disinteresse di Prosdocimi nei confronti della questione – ineludibile e centrale per il diritto e per i giuristi – del modo di concepire la unità della pluralità, sarebbe stato forse meno totale se i giuristi l’avessero edotto della possibilità di una concezione romana di tale “unità” non omologa (seppure *in fieri*) ma rotondamente diversa anzi opposta a quella ‘moderna’, se i giuristi l’avessero edotto cioè della possibilità di una concezione romana concreta e non astratta di tale “unità”.

volontà' può essere ricondotta a due varianti: quella del comando (*iussum*)⁸⁸ e quella del mandato, il quale, nella sua matura configurazione giustiniana, è integrato con la procura⁸⁹.

La diversità tra le due 'varianti' consiste nella diversità dei corrispondenti rapporti inter-personali (quello tra iubente e obbediente, da una parte, e quello tra mandante e mandatario, dall'altra) ed è grande. Il primo rapporto è intra-potestativo, cioè di per sé gerarchico tra persone all'interno di una unica potestà, *pater-filius* e *dominus-servus*. Il secondo rapporto è inter-potestativo, cioè di per sé paritario: tra persone collocate ciascuna nella propria potestà, reciprocamente "estrane" ⁹⁰. Pertanto, il mandato – a differenza dello *iussum* – è un contratto⁹¹.

Qui finisce la diversità e inizia la convergenza non meno grande. Essa si manifesta già a livello semantico: è la concorrenza, nel significato di 'comandare', tra il lessema *iubere/iussum* e il lessema *mandare/mandatum*, il quale anzi prevale – per questo significato – nel latino volgare e nelle lingue neo-latine⁹². La convergenza si manifesta, quindi, a livello istituzionale. È

88 Da parte del popolo agli *universi cives* (ma *uti singuli*) con la collaborazione esecutiva dei magistrati (vedi, *supra*, ntt. 82 s.) ovvero da parte del padre e/o padrone al figlio e/o servo di amministrare beni rientranti nella potestà paterna e/o dominicale, negoziando – per ciò – con 'terzi'.

89 Si veda la definizione di *procurator* contenuta in Ulp. *D.* 3, 3, 1 pr.4, che apre il titolo 3.3 del Digesto "*De procuratoribus et defensoribus*": *Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat.*

Sulla distinzione tra *verus procurator* in quanto dotato di mandato e *falsus procurator* in quanto privo vedi: Ulp. *D.* 3. 3. 40. 2; Ulp. *D.* 5. 1. 56; Paul. *D.* 12. 4. 14; Ulp. *D.* 15. 4. 1. 9; Paul. *D.* 17. 1. 26. 5; Ulp. *D.* 39. 1. 5. 18; Ulp. *D.* 43. 16. 1. 13; Ulp. *D.* 46.3.12; Ulp. *D.* 46. 8. 12. 1; Iul. *D.* 46. 8. 22. 8; Ulp. *D.* 47. 2. 43. 1; C. 2. 12. 24; C. 6. 2. 19.

Vincenzo Arangio Ruiz colloca il rapporto crono-logico tra procura e mandato nello stesso quadro generale del rapporto, ad es. tra compravendita e contratto consensuale di compravendita (V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949, 47); cfr., per la molta dottrina, J.A.C. THOMAS, *A note on falsus procurator*, in *Studi in onore di G. Grosso*, vol. II, Torino 1968, 409 ss.; M. MICELI, *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età pre-classica e classica*, in *Iura* 53, 2002, § 3.4. "Procurator e mandato", 121 ss., in part. 124 s.; EAD., *Studi sulla "rappresentanza" nel diritto romano*, Milano 2008, 296 ss.; F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, vol. I, *L'acquisto del possesso e della proprietà*, Milano 2007, 530 s.

90 Vedi, ad es., Clem. *D.* 24.1.25 *Inter extraneas personas*.

91 Forse anche esso di *ius gentium* (in proposito: M. MICELI, *Studi sulla "rappresentanza" nel Diritto romano*, vol. I, Milano 2008, 239 ss.).

92 La dottrina si è già soffermata sulla – peraltro evidente – sinonimia tra *iussum* e *mandatum*, nel significato di comandare. Possiamo anche notare – sempre restando nell'evidenza – che, per questo significato, nelle lingue neo-latine, il lessema *mandare/mandatum* è addirittura prevalso sul lessema *iubere/iussum*.

la funzione del mandato di – per così dire – ‘imitare’ lo *iussum*⁹³, cioè di consentire la amministrazione mediante intermediario (in particolare, per la negoziazione con un terzo) come nella- ma anche oltre la organizzazione intra-potestativa (*familia*) del *dominus negotii*⁹⁴. La specificità di questa ‘imitazione’ è che essa avviene espressamente mediante la delegazione di potere (*manum dare*)⁹⁵ dal *dominus negotii* all’intermediario. Si tratta, precisamente, della delegazione di *quel* potere che l’intermediario, in quanto “estraneo”⁹⁶, non “ha”. Peraltro, è delegato non tutto il potere dominicale, che, nel suo insieme, resta al *dominus*, ma soltanto una sua quota. La quota delegata può e deve – pertanto – essere usata fisiologicamente soltanto in armonia con l’ ‘insieme’, così che il mandatario non può essere considerato “interamente libero” rispetto al mandante⁹⁷.

93 Vedi da ultimo P.-P. ONIDA, *In tema di natura del mandatam*, in *Diritto@Storia* 13, 2015, § 2. “L’«uso sinonimico» di *mandatum* e di *iussum* nonché di *mandare* e di *iubere*”. Ivi i riferimenti alla dottrina precedente.

94 O “famigliare”, sia della famiglia dei *sui*, il cui titolare della *potestas* è il padre (Ulp. *D.* 50.16.195.2) sia della famiglia *servorum*, il cui titolare della *potestas* è il *dominus*.

95 Vedi ancora Onida (*In tema cit.*; tra gli scritti recenti si avvicina a questa interpretazione la monografia di S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell’evoluzione del mandato romano*, Milano 2005, *passim*, in part. § I.4 “Sulle tracce di una *Grundbedeutung* nel diritto arcaico: l’assoggettamento funzionale al *mandare* pubblicistico”, il cui *incipit* (p. 32) è «Le valenze semantiche del più antico *mandare*, che abbiamo ritenuto di individuare nel significato di atto volto ad imporre ad altri un comportamento rientrante in un contenuto di doverosità, trova probabilmente alcuni addentellati nel campo del diritto pubblico. L’analisi della terminologia appare infatti, in quest’area, di indubbio interesse, anche per il suo intuitivo parallelismo col campo dei rapporti fra privati»).

96 Dunque, esattamente il contrario della cesura operata dalla Pandettistica tra mandato/‘Auftrag’ e procura/‘Vollmacht’ (sui cui vedi ancora, M. MICELI, *Institor e procurator cit.*, 121). Sulla convergenza di significato tra “*in potestate*” e “*cum potestate*”, vedi G. LOBRANO, *Il potere dei Tribuni della plebe*, Milano 1982, cap. II “Il contenuto di *potestas*”, §§ 5 “*In potestate esse*” e 6 “*Privatus an cum potestate*”, 279 ss.

97 Vedi, ancora nel sec. IX d.C., Sch. 7 a *Bas.* 23.3.24 = *D.* 22.1.24: «Quando senti dire che non acquistiamo per mezzo di un libero, intendi che sia totalmente libero; e tale e colui che non è legato a noi da nessun rapporto, non è sotto la nostra potestà, non è nostro mandatario, non gestore di negozi, non tutore, non curatore, non altra specie di rappresentante. Chi è nostro rappresentante non è interamente libero» (testo citato e tradotto in S. SOLAZZI, *Errore e rappresentanza*, in *RISG.* 50, 1911, quindi in ID., *Scritti di diritto romano*, vol. I, Napoli 1955, 293 s.; ripreso da R. QUADRATO, voce *Rappresentanza [Diritto romano]*, in *EdD*, vol. XXXVIII, Milano 1987). Trovo sempre sorprendente l’acume interpretativo (in particolare nei confronti del Diritto romano) del Cittadino di Ginevra, filosofo del diritto: «la volonté ne se représente point [...] mais il [le peuple] peut & doit l’être dans la puissance exécutive» (CS, 2.15 “Des Députés ou Représentans”).

L'uso dello *iussum* e del *mandatum* (con le diversità e convergenza appena menzionate) è ricorrente sia nella volizione individuale sia nella volizione collettiva, privata e pubblica. Nella volizione collettiva di diritto privato, è noto il ricorso allo *iussum* in senso stretto, impartito dai soci a un loro “servo comune”⁹⁸. Nella volizione collettiva di diritto pubblico, la convergenza tra *iussum* e *mandatum* appare con forza nel rapporto tra popolo e magistrati⁹⁹, ove la volizione del popolo è indicata sia come *iubere*¹⁰⁰ sia come *mandare*¹⁰¹. I magistrati – pure perfettamente distinti dai “*servi publici*”¹⁰² – sono detti “nella potestà del popolo” e suoi “*servi*”¹⁰³. Troviamo il ricorso allo *iussum* anche nella seconda (soltanto eventuale) fase della articolazione dell'*iter* volitivo in volontà generale / massima discrezionalità e volontà particolare / minore-nulla discrezionalità: nel rapporto, cioè, tra magistrato e giudice, con lo *iubere iudicare* indirizzato dal *magistratus populi* giurisdicente allo *iudex privatus* giudicante¹⁰⁴.

4.2. *Tribunato*

Il tribunato è, allora, la «magistrature particulière – moyen terme»¹⁰⁵.

98 Su cui si è particolarmente soffermato A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo “manager” in Roma antica (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano 1984, 25 ss. e 377 ss. e su cui si veda – per lo stato della dottrina – P. CERAMI, *Impresa e societas nei primi due secoli dell'impero*, in *Annali della Università di Palermo*, 2007-2008.

99 Gai. *D.* 3.4.1.1 «*ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat*»; cfr. i passi di Cicerone citati, *infra*, nt. 103.

100 Oltre la nota e fondamentale definizione della legge come *generale iussum populi* [...] *rogante magistratu* di Ateio Capitone (*apud* Gell., *noct. Att.* 10.20) si può ricordare la espressione “*iniussu populi*” di Pomponio in materia di “*caput civis*” (*D.* 1.2.2.16 e 23).

101 Vedi L. WINKEL, *Mandatum im römischen öffentlichen Recht?*, in D. NÖRR – S. NISHIMURA (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes: Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin-Heidelberg 1993, 53 ss. Cfr., *supra*, alla nt. 95, la citazione di Randazzo.

102 L. HALKIN, *Les esclaves publics chez les Romains*, Bruxelles 1897 (rist. New York 1979); N. ROULAND, *A propos des servi publici populi Romani*, in *Chiron* 7, 1977, 261 ss.; W. EDER, *Servitus publica*, Wiesbaden 1980.

103 Varrone: *populus in sua potestate, singuli in illius* (*ling.* 9.6); Cic. *orat.* 2.167 cit.; cfr. *Planc.* 62 cit.; *off.* 1.34 *Est proprium munus magistratus intelligere, se gerere personam civitatis, debereque; eius dignitatem et decus sustinere*. Si veda anche la definizione di *potestas* in Paul. *D.* 50.16.215 *Potestatis verbo plura significantur, in persona magistratum imperium, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium*.

104 Vedi, *supra*, ntt. 62 e 64.

105 J.-J. ROUSSEAU, *CS.*, Chapitre 4.5 “du tribunat” «magistrature particulière qui ne fait point corps avec les autres, qui replace chaque terme dans son vrai rapport, et qui fait une

Esso è inserito, infatti, nella volizione complessa, in particolare nello snodo dell'*iter* volitivo costituita dalla cooperazione tra il popolo dei cittadini, il quale esprime la *propria* volontà esercitando il “lato” sovrano del *proprio* potere e il magistrato ‘di governo’ (ovvero il complesso dei magistrati ‘di governo’) il quale esprime anche esso la *propria* volontà ma esercitando il “lato” esecutivo del potere *del popolo*. Ciò perché la volontà del magistrato esecutore tende costantemente alla sopraffazione della volontà del popolo sovrano. I tribuni devono, allora, difendere la libertà dei cittadini sia nel loro insieme (come popolo sovrano autore del comando generale: la “legge”) sia individualmente (come singoli privati destinatari finali di quel comando attraverso la intermediazione magistratuale) contro i magistrati di governo¹⁰⁶.

Fuori dello ‘snodo’ di tale volizione complessa / cooperazione volitiva, tra popolo dei cittadini sovrani e magistrati di governo, il tribunato non ha ubicazione né senso.

Si deve, tuttavia, notare e sottolineare (anche in funzione propositiva e *de iure condendo*) che la istituzione *storica* del tribunato *non* è una mera conseguenza logica della articolazione repubblicana del potere tra popolo e suoi magistrati (stabilita *regibus exactis*)¹⁰⁷ *ma* è ottenuta a prezzo di un duro conflitto del “ceto dei molti” contro la “fazione dei pochi”¹⁰⁸, detentori sia del potere esecutivo (con il monopolio del governo) sia della ricchezza (con l’esercizio della usura). La battaglia per il tribunato prima e la azione del tribunato poi sono più che importanti elementi pro-motori della democrazia

liaison ou un moyen terme soit entre le prince et le peuple, soit entre le prince et le souverain».

106 Cic. *leg. agr.* 2.15 *tribunum plebis, quem maiores praesidem libertatis custodemque esse voluerunt*; Gell. *noct. Att.* 10.3.13: *O nomen dulce libertatis! O ius eximium nostrae civitatis! O lex Porcia legesque Semproniae! O graviter desiderata et aliquando reddita plebi Romanae tribunicia potestas!*

107 G. LOBRANO, *La théorie de la respublica (fondée sur la société et non pas sur la ‘personne juridique’) dans le CJC de Justinien (D.1.2-4)*, in J. BOUINEAU (sous la direction de), *Personne et res publica*, vol. I, Condé-sur-Noireau 2008, 89-113 [*Atti del Colloquio «Personne et res publica» Montréal, les 27 et 28 avril 2007, organizzato dalla Association «Méditerranées»*]; inoltre, con integrazioni, *La théorie de la res publica selon l’Empereur Justinien (Digesta Iustiniani 1.2-4)*, in *Diritto@Storia* 8, 2009; con ulteriori integrazioni e tradotto in lingua portoghese, *A teoria da respublica (fundada sobre a ‘sociedade’ e não sobre a ‘pessoa jurídica’) no Corpus Juris Civilis de Justiniano (Digesto 1.2-4)*, in *Seqüência: estudos jurídicos e políticos* 29.59, 2009 (ma pubblicato 2010), 13-41.

108 Il popolo è il ‘ceto dei molti’ (Cic. *rep.* 1. 39) non la ‘élite’/‘fazione dei pochi’ (Cic. *rep.* 3.23; Caes. *de bello civili* 1.22; cfr. 1.85 e 3.109; Sall. *Cat.* 18; 20; *bell. Iug.* 41.6). Il popolo è, peraltro, composto di ‘parti’ le quali possono degenerare in ‘fazioni’. Sulla nozione di “*factio*” si può vedere M. VARDELLI, *La factio Metellana nei primi anni del I secolo a.C.*, in *Aevum* 52.1, 1978, 78 ss.

repubblicana e possono ancora esserlo, a patto – ovviamente – di sapere ancora cosa è la democrazia repubblicana.

Per svolgere il proprio compito specifico, i tribuni sono dotati di un potere altrettanto specifico, la *intercessio*¹⁰⁹, il quale, come abbiamo visto, in epoca contemporanea è stato definito dalla dottrina di lingua francese “potere di impedire” e dalla dottrina di lingua inglese, inizialmente, e, quindi, da quella di lingua tedesca, in forma sistemica, “potere negativo”¹¹⁰.

La *intercessio*, però, non è affatto l’unico potere del tribunato. Elemento costitutivo della *tribunicia potestas*, è anche lo *ius legum ferendarum* espressione dello *ius agendi cum plebe*. A Lucio Cornelio Silla, per rendere il tribunato una *imago sine re*, basta togliergli (con la propria riforma dell’82-81 a.C.) proprio lo *ius legum ferendarum*¹¹¹.

4.3. Sviluppo civico-imperiale

La forma di governo democratica-repubblicana attivata nel 509 a.C. e descritta (*De republica*) nel 55-51 a.C. “cresce”¹¹² ed è perfezionata, a partire dalla fine dell’ultimo secolo a.C., nell’“impero municipale”¹¹³.

109 Sulla specificità di questo potere presso i tribuni, rispetto a quello intercorrente tra magistrati come effetto della loro “collegialità”, vedi, tra i contributi più recenti, R. LAMBERTINI, *Aspetti ‘positivo’ e ‘negativo’ della sacrosancta potestas dei tribuni della plebe*, in *Diritto@Storia* 7, 2008, §§ 3 s.

110 Vedi, *supra*, ntt. 13 s.

111 È la *lex Cornelia de tribunicia potestate*: Liv. per. 89 *Sylla dictator factus, quod nemo umquam fecerat, cum fascibus XXIII processit. Legibus nouis rei pub. statum confirmavit, tribunorum pleb. potestatem minuit et omne ius legum ferendarum ademit*; Caes. civ. 1.7 *Sullam nudata omnibus rebus tribunicia potestate tamen intercessionem liberam reliquisse*. Vellei. 2.30 *Hoc consulatu Pompeius tribuniciam potestatem restituit, cuius Sulla imaginem sine re reliquerat (lex Pompeia Licinia de tribunicia potestate del 70 a.C.)* Per ulteriori dati sulla vicenda storica, vedi F. FABBRINI, voce *Tribuni plebis*, in *NNDI*, vol. XIX, Torino 1957.

112 Liv. 4.4 *in aeternum urbem conditam, in inmensum crescente*; cfr. Cicerone, in *pro Balbo* 13.31 [*Romulus*] *docuit etiam hostibus recipiendis augeri hac civitatem communicatio civitatis*, e Giustiniano (citando Pomponio) in *D. 1.2.2.2 aucta civitate; 7 augescente civitate; 18 populo aucto* e (con propria costituzione) in *C. 7.15.2 civitas amplianda*. Sulle implicazioni giuridiche della nozione vedi P. CATALANO, *Diritto e persone – studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino 1990, XIV; ripreso da M.P. BACCARI, *Il concetto giuridico di civitas augescens: origine e continuità*, in *SDHI* 61, 1995, 759 ss.; ID., *Cittadini popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV–VI*, Torino 1996, 56; M. CACCIARI, *Il mito della civitas augescens*, in *Il Veltrò. Rivista della civiltà italiana* 41.2-4, 1997, 161 ss.

113 Scrive ancora Massimo Cacciari che la «città che esiste in virtù della sua capacità di incorporare in sé nuove genti e nuovi territori, che neppure potrebbe sopravvivere se non tendesse all’ “imperium sine fine”. Perciò quella di “civitas augescens” rappresenta l’idea

L'impero è una comunità essenzialmente composta – in ordine ascendente – di comunità minori: le “città/municipi” e le “province”. L'ordine strutturale dell'impero è, ovviamente, riprodotto nell'ordine dinamico del suo regime volitivo.

L'Impero romano è costruito con lo stesso criterio con il quale era stata organizzata la prima Repubblica romana. All'interno dell'impero, è applicata, con la mediazione delle province, la medesima forma di governo (già) applicata all'interno della Città di Roma. In questa, lo strumento di espressione della volontà dei cittadini è il voto nei comizi, in particolare in quelli centuriati e tributi, organizzati, i primi, per *census et aetas* e, i secondi, per *regiones et loca* (Gell. *n.A.* 15.27): i cittadini votano all'interno delle centurie o delle tribù, quindi ciascuna centuria o tribù vota all'interno della città.

chiave per comprendere lo stesso mito dell'impero universale.» (M. CACCIARI, *L'epoca della globalizzazione*, in G. TORRESETTI [a cura di], *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione [Atti del XXIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica Macerata, 2-5 ottobre 2002]* Macerata 2008, 23).

Il rapporto strutturale tra città e impero è, peraltro, fuori discussione. Già mezzo secolo or sono, Giuseppe Ignazio Luzzatto, in una ‘Lettura’ intitolata *Impero e città*, in *Labeo* 13, 1967, 377 ss., a proposito di D. NÖRR, *Imperium und Polis in der hohen Prinzipatszeit*, München 1966, osservava «Che il problema dei rapporti fra città e impero sia fondamentale per una adeguata valutazione della realtà storica e istituzionale di quest'ultimo è ormai acquisito» e forniva, di séguito, i dati bibliografici, cui rinvio. Cfr., più recentemente: T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Città e Impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell'Impero romano*, Napoli 1996, 97 s. (il «nuovo regime inaugurato da Augusto [...] non fu una monarchia, neppure ‘mascherata’ e neppure solo ‘nella sostanza’, come spesso si ama dire; ma una realtà complessa e volutamente ambigua, fondata sulla compresenza, in parte anche conflittuale, di due sfere. Una imperiale, ricca di potere effettivo, ma non onnipotente; e una repubblicana, più radicata nella tradizione costituzionale e meno potente, ma tutt'altro che insignificante. [...] L'impero romano si venne dunque costruendo non come compagine unitaria ma fondamentalmente come costellazione di *poleis*») e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La genesi dell'impero municipale*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 18, 2004, 243 ss. (ora in ID., *Scritti scelti*, vol. II, Napoli 2010, 939 ss.) e ID., *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna 2009, cap. XVII ‘*L'impero municipale*’ (383 ss.) della parte IV ‘*L'impero universale*’.

Ciò che ancora si fa desiderare è il riconoscimento del modo romano di costruire la unità. La (importante!) nozione di unità nella pluralità viene lasciata alla forma di governo monarchica-rappresentativa, della quale è considerata appannaggio esclusivo (vedi, *supra*, nt. 87). Eppure proprio nella nozione di impero e nel suo abbandono a partire dalla c.d. Pace di Westphalia a favore della molteplicità di Stati si intravedono la forza e le potenzialità della vera (non “falsa”) e “concreta” (non “astratta”) via romana alla unità della pluralità. Sulla questione della concezione unitaria della pluralità di uomini vedi G. LOBRANO – P.P. ONIDA, *Rappresentanza o/e partecipazione cit.*, §§ II.1.a e II.2.a; sulle forme vere e false di federare vedi G. LOBRANO, *Costituzione italiana e Statuto sardo tra federalismo vero e federalismo falso*, in *QB – Quaderni Bolotanesi* 31, 2005, 29 ss.; sulla “Pace di Westphalia”, vedi K. VALASKASKIS, *Tendances à long terme de la gouvernance mondiale: des traités de Westphalie à Seattle*, in AA.VV., *La gouvernance au XXIe siècle. Études prospectives*, Paris 2002, 55 ss.

Nell'impero, le città/municipi, oltre ad auto-gestirsi, valutano annualmente, riunite in Assemblee provinciali, il governo imperiale della propria provincia¹¹⁴, ciò che postula la competenza a individuarne obiettivi e contenuti.

L'istituto tribunizio, dopo aver concorso alla formazione dell'impero municipale¹¹⁵, è stato – per così dire – aggiornato, durante il IV secolo, nella istituzione a diffusione locale dei “Difensori civici”¹¹⁶.

114 R. MARTINI, *Sulla partecipazione popolare ai Concilia provinciali nel tardo Impero*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Constantiniana. XIII Convegno internazionale in memoria di André Chastagnol*, Napoli 2001, 709 ss. Martini scrive che l'«argomento» delle «assemblee provinciali [...] tema estremamente interessante, fino ad oggi non ha riscosso soverchia attenzione da parte dei romanisti [...] di esso non è praticamente traccia nei manuali [...] mentre [...] se ne sono occupati abbastanza gli storici»; da parte dei quali (in particolare, da parte di Jürgen Deininger) ci si è chiesto se «questi concilii [...] fossero organi rappresentativi e se denunciassero o meno una tendenza separatista». L'A. rileva, quindi, non essere stato addirittura «mai affrontato [...] il problema [...] della competenza, ossia degli argomenti giuridici che essi [i concilia] avrebbero potuto quanto meno discutere e che a loro volta si potrebbero ricostruire dai provvedimenti imperiali (rescritti o editti) indirizzati ai *provinciales* o ai vari *concilia* o anche al prefetto del pretorio». Ancora l'autore sottolinea «l'attività di controllo svolta dai concilii sul comportamento dei funzionari imperiali e specialmente dei governatori provinciali» per concentrarsi, infine, sulla “«composizione» e sul «funzionamento» «di questi *concilia* [in particolare] nel IV e V sec. d.C.».

115 Testimonia la componente “popolare” della origine dell'impero l'inserimento della *tribunicia potestas* nella titolatura imperiale (per le fonti: A. MASTINO, *Osservazioni sullo sviluppo della potestà tribunicia durante l'età imperiale: contenuti e sistemi di computo*, in *Diritto@Storia* 6, 2007 «Le radici rivoluzionarie del potere di Augusto spiegano l'adozione da parte del *princeps* nel 23 a.C. della *tribunicia potestas*, tradizionale strumento dei *populares* nella lotta contro l'aristocrazia senatoria, espressione di una forma di patronato nei confronti della plebe urbana e dei provinciali che richiama esplicitamente il precedente Cesariano. [...] Tacito [...] osserva (*ann.* III.56):... *potestatem tribuniciam Druso petebat. Id summi fastigii vocabulum Augustus repperit, ne regis aut dictatoris nomen adsumeret ac tamen appellatione aliqua cetera imperia praemineret*»).

116 I *defensores civitatis* sono istituiti dagli imperatore Valente e Valentiniano (costituzione imperiale del 365: *Codex Justiniani*, 1.55.1). Si noti, per intendere la rilevanza dell'antico modello tribunizio per la nuova istituzione, che una delle interpretazioni più sinteticamente efficaci del tribunato ci è consegnata da Eutropio, epistolografo di Valente, nel proprio *Breviarium ab urbe condita*, dedicato allo stesso Imperatore (1.11) «*Tum et ipse populus Romanus sibi tribunos plebis quasi proprios iudices et defensores creavit per quos contra senatus et consules tutus esse potest*». Il *Codice* di Giustiniano dedica al *Defensor civitatis* il titolo 55 del libro I, il quale raccoglie costituzioni imperiali sino all'anno 505 e lo stesso Giustiniano disciplina la materia con la propria costituzione del 535. In proposito V. MANNINO, *Ricerche sul 'defensor civitatis'*, Milano 1984; M. TORELLI, *Tribuni plebis municipali?*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. III, Napoli 1984, 1397 ss.; cfr. H. GALSTERER, *La loi municipale des romains: chimère ou réalité*, in *RHDFÉ* 65.2, 1987, 189.

5. Cancellazione contemporanea della dialettica giuridica ...

5.1. *Sovra-scrittura pandettistica della forma di governo statale-rappresentativa su quella civica-partecipativa*

La scienza giuridica contemporanea (in particolare romanistica) ha posto in essere una operazione di “dimenticanza” *mirata* nei confronti degli istituti della Repubblica romana, cioè: perché e in quanto democratici¹¹⁷.

La operazione è la sovra-scrittura della forma di governo medievale-moderna, che è statale-rappresentativa, sulla forma di governo antica, che è civica-partecipativa. Questa è – così – resa leggibile soltanto come mero precedente (più o meno sviluppato) di quella. Il *modus operandi*, efficacissimo, della sovra-scrittura non è una novità ottocentesca assoluta. Esso è già utilizzato dai giuristi di Edoardo I¹¹⁸ e ancora non del tutto abbandonato da Montesquieu¹¹⁹. Il ricorso a tale ‘modo’ è però pienamente conseguente soltanto nell’Ottocento, in funzione della fine del metodo dialettico ‘fiorito’ nel Secolo dei Lumi.

Dopo lo scontro frontale tra le due ‘forme di governo’, il quale marca tutta la seconda metà del Settecento (prima con il dibattito scientifico, quindi con le opposte normazioni e infine con la lotta fisica), nell’Ottocento prevale (in maniera generalizzata, seppure con manifestazioni rilevanti di resistenza, tra le quali spicca il pensiero costituzionale della Indipendenza latino-americana)¹²⁰ la forma di governo statale-rappresentativa e, quindi, il suo mezzo per la difesa della libertà, la divisione del potere – separazione/equilibrio dei tre poteri.

In ambito scientifico, tale ‘prevalere’ è preparato nel Settecento con la obiezione della irrazionalità della forma di governo democratica¹²¹ ma è compiuto nell’Ottocento con la dimenticanza (cioè con la cancellazione dalla memoria: come mai esistito) del suo modello romano. Il tribunato ne segue la sorte.

La operazione ottocentesca di dimenticanza segue lo stesso ordine logico della opposta operazione settecentesca (in particolare, rousseauiana) di memoria. La dimenticanza della specificità e della reciproca alterità tra le forme

117 Vedi, *supra*, ntt. 22 e 114.

118 Sul rinvio a Giustiniano per giustificare il ‘model parliament’, vedi, *supra*, § 3.a.

119 Sul rinvio al tribunato per costruire la «balance» dei tre poteri, vedi, *supra*, nt. 9.

120 Vedi, *supra*, nt. 39.

121 J.-N. DÉMEUNIER, voce *Démocratie*, in *Encyclopédie méthodique, économie politique et diplomatique*, vol. II, Paris Liège 1786, in part. 66 “Section IVe, Des avantages & des inconvénients de la *démocratie*” rifiuta la «démocratie pure [la quale] n’existe peut-être que dans les petites cantons suisses [...] En général [...] fort dangereuse [...] déraisonnable en ce qu’elle accorde à des hommes ignorants et grossiers des droits si vastes qu’ils en abusent toujours».

di governo democratica/repubblicana (cioè civica-partecipativa) e monarchica/feudale/parlamentare (cioè statale-rappresentativa) precede e determina la dimenticanza della specificità e della reciproca alterità tra i due rispettivi mezzi per la difesa della libertà (tribunato ed equilibrio dei poteri). Nonostante il gran teorizzare sulla dialettica¹²², la dottrina *giuridica* ottocentesca è assolutamente non-dialettica anzi programmaticamente anti-dialettica. Con lo schema della distinzione tra “Basis und Überbau” (1859) nella quale il diritto è ridotto a “sovrastruttura”, la dialettica abbandona il terreno del diritto e della storia per trasferirsi su quello della economia e dell’utopismo¹²³.

La operazione di sovra-scrittura investe la intiera materia giuridica ma con una serie di interventi – tutto considerato – breve: mirata su pochi punti critici. Questi ‘punti’ sono: dapprima, ciascuno dei due elementi costitutivi della forma di governo (a loro volta in un ordine preciso: la concezione della natura della collettività e il suo regime volitivo); quindi, il mezzo per la difesa della libertà.

I primi, *potissimi*, interventi sono operati, durante il 1840, da Friedrich Carl von Savigny. Nella materia della natura della collettività, egli sovra-scrive la “juristische Person”¹²⁴ sulla *societas-corporis* di Cicerone-Gaio¹²⁵. Nella materia del regime volitivo della collettività, egli sovra-scrive l’atto volitivo, consistente nella sostituzione della volontà della “Juristische Person”

122 Vedi, ad es., F. MATARRESE, *Hegel e la logica dialettica*, Bari 1976.

123 Di tale ‘spostamento, esprimono ancora interessanti resipiscenze le *Formen, die der kapitalistischen Produktion vorhergehen* (1857-58), è invece applicazione esemplare *Die Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats* (1884) e marca un in-glorioso punto di arrivo l’annuncio della *End of History* (da parte del politologo USA, Francis Fukujama, 1992).

Sulla nozione di ‘utopismo’, vedi V. FORTUNATI, R. TROUSSON, A. CORRADO (edd.), *Dall’utopia all’utopismo: percorsi tematici*, Napoli 2003.

124 *System des heutigen Römischen Rechts*, Band II, Berlin 1840, §. 85 e seguenti “Juristische Personen”.

125 Cic. *rep.* 1.39 (cit.); Gai. *D.* 3.4.1.pr. e s. *Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur [...]* *Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.*

A. ZOPPINI, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Scritti in onore di P. Schlesinger*, Milano 2002, 857, nt. 23: «teoria c.d. della realtà della persona giuridica, su cui v. naturalmente O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, Leipzig 1895, 470 (sulla titolarità dei diritti della personalità 682, 712), ID., *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin 1887 (ma consultato nella ristampa anastatica Hildesheim 1963), 146 ss.; ID., *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Berlin 1902, 10 ss.»

da parte della volontà dello “Stellvertreter”¹²⁶, sull’*iter* volitivo, consistente nella cooperazione con la volontà sovrana della *societas-corporis* (espressa dalla assemblea dei soci) da parte della volontà esecutiva dei *magistri/magistratus*¹²⁷. In questo ‘secondo intervento’, è determinante la equiparazione – quanto a capacità volitiva – della persona giuridica alla persona fisica incapace: «Unmündig, Wahnsinnig, Interdicirt»¹²⁸. Dovrebbe essere superflua ogni insistenza sulla natura e sulla portata sistemica di questa novità.

Il “sistema” di Savigny ha, tuttavia, una grave ‘falla’ posta sotto la linea del proprio galleggiamento logico. Si tratta della permanenza in esso di scandalosi ‘esempi’ di regime volitivo non-sostitutivo ma cooperativo. Gli ‘esempi’ non concernono o non concernono necessariamente la volizione collettiva ma sono ugualmente lesivi della essenziale coerenza del “sistema”. Si tratta della negoziazione/amministrazione del figlio e del servo su comando (*iussum*) del padre e del padrone¹²⁹ e della negoziazione/ammini-

126 *System cit.*, Band III, Berlin 1840, §. 113. II. “Freye Handlungen. – Erweiterung durch Stellvertretung” 90 ss. «Die natürliche Fähigkeit der Person, durch ihre freye Handlungen Veränderungen im Rechtszustand hervorzubringen, kann nach zwey Seiten hin positiv modificirt werden: erstlich einschränkend, indem gewisse Personen ganz oder theilweise für unfähig erklärt werden, durch ihre Handlungen auf den Rechtszustand einzuwirken (§ 106 – 112); zweytens erweiternd, indem eine Stellvertretung in juriftischen Handlungen gestattet wird.» [p. 90]; «dient die Stellvertretung auch als Ersatz für die nach den aufgestellten Regeln fehlende eigene Handlungsfähigkeit, und in dieser Anwendung zeigt sie sich noch weit wichtiger als in der ersten. Denn durch sie wird es möglich, die Rechtsverhältnisse des Unmündigen, des Wahnsinnigen, des Interdicirten, so wie die der juristischen Personen, durch freye Handlungen neu zu gestalten, welches ohne Stellvertretung meist ganz unmöglich seyn würde» [p. 91; cfr. 98, citata, *infra*, nt. 130].

127 Sulla competenza della “assemblea generale” ad assumere le “decisioni più importanti” per la società (esplicitamente attestata presso alcuni passi ciceroniani: *de domo* 28.74 *publicorum societates* [...] *decreta fecerunt*; in *L. Calp. Pis.* 18.41 *decreta publicanorum*; *pro Sest.* 14.32 *societas vectigalium* [...] *decrevisset*; in *P. Vat.* 3.8 *societatum* [...] *decreta*; *sec. in Verr.* 2.173 s.) vedi C. NICOLET, *Réflexions sur les sociétés de publicains: Deux remarques sur l’organisation des sociétés des publicains à la fin de la république romaine*, in H. VAN EFFENTERRE (éd.), *Points de vue sur la fiscalité antique*, Paris 1979, 76 s.; ripreso da U. MALMENDIER, *Societas publicanorum. Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, Köln – Weimar – Wien 2002, 267: «Jedenfalls gab es eine „Generalversammlung“ der Gesellschafter, die sich mit den wichtigen Entscheidungen für die Gesellschaft befaßte und die so groß sein konnte, daß Cicero sie als multitudo bezeichnet»; cfr. G. LOBRANO, *La libertas cit.*, § 5.b.β “*Collegia*”, nt. 109.

128 Vedi, *supra*, nt. 126. Su questo qualificante e illuminante passaggio, la dottrina di Savigny è semplicemente *ripetuta* (ad esempio) da Mario Talamanca nel proprio manuale di *Istituzioni di Diritto romano*, Milano 1990, § 66 “La rappresentanza”, 264 ss.

129 F.C. SAVIGNY, *loc. ult. cit.*, 93, nt. f «Wenn also der Herr dem Sklaven befahl, für ihn

strazione del mandatario per conto del mandante¹³⁰.

A chiudere la ‘falla’, perfezionando la sovra-scrittura pandettistica nella materia del regime volitivo, provvederanno (contemporaneamente: nel 1866, un quarto di secolo dopo i primi volumi del *System* di Savigny) Bernard Windscheid e Paul Laband¹³¹.

Windscheid (nelle sue *Pandette*) sostiene che lo *iussum* del ‘*dominus negotii*’ non è un comando rivolto al subalterno ma è una autorizzazione nei confronti di ogni possibile ‘terzo’¹³².

Laband (in un articolo su una rivista di diritto commerciale) afferma la “separazione” della procura dal mandato¹³³. Windscheid si premura di inse-

eine Schuld zu contrahiren, so wurde dennoch der Herr nach altem Recht nicht Schuldner; deswegen führte hier der Prätor eine eigene Klage ein, *quod iussum*». Cfr. G.C. SEAZZU, *Sui processi di formazione della volontà collettiva: appunti in tema di iussum e negozi con il terzo*, in D. D’ORSOGNA – G. LOBRANO – P.P. ONIDA (a cura di), *Città e diritto cit.*, 315; P.P. ONIDA, *Concretezza giuridica del mandato. Il problema della formazione e articolazione della volontà, ibidem*, 165.

130 F.C. SAVIGNY, *loc. cit.*, 98. «b) Die freye Vertretung kann auf zweyerley Weise begründet werden. In der Regel geschieht es durch den Willen Desjenigen, dessen Rechte entstehen oder untergehen sollen. Ist aber Dieser selbst handlungsunfähig, so geschieht es durch ein allgemeines, jenen Willen ersetzendes, Rechtsverhältniß: in den Fällen des unreifen Alters, des Wahnsinns, und der Interdiction, durch die Vormundschaft; bey juristischen Personen durch die in ihrer besonderen Verfassung dazu bestimmten Personen».

131 Rinvia alla terna Savigny, Windscheid e Laband, per una sintesi della dottrina tedesca dell’ 800 in materia di “rappresentanza”, anche M. MICELI, *Brevi riflessioni su mandato e rappresentanza alla luce del pensiero di G. La Pira* (contributo al Convegno per la celebrazione del centenario dalla nascita di Giorgio La Pira “*La cattedra “strumento sacro”*”. *Incontro dei romanisti*. Roma 11-13 Novembre 2004. Università di Roma “La Sapienza”) in *UniPa*, 2005, ntt. 11-12.

132 «Das Wort *iussus* hat hier den technischen Sinn, welcher in § 412 Note 8 bezeichnet worden ist; es bedeutet nicht Befehl, sondern Verweisung, Anweisung. Indem man diese technische Bedeutung von *iussus* verkannte und zu gleicher Zeit in’s Auge faßte, daß die *actio quod iussu* auf den Fall berechnet ist, wo Jemand durch gewaltunterworfenen Personen verpflichtet werden will (Note 10), hat man die Behauptung aufgestellt, daß der *iussus* an den Gewaltunterworfenen gerichtet werden müsse, oder doch, daß dieß der Normalfall der *actio quod iussu sei*» (B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, zweiter Band, zweite Abtheilung, Düsseldorf 1866, 391 nt. 6; la cui formula è rimasta invariata nelle edizioni successive delle *Pandekten*, sino all’ultima, la “sechste verbesserte und vermehrte Auflage”, zweiter Band, Frankfurth a. M. 1887, 859 nt. 6).

133 P.LABAND, *Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, in *ZHR – Zeitschrift für Handelsrecht* 10, 1866, 183 ss.

Il contributo di Laband è noto; vedi, ad es., Mario Campobasso, il quale (criticando – in maniera che ci appare convincente – la dottrina corrente della “profonda diversificazione”

rire la novità labandiana nella edizione immediatamente successiva (1867) del proprio testo¹³⁴.

tra le varie forme di rappresentanza, in particolare: negoziale e organica) pone sostanzialmente tra gli stessi poli e per le medesime ragioni il «processo evolutivo comune alle varie forme di rappresentanza di cui la rappresentanza delle società costituisce il punto più avanzato. Si tratta della progressiva affermazione dell'autonomia del potere di rappresentanza dal contenuto di potere gestorio che lega il rappresentante al rappresentato. Uno sviluppo di cui si possono rintracciare le lontane origini fin dal XIX secolo, nell'insegnamento del Laband secondo cui la procura è negozio autonomo dal mandato» (M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell'unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale e organica*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino 2010, 452 ss.; cfr. ID., *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano 2002, 172 ss.; cfr. anche F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator cit.*, vol. I, nt. 622).

Merita notare che lo scritto di Laband è di Diritto commerciale perché, sul piano della normazione, la novità che la perfeziona in senso rappresentativo/sostitutivo è la 'Aktiengesetz', con la quale, nel 1937, è riformato l'*Handelsgesetzbuch* tedesco. L' 'Aktiengesetz' è approvato anche in Italia soltanto con il d.l. n. 6/2003. In proposito, vedi G. GUERRIERI, voce *Assemblea di s.p.a.*, in *EdD – Annali*, vol. IV, Milano 2011, in part. 120; F. GALGANO, *Diritto commerciale*, vol. II, *Le società*¹⁸, ristampa agg., Bologna 2013, 151-156 (Galgano descrive il precedente regime come «democrazia azionaria» retta dal «principio della "sovranità" della assemblea» venuta meno con la riforma) cfr. 161-164 e ID., *Lex mercatoria*⁴, Bologna 2001, 159 ss.; G. COTTINO, *Introduzione. Dal 'vecchio' al 'nuovo' diritto azionario: con qualche avviso ai naviganti*, in *Società per azioni. Costituzione e finanziamento*, a cura di G. COTTINO – M. SARALE, Asiago 2013, § 5 'Al cuore del governo (e della sovranità) societaria: gli amministratori' § 5.1 (Cottino scrive anche lui di 'sovrano detronizzato': «Ho già accennato [...] a quanto profonde siano state le modifiche introdotte dal legislatore del 2003 nella disciplina della gestione della società per azioni: a come si sia appannato, se non proprio spento, il ruolo "sovrano" dell'assemblea, al suo graduale trasferirsi verso il consiglio di amministrazione, facendone, se non proprio il nuovo organo sovrano della società in luogo di quello detronizzato, quello entro cui, ad usare una metafora meno in contrasto con la visione formalmente conservata del riparto delle prerogative istituzionali tra assemblea, consiglio e collegio sindacale (e revisore o società di revisione) si concentra e si esercita il potere di adottare le decisioni strategiche e operative dell'impresa»).

Alla riforma italiana ha lavorato il collega romanista Andrea Di Porto, coautore di un corso di *Diritto commerciale romano* (P. CERAMI – A. DI PORTO – A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*², Torino 2004). Sui lavori di preparazione del d.l. n. 6/2003 vedi M. STELLA RICHTER, *Antecedenti e vicende della società a responsabilità limitata*, in *S.r.l. Commentario dedicato a G. B. Portale*, Milano 2011, § IV. 'La società a responsabilità limitata nella riforma organica del diritto delle società di capitali e le conseguenze della introduzione della nuova disciplina'.

134 U. KÖBLER, *Werden, Wandel und Wesen des deutschen Privatrechtswortschatzes*, Frankfurt a.M. 2010, 141 «Erst Laband, der sich an der Vorschrift über die Prokura im

I contributi di Windscheid e Laband concorrono a negare in radice ogni forma di articolazione dell'atto volitivo in un *iter* volitivo: sia nella volizione individuale sia in quella collettiva.

Durante l'Ottocento, la dottrina della "cooperazione" di volontà ("Mitwirkung") in un *iter* volitivo unico ma articolato tra "lato interno" (mandato) e "lato esterno" (procura) era invece formulata (ancora diciassette anni dopo le novità di Savigny e nove prima delle novità di Windscheid e Laband) nelle 'unzeitgemässen Betrachtungen' di Rudolf von Jhering¹³⁵. Non a caso, questo autore è stato riconosciuto come il grande critico della generale impostazione scientifica-politica pandettistica¹³⁶.

Con Windscheid e Laband, la dottrina della rappresentanza (sia organica o istituzionale sia diretta o negoziale)¹³⁷ è perfezionata. All'inizio del '900, Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa¹³⁸ annotano: «essere [«con il Windscheid»] il rappresentante *sostituito* [il corsivo è mio] al principale pur nel volere»¹³⁹.

Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch von 1861 orientierte, vollzog 1866 eine scharfe Trennung der Bezeichnungen Mandat und Vollmacht und erklärte sie zu zwei ganz verschiedenen Rechtsgeschäften. Bernhard Windscheid, der in der ersten Auflage seiner Pandekten im Jahre 1862 Vollmacht und Auftrag „einheitlich“ behandelt hatte, änderte dies vielleicht deshalb in der zweiten Auflage von 1867. Der Aufsatz Paul Labands beeinflusste auch die Arbeiten zum Bürgerlichen Rechtsbuch. Während noch in den Gesetzmaterialeen zur Zivilprozessordnung vom Jahre 1877 für die Prozessvollmacht der Standpunkt vertreten wurde, dass das Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Vertreter die „innere Seite“ des Vollmachtsvertrages darstellt, wurde bei der Abfassung des bürgerlichen Gesetzbuchs schon äußerlich die Trennung der Vollmacht vom Grundverhältnis klar ausgedrückt».

135 *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. I, 1857, 313: «Mandatar und Stellvertreter [...] bezeichnen sie selbst da, wo beide Begriffen im einzelnen Fall zusammentreffen, zwei völlig verschiedene Seiten des Verhältnisses».

136 Circa la alterità di Jhering, rispetto alla complessiva dottrina pandettistica, vedi P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites cit.*, § I.V "Elementi per una rinnovata visione storica: Jhering", in part. 69.

137 Vedi, *supra*, nt. 133, le osservazioni a proposito della identità genetica di rappresentanza negoziale e di rappresentanza organica, la cui considerazione congiunta consente di vederne la tendenza da cui è animata la complessiva dottrina della "rappresentanza".

138 Traduttori italiani del Commento alle Pandette di Windscheid, da essi corredato di un apparato di note non inferiore per quantità e qualità al testo annotato.

139 B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. con *Note e riferimenti al diritto civile italiano* di C. Fadda – P.E. Bensa, continuate da P. Bonfante, vol. IV, nuova rist. ster., Torino 1926, Note ai Libri I Del diritto in generale e II Dei diritti in generale, 433 nota v «Sulla dichiarazione di volontà per mezzo d'altri». Tutta la nota è interessante perché registra il passaggio dalla prospettiva dell' "agire per mezzo di altri" all' "agire per altri".

Resta presente nel lessico odierno della dottrina l'uso – che direi 'non-tecnico' – di "coo-

Annotazione subito integrata con il richiamo alla natura dello *iussum* di «autorizzazione data a colui [il “terzo”] di trattare col rappresentante»¹⁴⁰.

Dalla “*positio studii*” di “*ius publicum*”, si può vedere molto nitidamente che ciò che – in definitiva – è sovra-scritto sullo schema romano della organizzazione collettiva è l’opposto schema hobbesiano¹⁴¹.

La sovra-scrittura, sulla tradizione giuridica romana, della sostituzione volitiva sulla cooperazione volitiva è operazione così forzata che il suo pieno accoglimento resta *in fieri*¹⁴².

5.2. Conseguente «dimenticanza» (della specificità) del tribunato

Alla operazione di sovra-scrittura della forma di governo segue la operazione di sovra-scrittura del mezzo per la difesa della libertà.

La dimenticanza della ‘specificità’ del Tribunato, come «magistrature particulière – moyen terme» tra Popolo sovrano e magistrati di governo, con il compito di difendere il primo contro i secondi, e la sua trasformazione in una ‘normale’ magistratura di governo è una mera conseguenza ovvero – come si usa ora dire – una mera ‘applicazione’ del lavoro pandettistico

perazione” a proposito della “rappresentanza” (della volontà). Se ne veda un esempio in M. MICELI, *Institor e procurator cit.*, 57 ss., in part. 93 «“la *praepositio institoria*, ieri come oggi, è un fenomeno dotato di peculiarità proprie, che la caratterizzano rispetto alle altre forme di ‘cooperazione rappresentativa’¹⁰⁶ <nt. 106 L’utilizzazione della categoria moderna della ‘cooperazione rappresentativa’ si spiega in quanto, a nostro parere, si attaglia meglio al fenomeno descritto, rispetto ai rigidi schemi dogmatici della rappresentanza diretta ed indiretta. In tal senso ci eravamo già espressi in M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle ‘actiones adiecticiae qualitatis*’, Torino 2001, 201 nt. 28> ... [94 s.] III. 3.1. Vogliamo ora occuparci del procurator trattando preliminarmente del problema relativo all’origine stessa della figura, alle sue funzioni di sostituzione e rappresentanza, in relazione, soprattutto, al complesso processo di avvicinamento e sovrapposizione al contratto di mandato».

140 Nt. ‘χ’ alla p. 290.

141 Vedi, *supra*, nt. 49.

142 Così Campobasso (vedine la citazione *supra*, nt. 133); cfr. M. SCIUTO, *Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministratori di s.r.l.*, in *Rivista delle Società*, 2014, § 2.1 “L’indicazione degli amministratori muniti del potere rappresentativo” «Se il complessivo regime legale dell’amministrazione – non solo della s.r.l. ma anche della s.p.a. – e la riflessione teorica che su di esso si è sviluppata, portano correntemente ad ammettere come possibile, sul piano statutario, una “dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo” – arrivandosi anzi talora, nel dibattito posteriore al diritto riformato, a prospettare una sostanziale autonomia dei due profili già secondo lo stesso modello legale – certo è che l’art. 2475 *bis*, c.c. (centrale nella materia in discorso), al primo comma, contiene un enunciato che, letteralmente considerato, parrebbe quasi fornire un’indicazione di segno contrario: “*gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società*”».

svolto sulla ‘forma di governo’.

Nel 1871 (cinque anni dopo gli interventi di Windscheid e Laband)¹⁴³ Theodor Mommsen, nel “Vorwort zur ersten Auflage” del *Römisches Staatsrecht*, cita ad esempio del suo metodo scientifico (nuovo ma già sperimentato «in der Behandlung des Privatrechts») proprio la trattazione del tribunato (e della dittatura) non come istituto a sé ma come «Modification des Grundbegriffs der Magistratur»¹⁴⁴.

Nei primi anni ‘50, lo stesso Mommsen, quando scriveva il primo volume della *Römische Geschichte* (1a ed. 1850; 2a ed. 1856) interpretava ancora il tribunato come «istituzione straordinaria», usando una categoria interpretativa mutuata – possiamo supporre – da Fichte¹⁴⁵: «il potere dei tribuni è essenzialmente negativo»¹⁴⁶.

5.3. Conseguente «dimenticanza» delle Assemblee provinciali di città

La operazione – al momento – ultima di questa sequenza è la estensione della ri-costruzione pandettistica del regime volitivo della collettività (la “repubblica-città”) al regime volitivo della collettività di collettività (l’“impero municipale”)¹⁴⁷. Non è stata – questa ultima – una operazione ardua: ai romanisti è ‘bastato’ dimenticarsi dell’istituto imperiale delle Assemblee provinciali di città e della loro competenza a giudicare dell’operato dei rispettivi governatori provinciali¹⁴⁸.

143 Vedi, *supra*, § 3.a ntt. 131-140.

144 Vedi G. LOBRANO, *Il potere cit.*, 97 ss. e *Id.*, *Res publica cit.*, 341 ss.

145 *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre* (1796 – 1797); *Das System der Rechtslehre* (1812).

146 Th. MOMMSEN, *Römische Geschichte*, Band I², Berlin 1856, 251 s. «ist die tribunizische Gewalth das Abbild der consularischen; sie ist aber nicht minder ihr Gegenbild. Die Macht der Consuln ist wesentlich positiv, die der Tribunen wesentlich negativ. [...] der Tribun ist kei Magistrat [...] So ist in dieser merkwürdigen Institution dem absoluten Befehlen das absolute Verboten in der schärfsten und schroffsten Weise gegenübergestellt».

147 Vedi, *supra*, § 4.c.

148 R. MARTINI, *Sulla partecipazione cit.* Esemplare delle buone ragioni di Martini, lo studio – relativamente recente – di S. RICCOBONO JR., *Le Civitates nell’unità dell’impero romano: autonomie locali e politica del territorio*, in *Studi in onore di Giovanni Musotto*, vol. V.4, Palermo 1980, 279-309. Nell’ottimo studio, nonostante il titolo promettente, non c’è accenno alcuno all’istituto dei concili provinciali delle città, peraltro quasi sempre erroneamente interpretati come “assemblee rappresentative” dalla poca dottrina giuridica che se ne interessa (ad es. T. FRANCK, *Representative Government in the Ancient Polities*, in *The Classical Journal* 14, 1918-1919, 533-549; J.-A. OTTESEN LARSEN, *Representative Government in Greek and Roman History*, Berkeley and Los Angeles 1955). In proposito,

6. ... ed esigenza attuale di ripristinarla: l'esempio italiano

Al contrario della situazione di Amleto, nella cui pazzia c'è – comunque – il metodo, la nostra situazione è di una logica delle istituzioni in cui manca – però – il metodo dialettico della scienza giuridica¹⁴⁹.

La logica risiede nella combinazione perfettamente simmetrica di crisi e di tentativi di ovviarvi. La crisi colpisce la forma di governo parlamentare-rappresentativa (della quale si riconosce la incapacità di esprimere la volontà della collettività/popolo)¹⁵⁰ e il suo mezzo per la difesa della libertà (la separazione/equilibrio dei tre poteri, del quale si riconosce la incapacità di impedire l'abuso del potere)¹⁵¹. I tentativi sono volti a ristabilire la forma di governo democratica-repubblicana e il suo mezzo per la difesa della libertà (il "tribunato"). I tentativi concernenti la forma di governo si manifestano particolarmente nei due contesti di maggiore sviluppo della forma di governo rappresentativa, Stati Uniti d'America e Unione Europea. Ai due contesti è comune la ricerca della partecipazione contro la (mera) rappresentanza; ma (si noti!): con particolare fiducia nelle tecnologie della comu-

vedi ora G. LOBRANO, *Le Assemblee provinciali cit.*

149 Perché oramai indebolita a "Überbau"; vedi, *supra*, nt 123.

150 Vedi, *supra*, nt. 36.

151 Nel 1973 l'austriaco, premio Nobel, Friedrich von Hayek scrive, a proposito della "separazione dei poteri" che «Il primo tentativo di assicurare la libertà individuale per mezzo di forme costituzionali è evidentemente fallito»; Nel 1993, il deputato italiano Silvano Labriola, relatore "sulla forma dello Stato", della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali (Documenti istitutivi – Discussioni in sede plenaria – Progetto di legge di revisione costituzionale – Indici II [= Testi parlamentari 17 lavori preparatori e dibattiti] Camera dei deputati, Roma 1995 [cfr. Camera dei Deputati, n. 3597 – Senato della repubblica, n. 1789, XI Legislatura, Commissione parlamentare per le riforme costituzionali – relazioni <...> Silvano Labriola, relatore per la forma di Stato, <...> 11 gennaio 1994]) scrive, a proposito del "principio della divisione dei poteri" che «due secoli di storia politica successiva alla teorizzazione del principio ne dimostrano il completo esaurimento formale. [...] per] il fine della limitazione del potere politico [...]non serve più»; cfr. G. LOBRANO, *Dottrine della 'inesistenza' della Costituzione e il 'modello del diritto pubblico romano'*, in L. LABRUNA (diretto da) e M.P. BACCARI – C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, tom. I, Napoli 2006, 321-363, e in *Diritto@Storia* 5, 2006, ntt. 40 e 41; F.P. CASAVOLA, *Transizione costituzionale*, in *Il Libro dell'Anno – Treccani*, 2006, ricorda, a proposito dei lavori della "Commissione De Mita-Iotti", la «relazione sulla forma di Stato del deputato Silvano Labriola» nella quale si denunciano i «fattori di crisi derivanti dalla decadenza del principio della divisione dei poteri». Si veda anche S. LABRIOLA, *Sviluppo e decadenza della tesi della centralità del Parlamento: dall'unità nazionale ai governi Craxi*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Il Parlamento, Storia d'Italia, Annali*, XVII, Torino 2001, 399 s.

nicazione di massa, negli USA¹⁵², e con particolare attenzione al ruolo delle città / Autonomie locali, nella UE¹⁵³. I tentativi concernenti il mezzo per la difesa della libertà si manifestano nel diffuso ricorso alla istituzione dell' "Ombudsman", come moderno tribunato¹⁵⁴.

152 Negli USA, il costituzionalista Bruce Ackerman (noto per la sua trilogia sul potere popolare nella Costituzione degli Stati Uniti: *We the People, Foundations*, Cambridge, Mass. 1991, *Transformations*, Cambridge, Mass. 1998, *The Civil Rights Revolution*, Cambridge, Mass. 2014) avanza, oltre le critiche sulla rappresentanza politica, una proposta positiva alternativa, consistente in un vero e proprio ritorno al potere legislativo popolare, attraverso l'istituto dei *referendum*, lasciando al Parlamento soltanto il potere normativo proprio dell'esecutivo. La proposta è contenuta nel saggio *The new separation of powers*, in *Harvard Law Review*, 2000 (traduzione it. *La nuova separazione dei poteri. Presidenzialismo e sistemi democratici*, Roma 2003, del quale vedi la recensione di T.E. Frosini in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2, 2003).

La proposta di Ackerman è parallela nel tempo e convergente nel merito con quella elaborata dal politologo di Stanford, James S. Fishkin, nelle monografie *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*, Yale 1991, e *The Voice of the People*, Yale 1995, e in vari articoli (cfr. L. CORCHIA, *Il sondaggio deliberativo di James S. Fishkin*, in *The Lab's Quarterly* 1, 2007).

153 Nella UE, la riforma della programmazione economica con la inversione di direzione dalla programmazione centralizzata per assi economici a quella integrata d'area (mediante i PIA – Piani Integrati d'Area) è andata di pari passo con la riforma istituzionale: la adozione (preceduta, nel 1985 dalla *Carta europea dell'autonomia locale*) del "principio di sussidiarietà" (Maastricht 1992), correttamente fatto risalire (anche) a Johannes Althusius, la cui dottrina era appena stata definita e ri-proposta come "sozietales Föderalismus" (Th. Hüglin, 1991) espressamente alternativo al "Federalism" di Hamilton, Jay e Madison e, quindi, di Tocqueville. Ed è degno di nota che, negli anni successivi, il Conseil Européen des Urbanistes ha prodotto due *Nouvelle Charte d'Athènes*: una nel 1998, la cui linea conduttrice è data dalla nozione di "participation" (parola presente 19 volte nel testo) e secondo la quale la "ville" è il luogo deputato alla «participation [...] active de chacun dans la vie de la cité et dans les processus de prise de décisions»; e un'altra nel 2003, incentrata sulla nozione di "réseau": "ville en réseau" e "réseaux de villes".

Per approfondimenti, vedi G. LOBRANO, *Perché e come riformare la Autonomia Speciale della Sardegna (e la Costituzione italiana)*, in *Isprom. Atti "on line" del seminario Autonomia speciale della Sardegna – studi per una riforma*, Cagliari 2015-2016.

154 Dagli anni '80 del secolo scorso. Per una panoramica sull'istituto dell' "Ombudsman" rinvio a C.R. CONSTENLA, *Teoría y práctica cit.*; cfr. ID. *La más innovadora institución democrática del constitucionalismo iberoamericano contemporáneo*, in *Independencias – Dependencias – Interdependencias, VI Congreso CEISAL 2010, Axe XI, Symposium 42, Toulouse Junio 2010*, consultabile in *HAL archives-ouvertes.fr*, § 3 "El Ombudsman y el Defensor del Pueblo" «D) Cuando el ombudsman arriba a la península ibérica modifica su naturaleza y sus cometidos. Sin renunciar a las notas identificatorias señaladas desde sus orígenes en 1809, asume la misión de defensor de derechos, en una corriente institucional que ar-

La assenza di metodo risiede nell'essersi la situazione odierna programmaticamente formata ed evoluta fuori della complessiva riflessione giuridica – storica e *de iure condendo* – necessaria a fornirle ragione e guida¹⁵⁵. Infatti, causa grandemente importante del dovere parlare soltanto di 'tentativi' (inoltre a rischio grave di implosione per la loro manifesta inefficacia)¹⁵⁶ è, certamente, l'interesse e la capacità alla 'conservazione' da parte di élites economiche sempre più relativamente potenti¹⁵⁷ (ma anche sempre più in

ranca desde muchísimo más allá, desde la Antigüedad con los Tribunales de la Plebe en Roma).

155 Cfr., *supra*, § 2.

Ciò spiega perché la dottrina politica-costituzionale denunci il proprio "bloccage". Vedi, esemplarmente, J. LENOBLE – M. MAESSCHALK, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke 2009, XXVII (versione francese, con una nuova introduzione e una prefazione, dell'originale inglese, *Towards a Theory of governance, The Action of Norms*, The Hague-London-New York 2003; cfr., quindi, ID., *Democracy, Law and Governance*, Padstow 2010): «La philosophie politique récente n'est pas restée prisonnière de cette approche 'représentative' de la démocratie. [...] L'idée émerge, tant dans les transformations qui affectent la réalité de nos sociétés que dans la pensée politique de la démocratie, d'un nécessaire renforcement des formes de participation des citoyens à l'exercice du pouvoir. Mais le terme reste souvent vague. De plus, même là où l'analyse se fait plus fine, l'exigence que ce terme dénote reste plus de l'ordre de la boîte noire que d'une opération théoriquement construite. Ce défaut de construction théorique explique ce que nous identifions comme un blocage». Cfr. La recensione di Benoît Kanabus a *L'Action des normes* in *Actu Philosophia*, 8 mars 2010 «En six chapitres, les deux auteurs proposent une impressionnante traversée de la littérature anglo-saxonne en théorie du droit et de la gouvernance» alla ricerca insoddisfatta «de réalisation de la raison démocratique. "Ce point de vue, auquel la recherche actuelle en théorie de la gouvernance ne se confronte que rarement, porte sur la question plus épistémologique d'une compréhension de l'opération par laquelle un groupe social entend se réguler et agir sur lui-même"».

156 Vedi, *infra*, nt. 165.

157 I segmenti più 'avanzati' della scienza economica mondiale, già da alcuni anni, hanno individuato una ragione importante – se non la principale – della crisi socio-economica nel deficit di democrazia e, quindi, un suo rimedio importante – se non il principale – nell'incremento della democrazia. Rinvio alle dottrine dei Nobel per la Economia, Amartya Sen (Premio Nobel per l'economia, 1998: *Development as Freedom*, Oxford 1999, in particolare § 6 "The Importance of Democracy") e Joseph Stiglitz (Nobel Memorial Prize in Economic Sciences, 2001: *The price of inequality: how today's divided society endangers our future*, New York 2012; cfr. Th. PIKETTY, *Le Capital au XXIe siècle*, Paris 2013).

Prima di Sen e Stiglitz, un'altra voce autorevole della Scienza economica, Robert David Putnam, già aveva individuato i punti di forza, per lo sviluppo socio-economico delle organizzazioni collettive, nei – tra loro connessi – "capitale sociale" e "tradizione civica" (R.D. PUTNAM with R. LEONARDI and R.Y. NANETTI, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton 1993: in part. §§. 6 "Social Capital and Institutional Success" e 12 "Traditions of Civic Involvement"; ID., *Bowling Alone: America's Declining Social Capital*,

assoluto fragili¹⁵⁸ e, pertanto, sempre più in assoluto pericolose persino a se medesime¹⁵⁹) della forma di governo loro congeniale e, *quindi*, del suo mezzo per la difesa della libertà. Tuttavia, causa persino più importante – perché di per sé determinante – è la dimenticanza *scientifica* della forma di governo democratica-repubblicana e, *quindi*, del suo mezzo di difesa della libertà; pertanto, riproposti entrambi in modo inefficiente e inefficace¹⁶⁰.

Un esempio particolarmente istruttivo, di questa combinazione di logica e di mancanza di metodo, troviamo nella esperienza istituzionale italiana. Credo tuttavia che, con le inevitabili varianti, possiamo rinvenirne anche *aliunde*.

Una nota legge della Repubblica italiana, la n. 81 del 1993, ha introdotto, con la elezione diretta dei Sindaci, l'obbligo per i candidati di presentarsi ai cittadini-elettori con il proprio "programma amministrativo"¹⁶¹. È stato, così,

in *Journal of Democracy*, 1995; Id., *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, 2000; cfr. Id. [a cura di], *Democracies in Flux: The Evolution of Social Capital in Contemporary Society*, Oxford 2002; Id., *E Pluribus Unum: Diversity and Community in the Twenty-First Century*, in *Scandinavian Political Studies* 30.2, 2007, 137-173).

La complessiva analisi di economisti tra loro molto diversi ha quasi il carattere della ovvietà: la concentrazione del potere produce la concentrazione della ricchezza nelle mani di quegli stessi che detengono il potere e la concentrazione della ricchezza prima distorce e quindi paralizza il processo economico virtuoso.

158 La ricchezza e il potere delle élites non può comunque superare quella e quello delle collettività delle quali esse sono parte. Ora, poiché (vedi la nt. precedente) la equità nella distribuzione della ricchezza collettiva è misura direttamente proporzionale alla sua quantità, la concentrazione nella distribuzione comporta la contrazione della quantità e la massima concentrazione comporta la massima contrazione.

159 Persino per la sopravvivenza del pianeta: si pensi alla questione della eco-sostenibilità, su cui si veda, la enciclica *Laudato si'* (24 maggio 2015) del Pontefice romano Francesco.

160 La sussidiarietà europea si è ridotta a al principio "*de minimis*" per cui vanno alle singole Autonomie locali le competenze disdegnate dal potere centrale (J. BARROCHE, *Subsidiarité*, in *DicoPo*, 2007). Negli USA il limite grave – anche – di Ackerman è non percepire la importanza decisiva – per la partecipazione democratica – della dimensione civica, come dimostra il saggio successivo scritto 'a quattro mani' con J. FISHKIN, *Deliberation Day*, New Hawen 2004 (cfr. la sintesi propostane dal sociologo G. BOSETTI e dal filosofo della politica S. MAFFETTONE, nella *Introduzione* alla raccolta di scritti da loro curata, *Democrazia deliberativa: cosa è*, Roma 2003 (ivi, oltre ai testi di "lezioni" tenute degli stessi Ackerman e Fishkin e da Mannheim su sondaggio deliberativo e democrazia, sono inseriti i saggi di M.H. HANSEN, *Democrazia diretta, antica e moderna*, 115 ss., e G. PELLEGRINO, *Appendice. Le radici storiche e teoriche della democrazia deliberativa*, 133 ss.) La trilogia di Ackerman (vedi, *supra*, nt. 152) iniziata sostenendo la necessità di una maggiore partecipazione dei cittadini alle grandi scelte comuni, si conclude deludentemente in chiave individualistica (sulla questione dei "Civil Rights").

161 È la legge 25 marzo 1993, n. 81, quindi rifiuta nel Testo unico delle leggi sull'ordina-

introdotto nell'ordinamento nazionale il *principium* stesso della forma di governo democratica-repubblicana, stabilendo all'*interno* di ogni Comune una forma di cooperazione volitiva tra i cittadini sovrani e il loro governo esecutivo. La legge n. 81 del '93 è stata, quindi, integrata dalla riforma costituzionale del 2001. Con questa riforma si è introdotto nello stesso ordinamento il naturale sviluppo della forma di governo democratica-repubblicana, riformando il lato *esterno* della autonomia. È stato creato, per ogni Regione, il CAL – Consiglio delle Autonomie locali, mediante il quale, salvando l'inaggrabile dimensione civica della partecipazione democratica, le si faceva attingere la dimensione regionale; consentendole anche di andare oltre (mediante – ma non soltanto – il Senato delle Regioni)¹⁶² in una pro-

mento degli Enti locali (decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267) «titolo III. Organi – capo III. Sistema elettorale, – Art. 71. Elezione del sindaco e del consiglio comunale nei comuni sino a 15.000 abitanti – [...] – 2. Con la lista di candidati al consiglio comunale deve essere anche presentato il nome e cognome del candidato alla carica di sindaco e il programma amministrativo da affiggere all'albo pretorio.; Art. 73. Elezione del consiglio comunale nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti – [...] – 2. Con la lista di candidati al consiglio comunale deve essere anche presentato il nome e cognome del candidato alla carica di sindaco e il programma amministrativo da affiggere all'albo pretorio. Più liste possono presentare lo stesso candidato alla carica di sindaco. In tal caso le liste debbono presentare il medesimo programma amministrativo e si considerano fra di loro collegate.; – Art. 109. Conferimento di funzioni dirigenziali – 1. Gli incarichi dirigenziali sono conferiti a tempo determinato, ai sensi dell'articolo 50, comma 10, con provvedimento motivato e con le modalità fissate dal regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, secondo criteri di competenza professionale, in relazione agli obiettivi indicati nel programma amministrativo del sindaco». Cfr. *ibidem* «titolo III. Organi – capo I. Organi di governo del comune e della provincia – [...] Art. 46. Elezione del sindaco e del presidente della provincia – Nomina della giunta – [...] 3. Entro il termine fissato dallo statuto, il sindaco o il presidente della provincia, sentita la giunta, presenta al consiglio le linee programmatiche relative alle azioni e ai progetti da realizzare nel corso del mandato».

162 Come riportato dalla Agenzia di stampa *Dire* del 15 luglio 2013, in occasione della approvazione, da parte del Senato, del d.d.l. n. S343 presentato dal governo sulla “istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali ed elettorali”, il Coordinamento Nazionale dei CAL – Consigli delle Autonomie Locali (il quale, peraltro, ha una linea di condotta timidissima) ha prodotto un documento nel quale era scritto «Chiediamo ascolto, in primo luogo al Ministro Delrio, del quale condividiamo l'impostazione generale dei progetti di riforma. Ascoltare le proposte del Consiglio delle Autonomie Locali è necessario per avere un confronto con un punto di vista essenziale, quello del rapporto tra Autonomie e Regioni. Inoltre, essendo i CAL organi inseriti nella Costituzione, all'articolo 123, si può pensare a come farne parte organica delle riforme istituzionali, a partire da quella del Parlamento e dell'istituzione di un Senato delle Regioni e delle Autonomie».

È chiaro che, in una logica democratica-repubblicana coerente, la partecipazione che inizia, sul programma di governo del Sindaco, nei singoli comuni e prosegue, attraverso i CAL,

spettiva correttamente e continuamente “*augescens*”¹⁶³.

Tuttavia, già nel 1994, i giudici – e ciò non sorprende – hanno reso sia inefficiente sia inefficace la obbligazione per i candidati a Sindaco di presentare il “programma” ai cittadini, sentenziando la irrilevanza della sua eventuale inconsistenza (“programma generico”) trattandosi (essi affermano) neppure di una “dichiarazione di volontà” ma soltanto di una “semplice esternazione di intenti programmatici” quindi non vincolanti il loro “esternatore”¹⁶⁴. Per l’istituto dei CAL, ha provveduto lo stesso legislatore a renderlo inefficiente e inefficace, facendone (a parte altre considerazioni critiche) un

nel governo regionale, deve porseguire, attraverso il Senato delle Regioni, nel governo nazionale e, attraverso la Commissione europea, nel governo europeo. In definitiva, è – come evidente – il disegno althusiano (vedi, *supra*, ntt. 49 e 141).

163 Cfr., *supra*, ntt. 112 s.

164 «Consiglio di Stato – Quinta Sezione Decisione 6 luglio 1994, n. 732 Massima: “La norma non prescrive che il programma amministrativo della lista (da affiggere all’albo pretorio) debba essere sottoscritto, essendo sufficiente il semplice fatto della presentazione del documento (che non contiene una dichiarazione di volontà, ma è la semplice esternazione di intenti programmatici) con la lista dei candidati a garantire la sua riferibilità alla lista stessa.” CONSIGLIO DI STATO – Quinta Sezione Decisione 25 maggio 1998, n. 688 Massima: “È irrilevante, ai fini della legittimità delle operazioni elettorali, il fatto che il programma amministrativo sia generico, non essendo valutabile sul piano della legittimità.”»; Consiglio di Stato V Sezione, 6 luglio 1994, n. 732. (Conferma TAR Abruzzo – Pescara, 5 novembre 1993, n. 537) «... La norma non prescrive che il programma amministrativo della lista (da affiggere all’albo pretorio) debba essere sottoscritto, essendo sufficiente il semplice fatto della presentazione del documento (che non contiene una dichiarazione di volontà, ma è la semplice esternazione di intenti programmatici) con la lista dei candidati a garantire la sua riferibilità alla lista stessa.»; Consiglio di Stato V Sezione, 25 maggio 1998, n. 688. (Conferma TAR Campania – Napoli: II Sezione, 15 febbraio 1997, n. 357). «... gli appellanti si dolgono della violazione dell’art. 3, comma 5, della legge n. 81 del 1993 posto che è stato presentato un programma elettorale del tutto generico, privo di firma e di qualunque riferimento alla consultazione elettorale e con un contenuto così indefinito, da renderlo praticamente inesistente. Osserva il Collegio che l’art. 3, comma 5, della legge n. 81 del 1993 obbliga alla presentazione del programma elettorale insieme alla lista dei candidati ma non ne indica né il contenuto minimo, né i soggetti obbligati. Non si può, pertanto, procedere all’annullamento delle operazioni elettorali in relazione ad un adempimento nei cui riguardi la legge non pone alcuna specifica sanzione. È corretta la valutazione del primo giudice secondo il quale il programma di cui si discute, regolarmente presentato e sottoscritto, impegna i soggetti politici che lo propongono agli elettori solo sotto il profilo dell’indirizzo politico e, come tale, avendo, cioè, la consistenza di un atto politico, non è, dal punto di vista contenutistico, censurabile in sede di legittimità.» (Ministero dell’Interno – Dipartimento per gli Affari interni e territoriali Direzione centrale dei Servizi elettorali. Elezioni comunali e regionali – Pubblicazione n. 5 – Elezione diretta del sindaco e del consiglio comunale – Istruzioni per la presentazione e l’ammissione delle candidature, Roma 2015, p. 235).

mero esternatore di pareri assolutamente ininfluenti: un “parerificio”, come è stato detto.

Contro la nullificazione giudiziaria di diritti legali dei cittadini non c’è notizia di reazione alcuna da parte dei Difensori civici italiani, anche ai quali credo sia imputabile più che la cattiva volontà la falsa credenza che non rientrino tra i loro compiti istituzionali (consenzientemente ridotti ai *minima*) né la tutela né la promozione della costituzionale sovranità dei cittadini, anche quando tradotta in *disciplina puntuale* dalla *legge ordinaria*. Allora, neppure può sorprendere che *questa* Difesa civica sia stata – almeno in parte – cancellata con un tratto di penna dalla lista della spesa pubblica¹⁶⁵.

Aiuta a comprendere la debolezza odierna della Difesa civica il confronto con la vera e propria battaglia, vittoriosamente condotta in Italia (tra la fine degli anni ’50 e la metà degli anni ’70 del secolo scorso) dal Sindacato dei Lavoratori, per affermare – addirittura contro la Corte Costituzionale – la liceità dello “sciopero politico”¹⁶⁶. Il Sindacato, però, ha nel proprio patrimonio genetico un forte disegno istituzionale, il quale resta costante pure nella transizione dalla origini sovversive¹⁶⁷ alla maturità costituzionale e il cui “molde [per usare una espressione di Juan Bautista Alberdi] se asemeja al de las repúblicas de la antigüedad”. Storici dirigenti sindacali, come il “comunardo” Jean Allemane e l’americano Daniel De Leon, hanno tratto esplicita ispirazione dalle lotte della plebe romana guidata dai tribuni¹⁶⁸ e,

165 In Italia i Difensori civici cittadini (attivati a partire dal 1974: A. SDANGANELLI, *Il difensore civico comunale fra diritti di cittadinanza ed azione popolare*, relazione al convegno su *Cittadinanza ed azioni popolari*, Copanello, 29-30 giugno 2007, consultabile nella rivista digitale *NelDiritto.it*) sono stati cancellati (come spesa inutile) con un comma (il n. 186!) dell’art. 2 della Finanziaria statale del 2010.

166 La Corte Costituzionale italiana (con una serie di sentenze la quale va dalla n. 46 del 1958 sino alla n. 1 del 1974 e nella quale spicca la n. 123 del 1962) aveva costantemente negato legittimità allo “sciopero politico” per rovesciare infine la propria opinione con la sentenza n. 290 del 1974 (vedi: S. LENER S.I., *Sullo sciopero politico*, in *La Civiltà Cattolica*, anno 126, vol. 1, 1 marzo 1975, 425 ss.).

167 Sulle quali: B. RUSSELL, *Roads to Freedom: Socialism, Anarchism, and Syndacalism*, London s.d. (ma 1918) e *Proposed Roads to Freedom: Socialism, Anarchism, and Syndacalism*, New York 1919, tr. it. di C. Pellizzi, *Socialismo, Anarchismo, Sindacalismo*, Milano 1946.

168 Tra coloro i quali hanno invocato il ‘precedente’ tribunizio a proposito del potere sindacale, ricordo i sindacalisti J. ALLEMANE, *Le socialisme en France*, Paris 1900, 39 s. «C’est par la Grève générale que les plébéiens forcèrent les patriciens de la vieille Rome» (Allemane è il fondatore, nel 1890, del ‘Parti Ouvrier Socialiste Révolutionnaire’); D. DE LEON, *Two pages from Roman history*, vol. I, *Plebs leaders and labor leaders*; vol. II, *The Warning of the Gracchi*, New York 1903 (De Leon è il ‘leader’ del ‘Socialist Labor Party’). Cfr. G. LOBRANO, *Res publica cit.*, § E “Costituzione come limitazione del potere. Divisione ed equilibrio dei poteri o tribunato”, II “Tribunato”, 3.c “Giuseppe Grosso, «uomo politico

alla affermazione della liceità dello “sciopero politico”, ha concorso la dottrina romanistica, con lo scritto di Giuseppe Grosso: “Il diritto di sciopero e l’*intercessio* dei tribuni della plebe” (nella *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1953, pp. 3-7).

Recuperare la comprensione scientifica e, quindi, la memoria è pre-requisito inderogabile di ogni ambizione politica-operativa. Soltanto con queste comprensione e memoria, si può persino provare a invertire l’ordine logico di precedenza tra forma di governo e mezzo per la difesa della libertà, nettamente formulato da Rousseau¹⁶⁹, facendo del Difensore civico un “tribuno del popolo”, il quale lavora efficacemente *per* la democrazia, duramente rammentato da Lenin non prima – però – di avere affermato la “importanza della lotta teorica”¹⁷⁰.

e studioso», riprende il discorso: dalla interpretazione del potere tribunizio la costituzionalità dello sciopero politico”.

169 Vedi, *supra*, nt. 28.

170 LENIN, *Che fare? cit.*, cap. 4. “Il primitivismo degli economisti e l’organizzazione dei rivoluzionari” § c. “Organizzazione degli operai e organizzazione dei rivoluzionari”: «è questo il nostro peccato mortale nelle questioni organizzative. Un rivoluzionario fiacco, esitante nelle questioni teoriche, con un orizzonte limitato, che giustifichi la propria inerzia con la spontaneità del movimento di massa, più rassomigliante a un segretario di trade-union che non a un tribuno del popolo, incapace di presentare un piano ardito e vasto che costringa al rispetto anche gli avversari, un rivoluzionario inesperto e malaccorto nel proprio mestiere (la lotta contro la polizia politica), può forse chiamarsi un rivoluzionario? No. È solo un povero artigiano.»; cfr. *ibidem* cap. 1. “Dogmatismo e «libertà di critica»”, § d. “Engels e l’importanza della lotta teorica”.

CRISTINA AYOUB RICHE

Universidad Federal de Río de Janeiro – Defensora de los Derechos Universitarios

La defensa de los derechos universitarios en la raíz de las instituciones defensoras de los derechos humanos. Los Derechos Universitarios en Brasil

1. Análisis histórico y conceptual con base en la Constitución Ciudadana. *Ombudsman* y *Ouvidoria*, breve historia. – 2. Evolución histórica y conceptual de la *Ouvidoria* en Brasil y la *Constituição da República Federativa do Brasil*-Constitución Ciudadana. – 3. *Ouvidorias* Universitarias.

1. Análisis histórico y conceptual con base en la Constitución Ciudadana. *Ombudsman* y *Ouvidoria*, breve historia

Se suele asociar el instituto del Ombudsman en Suecia con la *Ouvidoria* en Brasil, sin embargo, para conocer mejor la naturaleza jurídica de esos dos organismos se hace necesario recuperar, en breves líneas, las motivaciones históricas que los originaron y reconocer la evolución histórica del concepto de *Ouvidoria* en Brasil.

En Suecia, a principios del siglo XIX, ante la necesidad de garantizar una forma eficaz de sindicatura parlamentaria sobre la acción regia en el campo administrativo, -necesidad primeramente satisfecha bajo la alegación formal de afirmación del principio correcto de la aplicación de la ley dentro de la administración pública-, se crea el instituto del Ombudsman para celar por el respeto a la ley y, simultáneamente, controlar la orientación administrativa del Gobierno.

Esa atribución se fue modificando a partir de la superación de la monarquía constitucional, volviéndose un tutor público del uso correcto del

poder administrativo y funcionando como instancia de tutela de situaciones individuales, donde no hay remedios suficientes de carácter administrativo o jurisdiccional.

Así, enseña Guisepe De Vergottini, en el *Dicionário de Política*, organizado por Norberto Bobbio y otros, sobre la figura orgánica del Ombudsman: “é um órgão vinculado ao Legislativo, privado de atribuições de controle político, garantia do uso correto do poder administrativo, integrante de formas insuficientes de tutela administrativa e jurisdiccional dos interesses da coletividade. (...) Seus poderes são poderes de persuasão e influência em relação à autoridade administrativa diretamente interessada, ou poderes de proposta para com as autoridades administrativas superiores, jurisdicionais e legislativas”¹. Afirma el profesor De Vergottini, de la Universidad de Bolonia, que el Ombudsman es fundamentalmente una magistratura de influencia con relación a los órganos administrativos cuyo comportamiento activo u omiso censura. Además, “funciona como centro propulsor de ulteriores intervenções de órgãos pertencentes aos três poderes tradicionais. Seus poderes principais são aqueles de que goza em relação ao Parlamento, ao qual aponta as disfunções administrativas e as situações de lesão de interesses, quer de forma isolada, quer nos relatórios periódicos que lhe tem de remeter, pelo menos uma vez ao ano. Se durante as investigações vem a retificar imperfeições em atos normativos, está também previsto que o faça notar ao Governo”².

Mientras que en Brasil, es evidente que la historia de la *Ouvidoria* se origina a partir de la llegada de los portugueses, en 1500. Inicialmente, pertenecía al rey el ejercicio de la justicia, que, con auxilio de funcionarios, en aquella época llamados “ouvidores”, resolvía las cuestiones relativas al día a día de la Colonia. Esos funcionarios de *El-Rey* tenían, al comienzo de su actuación, poco poder de decisión, sin embargo, se fueron organizando paulatinamente y constituyeron la “Casa de Justiça da Corte” que, a lo largo

1 “Es un órgano vinculado al Legislativo, privado de atribuciones de control político, garantía de uso correcto del poder administrativo, integrante de formas insuficientes de tutela administrativa y jurisdiccional de los intereses de la colectividad. (...) Sus poderes son poderes de persuasión e influencia con relación a la autoridad administrativa directamente interesada, o poderes de propuesta para con las autoridades administrativas superiores, jurisdiccionales y legislativas”.

2 “Funciona como centro propulsor de ulteriores intervenciones de órganos pertenecientes a los tres poderes tradicionales. Sus poderes principales son aquellos de que goza con relación al Parlamento, al cual señala las disfunciones administrativas y las situaciones de lesión de intereses, sea de forma aislada, sea en los informes periódicos que le tiene que remitir, por lo menos una vez al año. Si durante las investigaciones se rectifican imperfecciones en los actos normativos, también está previsto hacérselo notar al Gobierno”.

del tiempo, pasó a “Casa de Suplicação”, órgano judicial responsable por el juzgamiento de las apelaciones de los ciudadanos en las causas criminales que involucrasen sentencias de muerte.

Por lo tanto, en Brasil Colonia, cabía al *Ouvidor-General* aplicar la ley de la metrópoli, eso es, su misión era el control de la legalidad para atender al titular del poder, el Rey. Su función no era la de representar al ciudadano ante el organismo público.

La administración de la Justicia en Brasil, por un período de tiempo razonable, se dio por intermedio de tal figura, a la que se podía recurrir en caso de desacuerdo con las decisiones de los Ouvidores sectoriales, responsables por las Comarcas establecidas en cada una de las Capitanías Hereditarias.

En Europa, el Ombudsman clásico, nombrado por el Parlamento, de origen escandinavo, es la regla. En los países de origen hispano, el nombre utilizado es el de *Defensor del Pueblo*, en Francia *Médiateur*, en Portugal *Provedor de Justiça*. Las denominaciones son diferentes, no obstante, se puede considerar las características de la actuación muy similares y convergentes. A continuación, algunas de ellas: mandato determinado, ejercicio de sus funciones con el apoyo de los principios de autonomía e independencia, tarea de recibir quejas y sugerencias, acceso directo a la gestión, actuación en defensa de los derechos individuales luchando contra los errores, omisiones y abusos.

Es importante destacar que la actividad del Ombudsman, en su concepción clásica, tiene cierta semejanza con la actuación del *Ministério Público* en Brasil, especialmente en Hispanoamérica, donde el *Defensor del Pueblo* tiene el derecho de demandar ante el Poder Judicial en contra de posibles desmanes cometidos por la Administración Pública.

2. Evolución histórica y conceptual de la *Ouvidoria* en Brasil y la *Constituição da República Federativa do Brasil*-Constitución Ciudadana

Manoel Gomes Alves de Camargo señala que la primera iniciativa para la creación del instituto del Ombudsman en Brasil es de 1823, anterior, por lo tanto, a la Constitución del Imperio, y fue a través de un proyecto que establecía la existencia de un juicio del pueblo. Las quejas deberían enviarse *ex officio* a la Corte por ese juez.

En lo que se refiere a la época de la República, en 1964, con la instalación de la dictadura, las instituciones democráticas se vieron obligadas a un silencio forzado. Es a partir de los primeros años de la década de 1980, con el resurgimiento de las primeras huellas de apertura democrática, que las discusiones, los debates para crear medios de comunicación entre la estructura

de poder y la población empiezan a materializarse. Surgen, entonces, los intentos para asegurar la participación social en el control político. Y en 1986, con el decreto-ley no. 215/86, se creó la primera *Ouvidoria* Pública en Brasil, en la ciudad de Curitiba, capital del Estado de Paraná, actuando en defensa de los derechos ciudadanos. La Ley n. 8.490/1992 crea la *Ouvidoria-Geral da República* en la estructura orgánica básica del *Ministério da Justiça*.

La *Ouvidoria-Geral da República* (Ouvidoria-General de la República) pasó a integrar la estructura de la *Controladoria-Geral da União* (Controladoria-General de la Unión) y hoy se denomina *Ouvidoria-Geral da União* (Ouvidoria-General de la Unión), vinculada a la *Controladoria-Geral da União* (Controladoria-General de la Unión). Ella es responsable por recibir, revisar y enviar denuncias, quejas, felicitaciones, sugerencias y solicitudes de información acerca de los procedimientos y acciones de los agentes, organismos y entidades del Poder Ejecutivo Federal.

Podemos decir que la *Ouvidoria* es una institución vetusta, apareció en el Brasil colonial, sin embargo, fue cambiando su diseño inicial y, en el Brasil contemporáneo, es singular. Se trata, al mismo tiempo, de un instrumento de democracia directa y de una herramienta de gestión, se desarrolló de acuerdo con las necesidades y condiciones culturales, económicas y regionales, se presenta como un modelo de recepción a la participación y representación del ciudadano, espacio no burocrático, de fácil acceso, con actuación, a menudo, basada en la oralidad e informalidad, con el objetivo también de materializar el principio de eficacia con equidad, economía y celeridad. Actualmente el Ouvidor representa al ciudadano ante el Estado.

El ombudsman tiene la tarea de identificar, remediar fallas y omisiones, así como garantizar que el Estado cumpla con las normas y que no interfiera en los derechos y libertades públicas de los ciudadanos. Téngase en cuenta, sin embargo, que la *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988 no instituyó el *Ouvidor* Parlamentario en Brasil, como agente público, pero confirió al *Ministério Público*, entre otras, una atribución institucional muy relevante a la función del ombudsman, pues a él ya se le estructuraba la carrera y existía en todo el país, le fue asignado ese rol, que consiste en el control de las actividades relativas a los tres poderes (legislativo, administrativo y judicial), especialmente el Poder Ejecutivo, ejerce una actividad de control de actos del poder público, como se desprende del art. 129, inciso II de la *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988.

Esa función se apoya en la Constitución sueca de 1809, que creó la figura del *justitieombudsman*, expresión traducida como “comisario de justiça” para supervisar la observancia de los actos normativos por parte de jueces y funcionarios. Así, con un carácter inédito, el art. 129, inciso II de la *Constituição Federal* estatuyó como rol del *Ministério Público*: “zelar pelo

efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”³.

Como bien enseña Carlos Roberto C. Jatahy, el *Ministério Público*, con eso, inicia la promoción de los valores sociales constitucionales a través de dos instrumentos: la averiguación civil, procedimiento de preparación que tiene como objetivo proporcionar pruebas y elementos para su funcionamiento en cuestión no penal (medio ambiente, consumidor, moral pública entre otros), y la acción civil para obtener, en el Poder Judicial, providencias definitivas para la no implementación de los derechos prestacionales debidos a la sociedad.

Las experiencias de las instituciones públicas, municipalidades y estados⁴ que instalaron *Ouvidorias* ratifican la importancia de la articulación entre administradores y administrados, para el fortalecimiento de la participación ciudadana y de las instituciones democráticas en un Estado Democrático de Derecho.

Entendemos que la institución de la *ouvidoria* hoy en Brasil se incluye en el contexto de los derechos humanos, no sólo bajo la óptica política, representando, en las sociedades abiertas, un instrumento democrático que consagra la participación popular, con base en los principios de transparencia, de buena fe, de eficiencia y de equidad, pero también bajo la óptica jurídica, como medio para prevenir y apto para responder a las necesidades urgentes experimentadas por el hombre en sociedad, que espera encontrar un lugar seguro que promueva el diálogo, la mediación de conflictos, su acción se basa en la civilidad y en el respeto entre las partes, una posibilidad de creación de consensos, en el acceso a la información generador de conocimiento y, consecuentemente, favoreciendo la libre determinación de los ciudadanos, como un derecho constitucional inalienable, un derecho humano fundamental, un deber del Estado.

La *Ouvidoria* debe ser un organismo autónomo protector de los derechos humanos y debe hacer esfuerzos continuos para alcanzar, de conformidad con el comando constitucional, el cumplimiento y el respeto de los derechos fundamentales, permeando así su trabajo en la sociedad, motivándola a participar y a difundir conciencia por conocer y respetar tales derechos.

Todos sabemos que la Constitución no dice cómo es la nación, sino cómo queremos que sea y la institución de la *Ouvidoria* en el Brasil contemporáneo tiene sus bases establecidas en la *Constituição de 1988*, en la conjugación de

3 “Celar por el efectivo respeto de los Poderes Públicos y de los servicios de relevancia pública a los derechos asegurados en esta Constitución, promoviendo las medidas necesarias a su garantía”.

4 Unidades federales que constituyen la República brasileña.

los artículos 1º y su párrafo único, 5º, incisos XIV y XXXIII, y 37, párrafo 3º, inciso I, ella integra los fundamentos republicanos de la dignidad humana, de la soberanía y de la ciudadanía, de la democracia participativa, el acceso a la información, el principio de la eficiencia, ese fruto de la Enmienda Constitucional 19 de 1998, y de la solución pacífica de las controversias. La *Ouvidoria* puede considerarse como un remedio constitucional que busca combatir y tratar las patologías políticas y sociales, aspira a conferir al ciudadano la posibilidad de escribir su historia, ser su sujeto y no su objeto. Es un instrumento de la democracia directa y, aunque sea un instituto unipersonal, el tratamiento de la cuestión individual puede proporcionar soluciones de interés colectivo. Es remedio constitucional porque estimula al ciudadano, por la participación, a abandonar la actitud de resignación y apatía, frente al desempeño insatisfactorio de la institución pública, volviéndose, así, protagonista del cambio, agente de su propia historia.

Esa práctica contribuye a la comprensión de que la solución de las cuestiones de interés inmediato del ciudadano, -basada en los principios de eficacia y de justicia-, es inseparable de la mejoría, en beneficio de todos, pues a lo que se aspira es a la construcción del bien común.

Según nuestro entendimiento toda *Ouvidoria*, sea pública o privada, tiene una función que es esencialmente pública, al promover el diálogo que permite al ciudadano hablar, ser escuchado con empatía y, por lo tanto, tener su punto de vista legitimado y considerado; tiene función pública, al promover el acceso a la información, derecho constitucional inalienable, un derecho humano fundamental, reforzado ahora por la *Lei de Acesso à Informação*, Ley Federal no. 12527, del 18 de noviembre de 2011, debido a que en el constitucionalismo la transparencia es esencial para la formación de la ciudadanía, lo que implica tres elementos, a saber: el derecho a ser informado, el derecho a informar y el derecho a expresar el pensamiento.

Toda persona tiene derecho a solicitar información a las autoridades de interés privado o general, sobre la base del derecho de petición, que, en los términos de nuestra *Constituição Republicana* se presenta robustecido por las figuras: Del derecho de reclamación en contra de la prestación de servicios públicos (artículo 37, § 3, I CRFB);

Del derecho de representación contra el ejercicio negligente o abusivo del cargo, empleo o función en la administración pública (art. 37, § 3, III, de CRFB).

En Brasil, el *ouvidor*, representante del ciudadano, no tiene atribución ejecutiva o deliberativa, es designado para evaluar críticas, quejas y requerimientos con el fin de evitar controversias y / o facilitar su solución, con base en las manifestaciones que recibe, realiza diagnóstico de situación y propone cambios en la institución, cuando así lo evalúa, para tanto, debe hacer uso de prácticas peda-

gógicas que transformen la cultura de la queja en la cultura de la participación, reduciendo la asimetría de información que involucra a los agentes en conflicto.

Debe actuar con imparcialidad, independencia y confidencialidad, con el fin de fomentar el diálogo, no el debate; debe osar, ser creativo, estimular nuevas prácticas e ideas, no debe ser reactivo sino propositivo, es necesario que respete las diferencias y promueva el conocimiento para mitigar la vulnerabilidad técnica, jurídica y económica del individuo ante la institución.

3. *Ouvidorias* Universitarias

Los últimos años, en Brasil, hemos observado la creación de *ouvidorias* temáticas, por sistemas, por segmentos, hay *ouvidorias* de comisiones reguladoras, *ouvidorias* de bancos, *ouvidorias* de la salud, *ouvidorias* universitarias y, en ese escenario, no se puede negar la importancia de las *ouvidorias* universitarias.

Los años 80 fueron marcados, en Brasil, por profundos cambios políticos y sociales y por los planes económicos, con gran participación popular en los asuntos relacionados al consumo.

La Universidad brasileña, históricamente, se caracteriza por la diversidad de sus unidades orgánicas, que poseen historia e identidad propias. Por estas circunstancias es necesario profundizar su cohesión, tanto en lo que se refiere a los procesos de decisión interna, como en la afirmación de su imagen pública. Es necesario que la Universidad disponga, permanentemente, de una capacidad de intervención, en tiempo útil, para transponer inercias y bloqueos que agotan nuestras energías, personales e institucionales, por eso, la existencia de una *Ouvidoria* en la Universidad Federal de Río de Janeiro, como instrumento de la democracia participativa, ha contribuido a mitigar la apatía política y la incredulidad en la adecuada y eficiente prestación de servicio.

La *Ouvidoria* no tiene ninguna injerencia en las decisiones de los gestores, incluso porque a ella no le corresponde decidir. Se busca, sí, establecer un foro de comunicación que viabilice siempre la escucha activa y pasiva y la interpretación de las demandas recibidas, para proponer cambios. Ella ejerce la “magistratura de la persuasión” y al mismo tiempo es, para el público que la demanda, un espacio acogedor, de comprensión, de valorización del ser humano, que estimula el uso de la comunicación no violenta para promover la relación dialógica y respetuosa en el ámbito de la Universidad.

Una de las principales razones de existir de una Universidad reposa en la posibilidad de transformar la sociedad, por cuidar de la formación del ciudadano con dignidad, contribuyendo al libre curso de las ideas, a la consolidación de la democracia y la construcción, por el saber, de la soberanía

individual y nacional. La Ouvidoria-Geral da UFRJ, realiza un trabajo pedagógico ayudando a construir un ambiente respetuoso y de diálogo, identificando derechos universitarios que deben ser observados, cotidianamente, por el cuerpo social de la Universidad.

Esos derechos son:

- 1) La libre expresión de ideas y opiniones;
- 2) No ser objeto de discriminación en razón de origen étnico, nacional, de género, edad, deficiencia, condición social, económica o de salud, religión, opiniones, orientación sexual, estado conyugal o cualquier otra condición;
- 3) No ser objeto de ningún tipo de violencia física, moral o verbal, ni objeto de cualquier tipo de maltrato, amenaza, abuso o intimidación;
- 4) Ser respetado en su integridad física, psicológica, moral y espiritual;
- 5) No ser objeto de calumnia o difamación;
- 6) Recibir información oportuna sobre los procedimientos o decisiones universitarias, administrativas y académicas, de acuerdo a la legislación universitaria; y sobre la realización de los trámites y requerimientos que deben ser cumplidos, de acuerdo a la legislación en vigor;
- 7) Tomar conocimiento de las decisiones de las autoridades universitarias sobre la vida académica;
- 8) Tener garantías sobre la protección de sus datos personales;
- 9) Conocer los resultados de las evaluaciones en las que se califique a cualquier integrante de la Comunidad Universitaria, sean los mismos estudiantes, docentes o personal técnico administrativo;
- 10) Participar, de acuerdo a la normativa vigente, de los órganos colegiados que integran la UFRJ.

He aquí las magistrales palabras del profesor Leoncio Lara Sáenz sobre el concepto de la universidad pública, cuando recibió, en 07/04/2014, el Título de *Doutor Honoris Causa* de la Universidad Federal de Río de Janeiro.

“En efecto, el concepto mismo de universidad como equivalente al lugar de la universalidad de las ideas y de los conocimientos, en donde prima la participación democrática y plural en la construcción del conocimiento científico y la formación de profesionales, así como en la formación de una cultura nacional, fue la base del desarrollo de las instituciones desde su formación, pero también se expresa así como histórica en los movimientos de Córdoba, Argentina en 1929, en los que los estudiantes buscan la libertad de conciencia y de pensamiento.

Las universidades en nuestras latitudes, por otra parte, han tenido un desarrollo paralelo y concomitante al del propio país, por esta razón y por su compromiso con la sociedad y con el cumplimiento del estado de derecho, la institución ha realizado diversas acciones cuyos efectos se han constituido en ejemplos paradigmáticos.

En el caso de la educación superior, esta se ha venido realizando conforme a la doctrina educativa del estado en cuestión, en el caso de México se han agregado la gratuidad y la laicidad, gratuita pública y autónoma, debido a las características técnicas del servicio público que se ofrece, además de que la investigación científica y la extensión y difusión cultural que se realiza en las Universidades públicas, deberán reportar beneficios a la sociedad en su conjunto y no a sectores elitistas de la misma.

Me gusta la definición funcional de universidad que manifiesta que son fines de la universidad pública, laica y gratuita, contribuir a la transformación de la sociedad en un sentido democrático y de progreso social, para lograr la justa distribución de los bienes materiales y culturales dentro de un régimen de igualdad y libertad IPN, México.”

La *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988, en su artículo 6º, empieza a asegurar la educación como una garantía, como un derecho social y el principio de la autonomía universitaria se consagra en el art. 207.

La *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988 estableció en su artículo 207 que “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.”⁵ Por lo tanto, se puede concluir que el objetivo de la autonomía universitaria es garantizar la libertad de crítica y la libre producción y transmisión de conocimientos, protegiendo a las universidades de injerencias económicas, políticas o religiosas ajenas al desarrollo de la enseñanza, investigación y extensión. Lo que no quita el deber interno de controlar la calidad del servicio que ofrece y con eso consolidar, también, la promoción y la protección de los derechos universitarios con base en los derechos humanos.

La autonomía debe ser real para que las universidades ejerzan su papel innovador; la transformación de la sociedad; la promoción de políticas de Estado que contemplen y concreten la efectividad y el cumplimiento de los derechos humanos.

El Dr. Carlos Constenla, Presidente del Instituto Latinoamericano del Ombudsman, Defensor del Pueblo, enseña “La Universidad es el espacio de la inteligencia crítica, en el que se pone en entredicho el conocimiento adquirido; en el que todo es sometido al escrutinio de la investigación; en el que se analizan y contradicen los resultados de las propias indagaciones. Es un testimonio de una sociedad abierta, cuyo contrato social está abierto al cambio y que anatematiza los dogmas de las “verdades” definitivamente

5 “Las universidades gozan de autonomía didáctico científica, administrativa y de gestión financiera, y obedecerán al principio de la indivisibilidad entre docencia, investigación y extensión”.

establecidas. Esta misión de la Universidad, se sostiene en la libertad que en este ámbito se articula con la “autonomía”. La Universidad no cumple sus objetivos, y no hubiese sido un signo de transformación y de progreso si no fuese autónoma, es decir si no estuviese habilitada para quebrar las barreras de lo cognoscible, y no repetir versiones establecidas. La Universidad expresa su compromiso con la sociedad a la que debe servir a partir de su autonomía. De lo contrario es sólo una entidad pública dedicada a la enseñanza”.

La primera *ouvidoria* universitaria se estableció en 1992, en la *Universidade Federal de Espírito Santo*, en 1993, se instaló la *Ouvidoria* de la Universidad de Brasilia y, en 1994, la de la *Universidade Estadual de Londrina*, sin embargo, sólo a partir del año 2000, hay un incremento efectivo de las *ouvidorias* universitarias en Brasil, tras la promulgación de la Enmienda Constitucional 19/1998 y la publicación del Decreto n. 3507, de 13 de julio de 2000, que dispone acerca del establecimiento de normas para la calidad de la atención prestada por los organismos y por las entidades de la Administración Pública Federal Directa, Indirecta y Fundacional y, todavía, con la entrada en vigor de la Ley n. 10.861/2004 que establece el *Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES)* (Sistema Nacional de Evaluación de la Educación Superior), constituido de tres componentes principales: la evaluación de las instituciones, de los cursos y del rendimiento de los estudiantes, y en nuestra opinión, la combinación de todos esos factores ha cambiado el panorama interno de las universidades con un incremento efectivo de las *ouvidorias* universitarias.

Es importante destacar que el SINAES evalúa los aspectos que giran en torno a esos tres ejes: la enseñanza, la investigación, la extensión, la responsabilidad social, el rendimiento de los alumnos, la gestión de la institución, el cuerpo docente, las instalaciones y otros. Los resultados de las evaluaciones permiten dar una visión general de la calidad de los cursos y las instituciones de educación superior en el país. Los procesos evaluativos están coordinados y supervisados por la *Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior (CONAES)* (Comisión Nacional de Evaluación de la Educación Superior). El funcionamiento está a cargo del *Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais* (Instituto Nacional de Investigaciones Educativas), dependiente del *Ministério da Educação*.

Las informaciones obtenidas con el SINAES son utilizadas por las Instituciones de Educación Superior, para guiar su eficacia institucional y eficacia académica y social; por parte de los organismos gubernamentales para orientar políticas públicas y por los estudiantes, padres de alumnos, instituciones académicas y público en general, para orientar sus decisiones sobre la realidad de los cursos y de las instituciones. La actuación / rendimiento de las *ouvidorias* universitarias se incluye ahora como un elemento a

ser considerado por SINAES.

Partiendo de la premisa de que la Universidad debe ser el lugar de la promoción del conocimiento transformador, de la experimentación, de la innovación, de la civilidad y de la ciudadanía, se considera que la existencia de la *ouvidoria* en la institución, como organismo independiente y autónomo, también configura el anhelo de atreverse y transformarse, de fortalecer el proceso de renovación continua de una universidad que se plantea pública, inclusiva y de calidad.

La función principal de la *Ouvidoria* es servir a las personas vulnerables, con base en el principio de la equidad y de la solidaridad, como un deber y no una liberalidad; es la de promover el acceso a la información, como un derecho público y, a partir de las demandas recibidas, e, incluso de oficio, hacer un diagnóstico de la situación, sugiriendo mejoras a los gestores, para la formación de un espacio digno e incluyente, con la prevalencia, en la práctica, del respeto a los derechos humanos, garantizando una convivencia armoniosa y democrática en la que la observancia de la ley y, en consecuencia, la efectividad de los derechos puedan garantizar la libertad, la igualdad, la legalidad y la moralidad.

La *Ouvidoria* universitaria no se confunde con el sindicato, con representación de los movimientos sociales, estudiantiles, docentes, de funcionarios, tampoco con servicios de atención para el consumidor, ella sí puede ser considerada uno de los mecanismos de defensa de los derechos universitarios, como un instrumento de acceso a la justicia, como una herramienta de control de la calidad del servicio, sin embargo, a causa de la autonomía universitaria, hay una diversidad en la forma de su creación y constitución en varias universidades. Teórica y prácticamente todas deberían compartir determinadas atribuciones que muestren un compromiso con la ética, la transparencia, la participación ciudadana y, en consecuencia, con la mejora de los servicios de la Universidad, dando voz a los ciudadanos para identificar los puntos críticos y tratando de promover, pedagógicamente, acciones transformadoras en las que se sustituya la cultura de la queja por la cultura de la participación.

Leoncio Lara Sáenz señala que “ la universidad del mañana estará presente en un mundo donde se desarrolle, como bien lo dice el “Ciudadano del mundo“, Darcy Ribeiro, “Se necesita una universidad estructurada en la fuerza de la Modernidad... con un mínimo de madurez científica que... permita experimentar un desarrollo autónomo de la cultura nacional...una universidad... orientada a atender las necesidades sociales y nuestras carencias de igualdad y bienestar, ... la universidad...representa un esfuerzo deliberado de superación del atraso”. Y agrega, Leoncio Lara, “En una Universidad donde florece el respeto por la verdad, la reflexión personal, el espíritu y la acción del libre examen de las cosas, de los sentimientos de

la persona humana y de la dignidad, de la libertad y de la igualdad, nuestra conciencia de responsabilidad individual y de justicia y de solidaridad, una universidad que persiga un mundo lleno de la realidad de la democracia y de la forma republicana de gobierno y de una manera de ser, que crea y haga respetar los derechos humanos y los elementos del Estado de Derecho... la Universidad para y de los universitarios, una universidad pública, gratuita y de calidad, una universidad instrumento del cambio, la universidad nación, la universidad estado, la universalidad de las ideas”.

Por lo tanto, la actuación del *ouvidor*, como defensor de los derechos universitarios, debe ser vista reflexiva, dinámica y multidisciplinaria, atendiendo, desde gestores, profesores, alumnos, personal administrativo, miembros de la comunidad externa, basada, también, en el principio de la informalidad, de la oralidad, de la celeridad, principios fundamentales, para transformar la cultura del secreto en una cultura de acceso a la información. Más humanismo que burocracia, más justicia que derecho.

El análisis y la interpretación de la legislación interna de la Universidad siempre debe hacerse a la luz de la *Constituição da República Federativa do Brasil*, de manera sistemática, indicando, entre otros, los procedimientos normativos adecuados a las situaciones presentadas, con el objetivo, también, de resolver los conflictos entre las partes de manera conciliatoria, con el fin de estimular la posibilidad de desarrollar una cultura de la paz, civilidad, dignidad, de respeto a las diferencias. Las universidades son el semillero de la verdad, de la equidad con justicia social, su papel, en esta época de cambio debe ser más propositivo, menos reactivo, las realidades comienzan como ideas y en las universidades se enseña a generalas.

Las alianzas con otros protagonistas de promoción y defensa de los derechos humanos, agentes externos a la Universidad, como la *Ouvidoria-Geral da União*, la *Defensoria Pública da União*, la *Advocacia-Geral da União*, entre otros, y el constante intercambio de experiencias con otras *ouvidorias* públicas de varios segmentos ha contribuido a hacer realidad el principio de cooperación y a poner en práctica mecanismos para mitigar los déficits de autoestima, liderazgo, de conocimiento, de sabiduría y de comunicación con el fin de construir permanentemente el bien común.

Esas son nuestras contribuciones iniciales para la reflexión, para el fomento al estudio de ese instituto, comprensión y aplicación adecuada de ese instrumento de participación ciudadana, tan necesario e importante, para el fortalecimiento de la confianza cívica y del compromiso del Estado Democrático de Derecho con la efectividad de los derechos fundamentales, para la edificación del bien común, como un valor fundamental, para la construcción de un mundo más justo, solidario, armónico e igualitario.

Referencias bibliográficas

- N. BOBBIO, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro 1992
- C.R. DE CASTRO JATAHY, *Atribuições do Ministério Público, ferramentas da cidadania*, en *Caminhos da cidadania* (org. A. Alves de Abreu), Rio de Janeiro 2009
- C.R. CONSTENLA, *Teoría y Práctica del Defensor del Pueblo*, Madrid-Buenos Aires-Bogotá-México 2010
- C.R. CONSTENLA, *La ignorancia del señor Jourdain (en torno al Defensor del Pueblo y la democracia participativa)*, en *Defensorías del Pueblo y Ouvidorias en Iberoamérica* (org. C.R. Constenla, R. Pinto Lyra), Joao Pessoa 2012
- J. FALCÃO, *Constituição constituições*, en *Caminhos da cidadania* (org. A. Alves de Abreu), Rio de Janeiro 2009
- G.F. FOLEY, *Justiça comunitária: por uma justiça de emancipação*, Belo Horizonte 2010
- M.E.A.C. GOMES, *Do instituto do ombudsman à construção das ouvidorias públicas no Brasil*, en *A Ouvidoria na esfera pública brasileira* (org. R.P. Lyra), João Pessoa-Curitiba 2000
- J.L. MAIORANO, *El Ombudsman, Defensor del Pueblo y de las Instituciones republicanas*², Macchi 1999
- N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Dicionário de política*⁸ (trad. C.C. Varriale et alii), Brasília 1995
- Ch.W. MOORE, *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*² (trad. M.F. Lopes), Porto Alegre 1998
- J. MURILO DE CARVALHO, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*³, Rio de Janeiro 2002
- C.A. RICHE, *Lei de arbitragem n. 9307/96: uma solução alternativa para os conflitos de ordem jurídica*, Rio de Janeiro 2001
- L.L. SÁENZ, *Universidad autónoma pública. Espacio de construcción del proyecto de nación*, en ufrj.br/noticia/docs/2014/DHC-DISCURSO.pdf

ALEJANDRO NATÓ

Universidad de Buenos Aires

De la Secesión del Monte Sacro a los sistemas actuales de enfocar la conflictividad social urbana*

1. La gestión constructiva de Conflictos en las Defensorías del Pueblo.
- 2. Derecho a la protesta. – 3. Las Defensorías del Pueblo como eje de articulación constructiva.

1. La gestión constructiva de Conflictos en las Defensorías del Pueblo

En diferentes puntos del planeta hay una notable dispersión de referencias culturales. La tendencia a la deshumanización es más visible. Mucho de lo que nos sostenía se va deslizando en una indiferencia atroz y relajada. Lo complejo de las tramas sociales en lo contemporáneo, que se expresa de modo palmario en la caída del sistema de muchos, se complementa con “el hacer la vista gorda de otros” y esto se manifiesta tanto en las prácticas sociales como en la institucionalidad del poder político estatal, frecuentemente inerme e impotente. También se superponen, de modo abigarrado y en el mismo escenario social, sistemas de valores que confrontan su imposición y verdades contrapuestas que pujan por prevalecer. Los desajustes y las desigualdades están a la orden del día y el rumbo a seguir se presenta con notoria desorientación.

Además, lógicas del mercado se imponen a través del capitalismo pujante y un sistema financiero que, como supra-poder, digita el destino social de la época. También se vislumbra una clara saturación de los ámbitos homogéneos y de crisis del sistema global y un claro estancamiento o des-

* “Si eres neutral en situaciones de injusticias, has elegido el lado del Opressor” (Desmond Tutu).

mantelamiento de los procesos de integración que se venían desarrollando en las diferentes regiones. En el desconcierto de cómo se ha de instaurar un nuevo orden y la desorientación que emerge de este nuevo ciclo político, se nos imponen nuevas reflexiones que tienen indefectiblemente que surgir de reformularnos nuevas preguntas.

Las interacciones entre las diversas culturas se intensifican de manera creciente con niveles de etnocentrismo e irrespetuosidad, barreras perversas de “invisibilidad” y falta de reconocimiento a la alteridad. Hay una tendencia cada vez mayor a la coexistencia que emerge de las diferencias del multiculturalismo que desplaza la convivencia como fruto y producto de la interculturalidad. Lógicamente, en este criterio de etapa que adelgaza los vínculos sociales, se acrecientan los avances tecnológicos.

A su vez, los mecanismos de convivencia se ven afectados por las grietas que se presentan en clave de “deuda de lo público” hacia “lo social” y también las múltiples demandas particulares -que en muchos casos logran universalizarse- irrumpen en el escenario social urbano como el modo de expresión para potenciar la voz y plantear legítimos reclamos con variadas modalidades de manifestación. Estas tensiones y fricciones, que se plantean como una puja de intereses contrapuestos, se expresan con la tendencia de evitar los efectos multiplicadores que encierran la desigualdad y la falta de solidaridad. Pierre Rosanvallon¹ ha planteado que nunca se habló tanto en la historia como en el presente de la desigualdad pero -marca también- paradójicamente, que jamás se ha hecho tan poco para evitarla. En ese mismo sentido François Dubet² nos muestra la hipocresía social de aceptar y preferir la desigualdad aunque digamos lo contrario. Plantea este sociólogo francés que “la desigualdad se desarrolla y la gente cree que no puede hacer nada”.

Baruch Spinoza incorpora el concepto de “*la inmanencia*” con un sentido eminentemente ontológico debido a que a la persona se la considera a partir de sus sistemas relacionales. Esto se debe en parte a que los humanos establecen relaciones en la medida que representan una parte de la naturaleza que no pueden ser sin las otras partes y está determinado de una forma externa en sus afectos. Sostiene en su “Tratado Político”³ que nadie se libera sólo y que es imprescindible el encuentro con los otros para abrimos al conocimiento -tanto individual como colectivo- con un renaciente y liberador objetivo.

Nos pone de manifiesto en su pensamiento que “los colectivos enlazados con otros colectivos se potencian, se expanden y afirman su fuerza”. La reivindicación al deseo y a la libre necesidad lo posiciona como la posibilidad

1 P. ROSANVALLON, *La sociedad de iguales*, Buenos Aires 2011.

2 F. DUBET, *Por qué preferimos la desigualdad*, Buenos Aires 2015.

3 T.L. MARIASH, “*Ponencia: Libertad, Necesidad y Derecho en Spinoza*” de *Tratado Político*, Sao Paulo 1979.

de redefinir los límites, asentados en el hacer colectivo e introduciendo una ética de lucha dentro de la ética constitutiva. De este modo se desestructura la idea de límite y, por añadidura, se le quita todo tipo de condicionamiento lo que representa una estructura ontológicamente sustancial a la idea de superación como sustrato que da cuenta de su fricción estructurante. Por ello el actuar, la praxis y las necesidades se postulan dentro de un proyecto colectivo. De este modo nos aporta que el campo normativo se ve trasvasado por el poder colectivo de la multitud que se expresa como una nueva fuente de creación de derecho en las democracias radicales. Esta deconstrucción al campo jurídico con plena reivindicación a la praxis colectiva *-encadenando voluntades y construyendo un sistema de "potestas"* logra poner en tela de juicio la capacidad de edificar el orden desde el "poder instituido", ya que lo contrapone al *"proceso constituyente"*.

En esa misma línea de pensamiento, Ernesto Laclau en "La Razón Populista"⁴ propone pensar la desaparición de los límites del todo unificado a partir de la heterogeneidad y lo plantea como que ésta tiene un rol constitutivo porque rompe los anclajes tradicionales y desestabiliza la centralidad del sujeto activo que son los propios desajustes del capitalismo representativos de la totalidad homogénea. Postula que toda construcción de un sujeto colectivo tiene que basarse en esa heterogeneidad y en una construcción colectiva en diversos eslabones articulados de una cadena de equivalencias en construcción permanente y fundante. En la construcción contingente es donde aflora la consistencia entre el acontecimiento y el nuevo orden generado por la intervención del sujeto. Es así que surge una consistencia construida que da nacimiento a un nuevo núcleo.

Estas visiones nos alientan a afirmar que el orden y el desorden son parte de una misma dinámica y que se definen en un ámbito multidimensional complejo, donde la confluencia de intereses en juego exige dar nuevas respuestas para lograr una efectividad ya "no jurídica", sino co-construida desde el redimensionamiento que genera la tensión de la acción colectiva como base estructural del conflicto. A partir de allí se podrían dibujar nuevos límites, ampliar derechos o restablecer los conculcados.

2. Derecho a la protesta

Hay un hito histórico en Roma que es por demás ilustrativo y que nos remonta a una revuelta de resistencia digna de rescatar.

En la Secesión del Monte Sacro los plebeyos abandonaron Roma por los

4 E. LACLAU, *La razón Populista*, Buenos Aires 2011.

abusos constantes y la usura de los Patricios. Este levantamiento tuvo un “sentido revolucionario”⁵ y, sobre todo, instituyente pero tuvo también los mismos móviles con los que hoy día diversos actores escenifican sus protestas, a veces más como acontecimiento colectivo que como una reacción instantánea o predeterminada. Ellos que planteaban la eliminación de los privilegios económicos y políticos del patriciado y su negativa de prestar el servicio militar, tuvieron una negociación cuyo producto principal y de mayor trascendencia histórica, (al punto de que hoy representa una fuente inspiradora de la figura del Defensor del Pueblo) ha sido el inscribir históricamente la institución del Tribuno de la Plebe. A éstos, en cambio, por su resistencia en clave de protesta -en nombre de la estructura jurídica- se les brinda como corolario de la acción: *violencia institucional*. Posiblemente en estos ámbitos escenificados por la confrontación, el derecho quede desprovisto de su ropaje pudoroso y se enfrente al espejo distorsionante que lo envilece por su propensión natural a la funcionalidad del sistema que conducen los poderosos.

Por ello, un abordaje crítico del estudio de las cuestiones jurídicas implica incursionar de modo crítico en el mundo del derecho, concibiéndolo como algo más robusto y edificante que un mero complejo normativo. El Derecho, instalado en una sociedad desigual y estratificada sería una práctica social específica y compleja, en la que están expresados históricamente los conflictos, los acuerdos y las tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación social determinada”⁶ Esos conflictos tienen una dimensión práctico ideológica y son el soporte material de discursos (“endurecer las penas es defender la sociedad”), mitos (“el derecho expresa la voluntad de la nación desde sus patrióticos orígenes”), o ficciones (“todos somos iguales ante la ley”). Es, de esa manera, que se elaboran las normas, se interpretan, se aplican, se derogan (“de hecho” o “de derecho”).

Pues bien, la fuerza, como dice Enrique Marí,⁷ requiere de un discurso racional de orden que se halle insertado en una estructura de movilización de creencias discursivas y extra-discursivas que denominados imaginario social y que opera en el fondo común y universal de los símbolos interpelando a las emociones, la voluntad y los deseos.

Así, el derecho, opera como discurso racionalizador-legitimante del poder que, a través de sus formas (como los procedimientos), categorías jurídi-

5 C. CONSTENLA, *Del Monte Sacro a Salvador de Bahía. Sobre quien podría ser el Defensor del Pueblo*, en *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* 5, 2013.

6 R. ENTELMAN y otros, *El Discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires 1982.

7 E. MARI, *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*, Buenos Aires 1987.

cas (como ser: sujeto de derecho, ciudadano, persona) y presupuestos (entre otros: todas las leyes se suponen conocidas, nadie puede alegar su propia torpeza, todo lo que no está prohibido está permitido, etc.) expresan manifestaciones de orden jurídico con un implícito control social, transformando -a través de sus símbolos, ceremonias y rituales- en tolerable, legítima y legal la dominación social.

El hecho de poder que de modo enunciativo se puede ejemplificar con cuestiones corrientes en diversos Estados, como ser: la impunidad de determinados grupos económicos-financieros; la ilicitud de formas de endeudamiento privado transformado en público; la confiscación de tierras de pueblos originarios; mecanismos de participación formales, como por ejemplo: audiencias públicas con muy poco público y alejadas de la posibilidad de concurrencia masiva, etc. se transforma así en *poder de derecho*, apareciendo como una instancia neutral y declarando iguales ante la ley a los desiguales, cuando en realidad actúa como productor, reproductor, encubridor o sostén de lo fáctico e ilegítimo.

Ahora bien, el poder siempre es una relación o una ficción, como mínimo bipolar, es decir una relación conflictiva en donde dos actores o, en su caso, la opinión pública y quien pretende imponer su ejercicio interactúan como acción o reacción dotando de validez y legitimidad. Siempre donde hay poder hay -naturalmente- resistencia, por la lógica de los pesos y contrapesos o sea poder y contrapoder. El Derecho es representativo y expresa, por tanto, relaciones de fuerza entre grupos o individuos, en un escenario social, dinámico, contradictorio y complejo que puede funcionar como herramienta de las clases populares para posibilitarle exigir la transformación progresiva de la forma (derechos individuales hipotéticos a ser libre, a la autonomía, a estudiar, a la intimidad, a alimentarse, a ser propietario y vivir dignamente, a peticionar ante las autoridades, a reunirse, a ser genuinamente representado y a controlar a los representantes, etc.) en sus contenidos reales.

La tensión, entonces, se presenta como un rasgo distintivo y la incapacidad de administración de los conflictos por parte de los actores estatales pone en vilo el sistema jurídico que en su despliegue exponencial pretende poner en caja lo que no siempre encaja, y si a ese mecanismo se le incorpora la fuerza es natural que se desencaje.

La visión corta y poco diáfana del Estado acerca de la dimensión de la "conflictividad social", elige la dicotomía seguridad/inseguridad y actúa, relegando así el ser garante de los derechos básicos y fundamentales de las personas. Lo esperable sería observar y actuar a partir de un enfoque dialógico con mecanismos de gestión constructiva de conflictos con lógicas de prevención. En esta materialidad binaria se postula lo dilemático de la cuestión analizada.

La visión política que pretende estructurar salidas negociadas tiene en

su descomposición la impaciencia frente a la falta de soluciones rápidas y, de modo automático, se justifica la violencia con el ejercicio de la fuerza ya sea para desmovilizar o para caracterizar al actor social como mínimo como enemigo del sistema. Todo re-posicionamiento del rol del Estado en esta materia exige un enfoque distinto que tenga sensibilidad, recursos y “proactividad” frente al conflicto y también frente a los actores en conflicto.

La protesta como parte de esa construcción colectiva y en base a la lógica indicada precedentemente, esto es, su consecuente criminalización por las fuerzas del orden que pretenden imponer “el cumplimiento de la ley”, implica la potenciación del conflicto y –en términos generales- muestra la cara más deleznable del Estado. Aquí debemos lamentar más que la inacción del Estado su propia presencia. Esto pone de manifiesto que el sistema se defiende con desidia e incapacidad ante la acción colectiva mancomunada.

3. Las Defensorías del Pueblo como eje de articulación constructiva

Las Defensorías del Pueblo se instituyen como un espacio de posibilidad en la regeneración y constitución de un nuevo orden, ya que pueden contribuir a la canalización de las demandas dando un cauce de interlocución eficaz, con la búsqueda de los puntos de intersección necesaria, donde se puede revalorizar y potenciar la voz de aquéllos que sin la protesta -que los hace emerger y les da visibilidad- se transforman en víctimas pasivas de la indolencia de un sistema que los “encomienda a la superfluidad”⁸.

En el “*Resumen de conclusiones y Recomendaciones para la Cooperación Internacional*”⁹ se manifiesta en su primera conclusión que “Las Defensorías del Pueblo son organismos horizontales de Control y rendición de cuentas, que refuerzan el Estado de Derecho en aquéllos puntos donde éste puede presentar más debilidades. En América Latina desempeñan un papel estratégico entre las instituciones democráticas, de modo particular esto se expresa gráficamente en aquéllos casos en los que existe riesgo de ingobernabilidad democrática, anomia y desintegración social”.

La legitimidad de su figura y su rol proactivo hace que Ombudsman “se muestre como un canal formalmente institucionalizado para asociar a los administrados en la gestión de los cometidos que los benefician o perjudican”¹⁰. Por ello se podría posicionar a las Defensorías del Pueblo como

8 S. BAUMAN, *Vidas desperdiciadas*, México 2015.

9 M. GUEDÁN MENÉNDEZ, M. IRÁIZOZ LÓPEZ-ARROBA (eds.), *Las Defensorías del Pueblo, un puente entre la ciudadanía y el Estado en América Latina*, Madrid 2006.

10 J. MAIORANO, *El Ombudsman. Defensor del Pueblo y de las Instituciones Republicanas*,

puentes de integración entre la Ciudadanía y el Estado.

La vulneración de derechos hacen aflorar las capacidades creativas de los actores sociales, que responden con notable esfuerzo organizativo y que, en la mayoría de las ocasiones, replantean e interpelan a los escenarios de inoperancia institucional.

Los conflictos, como motor dinamizador de lo social, son inherentes a todas las sociedades tanto en la historia como en la contemporaneidad. Su materialización toma cuerpo con reclamos, demandas y exigencias protagonizados por la irrupción de distintos actores –de modo genérico- ante la inequidad social y la indolencia de las desigualdades. En la capacidad de asimilación y articulación de esas demandas los gobiernos se juegan gran parte de su legitimación y los sistemas democráticos miden su calidad, entre otros indicadores de importancia, por la condición material que tienen para promocionar y ampliar derechos y, a su vez, como contrapartida reproductiva pueden también acoger reclamos, legitimar posiciones y equilibrar dinámicas de poder. Es habitual que se pueda vislumbrar que desde lo discursivo político se pretendan desplegar movimientos tendientes a hacer valer imposiciones jurídicas con salidas punitivas penales. Ellas se materializan a nivel judicial con interpretaciones bastante perezosas, inadecuadas y tendenciosas por parte de muchos jueces que – ya sea por presión mediática, etnocentrismo judicial e hipocresía social que, en ciertas ocasiones, engendran una notable identidad de clase- fuerzan los tipos penales para poder criminalizar la protesta.

Los Estados (en sus deferentes estertores de poder, incluido el judicial) en nombre de la operatividad del derecho, se ven interpelados e instados a oponer una lógica distinta a la tradicional. Esto lleva a la necesidad de pensar y repensar los mecanismos con los cuales se trabaja la conflictividad social. Poner la óptica en la relación dicotómica de seguridad/inseguridad, libertad de tránsito/derecho a peticionar a las autoridades, están dando resultados ineficaces que requieren de otras matrices y formas de atención institucional. La justicia dialógica, los sistemas de alerta temprana y la co-construcción de ámbitos creativos de canalización de las demandas sociales son muestras de nuevas intenciones y predisposición de generar mecanismos apropiados para buscar otras respuestas. Para una mejor edificación del esfuerzo creativo es fundamental tener presente lo anteriormente expresado: que uno de los indicadores de calidad democrática dentro de “*la estatalidad*” es la capacidad de los Estados de asimilación de la demanda.

La conflictividad social, en este contexto, requiere mayor atención y predisposición institucional a partir de nuevos enfoques que puedan contemplar un sistema de alerta temprana que represente una verdadera prevención. Las

Buenos Aires 1999.

Defensorías del Pueblo, por su representatividad institucional, están erigidas con la funcionalidad suficiente para la predisposición de espacios dialógicos que permitan dar cauce a esa ebullición social. Por ello se constituyen como un potencial eje articulador y promotor de acciones en la gestión temprana de la demanda y su respectiva canalización.

En este sentido, la detección a tiempo de los conflictos sociales con características multiformes y la *intervención temprana activa* permite buscar salidas de mediano y largo plazo en la construcción de espacios de convergencia y, a su vez, tener una *atención focal* a las causas raigales u originarias que hicieron emerger el conflicto o que dieron síntomas de su efervescencia.

En la estructuración ideal de un nuevo orden político, social y económico más justo se debe enmarcar un nuevo orden jurídico y prácticas acordes a este nuevo sistema. Para ello es fundamental la sensibilización y la formación de los operadores del sistema jurídico, que al decir de Francesco Carnelutti serían “los obreros calificados del Derecho”. Las Defensorías del Pueblo no están ajenas a este designio, aunque sus titulares no sean abogados, ya que igualmente abogan, como principio rector, por las necesidades de los sectores vulnerados. También sería propicio la promoción de enfoques que contemplen los derechos humanos en materia de protesta social en las currículas y programas de estudio en las propias carreras de grado para quienes estudian Derecho, puesto que es fundamental la necesidad de ampliar la mirada. De otro modo, la funcionalidad del derecho y del sistema de justicia para con los intereses del poder en desmedro de los que sufren las consecuencias del sistema y que pujan para emerger en inclusión y visibilidad ha de profundizar la crisis de representatividad que sufren la mayoría de las élites políticas encarnadas en el poder político estatal.

En este sentido sería fundamental que las Defensorías del Pueblo se posicionen en su justo término y no reproduzcan esa tendencia que inunda las dinámicas de poder.

NORBERTO CARLOS DARCY*

Universidad de Buenos Aires

Servicios públicos esenciales, derechos humanos y pobreza

1. Cuestiones preliminares. – 2. El carácter esencial de los servicios públicos domiciliarios. – 3. Los instrumentos internacionales de derechos humanos y los servicios públicos esenciales. – 4. La pobreza como consecuencia de la falta de acceso a servicios públicos esenciales. – 5. Las defensorías del pueblo y los servicios públicos.

1. Cuestiones preliminares

Los aumentos tarifarios en los servicios públicos domiciliarios (de energía eléctrica, gas natural y de agua y saneamientos) es uno de los temas que domina la agenda pública de Argentina. Luego de una década de congelamiento en los precios de las tarifas de dichos servicios (lo que había provocado, entre otras cosas, una creciente política de subsidios estatales, la pérdida del autoabastecimiento energético, y una cada más deficiente prestación de los mismos, con baja calidad y falta de inversiones en obras y mantenimiento), el gobierno nacional decidió impulsar una modificación

* El autor es Abogado y Procurador, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Master en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, Universidad de Alcalá, España. Diplomado en Derecho del Consumidor, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Docente universitario de la materia “Principios generales del derecho latinoamericano”, Ciclo Básico Común (CBC), Universidad de Buenos Aires (UBA). Actual Subsecretario de Derechos Ciudadanos, de Consumidores y Usuarios de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (desde 2014). Director de Defensa de Usuarios y Consumidores del Instituto Latinoamericano del Ombudsman (ILO-Defensor del Pueblo).

abrupta de los cuadros tarifarios, con un incremento muy significativo (y, en algunos casos, exorbitante) en el valor final de las tarifas, y sin contemplar la necesaria convocatoria a audiencias públicas (no vinculantes) para discutir la propuesta tarifaria con carácter previo a la toma de decisión. Si bien se implementó una tarifa social para atender la situación de las personas y sectores más vulnerables, la misma resultó insuficiente y al cabo muy restrictiva. Todo ello, en el marco de una economía estancada y con altos niveles de inflación, trajo aparejado una creciente ola de protestas y la presentación de diversas acciones judiciales colectivas, encabezadas por asociaciones de la sociedad civil y por defensorías del pueblo, tendientes a frenar y/o anular los aumentos así aplicados.

Ahora bien, más allá de las particularidades propias del caso argentino (apenas sucintamente reseñadas), lo que nos interesa abordar en estas “Segundas Jornadas italo latinoamericanas de defensores cívicos y defensores del pueblo” y en este panel dedicado al “Constitucionalismo latinoamericano: defensa del pueblo y de los derechos humanos”, son algunas líneas reflexivas en torno al carácter esencial que revisten los servicios públicos domiciliarios (como obligación prestacional de los Estados tendiente a mejorar la calidad de vida de la población) y su estrecha relación con la efectiva realización de los derechos humanos (en particular, el derecho a la vivienda, a la alimentación y a la salud); así como los límites que, en consecuencia, toda política pública debe observar al momento de fijar aumentos en los precios de las tarifas, teniendo en cuenta a las personas (como destinatarios finales de esos servicios públicos esenciales), de conformidad con el marco jurídico constitucional de un Estado social y democrático de derecho. Y, por último, destacar el rol que les incumbe a las defensorías del pueblo, como instituciones estatales protectoras de derechos humanos, en miras a garantizar la efectiva y eficiente prestación de servicios públicos esenciales.

2. El carácter esencial de los servicios públicos domiciliarios

Se entiende por *servicios públicos*, en términos generales, al conjunto de actividades prestacionales a cargo del Estado dirigidas a satisfacer necesidades básicas de la comunidad con el objeto de promover el bienestar social o general. Entre ellos, se encuentran los llamados *servicios públicos domiciliarios*, que son aquellos que reciben las personas en sus domicilios, sean hogares, establecimientos educativos y asistenciales, lugares de trabajo o incluso unidades productivas, para cubrir necesidades tan elementales como el abastecimiento de agua potable, el suministro de electricidad y de gas natural o el acceso a las comunicaciones básicas.

Se afirma -con todo acierto- que los *servicios públicos domiciliarios* son *esenciales*, toda vez que ellos resultan indispensables para el desarrollo de una vida digna y para asegurar un mínimo de bienestar y salubridad, en tanto nos permiten concretar actividades tan habituales y necesarias como las de iluminar el hogar, aclimatar los ambientes frente a las inclemencias del tiempo o a las temperaturas extremas, cocinar, conservar y preparar alimentos, mantener la limpieza del hogar y el aseo personal, usar electrodomésticos como todo otro tipo de artefactos tecnológicos, conectarse a internet, facilitar las comunicaciones en general, facilitar el ocio, la recreación y el esparcimiento, entre otras tantas necesidades básicas que requiere la vida cotidiana. En otras palabras, la mejora en la calidad de vida de las personas y sus familias depende, en buena medida, del acceso a una adecuada y correcta prestación de los servicios públicos domiciliarios y esenciales.

Por definición, el sujeto obligado a brindar los servicios públicos es el Estado, que puede hacerlo mediante estructuras propias (empresas públicas) o por intermedio de particulares (empresas privadas) bajo la forma de concesionario o licenciatario aunque siempre sujeto a control y supervisión estatal. Y deben ser suministrados en forma continua, permanente y regular bajo un régimen que asegure, *universalidad*, esto es, que lleguen a todos (o con la meta de llegar *progresivamente* a todos); *accesibilidad*, en tanto se propicie o se mantenga una infraestructura adecuada que permita poner estos servicios al alcance de todos; y *asequibilidad*, de modo tal que la tarifa que los usuarios deban abonar, como contraprestación del servicio, sea razonable y equitativa, debiendo cuidar especialmente que el precio final no constituya un obstáculo para los sectores más vulnerables o desaventajados.

De otro lado, la falta de estos servicios domiciliarios esenciales o la imposibilidad de acceder a ellos, implica someter a las personas a situaciones de marginalidad, pobreza y exclusión social que atentan contra la dignidad humana, y por ende, conspiran contra la satisfacción de los derechos humanos.

De ahí entonces que la efectiva prestación de servicios públicos domiciliarios, en tanto esenciales, resulta una condición necesaria para la realización de los derechos humanos. Esta afirmación no es una mera elucubración doctrinaria sino que se desprende tanto de los instrumentos internacionales de derechos humanos como de sólidos derechos fundamentales reconocidos en las constituciones latinoamericanas. En efecto, no es posible hablar del derecho a la alimentación y a la vivienda adecuada, o del derecho a la salud, o a una mejora continua en las condiciones de vida o a la erradicación de la pobreza, si las personas se ven privadas de acceder al abastecimiento de agua, al saneamiento o al suministro de servicios energéticos. En ese sentido, es importante mencionar que la mayoría de las constituciones latino-

americanas han reconocido expresamente a los principales instrumentos de derechos humanos (ya sea con rango supra constitucional, constitucional o supra legal, según cada caso) que obliga a los Estados a adoptar medidas internas tendientes a proteger, promover y garantizar el goce y plena vigencia de esos derechos fundamentales.

3. Los instrumentos internacionales de derechos humanos y los servicios públicos esenciales

En primer lugar, es dable subrayar que los servicios públicos domiciliarios integran el contenido del derecho humano a la vivienda adecuada. Ello se desprende del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que en su artículo 11 reconoce el derecho que le asiste a toda persona a tener *“un nivel de vida adecuado para sí y su familia”*, que incluye *alimentación, vestimenta y vivienda adecuados y “a una mejora continua de las condiciones de existencia”*.

El Comité DESC, mediante la Observación General N° 4 (OG 4°), precisó el contenido y alcance de éste derecho, señalando que no se lo debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo como la mera posibilidad de tener un techo, ni tampoco considerárselo exclusivamente como una comodidad, sino que significa disponer *“de un lugar donde poder aislarse si uno lo desea, con un espacio seguro y adecuado, que cuente con iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”*. Asimismo, destacó que una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para atender la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición de las personas que lo habitan, puesto que *“todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”* (conf. punto 8. b). Por otro parte, en cuanto a los gastos que entraña mantener una vivienda adecuada, tanto los personales como los del hogar, se afirma que ellos deben ser *soportables*, esto es, *de un nivel que no impida ni comprometa el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas”*(conf. punto 8. c).

En segundo lugar, corresponde recordar que la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció, el 18 de julio de 2010, que *el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno dis-*

*frute de la vida y de todos los derechos humanos*¹. Sin embargo, es importante recordar que ya con anterioridad, en noviembre de 2002, el Comité de DESC había adoptado la Observación General N° 15 (OG 15), en la cual consideró -con muy sólidos fundamentos- que el derecho humano al agua se halla implícitamente alojado en los artículos 11 y 12 del PIDESC, para luego definirlo como *el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable y asequible para el uso personal y doméstico*. En ese sentido, se especifica que disponer de agua *suficiente* significa que el abastecimiento por persona debe ser continuo y en cantidades bastantes para cubrir el uso personal y doméstico, ya sea para beber, realizar la colada, preparar alimentos (lavado y cocción), limpieza del hogar, higiene y aseo personal, y para el saneamiento (evacuación de excretas). La Organización Mundial de la Salud (OMS) especifica que, para garantizar las necesidades más básicas, son necesarios entre 50 y 100 litros de agua por persona y por día. Por otro lado, la *accesibilidad física* del servicio de agua y saneamiento supone que sus instalaciones deben estar al alcance de todos, ya sea dentro o en las cercanías inmediatas del hogar, de las instituciones educativas y de salud, o del lugar de trabajo. Mientras que los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser *asequibles*, es decir, económicamente accesibles, de modo que no pongan en peligro el ejercicio de otros derechos. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sugiere que el coste del agua no debería superar el 3% de los ingresos del hogar, sin perjuicio de lo cual, nadie debería verse privado del acceso al agua potable por no poder pagar.

Es interesante destacar que el carácter esencial de los servicios públicos domiciliarios, tal como los hemos definido, también ha sido reconocido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), nada menos que para limitar el ejercicio de derecho a huelga. En efecto, el Comité de Libertad Sindical de la OIT admitió que el derecho de huelga puede ser objeto de restricciones importantes, o incluso de prohibición cuando están en juego la prestación de *servicios esenciales*, entre los cuales menciona, expresamente, a los servicios de electricidad, de abastecimiento de agua y telefónicos.

Por último, es menester señalar que los servicios públicos domiciliarios entrañan una relación de consumo y, por consiguiente, los usuarios de dichos servicios quedan amparados por el marco protectorio que ofrece el derecho del consumidor. El principio que guía y da sustento a toda la normativa de defensa del consumidor es la protección al débil, pues se parte del presupuesto fáctico que las personas – en su rol de consumidores y usuarios – se encuentran en una situación de desigualdad estructural en el mercado frente a los proveedores de bienes y servicios. Por ende, esa relación asimétrica se

1 Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/64/292.

debe equilibrar mediante mecanismos y dispositivos legales que fortalezcan y protejan a los consumidores y usuarios. Va de suyo que el derecho del consumidor no es un derecho neutro sino que, por el contrario, exige la activa intervención de los poderes públicos para velar por el efectivo cumplimiento de los derechos que les asisten a los sujetos tutelados.

La enorme mayoría de las constituciones iberoamericanas contienen cláusulas que consagran, como derechos fundamentales, a los derechos de los consumidores y usuarios (con la sola excepción de las constituciones de Uruguay y Chile que, sin embargo, cuentan con legislación infraconstitucional en la materia). En términos generales, se considera que los consumidores y usuarios tienen los siguientes derechos sustanciales: *a)* a la protección de su salud, seguridad física e intereses económicos; *b)* a la información veraz, adecuada, transparente y detallada; *c)* a recibir un trato respetuoso, equitativo y digno; *d)* a la libertad de elección; *e)* a la calidad y eficiencia de los servicios públicos; *f)* al acceso a bienes y servicios básicos; *g)* a la educación para el consumo; *h)* a la organización de asociaciones civiles que los agrupen y los defiendan.

Hemos de resaltar que recientemente la Asamblea General de Naciones Unidas² aprobó la revisión y actualización de las Directrices de Naciones Unidas para la protección de los consumidores (originalmente sancionadas en 1985 y ampliadas en 1999 con la incorporación de las cláusulas sobre consumo sustentable). En su nuevo texto -en cuanto a lo que aquí nos interesa – las Directrices reconocen que, el acceso a bienes y servicios esenciales y la protección de los consumidores en situación vulnerable y desventajada, son *necesidades legítimas* de los consumidores. En materia de servicios energéticos específicamente dispone que “los Estados Miembros deben promover el acceso universal a la energía no contaminante y formular, mantener o reforzar políticas nacionales para mejorar el suministro, la distribución y la calidad de energía que sea asequible a los consumidores en función de su situación económica” (§ 76); y, a renglón seguido, exige a los Estados Miembros el deber de promover el acceso universal a los servicios públicos y formular, mantener o reforzar políticas nacionales para mejorar las normas y leyes relativas a la prestación de servicios, la información del consumidor, los depósitos de garantía y el pago por anticipado del servicio, los recargos por demora en el pago, la cesación y el restablecimiento de un servicio, el establecimiento de planes de pago, y la solución de controversias entre los consumidores y los proveedores de servicios públicos, teniendo en cuenta las necesidades de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja (§ 77).

2 Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 22 de diciembre de 2015.

4. La pobreza como consecuencia de la falta de acceso a servicios públicos esenciales

Tal como anticipáramos más arriba, la falta de acceso al agua potable y al saneamiento así como la carencia o insuficiencia de servicios energéticos básicos, son factores que afectan directamente la salud y la calidad de vida de las personas que padecen tales circunstancias. Ello incide, de manera determinante, en los niveles de pobreza de una población.

En ese sentido, las Naciones Unidas al desarrollar los Objetivos de Desarrollo Sostenible -como secuela de los Objetivos del Milenio- presentó una agenda de trabajo y un plan de acción con 17 objetivos centrales (con 169 metas particulares), donde el primero de todos es el de “*poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo*” y tiene como meta principal, en vistas al año 2030, erradicar la pobreza extrema para todas las personas en el mundo. Para cumplir con dicho propósito se prevé, entre otras cuestiones, “garantizar que todos los hombres y mujeres, en particular los pobres y los vulnerables, tengan los mismos derechos a los recursos económicos, así como acceso a los servicios básicos...”. En esa línea, el objetivo N° 6 propone “garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos”, comprometiéndose para 2030 a “lograr el acceso universal y equitativo al agua potable, a un precio asequible para todos” (6.1.); mientras que el objetivo N° 7 procura “garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos” a fin de garantizar, para 2030, “el acceso universal a servicios de energía asequibles, confiables y modernos”.

Por otro lado, desde hace algunas décadas se viene desarrollando el concepto de *pobreza energética*, como una categoría de análisis (con proyecciones normativas), mediante la cual se procura definir la situación que sufren aquellos hogares que se ven obligados a destinar una parte excesiva de sus ingresos familiares para solventar el pago de los servicios energéticos de sus viviendas o que evidencian una manifiesta incapacidad económica para afrontar el pago de los servicios mínimos de energía para satisfacer necesidades domésticas básicas.

Según un estudio publicado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) “La relación entre energía y pobreza es un tema que empieza a tomar importancia a nivel mundial en el campo de la política pública. El reconocimiento del papel que desempeñan los servicios de energía limpios y asequibles para mejorar la calidad de vida y reducir la pobreza de la población, parte del hecho de que la energía está relacionada con prácticamente todas las actividades de la vida cotidiana de las personas”³.

3 R. GARCÍA OCHOA, *Pobreza energética en América Latina*, Santiago de Chile 2014.

Sin embargo, la noción de pobreza energética no tuvo su origen en América Latina sino en un estudio presentado en la Universidad de Oxford por la profesora Brenda Boardman, en 1991, cuya formulación originaria enunciaba que “un hogar se encuentra en situación de pobreza energética si gasta más del 10% de sus ingresos para tener la calefacción adecuada”. Estudios posteriores tanto en el Reino Unido como en otros países europeos (Bélgica, España, Italia) reformularon el concepto para incluir otras demandas energéticas (no sólo la calefacción) y asimismo tener en cuenta el nivel de temperatura adecuada que, en cada caso y según las circunstancias climáticas de cada país o región, requiere una unidad familiar, puesto que las afecciones a la salud son las principales consecuencias que provoca una situación de pobreza energética. En ese sentido, cabe recordar que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que las temperaturas entre 18°C y 24°C pueden ser aceptadas como ‘zona de confort’ en orden a minimizar los riesgos para la salud de las personas.

La Unión Europea ha receptado esta problemática y ha propuesto distintas medidas al respecto. El dictamen sobre “*La pobreza energética en el contexto de la liberalización y de la crisis económica*”, aprobado por el Comité Económico y Social Europeo (CESE) en 2011, sugiere que la pobreza energética “es la dificultad o la incapacidad de mantener la vivienda en unas condiciones adecuadas de temperatura, así como de disponer de otros servicios energéticos esenciales como la iluminación, el transporte o la electricidad para Internet u otros dispositivos a un precio razonable” y entre sus conclusiones afirma que “la lucha contra la pobreza energética es una nueva prioridad social que debe ser abordada a todos los niveles y es importante que la UE establezca directrices comunes para que todos los Estados miembros avancen en la misma dirección para erradicarla”.

En términos generales, son tres los factores que suelen tomarse en cuenta para determinar la existencia de pobreza energética a escala de un hogar: *a)* los ingresos del grupo familiar; *b)* los precios de la energía (principalmente el monto de las tarifas que se debe pagar como contraprestación del servicio que se brinda); *c)* la eficiencia energética de la vivienda, que tiene que ver con las características constructivas de la casa, el tipo de instalaciones y los artefactos que se utilizan para recibir el servicio. Este planteo tridimensional de la cuestión, procura vincular directamente aspectos sociales -como la pobreza y la exclusión social- con problemas ambientales y de política energética -como el precio de la energía doméstica o el nivel de eficiencia energética de una vivienda residencial-. Asimismo, estos factores considerados en su conjunto, proporcionan puntos de partida para la implementación

4 Diario Oficial de la Unión Europea, C 44/53, 11 de febrero de 2011 [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:044:0053:0056:ES:PDF].

de políticas públicas encaminadas a enfrentar el problema de los hogares que están (o pueden caer) en situación de pobreza energética, por ejemplo, para establecer tarifas sociales o tarifas básicas diferenciales, promover el recambio tecnológico de instalaciones o artefactos (bajo consumo) o el reacondicionamiento de las viviendas para hacerlas más ecológicas o energéticamente eficientes y sustentables.

En cualquier caso, lo que nos resulta interesante subrayar es que la problemática que expone la noción de pobreza energética se entronca y se deriva del contenido de los DESC arriba expuestos. Dicho de otro modo, el mantenimiento de situaciones de pobreza energética, sin que se ejecuten políticas públicas que tiendan a disminuirla o evitarla, implica cercenar el goce y ejercicio de ciertos derechos humanos (como el derecho a la salud, a la alimentación o a la vivienda adecuadas) y afecta el cumplimiento del propósito estipulado en el PIDESC en orden a propiciar mejoras continuas (progresivas y no regresivas) en las condiciones de existencia de las personas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en un reciente fallo por el cual anuló los cuadros tarifarios del servicio de gas natural, parece aludir a la idea que subyace a la noción de pobreza energética –aunque sin mencionarla expresamente– como un límite a tener en cuenta para la fijación de aumentos en los precios de las tarifas, de manera que éstas resulten económicamente razonables y soportables para el conjunto de los usuarios, y proporcionalmente adecuadas al contexto social en las que se aplican. Dice la CSJN:

el Estado debe velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico-social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables, y evitando, de esta forma, el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de “confiscatoria”, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar. Por lo demás, no debe obviarse que un cálculo tarifario desmesurado o irrazonable generará altos niveles de incobrabilidad y terminará afectando al mentado financiamiento y, por vía de consecuencia de este círculo vicioso, a la calidad y continuidad del servicio⁵.

5 “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, CSJN, 18/08/2016, considerando 33° [ver fallo completo en sj.csjn.gov.ar/sj/verdoc.do?method=verDocumento].

5. Las defensorías del pueblo y los servicios públicos

Las actuales defensorías del pueblo de Latinoamérica se caracterizan, casi sin excepción, por ser instituciones estatales de garantía, al servicio de los habitantes, cuya misión es la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos fundamentales frente a las arbitrariedades, disfuncionalidades y abusos de la administración. Gozan de autonomía e independencia de los poderes públicos y si bien carecen de poder vinculante en sus pronunciamientos, se las dota de suficientes herramientas para que desarrollen su tarea protectoria en el campo de la persuasión y de la influencia, inclusive, en muchos casos, como vehículo de acceso a la jurisdicción.

Tal como nos enseña el maestro Carlos Constenla “El Defensor del Pueblo puede hacer lo que nadie jurídicamente puede hacer. Controla a la administración, investiga, recomienda, amonesta y propicia reformas legales. Puede así desempeñar una magistratura de opinión y está jurídicamente habilitado para mediar en conflictos entre la sociedad y el gobierno;... es un órgano extrapoder de control de la administración, pero al mismo tiempo es un órgano de protección de derechos que por la autoridad de su prestigio o por la imposición a través de sus herramientas procesales, protege la vigencia e invulnerabilidad de los derechos fundamentales de los habitantes del Estado. Para ello puede impedir, con intervención de la Justicia, la aplicación de una norma o disposición que ataque los derechos de una persona o un colectivo de personas. Y para ejercer esas funciones goza de plena independencia, aún del organismo que lo designa. En esto se resume su naturaleza jurídica. No es un comisionado del parlamento para controlar a la administración; no es un órgano del Poder Judicial para verificar la constitucionalidad de las leyes, es un magistrado que, como decía Rousseau refiriéndose a los tribunos de la plebe, no puede hacer nada pero puede impedirlo todo”⁶.

El ámbito competencial de actuación de las defensorías del pueblo es, centralmente, la administración pública, pues como señala Escobar Roca “contra ella reclaman los ciudadanos y a ella se dirige ante todo la institución controladora, realizando el seguimiento de cada caso concreto y proponiendo si resulta necesario, las medidas a adoptar por el órgano controlado”⁷.

Queda claro que, dentro de ese mandato de actuación, las defensorías del pueblo están habilitadas para intervenir ante los prestadores de servicios pú-

6 C.R. CONSTENLA, *Defensor del Pueblo: La más innovadora institución democrática del constitucionalismo iberoamericano contemporáneo* (Axe XI, Symposium 42): Simposio Jurídico: Un Nuevo Modelo de Constitución para América Latina (Symposium 42). Independencias – Dependencias – Interdependencias, VI Congreso CEISAL 2010, Jun 2010, Toulouse, Francia [halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00498809].

7 G. ESCOBAR ROCA, *Defensorías del pueblo de Iberoamérica*, Madrid 2008, 25.

blicos, ya sea para supervisar la correcta prestación de los servicios públicos y controlar a las empresas prestadoras (públicas o privadas), o bien, para adoptar medidas o acciones en defensa y protección de las personas frente a la vulneración o afectación de los derechos que les asisten como usuarios de servicios públicos.

En un documento publicado por la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO), que reúne las principales opiniones y conclusiones de las defensorías del pueblo que la integran, se señala lo siguiente:

El desarrollo de la persona humana y su dignidad se apoya en la premisa del respeto a los derechos humanos y, en consecuencia, en el adecuado cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). No es posible garantizar los derechos humanos sin garantizar los DESC; para que un hogar tenga una calidad de vida digna, además de una canasta básica de alimentos, es necesaria una canasta de servicios públicos elementales, que se compone por aquellos servicios que son indispensables para conservar, limpiar y cocinar alimentos, calentar el hogar, poder desplazarse hasta el trabajo o el colegio, comunicarse, educarse y mantenerse sano. Es decir, sanidad, educación, transporte público e infraestructuras, medios de comunicación, agua, gas y electricidad. La mayoría de estos derechos se satisfacen mediante el servicio público... el enfoque que se da a la prestación de servicios públicos como satisfacción de derechos estrechamente vinculados con la realización de los derechos humanos obliga a estos servicios a cumplir ciertos estándares mínimos, así como autoriza a las Defensorías del pueblo a supervisar estos servicios⁸.

Según apunta Constenla, los principales problemas que plantea la prestación de los servicios públicos son los de accesibilidad, tarifas y calidad de la prestación. La intervención del defensor del pueblo en sus distintas escalas en la América Latina, ha sido determinante para impedir abusos y arbitrariedades y el de los servicios públicos se ha convertido, en algunos países, en uno de los tópicos en los que más reclamos se reciben.⁹

Conforme lo hasta aquí señalado, las defensorías del pueblo se presentan como instituciones aptas para recibir las quejas, consultas e inquietudes de los habitantes (en forma individual o colectiva) referida a cualquier anomalía o irregularidad en la prestación de los servicios públicos, sin perjuicio de la facultad propia de actuar de oficio. Luego, se les dará curso a los reclamos, intercediendo directamente ante el prestador o solicitando la inter-

8 M. GUEDAN, M. IRAIZOZ (eds.), *Las Defensorías del Pueblo y los Servicios Públicos en Iberoamérica*, Madrid 2006, Programa Regional de Apoyo a Las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica (PRADPI) – Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE).

9 C.R. CONSTENLA, *Teoría y Práctica del Defensor del Pueblo*, Madrid 2001, 290.

vinción del ente regulador o de la autoridad de aplicación correspondiente, procurando siempre buscar la solución efectiva al problema planteado. En su caso, evaluará emitir las recomendaciones pertinentes o llevar el caso a los estrados judiciales (sobre todo para aquellas defensorías que tienen expresamente reconocida la legitimación procesal activa), lo que supone una de las expresiones más acabadas del ejercicio del poder negativo que se les atribuye.

Empero, sin perjuicio de tales acciones, entendemos que las defensorías también pueden desarrollar un plan de acción -en defensa de los derechos que se encuentran involucrados- dirigido a influir en las políticas públicas o en los organismos gubernamentales decisores. A nuestro juicio, una agenda defensorial mínima debe incluir -sin ninguna pretensión de exhaustividad- las siguientes acciones:

- a) velar por la aplicación de tarifas asequibles, esto es para que el precio de los servicios públicos esenciales (traducidos en las tarifas que pagan los usuarios) sean razonables, proporcionales y adecuados al contexto socio-económico en el que se aplican, en aras a cumplir con el acceso al servicio y a la universalización de la prestación;
- b) promover la creación o, en su caso, la ampliación de tarifas sociales diferenciales, con criterio amplio e inclusivo, que tenga en miras el problema de la pobreza energética, y que permita a las personas, familias o sectores de mayor vulnerabilidad socio económica acceder a los servicios públicos esenciales;
- c) proponer medidas legislativas o reglamentarias que, bajo el reconocimiento del derecho humano al agua, impidan el corte total de suministro a quienes no puedan pagarlo;
- d) implementar mecanismos ágiles y eficaces para compensar o reparar los daños causados a los usuarios por cortes masivos o prolongados en el suministro de los servicios esenciales;
- e) monitorear las políticas públicas destinadas a mejorar las prestaciones y/o a ejecutar las inversiones en obras de infraestructura para expandir los servicios públicos, en particular, el abastecimiento de agua potable y las construcciones de redes cloacales;
- f) propiciar la reconversión de las fuentes de generación energética, atento los nuevos desafíos que impone la agenda ambiental frente al cambio climático;
- g) organizar campañas educativas y de concientización respecto del uso responsable de los recursos naturales y la necesidad de ahorro energético;
- h) buscar alianzas estratégicas con las asociaciones de la sociedad civil dedicadas a la defensa de los usuarios.

En suma, con sus singulares características y sus peculiares herramientas, las defensorías del pueblo están llamadas a cumplir un rol relevante en el control de los servicios públicos esenciales -sobre todo, en aquellos países donde los gobiernos todavía adeudan la prestación de servicios públicos de calidad, eficientes y suficientemente extendidos a toda la comunidad- poniendo particular acento en la defensa y protección de los derechos de las personas, en clave de derechos humanos, pues esa es en definitiva la principal razón de su existencia.

RICARDO ARIEL RIVA

Defensor del Pueblo de la Ciudad de Neuquén

El tribuno de la plebe y nuestras defensorías del pueblo

Estas jornadas tienen como objetivo encontrar el paralelismo entre el defensor del pueblo y el tribuno de la plebe. En las exposiciones que me precedieron escuché a los profesores calificar de subversivo el hecho histórico donde la plebe de la naciente República romana decide abandonar los límites de Roma por considerar que la clase dirigente (senadores, cónsules y patricios) habían incumplido sus promesas de que la República sería para todos.

Sin embargo creo que esa mirada es errónea. El Pueblo vio el incumplimiento de sus dirigentes y por lo tanto exigió que se institucionalice una figura que los representara puesto que sus dirigentes habían declinado esa función. Y es por ello que considero que el verdadero reconocimiento no se lo debemos hacer a la institución creada como consecuencia del hecho histórico donde la plebe abandona la ciudad. El punto a destacar es que nuestra mirada debe estar puesta en esa extraordinaria parte del pueblo –la plebe– que fue capaz de enfrentar al poder político de ese momento.

A ese hecho los profesores universitarios lo catalogaron de subversivo.

Sin embargo, no debemos de perder de vista que las leyes son buenas siempre que se respete su espíritu por quienes juraron o prometieron cumplirlas. Y que por lo tanto ese Pueblo no estaba obligado a cumplirlas si primero no lo hacían los que gobernaban. Considero que ese momento ocurrido en los inicios de la Roma Republicana es un momento clave como aquellos que se han dado en la historia de la humanidad, donde el pueblo reacciona frente a los abusos del poder.

Y estos hechos fundantes han ocurrido antes y después de sucedido en Roma, en los inicios de la República. La lucha por la libertad es la lucha de la humanidad que todavía hoy continúa.

Para poder comprender nuestro rol como defensores del pueblo no debemos solamente detenernos en figuras institucionales creadas con anterioridad, sino abreviar en las necesidades permanentes del pueblo. Esto significa lograr una calidad de vida dentro de una sociedad que le permita ser visto, comprendido, escuchado, respetado y donde los derechos declarados o reconocidos tengan una plena vigencia al momento de querer ejercerlos.

A lo largo de la historia quienes ejercen el poder lo han hecho desde un lugar de apropiación -legitimado o no- donde consideran que haber logrado ese espacio les permite actuar sin dar explicaciones u oportunidades a los que no piensan igual. Deviene entonces el trato inhumano y la consideración que sólo las decisiones de los gobernantes son las que cuentan, sin importar la mirada del otro ni sus diferencias.

Muchos no respetan la multiplicidad de voces.

En nuestra tarea diaria observamos una gran insensibilidad en muchos funcionarios. Y esto tiene su fundamento en la insensibilidad humana a las necesidades de otros que están distantes, lejos. Resultaría raro permitir que un niño se ahogara frente a nuestros ojos, dado que la reacción espontánea sería acudir en su ayuda. Sin embargo, permitimos que millones de niños en el mundo se mueran por desnutrición y enfermedades evitables sin escandalizarnos.

Evolucionamos en un entorno en el que se puede ayudar a la gente cercana desesperada, pero no a extraños distantes. Somos sensibles a eventos inmorales únicamente cuando somos testigos directos, o, al menos, de manera indirecta a través de fotografías o imágenes de televisión. La evolución entonces, puede haber dado sensibilidad automática para eventos próximos pero no para sucesos lejanos.

Una de las tareas del Defensor del Pueblo es visibilizar las condiciones injustas en las que están amplios sectores de nuestra comunidad, que los gobernantes no ven y en muchos casos no quieren ver.

Nosotros, en la ciudad de Neuquén teníamos una realidad compleja donde los habitantes hacían piquetes y tomas de edificios públicos con el fin de visibilizar la falta de respuesta al reclamo de sus derechos.

La Defensoría de a poco se fue instalando como espacio de visibilización e institucionalización del diálogo y de gestión de conflictos. El objetivo del diálogo democrático no es dialogar en el sentido de intercambiar información, sino hacer transformaciones a través del diálogo. En sociedades caracterizadas por redes complejas de intereses en conflicto, el desafío no está en evitar los problemas, sino en transformarlo, fortaleciendo las estructuras sociales legítimas y evitando la violencia.

El diálogo democrático permite abordar dicho desafío cuando se aplica como herramienta de cambio y de formación de consensos básicos, que ha-

cen posible el equilibrio de poderes en la sociedad. De tal modo, se abren nuevos canales de acceso y de participación a la ciudadanía. Durante el proceso de diálogo trabajamos para lograr un entendimiento sistémico de la problemática y a la vez fortalecer las relaciones entre todos los actores involucrados; esto permite identificar acciones transformadoras del sistema en cuestión”.

Y el Defensor del Pueblo, como antes fue el Tribuno de la Plebe, es la institucionalización del diálogo social.

En definitiva, no podemos dejar de tener en cuenta que el Pueblo reclama que se respete su dignidad. Que no se avance sobre su libertad. Y las instituciones creadas para ello no deben perder de vista este objetivo.

La creación de todos estos frenos frente al poder son valiosos, no obstante lo cual, siempre van a depender de las personas que los ocupen. Y no olvidemos la esencia de nuestro rol, que surge de la necesidad de respeto a la dignidad de cada uno de los habitantes de nuestra ciudad. No olvidemos el mandato de los plebeyos de aquella Roma.

Podemos decir que todas las instituciones se crean con fines nobles, pero siempre necesitan de hombres bien intencionados para llevar adelante sus objetivos.

Si el defensor del pueblo no cumple su rol con integridad y compromiso asumido frente a las necesidades del Pueblo, la decepción se instalará.

Esta lucha permanente la podemos ver a través de toda la historia de la humanidad. Pero me parece muy ilustrativa la vigencia que tienen todavía las palabras de Mariano Moreno en el Prólogo a la traducción de *El contrato social*: “Los deseos más fervorosos se desvanecen, si una mano maestra no va progresivamente encadenando los sucesos, y preparando, por la particular reforma de cada ramo, la consolidación de un bien general, que haga palpables a cada ciudadano las ventajas de la constitución y los intereses en su defensa como en la de un bien propio y personal. En vano sus intenciones serán rectas, en vano harán grandes esfuerzos por el bien público, en vano provocarán congresos, promoverán arreglos y atacarán las reliquias del despotismo; *si los pueblos no se ilustran, si no se vulgarizan sus derechos, si cada hombre no conoce lo que vale, lo que puede y lo que se le debe, nuevas ilusiones sucederán a las antiguas, y después de vacilar algún tiempo entre mil incertidumbres, será tal vez nuestra suerte mudar de tiranos, sin destruir la tiranía*”.

Desde el primer día hemos trabajado en la Defensoría el objetivo de instalar como política pública en la comunidad educativa en todos los niveles (inicial, primaria, secundaria, terciaria y universitaria); en sindicatos; organizaciones sociales; municipalidades, la necesidad de generar espacios de diálogo donde se aprehendan los valores de los Derechos Humanos:

1. trato humano a todos los seres humanos;
2. generación de oportunidades para todos;
3. respeto por la Multiplicidad de Voces.

Lo hacemos a través de la capacitación en Mediación. Y por qué la Mediación?, por ser una valiosa herramienta que permite visibilizar los valores mencionados. En una mesa de mediación, bien trabajada, las personas en conflicto pueden recapacitar sobre la visión que están teniendo del otro. Cuando un ser humano está en conflicto con otro, a este lo ve como un objeto y no como un sujeto del conflicto. Por eso, la estrategia de estar frente a ese otro ser humano le permite volver a dimensionarlo en toda su humanidad. El otro está frente a mí.

Además, ambos se dan una oportunidad de escucharse, comprenderse, perdonarse, de revincularse y pueden valorar que su verdad es parte de la verdad, pero no toda la verdad. Frente al otro confronto mi verdad con su verdad y entre ambos construiremos una verdad que nos satisfaga. Y de esa manera instalo la importancia de la multiplicidad de voces.

“El diálogo permite poner en consideración las convicciones individuales, de las propias circunstancias y de las representaciones que tiene la sociedad. No lo olvidemos: la diferencia también es virtud”. Por eso, desde nuestra tarea siempre propiciamos el diálogo y hemos mediado en muchos conflictos.

Y en la mayoría de las situaciones las autoridades involucradas con los sectores de la sociedad, lograron encontrar una solución a sus conflictos.

Los conceptos vertidos hasta aquí sobre los Derechos Humanos están íntimamente ligados a: Acceso a la justicia; Participación; Políticas públicas educativas y Necesidad de bajar la violencia en las relaciones, entre otros.

En esta propuesta, debemos alejarnos de aquellos que propugnan el pensamiento único como forma de construcción social. Por el contrario, se hace necesario defender la multiplicidad de voces y en definitiva el diálogo como base de la conformación de la convivencia humana social.

Es evidente, que a pesar de todas las construcciones jurídicas y políticas que se han hecho a través de la historia de la humanidad la lucha del Pueblo continúa. Los excesos del poder siempre aparecen, se trate de un cargo máximo nivel nacional como una pequeña oficina donde se atiende al público. Por supuesto, que mayor magnitud y efectos tendrán según los sujetos que abarque, pero en cada situación que se produzca siempre nos encontraremos ante una afrenta a un ser humano.

Lamentablemente, muchas veces los caminos de diálogo generados desde la Defensoría para sentar, de igual a igual, pueblo y funcionarios, no fue posible. Cuando no se logró nos vimos obligados a recurrir al poder judicial y quedó claro entonces que a aquellos habitantes a los que se tildó de ilegales

no se le respetaban sus derechos.

La ilegalidad no era la del pueblo sino de quienes juraron cumplir la Constitución y las normas dictadas en su consecuencia (recuerdan el relato de los plebeyos de la Roma Republicana?).

En definitiva, lo que no podemos dejar de tener en cuenta que es el Pueblo quien reclama permanente que se respete su dignidad. Que no se avance sobre su libertad. Y las instituciones creadas para ello no deben perder de vista este objetivo.

Como parte de este trabajo presento un video donde se muestra la actitud confrontativa del intendente de mi ciudad frente a la tarea de la Defensoría del Pueblo.

Reacciona con malestar frente a nuestra defensa de derechos y de visibilización de situaciones minimizándolas.

Por eso lo que el Defensor no puede perder de vista es cuando ese Pueblo puede ser dañado, ha sido dañado o no ha sido tomado en cuenta.

www.youtube.com/watch?v=WWHPD_6rA1M&index=53&list=UU4c5A-K8FlwfEdAHj4HhM-gw

Estos argumentos de defensa de Derechos Humanos son la base y fundamento del accionar de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Neuquén.

IV

Un difensore civico per la Repubblica Italiana

ANTONIO CAPUTO

già Presidente del Coordinamento italiano dei Difensori civici regionali e delle Province autonome

Defensor del Pueblo (Difensore Civico), potere negativo e principio della separazione dei poteri.

Spunti per una teoria generale della difesa civica.

Per un “potere negativo” a garanzia dei diritti

1. Introduzione. – 2. “Potere negativo”: Rousseau e la dottrina romanistica. – 3. Potere negativo e Difensore civico. – 4. Quale potere negativo? – 5. Il modello romanistico e la garanzia costituzionale dei diritti. – 6. “Legge” della Città-Costituzione-Sovranità popolare. – 7. Le garanzie dei “diritti”. – 8. Per una teorizzazione delle tecniche (*modus operandi*) del *Defensor del Pueblo*-Difensore Civico. – 8.1. *Funzione legislativa sostanziale dell’attività*. – 9. Per un modello di *Defensor del pueblo*-Difensore Civico: parametri necessari.

1. Introduzione

Viviamo tempi difficili, caratterizzati da crescente disagio economico-sociale che coinvolge centinaia di milioni di persone nel mondo e da una grave crisi della rappresentanza politica e della stessa fiducia dei cittadini nelle Istituzioni, e nazionali e transnazionali.

Tutto ciò ci porta ad interrogarci drammaticamente sulla qualità delle Istituzioni e sulla capacità delle stesse di dare voce alle istanze e ai bisogni delle persone secondo un metodo democratico che garantisca partecipazione ed effettività nel riconoscimento di diritti fondamentali universali.

Questo Convegno è uno stimolo di riflessione e ad un tempo un invito all’azione.

Citando Catalano,

In realtà, l'elaborazione di nuovi strumenti giuridici e l'adattamento di antichi e nuovi strumenti storiografici costituiscono un lavoro unico per lo studioso delle istituzioni umane¹.

La crisi dello Stato-nazione nell'era della globalizzazione e della finanziarizzazione dell'economia mondiale si è accompagnata sempre più, nell'ultimo quindicennio, alla crisi di sistema del principio di rappresentanza all'interno del modello parlamentare assembleare, anche in ambito sovranazionale, come nel caso del Parlamento europeo.

La ricerca di un diverso equilibrio tra particolare e universale, tra sovranità popolare e assemblee elettive, evolve tra diverse ed opposte spinte.

Epifenomeni di disagio e difficoltà, come la crescente disaffezione per il momento elettorale (spesso vissuto come “rito inutile”), lobbysmi, corporativismi, clientelismi, spinte individualistiche, rischiano di disgregare il corpo sociale e le Istituzioni, perturbando, al limite dell'implosione, il rapporto tra Governanti e Governati.

La frattura tra il corpo civile e sociale e le Istituzioni rende necessaria per la stessa vitalità della democrazia, la ricerca di nuovi equilibri istituzionali.

E in tale ottica acquista luce la figura del *Defensor del Pueblo*.

2. “Potere negativo”: Rousseau e la dottrina romanistica

Per quanto riguarda il “potere negativo” e il suo sviluppo teorico è utile ricordare la sistematizzazione di Fichte, che, nonostante alcune differenze tra il suo pensiero politico e quello di Rousseau², presenta, in modo preciso, l'idea del potere negativo attraverso l'*Ephorat* (traduzione del *Tribunat* di Rousseau). Nel sistema costituzionale di Fichte³ l'*Ephorat* è legato all'idea del *pactum societatis* e al concetto di popolo – *universi populi* – come fonte unica e continua del diritto – *iussum populi* –. In Fichte l'*Ephorat/Tribunat*

1 P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971, XXXVI.

2 Come segnala Catalano, vi sono differenze tra il pensiero di Rousseau e quello di Fichte sul tribunato, in particolare con riguardo al potere necessariamente permanente degli *Ephoren*, il cui esercizio è disegnato in forma restrittiva (P. CATALANO, *Tribunato cit.*, 92).

3 Per Catalano l'uso della parola “*Ephorat*” in luogo di “tribunato” indica il legame di Fichte con la dottrina pre-rousseauiana di Calvino e Althusius (P. CATALANO, *Tribunato cit.*, 99 ss.). Cfr. G. LOBRANO, *Res publica res populi: la legge e la limitazione del potere*, Torino 1996, 315 e 312 nt. 56.

è concepito come strumento di controllo del potere, come alternativa alla separazione dei poteri. È la gente/comunità che nomina gli *Ephoren sacrosancti*, che, nonostante non abbiano alcun potere esecutivo, hanno un potere negativo assoluto, vale a dire il potere di paralizzare completamente il governo.

In Rousseau il *Tribunat* è il termine intermedio tra il popolo e il governo. In Fichte, all'*Ephorat* viene affidata la sorte del popolo sovrano, proprietario e titolare del potere di vigilanza e controllo contro l'abuso del potere esecutivo, nel quale Fichte include il potere giudiziario⁴.

Oltre all'*Ephorat* anche il popolo conserva il diritto di resistenza e, nel caso in cui gli *Ephoren* si alleino con il potere esecutivo per opprimere il popolo, Fichte ammette il diritto del popolo alla ribellione e alla resistenza contro l'oppressione.

Fichte superò l'insufficiente elaborazione teorica di Rousseau, corresse l'ambiguità terminologica del ginevrino, il quale utilizza l'espressione "droit négatif" a volte per indicare il potere di veto del governo a volte quello del popolo, e specificò l'espressione "pouvoir négatif" in relazione al Tribunato.

In *Römische Geschichte*, opera pubblicata nel 1854, Theodor Mommsen (sistematizzatore del diritto pubblico romano, in particolare del tribunato) interpreta il potere tribunizio secondo la prospettiva rousseauiana-fichtiana: "il potere dei consoli è essenzialmente positivo, il potere dei tribuni è essenzialmente negativo [...]"⁵. Tuttavia, nel libro *Römisches Staatsrecht*, pubblicato nel 1871, Mommsen cambia idea circa il tribunato: il potere tribunizio, considerato in precedenza un potere "essenzialmente negativo", diventa una delle funzioni positive dei magistrati in generale. Pertanto, Mommsen elimina, allo stesso tempo, il "potere negativo" fichtiano, il *Tribunat* rousseauiano e la "faculté d'empêcher" di Montesquieu⁶. Nonostante ciò, è stato attraverso Mommsen che la descrizione del potere tribunizio come espressione del "potere negativo" è entrata nella storia del diritto romano⁷.

L'interpretazione liberal-individualistica fatta da Mommsen – sotto l'influenza di Constant, mediata da Hegel – del Diritto Pubblico Romano ebbe un grande impatto sulla dottrina romanista e fu determinante per cancellare dalla memoria storica le istituzioni pubbliche romane, quindi le teorie di Rousseau e dei giacobini.

4 G. LOBRANO, *Res publica cit.*

5 Th. MOMMSEN, *Storia di Roma antica* (trad. it. da *Römische Geschichte*, vol. I, Leipzig 1854), a cura di D. Baccini, G. Burgisser e G. Cacciapaglia, vol. I⁴, Firenze 1967, 342. Cfr. G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano 1983, 341 e nt. 121.

6 G. LOBRANO, *Res publica cit.*, 342-343.

7 G. LOBRANO, *Il potere cit.*

Tutta questa elaborazione teorica si unisce nel XX secolo a quella di Pietro Bonfante che distingueva nella sovranità popolare un “lato negativo” e un “lato positivo”, reintroducendo, così, la contrapposizione tra “potere positivo” e “potere negativo” stabilita da Fichte. Secondo Bonfante, il “lato negativo” della sovranità si sviluppa con logica naturale nel potere negativo dei tribuni, del quale la *intercessio* è strumento ed espressione:

[...] il lato positivo della sovranità sfugge completamente ai tribuni [...] Il lato negativo, invece, essenziale alle loro funzioni, è esaltato, e sovrasta, come la forza degli Efori a Sparta, alla sovranità stessa del magistrato supremo [...] Strumento ed espressione di questo potere negativo è la *intercessio* [...]⁸.

Fu attraverso Bonfante che la categoria del “potere negativo” entrò di nuovo a far parte della dottrina romanistica contemporanea.

Il “potere negativo”, come aspetto “negativo” della sovranità popolare, è il potere del popolo che il popolo esercita direttamente nella secessione e nello sciopero e, indirettamente, attraverso le istituzioni genericamente chiamate “tribunato” (*tribuni plebis*, *tribunal d'éphores*, *gran jury nacional*, etc.). In questo senso, si può parlare di “potere negativo diretto” e “potere negativo indiretto”⁹.

La prima riflessione sullo sciopero generale è presente nel pensiero di Gracchus Babeuf, descritto da Robert Rose come “il primo comunista rivoluzionario”/“the first revolutionary communist”¹⁰. Babeuf propose l’istituzione di un tribunato, ossia di un “potere negativo indiretto”, che chiamò dei *curateurs de la liberté*, e vincolò allo sciopero generale, il “potere negativo diretto”, le secessioni della plebe di Roma: “Que le Mont Sacré ou la Vandée plébéienne se forme sur un seul point ou dans chacun des 86 départements”¹¹.

Secondo Catalano, l’articolo 40 della Costituzione italiana – “Il diritto di sciopero si esercita nell’ambito delle leggi che lo regolano” – in relazione con l’articolo 1 – “L’Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione” – sancisce il diritto di sciopero come un aspetto “negativo” della sovranità del popolo. Catalano afferma che la qualificazione del

8 P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, vol. I, Milano 1934, 115.

9 P. BONFANTE, *Storia cit.*, 115.

10 Su Babeuf, si veda R.B. ROSE, *Gracchus Babeuf: The First Revolutionary Communist*, Stanford 1978, in particolare i capitoli: *The party of the Plebeians* (171-184), *Communism* (185-204) e *The people’s tribune* (205-225).

11 G. BABEUF, *Le Correspondant Picard*, novembre 1790; *Manifeste des plébéiens*, in *Le Tribun du peuple* 35, novembre 1795. Cfr. P. CATALANO, *Tribunato cit.*, 21.

diritto di sciopero come un diritto di libertà si è verificata durante i lavori preparatori della Costituzione. Venne considerato un diritto fondamentale dai democristiani, socialisti e comunisti, un diritto sacrosanto da Umberto Merlin, un diritto naturale da Pietro Mancini e un diritto della personalità umana da Giuseppe Di Vittorio¹².

Riconoscendo il diritto di sciopero, la Costituzione italiana concesse ai cittadini-lavoratori un potere “que ne pouvant rien faire il peut tout empêcher”. Per mezzo dell’astensione dal lavoro i lavoratori possono esercitare in forma diretta ed efficace la sovranità nel suo aspetto negativo¹³.

Negli anni Cinquanta del Novecento Giuseppe Grosso, mio professore presso l’Università di Torino, Presidente della Provincia, Preside della Facoltà di Diritto dove insegnava Bobbio, e più tardi sindaco di Torino, parlò in difesa della legittimità dello sciopero politico commentando l’art. 40 della Costituzione italiana. Grosso stabilì un legame tra il potere di dissuasione dei tribuni e le secessioni della plebe (potere esterno alla struttura del governo ed esercitato in contrapposizione ai poteri del governo)¹⁴, lo sciopero e l’organizzazione sindacale:

Il potere sindacale, coll’arma dello sciopero, è entrato nella struttura della società e dello Stato moderno come il potere tribunizio nella *civitas romana*, [...] questo mezzo potrebbe piuttosto essere paragonato alle secessioni che non all’*intercessio* per la sua diretta funzione paralizzatrice¹⁵.

Significativa è la posizione di Giorgio La Pira, membro dell’Assemblea Costituente della Repubblica Italiana e per diversi anni sindaco di Firenze, con riguardo al “potere negativo” e al diritto di sciopero. In alcune lettere dirette a Catalano (20 giugno, 15 settembre), nel 1970, durante il seminario di Sassari, La Pira scrisse:

[Il potere negativo] è la comparsa così caratteristica di un diritto costituzionale

12 P. CATALANO, *Diritti di libertà e potere negativo (note per l’interpretazione dell’art. 40 Cost. Nella prospettiva storica)*, estr. da *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova 1969 (= vol. III, Padova 1973; in *Archivio giuridico “F. Serafini”* 182, 1972).

13 P. CATALANO, *Sistema jurídico latino-americano*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. LXIX, São Paulo 1982, 151.

14 Secondo Antonio Guarino la *secessio plebis* del 494 a.C. può considerarsi il primo sciopero della storia e Menenio Agrippa Lanato, il console (440 a.C.) che convinse la plebe a dialogare con i patrizi, un lontano precursore del diritto del lavoro (A. GUARINO, *Menenio Agrippa*, in *Il Mattino*, 302, XI 1995, 3; cfr. G. LOBRANO, *Il potere cit.*, 200 nt. 150).

15 G. GROSSO, *Il diritto di sciopero e l’intercessio dei tribuni della plebe*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1952-1953, 89.

visto “diversamente”: l’altro lato della Costituzione; [...] il fine politico è il fine ultimo, inevitabile di ogni fine intermediario (economico, di protesta, etc.): ogni sciopero è, in ultima analisi, un (grande) atto politico (di pressione politica): tende alla trasformazione della società e della civiltà che mostrano carenze; è “*iuris civilis corrigendi gratia*”¹⁶.

Il potere negativo, compreso quello che si esercita in maniera diretta nello sciopero generale, non deve essere confuso con la resistenza popolare, che è un’altra forma di esercizio della sovranità popolare.

Mortati definisce la resistenza popolare come “Movimenti provenienti dalle forze politiche per sostenere la costituzione materiale contro i tentativi di sovversione realizzati da parte di coloro che, dopo aver preso il potere, si rivolgono contro il regime”¹⁷. Da questo punto di vista, la resistenza popolare può essere vista come una forma di garanzia costituzionale non giurisdizionale.

Secondo il parere di Catalano, la confusione tra i due concetti si tradurrebbe nella riduzione del potere popolare: il potere negativo invece di essere riconosciuto come un aspetto del potere politico dei cittadini, soprattutto i cittadini lavoratori, verrebbe riconosciuto solo in caso di violazione della Costituzione¹⁸.

Secondo Catalano, il potere tribunitio di Rousseau e il diritto di sciopero inteso come potere negativo superano la distinzione tra il potere di controllo costituzionale e il potere politico; possono funzionare sia con funzione di garanzia costituzionale che di lotta politica¹⁹.

Lo sviluppo teorico del concetto di “potere negativo”, che inizia con Machiavelli e Rousseau e continua con Fichte, Bonfante e Grosso, si perfeziona e completa con Catalano. Gli studi di Catalano mostrano la necessità di riutilizzo e aggiornamento di concetti dimenticati dalla tradizione del pensiero democratico, soprattutto quello di “potere negativo” e quelli legati alla “sovranità negativa” dei cittadini, in modo che si possano trovare nuove forme di potere dei cittadini nei confronti dello Stato, delle entità pubbliche e delle grandi imprese.

Oltrepassando il principio della tripartizione dei poteri di Montesquieu e travalicando i suoi limiti al fine di assicurare equilibrio nella distribuzione del potere, dando forza al principio di sovranità popolare col dare forza ed

16 P. CATALANO, *Sovranità della multitudo e potere negativo: un aggiornamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, Torino 2005, 650.

17 P. CATALANO, *Sistema cit.*, 157.

18 P. CATALANO, *Sovranità cit.*

19 P. CATALANO, *ibid.*

effettività ai diritti dei cittadini e della persona.

3. Potere negativo e Difensore civico

Personaggio “in cerca d’autore”, antidoto e umano calmieratore della “mala” amministrazione, il *Defensor del Pueblo*, erede del *Tribunus plebis*, è Magistrato di interdizione e sollecitazione.

“Potere negativo”, assertore di legalità sostanziale in prevalente ottica di prevenzione, egli concentra i suoi interventi sulla persona e la priorità dei suoi bisogni vitali.

Capace di avvicinare le Istituzioni ai cittadini con il metodo dell’ascolto e del confronto pubblico e il fine della partecipazione inclusiva che rinnovi le motivazioni di un “contratto sociale” inadempito: per una *res publica* in grado di divenire *res populi*.

Per superare, nel tempo della globalizzazione e del predominio della finanza mondiale, e porre un freno, con uno “sguardo dal basso”, quale “nuova” Istituzione richiesta dalla crisi del principio di rappresentanza e dello Stato nazione, e per altro verso dal bisogno dei cittadini di partecipare alla vicenda pubblica, visioni e interessi di parte, opacità, clientele, partitocrazie senza partiti, burocrazie farraginose dentro cui più facilmente si muovono affaristi e faccendieri.

Per dare possibili contenuti alla sovranità popolare e al “bene comune”.

Evitando l’insidia letale della retorica di diritti declamati sulla carta e inattuati.

Denunciando e opponendosi per impedire il sopruso, l’ingiustizia, l’abuso, la violazione di diritti fondamentali della persona.

La Difesa civica istituzionale pertiene all’area di rilievo intrinsecamente costituzionale della protezione dei diritti fondamentali della persona, oltre che di diritti soggettivi e interessi diffusi.

Per sua natura “Istituzione dei diritti umani”, proclamata, teorizzata e raccomandata, a partire dal 1993, dalle Nazioni Unite e, per quanto riguarda i Paesi europei, dal Consiglio d’Europa, dall’Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa e dall’Unione Europea, il Difensore civico è il “*Defensor civitatis*”, nel senso che è deputato istituzionalmente a promuovere e proteggere, per via stragiudiziale, i diritti di tutti coloro che risiedono in un determinato territorio, particolarmente per quanto concerne i loro rapporti con le Pubbliche Amministrazioni.

Egli è assertore di legalità sostanziale, garante del diritto ad una buona amministrazione e agisce, diversamente dalla Magistratura, *ante factum*, cioè in prevalente ottica di prevenzione, avendo come costante riferimento

la centralità della persona umana, quindi delle priorità dei suoi bisogni vitali, siano questi formalizzati in diritti fondamentali, oppure in diritti soggettivi, oppure in interessi legittimi o in interessi diffusi o anche disconosciuti.

La *ratio* fondante della Difesa civica, prima ancora che in termini di antidoto alla mala-amministrazione, si spiega in termini di “calmieramento umano” della macchina, sempre più complessa, delle Amministrazioni e di confronto permanente con le Istituzioni tutte.

La funzione del Difensore civico è essenzialmente *ad adiuvandum* sia i cittadini sia le Pubbliche Amministrazioni, e le stesse Istituzioni politiche, non già rivolta a sanzionare gli uni e le altre.

La garanzia che esso fornisce, quale “Magistrato di coscienza”, calmieratore etico dei comportamenti sia pubblici sia civili, è di natura squisitamente educativa, di facilitatore di buon governo, espressione di un potere negativo sia diretto sia indiretto, che, parafrasando Jean Jacques Rousseau, “ne pouvant rien faire peut tout empêcher”.

In altre parole, la missione del *Defensor del Pueblo*-Difensore civico è di favorire un’Amministrazione educata, quale elemento essenziale di buon governo (*good governance*), nel senso di incentivarne la trasparenza, la tempestività di azione, lo spirito di servizio, l’equità, la concreta aderenza ai bisogni reali, e la messa in opera di buone pratiche nel segno della legalità, non solo formale.

4. Quale potere negativo?

La precisazione del concetto di “potere negativo” prende le mosse da quello che J.J. Rousseau, nel libro IV, capitolo V, del *Contrat social*, chiama “Tribunat”.

Le Tribunat n’est point une partie constitutive de la Cité, et ne doit avoir aucune portion de puissance législative ni de l’exécutive, mais c’est en cela même que la sienne est plus grande: car ne pouvant rien faire il peut tout empêcher. Il est plus sacré et plus révééré comme défenseur des loix, que le Prince qui les exécute et que le Souverain qui les donne. Ce qu’on vit bien clairement à Rome, quand ces fiers Patriciens, qui mépriserent toujours le peuple entier, furent forcés de fléchir devant un simple officer du peuple, qui n’avoit ni auspices ni jurisdiction²⁰.

È l’espressione di ciò che caratterizza il “potere negativo”.

Il “Tribunat”, secondo Rousseau, è sempre difensore della volontà dell’in-

20 J.J. ROUSSEAU, *Oeuvres complètes*, Paris 1964.

sieme dei cittadini sovrani (“*défenseur des loix*”) anche quando faccia “*de moyen terme*” tra “*Prince et peuple*”²¹.

Il “*Tribunat*” non ha peraltro alcuna funzione di “controllo” di costituzionalità ovvero giurisdizionale.

È un’istituzione “negativa”, ovvero interdittiva e impeditiva “in quanto la volontà generale non è la negazione bensì la risultante delle volontà e degli interessi particolari”²². Al riguardo, Costantino Mortati, grande giurista italiano del secolo scorso, padre della Costituzione italiana del 1948, acutamente osservò: “Nell’ordinamento dell’antica Roma si assicurava insieme l’unicità della direzione politica e il controllo sugli organi titolari di questa, con il prevedere speciali organi dotati soltanto di poteri negativi, esercitati dai Tribuni della plebe, in un significato non sostanzialmente dissimile dai poteri negativi che caratterizzano i rapporti tra legislativo ed esecutivo nell’ordinamento costituzionale nordamericano”²³.

L’istituzione negativa (“impeditiva”) del *Tribunat*, nel sistema rousseauiano, quale risultante delle volontà e degli interessi particolari²⁴, si colloca in una prospettiva “individualistica”, sia pure diversa dall’individualismo liberale.

A differenza della concezione individualistica liberale dei diritti di libertà, intesi come “non impedimento”, “libertà negativa”, la quale implica che la libertà politica non sia altro che la necessaria garanzia della libertà individuale (che sarebbe la “vera libertà moderna”), nell’impostazione rousseauiana rileva l’elemento della partecipazione al potere dello Stato: ciò che, secondo Hans Kelsen, “segna la separazione della democrazia dal liberalismo”²⁵.

Il capitolo V del libro IV del *Contrat social* può essere come punto di partenza di un aspetto del filone di pensiero contemporaneo democratico e dell’azione per nuove istituzioni che ne deriva²⁶.

Tra queste “nuove” istituzioni, da intendersi come espressione e strumenti della sovranità popolare, si affaccia il modello contemporaneo del *Defensor del Pueblo*-Difensore Civico.

La crisi dello Stato-nazione nell’era della globalizzazione e della finanziarizzazione dell’economia mondiale si è accompagnata sempre più,

21 P. CATALANO, *Diritti cit.*, 56 ss.

22 P. CATALANO, *Diritti cit.*, 59.

23 C. MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato (a.a. 1958-1959)*, Roma 1959, 100.

24 P. CATALANO, *Diritti cit.*, 59.

25 H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tubingen 1929.

26 P. CATALANO, *Diritti cit.*, 59.

nell'ultimo decennio, alla crisi sistemica del principio di rappresentanza all'interno del modello parlamentare e delle assemblee elettive anche in ambito sopranazionale.

La ricerca di un diverso punto di equilibrio tra sovranità popolare e assemblee elettive evolve drammaticamente tra diverse e anche opposte spinte.

Tra la deriva populistico-plebiscitaria e risorgenti pulsioni autoritarie o elitistico-tecnocratiche, stanno i movimenti degli "indignados", la crescente disaffezione per il "momento" elettorale (spesso vissuto come "rito" inutile), la crisi dei "partiti" quali possibili contenitori delle istanze della società civile, la disintegrazione anomica di quest'ultima in espressioni particolaristiche, lobbyistiche, corporative, clientelari, individualistiche in dimensione distruttiva o di spesso impotente autoreferenzialità individualistica.

Epifenomeni di un disagio, di difficoltà, di contraddizioni che connotano o rischiano di fare implodere il rapporto tra Governanti e governati.

La frattura tra il corpo civile e sociale e le Istituzioni rappresentative rende urgente un diverso equilibrio.

Che, per usare le espressioni di Jean Paul Fitoussi, permetta di creare le condizioni che consentano di coniugare democrazia e mercato senza rinunciare né all'una né all'altro²⁷.

Ma prima, assolutamente prima, è necessario dare contenuto alla parola "democrazia".

Il sistema della rappresentanza incardinato nelle pur imprescindibili assemblee elettive può sopravvivere alla crisi e potenzialmente rafforzarsi soltanto se saprà garantire, con la partecipazione, il ricambio delle *élites* detentrici del potere e un bilanciamento (con il controllo) di tutti i poteri, capace di garantire i diritti della persona, nel senso della loro attuazione concreta nelle condizioni date.

Partecipazione significa riconoscimento istituzionale, in senso costituyente sistemico e permanente, del conflitto politico (tra Governanti e governati) e socio-economico (tra detentori della "ricchezza" e della conoscenza e del potere economico, e dall'altro lato, ceti deboli o svantaggiati e sfavoriti, anche *uti singuli*).

Il modello romano municipale federativo e tribunizio può offrire un paradigma attuale, oltre il quale e senza di che vi è il rischio della disintegrazione del corpo sociale, dell'anomia, dell'indifferenza, dell'apatia e anche della "tirannide": di uno solo, di oligarchie, di maggioranze "elette", di capipopolo e demagoghi.

Senza un reale potere negativo "non vi è repubblica", parafrasando il Cicerone del *De Legibus*, ma rischia di traballare anche la democrazia, sotto la spinta di populismi vecchi e nuovi o dall'onda di tentazioni elitistico-tec-

27 J.P. FITOUSSI, *La democrazia e il mercato*, Milano 2004.

nocratiche tali da prevaricare le strutture democratiche degli ordinamenti, dimenticandone l'essenza di Istituzioni che l'uomo ha creato per l'uomo.

Essenza racchiusa nelle parole di Terenzio Afro: "*nihil humani a me alienum esse puto!*".

La "rivoluzione" che ne può derivare è pacifica e capace di agire in profondità, creando i presupposti per concepire una società di uomini liberi che siano in grado di dare forma contrattuale, cooperativa, mutualistica, federativa ai loro rapporti e alla relazione con i poteri costituiti: l'"ordre libertarie" vagheggiato e forse preannunciato da Albert Camus.

Utopia "modesta" "qui se content de ne pas vouloir le mal", sottoscrivendo, ancora e sempre, l'invito nietzchano di fedeltà alla terra, cessando di credere che la verità del mondo "se trouve dans le ciel des idées rempli par les rêves infantiles et les souhaits des innocents".

5. Il modello romanistico e la garanzia costituzionale dei diritti

Due questioni si pongono:

- la validità o meno degli istituti della rappresentanza politica e dell'equilibrio dei tre poteri;
- il fondamento giusromanistico o meno degli istituti della partecipazione del popolo dei cittadini e del Tribunato.

Tutto ciò fa riemergere e rende attuale il modello del diritto pubblico romano, incentrato sull'effettività reale della "sovranità popolare", che "passa attraverso il ruolo della città, *urbes, civitates-municipia-res publica*, insieme: sedi necessarie, patrimoni comuni e costituzioni societarie dei rispettivi popoli – *omnes cives*, nonché parti del "tutto" costituito dalla repubblica romana universale, della quale è *dominus* il popolo romano"²⁸.

Nel 1973, Friederick von Hayek si interrogava sulle garanzie costituzionali dei diritti fornite dalla teoria di Montesquieu della tripartizione dei poteri e così scriveva: "Quando Montesquieu e i padri della Costituzione americana formularono esplicitamente l'idea di una costituzione come insieme di limiti all'esercizio del potere, in base ad una concezione che si era spontaneamente sviluppata in Inghilterra, fondarono un modello che, da allora in poi, il costituzionalismo liberale ha sempre seguito. Il loro scopo era di prevedere delle garanzie istituzionali per la libertà individuale, e lo strumento in cui riposero la loro fiducia fu quello della separazione dei poteri. Nella forma in cui noi la conosciamo, tale divisione tra il potere legislativo, giudiziario ed

28 G. LOBRANO, *Dottrina della inesistenza della Costituzione e il modello del diritto pubblico sovrano*, in *Diritto@Storia* 3, 2004, 2 ss.

esecutivo non ha raggiunto gli scopi per cui era stata progettata. Dunque, per via di mezzi costituzionali, i governi hanno ottenuto poteri che quei pensatori non intendevano affidare loro. Il primo tentativo di assicurare la libertà individuale per mezzo di forme costituzionali è evidentemente fallito”²⁹.

La novità “repubblicana” romana è il superamento della dimensione cittadina in quanto limite e il passaggio, come è stato detto, dallo Stato-città (la “polis” greca) allo Stato municipale³⁰, portando in evidenza l’elemento essenziale da quella esperienza: il popolo, del quale è affermata la struttura orizzontale e volontaristica contro quella verticale e genericamente determinata.

In ciò, un ruolo eminente appare svolto dalla “*plebs*” nel suo conflitto plurisecolare con i *patres*- patrizi: il *coetus* di cui parla Cicerone a proposito del popolo è il *coetus multitudinis* (Sallustio, Cesare e Livio contrappongono alla “*plebs*” i “*pauci*”).

Nella sua prima “*deca*”, Tito Livio rappresenta la “Repubblica” come frutto di quel conflitto (dal concetto di “*populus Romanus Quirites*” a “*populus Romanus plebesque*”).

6. “Legge” della Città-Costituzione-Sovranità popolare

Nel sistema di “democrazia rappresentativa”, la distinzione è tra maggioranza e minoranze, entrambe rappresentate in Parlamento, ma anche presenti nel corpo civile extraparlamentare, anche *uti singuli*.

La legge è formalmente “atto del popolo” nella democrazia “diretta” ateniese; nella democrazia “rappresentativa” è atto del Parlamento.

Il rischio dell’abuso e della violenza dei poteri costituiti non sono affatto scongiurati.

Si tratta allora di cercare una ragione pubblica che incorpori, tra i suoi principi, il rifiuto della legge come violenza.

Duecento anni dopo Rousseau, Hannah Arendt, nel quadro di una riflessione critica sulle Istituzioni dello Stato moderno, scopriva “l’attualità delle istituzioni politiche delle Città antiche, attraverso una riflessione critica dell’istituto della “rappresentanza politica” (e delle Istituzioni moderne rappresentative), che definisce “altamente misterioso”³¹.

Costantino Mortati, a proposito della Costituzione italiana, del 1948, giunse ad affermare che “nessuna delle condizioni necessarie a consentire

29 F. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano 1989.

30 J. GLOTZ, *La città greca*, Torino 1956, 335.

31 H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino 1990.

l'esercizio popolare della sovranità (pure solennemente affermato dall'art. 1 della Costituzione: "La sovranità appartiene al popolo..."), si realizza in Italia, con la conseguenza che "il regime di poliarchia effettivamente vigente viene a realizzare una forma di sovranità del Parlamento"³².

Una moderna riflessione sul modello romano municipale-federativo e tribunizio può allora condurre a individuare nel *Defensor del Pueblo*-Difensore Civico il possibile erede naturale di quella tradizione, capace di dare contenuto dialettico al "mistero" della sovranità popolare.

7. Le garanzie dei "diritti"

Si intendono per "diritti" i Diritti dell'Uomo e del cittadino proclamati e codificati nelle Carte internazionali e nelle Costituzioni di diversi Stati.

Il modello antico romano, "repubblicano municipale" incentrato sul potere interdittivo del Tribuno della plebe, espressione di potere negativo, può costituire una risorsa a cui attingere a piene mani per cercare di ovviare al problema storico della "fame" di Costituzione dei cittadini del nostro tempo: intendendosi per "Costituzione" lo strumento giuridico capace di impedire l'abuso del Potere e la sopraffazione e di non garantire i Diritti, attraverso la partecipazione e, nel contempo, il bilanciamento dei poteri.

La crisi della forma Stato nell'era della globalizzazione consiste: "nella osmosi di quote del potere – una volta appannaggio dello Stato – sia verso l'esterno sia verso l'interno" e si accompagna, in positivo, all'emersione di centri o soggetti di poteri nuovi. Ciò che è stato definito "glocalizzazione", riferita alla insorgenza del ruolo economico e politico degli enti locali e delle Città³³.

In tale dimensione, la diffusione della Difesa Civica e della figura del Difensore Civico (in Italia), *Defensor del Pueblo* (in Spagna e in America Latina), *Défenseur des droits*, già *Mediateur de la République* (in Francia), *Ombudsman* (in Svezia e nei Paesi scandinavi), rappresenta il segno importante di un'esigenza forte consentita ai cittadini, sebbene contraddittoriamente posta e confusamente interpretata dalle Istituzioni: "dare soluzione al problema della difesa dei governati di fronte al complesso dei governanti, nelle diverse articolazioni dei pubblici poteri e dell'azione amministrati-

32 C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna 1975, 23 e 36.

33 J. MONDER, E. GOLDSMITH (a cura di), *Globalismo, l'alternativa strategica alla globalizzazione*, con prefazione di S. Latouche, Bologna 1998.

va”³⁴. L’insufficienza, o meglio l’incompletezza del sistema della divisione dei poteri tripartiti può essere allora superata, attraverso l’inveramento e il concreto operare di quello che è stato definito “potere negativo”, secondo lo schema e il modello antico, da intendersi, come parametro: capace di consentire, attraverso la partecipazione popolare, di dare forma e contenuto alla legge, “mura della città” secondo l’espressione eraclitea³⁵, espressione del principio di legalità che racchiude in sé “il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini”, giacché “nell’osservanza individuale della legge c’è la garanzia della libertà di ognuno. Attraverso l’astrattezza della legge, della legge fatta non per un solo caso, ma per tutti i casi simili, è dato a tutti noi sentire nella sorte altrui la nostra stessa sorte. Diritto inteso come “forza della coscienza morale, fede in certi insopprimibili valori umani, aspirazione verso la libertà e l’umana pietà”³⁶.

Riecheggia in questa proiezione universalistica dominata dal kantiano imperativo categorico, la speranza del filosofo: “L’ethos dei diritti dell’uomo splende nelle solenni dichiarazioni che restano quasi sempre lettera morta. L’unica ragione di speranza è che la storia conosce i tempi lunghi e i tempi brevi. La storia dei diritti dell’uomo, meglio non farsi illusioni, è quella dei tempi lunghi. In una visione della storia per cui si può dire che la razionalità non abita più qui – com’è lontano il tempo in cui Hegel insegnava ai suoi scolari di Berlino che la ragione governa il mondo! –, oggi possiamo soltanto fare una scommessa. Che la storia conduca al regno dei diritti dell’uomo anziché al regno del Grande Fratello, può essere oggetto soltanto di un impegno. È vero che altro è scommettere, altro è vincere. Ma è anche vero che chi scommette, lo fa perché ha fiducia di vincere. Certo non basta la fiducia per vincere. Ma se non si ha la minima fiducia, la partita è persa prima di cominciare. Se poi mi si chiede che cosa occorra per aver fiducia, riprenderei le parole di Kant: giusti concetti, una grande esperienza, e soprattutto molta buona volontà”.

Il *Defensor del Pueblo*-Difensore Civico, erede della tradizione tribuni-zia, è l’espressione naturale di quel “potere negativo”: Magistratura di interdizione e sollecitazione, che non rinuncia – quale mezzo – alla persuasione, capace di avvicinare le istituzioni ai cittadini: per una *res publica* che sia realmente *res populi*.

Quel potere tribunizio che secondo Mommsen è l’immagine speculare del potere consolare e il suo opposto: “Il potere dei consoli è essenzialmente positivo, il potere dei tribuni è essenzialmente negativo”³⁷.

34 G. LOBRANO, *Res publica cit.*, 280 ss.

35 Eracl., fr. 43.

36 P. CALAMANDREI, *Fede nel Diritto*, Bari 2008.

37 Th. MOMMSEN, *Storia cit.*, 342.

È una visione, viva nella sua storicità e attualità, modellata sull'ideale (cosmopolita), espresso da Seneca: "*Nefas est nocere patriae: ergo civi quoque, nam hic pars patriae est. Sanctae partes sunt, si universum venerabile est. Ergo et homini, nam hic in maiore tibi urbe civis est. Quid si nocere velint manus pedibus? manibus oculi?*".

Un potere siffatto potrà coesistere con il principio della separazione dei poteri tripartiti, pur trascendendolo e, nel contempo, rappresentandone il compimento necessario.

Nella caratterizzazione della figura contemporanea dell'*Ombudsman-Defensor del Pueblo*- Difensore Civico, gli interpreti, in gran parte, ad eccezione della scuola romanistica che fa capo al Prof. Pierangelo Catalano, non sono andati oltre le radici del settecentesco istituto nordico dell'*Ombudsman* e dell'anglosassone "Parliamentary Commissioner".

In entrambi i casi ("l'Uomo-tramite" della Costituzione svedese del 1809 e il Commissario parlamentare anglosassone), così come per le *Authority* di derivazione parlamentare, dotate di specifiche competenze per "materia", è chiaro il "limite" costituzionale, del punto di vista e della Città e del Cittadino.

Più che di "potere", si tratta di articolazioni, per specificazione di prerogative ovvero funzioni (anche ispettive, o di "regolazione", di controllo "formale" statistico-descrittivo ovvero in via sussidiaria e surrogatoria), che appartengono intrinsecamente ovvero originariamente all'Organo parlamentare o, anche, all'Organo amministrativo, epifenomeni di un Leviatano impotente.

Manca l'elemento dialettico, la "contrapposizione", che genera confronto e incontro e anche scontro tra cittadino e poteri costituiti, generatrice della libertà dei cittadini, secondo l'ispirazione del modello romanistico.

Il Difensore Civico contemporaneo modellato secondo lo schema tribunizio può in concreto essere:

a) mezzo di affermazione del principio di legalità e del bilanciamento dei poteri in quanto "rappresentante" e interprete di diritti e interessi diffusi, "i poteri" appartenenti alla comunità dei cittadini;

b) strumento di partecipazione dei cittadini, nel segno della garanzia di trasparenza, legalità ed equità, in un continuo confronto con i poteri costituiti.

La legalità, intesa come legalità sostanziale: "*ars boni et aequi*", nell'accezione di Celso.

Ogni cittadino, titolare della sovranità, può rivendicare in tal modo la centralità del suo diritto.

8. Per una teorizzazione delle tecniche (*modus operandi*) del *Defensor del Pueblo*-Difensore Civico

8.1. Funzione legislativa sostanziale dell'attività

La caratteristica fondamentale di tali fenomeni è data dal fatto che gli strumenti azionati sono privi di efficacia vincolante, ma non di effetti utili e concludenti, come nel caso del *Defensor del Pueblo*-Difensore Civico, dotato di poteri interdittivi e persuasivi.

La natura non vincolante e informale di tali strumenti è racchiusa nell'aggettivo "soft". In luogo di una vera e propria obbligazione giuridica, il destinatario dell'azione contrae una "soft obligation", ovvero un'obbligazione priva di vincolatività e precettività.

La tecnica in questione, propria dell'attività del *Defensor del Pueblo*-Difensore Civico, deriva dalla necessità di mettere in campo strumenti flessibili che si adattino alla mutevolezza e all'evoluzione incessante di determinati settori, nella specie legati alla macchina amministrativa, in relazione anche alla mutevolezza del quadro normativo di riferimento.

L'attività del *Defensor del Pueblo*-Difensore Civico può essere ricompresa nel generale concetto "soft law", non avendo la sua azione in sé effetti vincolanti e precettivi, e differenza di quella giurisdizionale che tuttavia riguarda il caso concreto e non è di per sé generalizzabile.

Ma il mezzo tribunizio può renderla "pubblica" ed efficace, imponendo ai destinatari tempi e contenuti del pubblico "confronto" con i pubblici uffici, nell'interesse generale.

Per converso, può ben dirsi che, in tale dimensione anche teleologica, la difesa civica assolve anche ad una funzione "pedagogica": educare il cittadino a conoscere e far valere i propri diritti, nel contempo sollecitando le Amministrazioni, ma anche la Politica, a farsi carico del soddisfacimento di aspettative, bisogni, diritti, interessi dei cittadini.

È chiaro infatti che una raccomandazione o anche un'osservazione critica, formulate sulla base di un ricorso individuale concernente problematiche di valenza generale, oltrepassa la risoluzione del concreto e singolo caso, in quanto, se recepita dal Soggetto a cui è indirizzata, potrà provocare il cambiamento di regole e procedure obsolete ovvero scorrette e inadeguate, creando soddisfazione per tanti cittadini.

Può in tal senso parlarsi di funzione "legislativa", in senso sostanziale, dell'attività di Difesa civica.

Può allora affermarsi in concreto, attraverso quell'approccio che parte dal caso concreto, una metodologia che consente alle istanze reali, ai bisogni delle persone di trovare la via per il loro riconoscimento effettivo e non retoricamente proclamato sulla carta e inattuato nei fatti.

Il pubblico confronto tra bisogni e potere, di cui il Difensore Civico è regista, denuda il Re sul palcoscenico della Città, che può allora divenire Città dell'Uomo.

Il caso concreto e il bisogno denunciato, meritevole di sostanziale tutela, produrranno incessantemente regole reali di civile convivenza efficaci *erga omnes*, anche attraverso una sapiente attività di mediazione istituzionale e dialogo interattivo: attività precettiva propria di una “Magistratura di principi”.

Il corpo sociale potrà essere incentivato in tal modo a creare Diritto vivente.

La Difesa civica moderna può divenire funzione fondamentale dello Stato democratico di diritto, in quanto:

- a) costituisce mezzo di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dall’ordinamento internazionale e dalla Carta costituzionale in favore della persona e nei riguardi delle Pubbliche Amministrazioni in genere;
- b) realizza la difesa dei diritti dei cittadini e il controllo sulle Pubbliche Amministrazioni nel segno della trasparenza, intervenendo nei casi di mancanza o carenza di amministrazione, ovvero nei casi di:
 - omissione di atti obbligatori per legge,
 - irregolarità amministrative,
 - ingiustizia,
 - discriminazione,
 - abuso di potere,
 - mancanza di risposta,
 - rifiuto di accesso all’informazione,
 - ritardo ingiustificato,
 - carenza nell’attuazione dei diritti fondamentali delle persone ed enti,
 - carente comunicazione e asimmetrie informative;
- c) costituisce anche strumento “antiburocratico” per eccellenza, contribuendo a ridurre i costi delle “burocrazie” gravanti sul sistema economico nel suo complesso, attraverso un’attività intesa a determinare trasparenza, semplificazione e concretezza dell’azione amministrativa;
- d) costituisce mezzo diretto a stimolare il buon andamento delle Pubbliche Amministrazioni, migliorandone efficienza, qualità, ma anche immagine e in definitiva “umanizzando” l’attività amministrativa, nel senso di specificarne l’essenza di “servizio” per le persone;
- e) svolge ulteriormente attività di “mediazione”, a.d.r., nel senso di mettere a confronto le esigenze e i bisogni dei cittadini e degli utenti con i contenuti ed i mezzi tipici, a volte rigidi, dell’azione propria dei pubblici uffici, in tal modo favorendo l’emersione di modi capaci di consentire il soddisfacimento delle attese dei cittadini, innanzitutto, nel rispetto del principio di legalità, ma anche interrogando la politica;
- f) si pone come strumento alternativo a quelli giurisdizionali tipici, tanto in sede amministrativa che ordinaria, giacché attraverso attività di indagine

e sollecitazione, nonché suggerimenti, il Difensore civico intende provocare comportamenti virtuosi in capo ai pubblici uffici, che, se adottati, sono in grado di soddisfare diritti, interessi e bisogni dei cittadini.

Ma come è stato detto, cosa un *Ombudsman* fa e cosa un *Ombudsman* è dipende da cosa il particolare Paese, la cultura e il sistema di governo vogliono o hanno bisogno che l'Istituto faccia.

Tradizione e modernità potrebbero forse in tal modo incontrarsi.

È questo il senso profondo del *mos majorum*.

Come è stato detto, la prevalenza degli interessi individuali su quelli collettivi può essere causa determinante del declino di una nazione e di una comunità.

Il che non vuol dire che i valori fondanti non possano mutare quanto al loro contenuto, come è accaduto con la Rivoluzione francese, quando si è passati da una società fondata su valori gerarchici ad una società fondata su valori di uguaglianza e libertà.

Importante è mantenere il primato degli interessi della comunità e soprattutto quei vincoli di continuità che connettono il passato con il futuro, la generazione dei padri con quella dei figli.

I valori in questione altro non sono che dei coefficienti sociali, per cui una comunità riduce il proprio tasso di conflittualità, facilitando così la realizzazione del bene comune.

Il che potrebbe consentire di concorrere al superamento di ciò che Eric Weil definì “limiti della democrazia”.

Limiti storici, costituiti dalle condizioni sociali, limiti ideologici: dando inizio ad “una marcia verso la ragione, un’educazione perpetua dell’uomo dall’uomo stesso, affinché questo uomo sia veramente e pienamente tale”.

9. Per un modello di *Defensor del Pueblo*-Difensore Civico: parametri necessari

Il paradigma romanistico e il concetto di “potere negativo” costituiscono il mezzo per dare forma all’Istituto, con valenza universale: nella speranza di una futura “*publica auctoritas universalis*”, vagheggiata da Giovanni Paolo II (“*Gaudium et Spes*”).

Il Convegno di Torino può consentire di elaborare una teoria generale che specifichi, universalizzandoli, caratteri, natura e essenza di un *Defensor del Pueblo*-Difensore Civico.

Parametri necessari di riferimento del modello sono:

- autonomia e indipendenza dal potere politico;
- informalità, capacità di ascolto e dialogo proattivo e competenza

- nell'esercizio della pubblica funzione;
- temporaneità del mandato;
 - elezione a maggioranza qualificata da parte di Assemblea legislativa elettiva o ancor meglio diretta da parte dei cittadini;
 - neutralità politica;
 - funzionalità *extra partes* non già intesa ad una astratta imparzialità, ma a tutelare e difendere e consentire l'attuazione di diritti fondamentali;
 - capacità di incidere sulla elaborazione delle politiche pubbliche, attraverso attività di sollecitazione, denuncia e suggerimento;
 - verifica dell'adempimento delle politiche pubbliche secondo regole di trasparenza e in confronto con i cittadini;
 - tutela dei diritti di partecipazione dei cittadini.

Tale modello intende individuare un parametro funzionale a rendere concreta la garanzia dei diritti, universalizzando sul terreno concettuale ed epistemologico l'Istituto.

GIUSEPPE VALDITARA

Università di Torino

La crisi della sovranità popolare e un possibile ruolo dell'“avvocato del popolo”

1. Democrazia significa governo del popolo. La sua essenza consiste nella partecipazione del popolo al governo della comunità. Questa essenza è chiaramente scolpita dall'articolo 1 della Costituzione italiana: “L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”. A parte il fuor d'opera costituito dall'inciso “fondata sul lavoro”, frutto della concessione alle istanze dei Costituenti socialisti e comunisti, è chiaro il collegamento fra democrazia, sovranità popolare e suo esercizio concreto. In questo senso la democrazia costituisce uno dei principi supremi dell'ordinamento, principio dunque non suscettibile di revisione costituzionale.

La partecipazione del popolo al governo della *respublica* non è sempre stata scontata. Nella antica Roma, per esempio, vi era, alle origini della repubblica, una oligarchia che pretendeva di guidare la città escludendo la gran parte dei cittadini. Ci vollero molti conflitti e alcune secessioni per poter affermare concretamente che il potere sovrano di governo (*imperium* e *potestas*) spetta al popolo. Così si gettano le basi della moderna idea di sovranità popolare intimamente, inscindibilmente connessa con la democrazia. Decisivo a Roma è il passaggio dal *regnum* alla *res publica*, che si concretizza, a sua volta, nel pensiero politico, attraverso lo sviluppo della nozione di *societas civium*, assolutizzando il potere del popolo, concepito come fondamento stesso del potere magistratuale, e trasformando la *polis* in *res populi*.

Il pensiero democratico occidentale, che si sviluppa con i contributi fondamentali di Marsilio da Padova, Althusius, Locke, e, pur da diverse prospettive, di Montesquieu e di Rousseau, fissa la sovranità del popolo come

fondamento dello Stato democratico. Esemplare è al riguardo il dibattito in Costituente sull'art.1 della Costituzione italiana.

Non è un caso che la sovranità popolare venga affermata nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e ripresa nella Costituzione francese del 1793, che la sostituisce alla sovranità della nazione, affermata invece non casualmente nella Costituzione del 1791, che negava il suffragio universale. Siccome lo Stato nella tradizione democratica occidentale nasce dall'idea di un patto fra cittadini per la comune e reciproca utilità, la sovranità del popolo è sempre stata intesa come sovranità dei cittadini. In questo senso è anche chiaramente intesa nella Costituzione italiana dove il richiamo ai cittadini come unici titolari dei diritti politici e quindi del potere originario di governo è diffusamente espresso.

Lo Stato non è invero una associazione con finalità di tipo universalistico e cosmopolita nè una ong di beneficenza internazionale, ma è finalizzato al soddisfacimento concreto e particolare degli interessi dei suoi cittadini e alla loro salvaguardia.

In quella tradizione democratica vi è sempre stato anche un legame molto stretto fra prestazioni fiscali e rappresentanza politica.

La rivendicazione di un collegamento fra prestazioni fiscali e rappresentanza è all'origine della rivoluzione americana, ma era già alle origini delle rivendicazioni della plebe.

2. In questo contesto ben si può condividere la concezione contrattualistica che vede un accordo fra i consociati a fondamento delle comunità statuali democratiche, concezione scolpita da Cicerone in *de rep.* 1.25.39 e 1.32.49, perfettamente coerente fra l'altro con l'idea romana, plurale, di *populus*, ben rappresentata dall'endiadi *populus Romanus Quirites*, già evidente nel V secolo a.C. con la frequente pratica della secessione e del successivo *foedus* come ricomposizione pattizia della unità statale, concezione ripresa in vario modo da Althusius, Locke, Rousseau.

A questo riguardo va peraltro precisato, in omaggio innanzitutto ad un corretto realismo politico, e per rispettare il senso autentico di siffatta concezione contrattuale dello Stato, che il consenso prestato per costituire una *societas* non può essere revocato ad ogni stormir di fronda. Non a caso a tutela della serietà dell'impegno preso, persino nel diritto privato il recesso dalla società costituita può essere esercitato solo nei casi e con le modalità previste dalla legge. Già Ulpiano in D.17.2.14 ammetteva l'*actio pro socio* per il risarcimento del danno laddove il recesso fosse stato compiuto *intempestive*. Conseguentemente l'art.2285 c.c. condiziona il recesso del socio alla sussistenza di una giusta causa nei casi di società a tempo determinato.

Anche nell'ipotesi di società a tempo indeterminato il recesso va comunque esercitato con modalità che non rechino pregiudizio agli altri soci: è dunque necessaria una comunicazione con preavviso di almeno tre mesi.

Poiché nel *pactum societatis* costitutivo di uno Stato sono coinvolti interessi e beni di rilievo più alto rispetto ai meri diritti patrimoniali che caratterizzano la costituzione di società commerciali, il consenso prestato dai cittadini può essere revocato solo in situazioni eccezionali, laddove cioè siano gravemente pregiudicati gli interessi fondamentali dei contraenti, quelli che determinarono la rinuncia alla sovranità originaria dei singoli: essenzialmente quelle funzioni che già per i romani erano considerate essenziali per la esistenza stessa della *civitas*. Esse erano esemplarmente riassunte nelle cause che giustificavano la nomina del *dictator*, l'antichissimo magistrato supremo ordinario, poi trasformatosi in magistrato per fronteggiare le situazioni di emergenza per la *res publica*, vale a dire il pericolo esterno (*rei gerundae causa*) e il grave turbamento dell'ordine interno (*seditionis sedandae causa*). Quando dunque lo Stato non sia più in grado di adempiere alla difesa da minacce esterne e alla tutela della sicurezza dei cittadini esso perde la sua stessa ragion d'essere. Il venir meno del *pactum societatis* può altresì prodursi laddove lo Stato violi il principio democratico e la sovranità popolare che sono a fondamento di tutto l'ordinamento giuridico e neghi irrimediabilmente quei diritti fondamentali che sono riconosciuti nella Costituzione. Il contratto, per definizione, si fonda sul libero consenso delle parti, dunque il *pactum societatis* presuppone necessariamente un ordinamento che garantisca la libertà di scelta dei cittadini, uno Stato che impedisse la manifestazione del consenso con la soppressione di libere votazioni tradirebbe, per principio, l'accordo fondativo.

3. Dopo lunga discussione in Assemblea Costituente, la Costituzione italiana ha dunque accolto il principio della sovranità del popolo nel suo primo articolo, legandolo indissolubilmente al principio democratico, pur in presenza di un sistema liberale di contrappesi. Persino la giustizia dovrebbe essere amministrata in nome del popolo da magistrati definiti nei lavori della Costituente come "mandatari del popolo".

Se il tema della libertà è stato negli ultimi decenni del secolo ventesimo il grande tema del dibattito politico, il secolo ventunesimo si apre con la grande questione della sovranità popolare, ovvero con l'essenza della democrazia. La sovranità del popolo viene messa sempre più a rischio da una serie molteplice di fattori.

Innanzitutto viene messa a rischio da un certo modello di Europa che oggi potrebbe essere soltanto confederale e che invece costituisce un gigantesco

Moloch, in cui decisioni vitali per i cittadini vengono prese da organismi non rappresentativi come: la Corte di giustizia, la cui giurisprudenza tende sempre più ad imporsi sulle legislazioni nazionali oltreché sulla giurisprudenza delle corti nazionali; la Banca centrale, che non è soggetta ad autorità politiche; il Consiglio dell'Unione, che adotta le principali decisioni europee pur non essendo un organismo adeguatamente rappresentativo; una burocrazia mastodontica dotata di un enorme potere. Manca del resto un popolo europeo, il che spiega perchè l'unico modello possibile potrebbe essere quello di tipo confederale, in cui alla Confederazione rimangono poche, ancorchè necessarie competenze.

Viene poi messa a rischio da istituzioni internazionali quali l'Onu e lo stesso WTO. A proposito del World Trade Organization scrive in modo esemplare Roger Scruton: “Siamo arrivati a un tale punto che i delegati possono permettersi di asserire -a nome di una grande multinazionale come la Monsanto- che la sovranità nazionale è “un ostacolo al libero commercio” e che le grandi società dovrebbero poter perseguire legalmente i governi nazionali che negano i “diritti di investitore” nel momento in cui propongono condizioni più favorevoli alle industrie locali”.

Parallelamente, a seguito della iperfetazione della teorica dei “diritti umani”, concepita originariamente per esigenze condivisibili (la lotta contro la tirannide, eventualmente anche delle maggioranze), posta, più recentemente, a fondamento della stessa Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo come reazione alle tragedie del ventesimo secolo, e ora trasformatasi in una sorta di nuova religione, senza peraltro una divinità che la legittimi, si impongono sempre più giurisdizioni di tribunali internazionali ancora una volta non rappresentativi che rischiano di svuotare di significato le stesse costituzioni nazionali e la volontà dei popoli sovrani su molti temi sensibili.

Se nella massima affermazione della sovranità del popolo a Roma la cittadinanza veniva concessa con voto popolare, e se i confini, in ogni civiltà, sono sempre stati difesi dalle invasioni proprio per preservare la libertà di ciascun popolo, oggi si tende ad affermare un generico diritto universale a migrare, calpestando l'interesse dei cittadini e vanificando il concetto stesso di sovranità.

Si sta danneggiando l'economia di molti Stati europei, l'Italia più di altri, per contestare la legittimità di un plebiscito, quello che ha sancito la separazione della Crimea dalla Ucraina, giudicato corretto dagli osservatori internazionali, probabilmente più corretto di quello che sancì la adesione del Veneto all'Italia.

La sovranità degli Stati e la sovranità del popolo vengono messe a rischio, inoltre, da giganteschi fondi sovrani che manovrano migliaia di miliardi di dollari e che possono condizionare le economie nazionali come mai prima

d'ora. Basti pensare che il fondo sovrano dell'Arabia Saudita è superiore al pil italiano. Del resto speculatori internazionali possono far crollare impunemente una moneta nazionale, mettendo in crisi l'economia di una nazione, e agenzie di rating, senza conseguenza alcuna, arrivano a destabilizzare governi. Così come i cittadini/consumatori non hanno adeguata tutela contro lo strapotere di grandi gruppi economici. La sovranità popolare è certamente incrinata dalla tendenza dei giudici a sostituirsi al legislatore. Lo scontro magistratura/politica è stato impropriamente rappresentato in Italia come un problema di indagini giudiziarie. La vera questione è piuttosto quella di una tendenza della magistratura ordinaria a farsi autonoma fonte di diritto, decidendo da sé della costituzionalità delle leggi e dunque arrivando a disapplicare le scelte dei rappresentanti del popolo. Un magistrato non ha tuttavia quella sensibilità politica né, soprattutto, ha una legittimazione politica, come già ben sottolineava Giuseppe Grosso, per interpretare norme "politiche" come sono state definite, giusto dai Costituenti, quelle costituzionali. Fu proprio il pensiero illuminista a denunciare i pericoli di giudici che volessero trasformarsi in legislatori.

D'altro canto la politica, in particolare in Italia, tende ad ascoltare sempre meno i cittadini sia ricorrendo a leggi elettorali più volte giudicate incostituzionali dalla Corte costituzionale per violazione del principio democratico, sia garantendo sempre minori spazi di rappresentanza ai cittadini, realizzando operazioni parlamentari trasformistiche, disattendono la volontà popolare, e arrivando addirittura a non attuare gli esiti di referendum popolari (come per es. quello per la privatizzazione della Rai) ovvero cercando di restringere lo spazio per gli istituti di democrazia diretta. Voglio peraltro citare un dato: negli ultimi 40 anni solo l'1% delle proposte di legge di iniziativa popolare è stato approvato dal Parlamento.

Non vi è da stupirsi se, dati questi presupposti, proprio in Italia, si tenda a restringere anche lo spazio delle istituzioni più vicine ai territori, riducendo l'agibilità finanziaria dei comuni e indebolendo il ruolo delle regioni, negando così il fondamentale principio di sussidiarietà, che è complementare a quello di sovranità popolare o addirittura proponendo di trasformare le regioni in macroprovince riducendo grandemente la loro autonomia legislativa come nel caso della recente riforma costituzionale, peraltro poi bocciata da referendum popolare confermativo.

4. In questo contesto di crisi della sovranità popolare ogni strumento che possa dare ai cittadini una qualche forma ulteriore di tutela è senz'altro benvenuto.

Oggi discutiamo della istituzione di un difensore del popolo eletto dai cittadini.

Ritengo non vi sia bisogno di un “commissario per i diritti umani”, che concentrerebbe in una sola persona il principio di rappresentanza oltretutto su un tema, quello dei diritti umani, sempre molto opinabile nel contenuto e nella sua estensione. Si porrebbe al riguardo, nella esplicazione del principio democratico, la questione del rispetto dei diritti delle minoranze. Nel sistema italiano vi è già una Corte costituzionale che dovrebbe semmai avere un fondamento maggiormente rappresentativo, con intanto la eliminazione della componente di nomina magistratuale. Va osservato al riguardo che la presenza all'interno della Corte costituzionale italiana di giudici nominati dalle alte magistrature è un *unicum* nelle costituzioni democratiche.

Personalmente non vedo con favore la introduzione di organi dotati di un potere negativo, sulla scorta degli antichi tribuni, un potere fondato cioè su un diritto di veto sul modello della antica *intercessio* ed espressione di un diritto di resistenza. In costanza di un sistema rappresentativo si darebbe vita di fatto ad un possibile, ulteriore livello di opposizione, rispetto a quella parlamentare, che finirebbe certamente con l'indebolire le istituzioni rappresentative. Nonostante le sue indubbie criticità, il modello rappresentativo è a mio avviso l'unico che può garantire la sovranità popolare evitando il rischio della olocrazia, mirabilmente descritto da Polibio (6.4.7-10), ovvero sia il rischio della degenerazione demagogica della democrazia, particolarmente alto in ogni forma di democrazia diretta, degenerazione già denunciata da Cicerone in *de rep.*, 2.39; 3.13, non casualmente tentato da un originale progetto di embrionale democrazia rappresentativa come si evince da *de leg.*, 3.3.10; 3.12.28. La complessità della attività di governo nelle società odierne rende in ogni caso problematico il superamento della democrazia rappresentativa.

Diverso sarebbe ovviamente rendere più effettiva la sovranità popolare abolendo il divieto di mandato imperativo di cui all'art.67 della Costituzione italiana magari con la introduzione di “una norma antiribaltone”, ovvero sia di un obbligo di scioglimento delle Camere laddove si dia vita ad una maggioranza diversa da quella espressa nelle urne.

Fra l'altro i nostri Costituenti, investiti del problema della legittimità di un diritto di resistenza, espressamente escludono che potesse darsi un diritto di resistenza in Costituzione, anche se riconobbero che si tratta di un principio “metagiuridico” fondato sulla realtà fattuale e sulla dinamica dei rapporti di forza. Ed è all'interno di questi rapporti che un diritto di resistenza può trovare una sua concreta attuazione. Laddove poi lo Stato venisse meno alle sue finalità fondamentali -essenzialmente la difesa verso l'esterno e la garanzia dell'ordine interno-, che hanno giustificato la rinuncia dei singoli alla loro originaria sovranità, ovvero violasse il principio democratico così come scolpito nell'art.1, o conculcasse seriamente e irrimediabilmente le libertà

fondamentali scolpite nella parte I, Titolo II della nostra Costituzione, sarebbe concretamente giustificabile un diritto di resistenza posto che in questo caso si annullerebbe di fatto la stessa Costituzione e si ridarebbe dunque l'esercizio della sovranità direttamente al popolo.

Si tratta peraltro di casi estremi, che non giustificano la istituzione di una apposita carica permanente, ma che semmai legittimano una ampia disobbedienza civile fino, nei casi più gravi, alla ribellione con ogni mezzo.

Il richiamo all'esempio dei tribuni della plebe della antica repubblica romana, ancorché culturalmente affascinante, parte da una realtà profondamente diversa da quella attuale: intanto i tribuni erano necessari nella costituzione repubblicana perchè gli organi di governo erano espressione esclusiva di un ceto sociale "benestante", basti ricordare quanto scrive Cicerone sul fatto che nella centuria dei *proletarii* erano racchiusi più cittadini che in tutte le centurie della prima classe. Che il problema della scarsa rappresentatività popolare del consolato andasse affrontato drasticamente lo dimostrano, pur partendo da opposte valutazioni, Caio Gracco e Silla. Il primo, da una parte fa votare i comizi centuriati *ex confusis quinque classibus*, dall'altra tende a sostituire il tribunato al consolato nella guida della repubblica; il secondo fa del tribunato una *imago sine re*. Poi non va dimenticato che l'esperienza romana non conosceva una Corte costituzionale che vigilasse sul rispetto dei diritti sanciti da una Costituzione scritta, che pure mancava, né esisteva una giurisdizione che svolgesse un controllo di legittimità sugli atti della pubblica amministrazione.

La degenerazione del tribunato nel I secolo a.C. è un precedente storico che suggerisce cautela nella riproposizione di quel modello.

Oggi, semmai, c'è bisogno di rafforzare il ruolo e il prestigio del Parlamento, nell'ottica di una democrazia rappresentativa di cui già Cicerone nel *de legibus* intuiva la sostanza e la importanza e che è oggettivamente imprescindibile nella sua centralità. Un potere diffuso che valorizzi autenticamente la sovranità popolare presuppone semmai l'importanza decisiva dei territori e un modello di stato federale e con esso l'affermazione di un fondamentale principio di responsabilità.

5. Più problematica è a mio avviso la configurazione dello sciopero politico. Se appare senz'altro legittimo lo sciopero economico-politico, cioè quello sciopero finalizzato a contestare provvedimenti politici che abbiano concreti risvolti economici sui lavoratori, discutibile è la legittimità dello sciopero politico. Innanzitutto perché dal dibattito costituente risulta chiaro che non era nella volontà dei Costituenti. In questo senso proprio il commissario Togliatti, nella seduta dell'11 ottobre 1946 della prima Sottocommissione

della commissione per il programma così scolpisce ciò che i Costituenti intendevano per diritto di sciopero: “A suo parere lo sciopero non è soltanto il fatto del lavoratore che non lavora perché il salario, o determinate altre condizioni di lavoro non lo soddisfano, ma l’organizzazione dell’astensione collettiva dal lavoro allo scopo di strappare migliori condizioni di retribuzione e migliori condizioni economiche in generale per i lavoratori”. Di fronte alle numerose richieste di Costituenti di diversa parte politica di limitare il diritto di sciopero, in particolare sia al fine di garantire l’ordine pubblico sia allo scopo di assicurare il funzionamento dei servizi pubblici in particolare in settori strategici per la esistenza stessa dello Stato, la soluzione accolta nell’art.40 fu il frutto di una precisa proposta di La Pira assunta nella seduta del 15 ottobre 1946: “La Pira è del parere che effettivamente il diritto di sciopero è un diritto della persona, e che quindi esso vada affermato in maniera più assoluta di quanto non faccia la formula proposta dal Presidente. Dichiarò però, divergendo dall’onorevole Togliatti, di ritenere che il diritto di sciopero vada in qualche modo limitato. Ricorda che tutte le Costituzioni moderne pongono dei limiti a questo diritto. Il primo progetto francese, per esempio, diceva: «Il diritto di sciopero è riconosciuto a tutti nell’ambito delle leggi che lo disciplinano»”.

Non casualmente, dunque, il diritto di sciopero è stato inserito nella parte dedicata ai “rapporti economici”. A questo riguardo va osservato che lo sciopero si inserisce nel rapporto di lavoro, se attuato da lavoratori di imprese private danneggia un privato ed è una interruzione di un rapporto fra privati; le motivazioni di uno sciopero politico sono estranee al rapporto di lavoro privato e non sono nella disponibilità del datore di lavoro. Infine la Costituzione ha previsto, all’interno dei “rapporti politici”, precise forme di esercizio della sovranità popolare, fra cui non è contemplato il diritto di sciopero.

In verità la Corte, intervenendo sullo sciopero politico, si è pronunciata sulla legittimità dell’art.503 c.p. che sanziona penalmente questa particolare figura di sciopero. La stessa Corte ha correttamente qualificato lo sciopero politico non come un diritto soggettivo del singolo protetto dall’art.40, ma come afferente all’area di libertà del cittadino, dunque non punibile penalmente, ma sanzionabile civilmente. Non casualmente ancora la sentenza della Corte costituzionale 276/1993 ha considerato lo sciopero politico un inadempimento contrattuale. Appare pertanto non coerente con questa visione la sentenza della Cassazione 16515/2004 che ha ritenuto “antisindacale” il comportamento del datore di lavoro che ha applicato sanzioni disciplinari ai propri lavoratori scesi in sciopero per protestare contro l’intervento militare in Kosovo.

Va osservato peraltro che proprio la giurisprudenza della Corte, nel ricondurre la non punibilità sotto il profilo penale dello sciopero politico all’art.3

comma 2, che mira a favorire la partecipazione di ciascun lavoratore alla organizzazione politica del Paese, ha escluso la legittimità di uno sciopero che miri ad attuare un diritto di resistenza da parte di gruppi minoritari contro legittime decisioni del governo o del Parlamento. La Corte Costituzionale ha infatti dichiarato esplicitamente con la sentenza 27 dicembre 1974, n. 290 costituzionalmente illegittimo l'articolo 503 c.p. solo nella parte in cui punisce anche lo sciopero politico che non sia diretto a sovvertire l'ordinamento costituzionale ovvero ad impedire o ostacolare il libero esercizio dei poteri legittimi nei quali si esprime la sovranità popolare. L'art. 503 c.p. è dunque ancora legittimo non solo laddove lo sciopero abbia la finalità eversiva di aggredire o tentare di sovvertire l'ordine democratico, ma anche, più semplicemente, di condizionare il libero esercizio dei poteri di governo e Parlamento. Un conto dunque è una manifestazione di dissenso politico, un altro una lotta politica che scardini il fondamentale principio democratico così come scolpito dall'articolo 1. A maggior ragione il riconoscimento nel diritto di sciopero di un diritto di resistenza politica contro decisioni legittimamente prese da organi altrettanto legittimamente eletti attenterebbe al principio democratico così come sancito nella nostra Costituzione, posto che si attribuirebbe a gruppi minoritari, e non adeguatamente rappresentativi, il potere di paralizzare scelte espressione di una maggioranza, e quindi impedirebbe, al di fuori della battaglia parlamentare, ad una maggioranza eletta legittimamente in Parlamento di esercitare il proprio legittimo diritto a governare.

Diversa situazione si avrebbe -come si è osservato in precedenza - laddove lo Stato avesse abdicato allo svolgimento delle funzioni per cui venne concepito, così come laddove intendesse negare il corretto svolgimento del principio democratico, o attentasse gravemente e irrimediabilmente alle libertà fondamentali del cittadino. In questo caso uno "sciopero" politico potrebbe a buon diritto farsi rientrare nell'ambito di una forma di resistenza paragonabile a quella della secessione dell'antica repubblica romana. La sua manifestazione concreta tuttavia, piuttosto che svolgersi in una astensione dal lavoro da parte di dipendenti privati, che colpirebbe interessi privati, dovrebbe piuttosto rimettere in discussione il *pactum societatis*. In questi casi sarebbe senz'altro lecito contestare il patto fiscale. Scrive del resto molto acutamente il Burke che in Inghilterra (dove, aggiungo io, è sempre stata ben viva l'idea della origine contrattuale dello Stato) "le più grandi battaglie per la libertà si combatterono su questioni riguardanti le tassazioni".

6. Il diritto a secedere, ancorché non previsto in Costituzione, è la logica conseguenza della idea volontaristica, "contrattuale" che sta alla base delle

comunità politiche per Cicerone, per Althusius, per Locke ed è ampiamente affermato nel pensiero democratico occidentale. L'istituto della secessione e il successivo *foedus* destinato a ricomporre consensualmente l'unità della *res publica*, caratterizza tipicamente l'esperienza romana repubblicana, ed è la logica conseguenza del fondamentale principio di *libertas*: *libera res publica* è un sintagma che esprime l'essenza stessa e il fondamento della comunità statale romana. La secessione è dunque uno straordinario strumento di libertà, “intesa come partecipazione al potere” del cittadino. La secessione, come già nel caso di Roma, riguarda tipicamente comunità caratterizzate da comunanza di interessi, e con una tipica identità sociale e culturale. Non casualmente la plebe aveva persino proprie divinità, propri luoghi a sè sacri -l'Aventino-, una specifica e distintiva connotazione sociale: ad esempio l'assenza di *conubium*.

L'identità sociale e culturale può oggi di volta in volta caratterizzarsi per peculiarità linguistiche, religiose, etniche, economiche, di organizzazione sociale e/o culturale, portatrici di una unità distintiva rispetto al resto della comunità nazionale. Al di là della previsione di norme repressive -essenzialmente l'art.241 c.p. “Attentati contro l'integrità, l'indipendenza o l'unità dello Stato”- e del dettato dell'art.5 della Costituzione sulla unità e indivisibilità della Repubblica, il principio contrattuale comporta la legittimità in linea di principio di una secessione attuata in presenza di fatti di particolare gravità, che pregiudichino gli interessi di comunità espressione di particolari identità sociali e/o culturali quali per esempio una persistente violazione del patto fiscale con una ingiustificata, continuativa e discriminatoria sottrazione di risorse necessarie per lo sviluppo del territorio e per la adeguata erogazione di servizi essenziali per la comunità, ovvero la violazione dei principi democratici di rappresentanza territoriale e di autogoverno.

7. Come reagire dunque all'indebolimento della sovranità popolare? Innanzitutto rafforzando gli istituti di democrazia diretta, attraverso una chiara riforma della Costituzione.

Prima ancora della istituzione di un difensore del popolo, che si inserisce pur sempre in uno schema di rappresentanza, vedrei necessario rendere obbligatoria la pronuncia del Parlamento sui disegni di legge di iniziativa popolare, innalzando ovviamente il numero di sottoscrizioni necessarie per la loro proponibilità.

Un altro passaggio importante è a mio avviso la eliminazione del quorum per la validità dei referendum popolari.

Ritengo poi ormai giunto il tempo per proporre anche per l'Italia la elezione popolare di un presidente della Repubblica, capo dell'esecutivo.

Veniamo invece a cosa potrebbe fare di estremamente utile un difensore del popolo.

Innanzitutto lo vedrei come un avvocato del popolo, piuttosto che un novello tribuno dotato di poteri negativi. Un avvocato del popolo che difenda i cittadini davanti agli abusi delle imprese private (penso soprattutto ai grandi gruppi, ai grandi colossi imprenditoriali) e agli abusi della pubblica amministrazione.

Due le obiezioni prevedibili: già esistono le authorities, e già esiste l'istituto della class action.

Le authorities hanno tuttavia un vizio originario: sono nominate dalla politica, sono talvolta luoghi di mediazione politica e non hanno una legittimazione ad agire in giudizio per difendere gli interessi dei singoli o dei gruppi.

La istituzione nel nostro ordinamento di una class action è stata senz'altro un passo avanti, ma innanzitutto la legge pone l'onere economico dell'azione sul cittadino, onere che per molti non è irrilevante.

La legge attuale ha inoltre alcuni difetti gravi che di fatto favoriscono le imprese. Ricordo, per esempio, la non impugnabilità dell'ordinanza che dichiara l'inammissibilità dell'azione di classe. Poiché la legge tace sulla sua impugnabilità, una parte della dottrina aveva ipotizzato l'esperibilità del rimedio del ricorso straordinario in Cassazione *ex art. 111 Cost.* Da ultimo, però, la Suprema Corte (SS.UU., 1° febbraio 2017, n. 2610) ha affermato che "L'ordinanza d'inammissibilità dell'azione di classe prevista dall'art. 140-bis d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 adottata dalla corte d'appello in sede di reclamo non è impugnabile con ricorso straordinario *ex art. 111*, settimo comma, *Cost.*, essendo il diritto azionato suscettibile di tutela attraverso l'azione individuale finalizzata ad ottenere il risarcimento del danno. Essa peraltro preclude la riproposizione dell'azione di classe da parte dei medesimi soggetti nei cui confronti è stata resa, ma non da parte di chi non abbia aderito all'azione oggetto di quella dichiarazione". Ciò di fatto costringe il privato -salvo che non abbia dato mandato ad associazioni di consumatori o a comitati cui partecipa- ad accollarsi le spese di un'azione civile di risarcimento del danno. Questa situazione consente inoltre alle imprese di accordarsi, promuovere una causa pilota e farla dichiarare inammissibile in modo da precludere la proposizione dell'azione collettiva da parte dei medesimi soggetti da cui è stata già proposta, rimanendo a questi solo l'azione individuale di risarcimento.

Dopo tre gradi di giudizio e sentenza della Cassazione favorevole ai consumatori che hanno promosso la class action, i singoli consumatori saranno sovente costretti ad avviare una seconda causa civile individuale con relativi nuovi tre gradi di giudizio, per ottenere quanto loro spetta, tramite l'esecuzione forzata delle sentenze relative alla causa collettiva. Se il consumatore

perde la causa, può essere obbligato a pagare oltre alle spese di lite, sia una somma per lite temeraria sia la pubblicizzazione della sentenza e può venire citato in giudizio per il risarcimento dei danni di immagine alla controparte.

8. In questo contesto potrebbe essere dunque utile la previsione di un difensore del popolo, eletto a livello regionale senza alcuna caratterizzazione partitica, che abbia la possibilità di agire direttamente in giudizio su ricorso di qualsiasi cittadino, ovvero di gruppi di cittadini, contro gli abusi di imprese e della pubblica amministrazione. L'azione, potendo cumulare una pluralità di ricorrenti, dovrebbe essere meramente risarcitoria onde evitare di porre a carico delle imprese oneri eccessivi. A questa legittimazione del difensore del popolo, potrebbe magari aggiungersi la previsione di pene private, sul modello romano e anglosassone, laddove sia invece il singolo danneggiato ad agire in giudizio, pene che dovrebbero essere liquidate in favore di coloro che si riconoscano intenzionalmente pregiudicati dal comportamento di grandi gruppi operanti in settori di oligopolio o dal comportamento colpevole della pubblica amministrazione.

A questo avvocato del popolo potrebbe essere attribuito anche un altro compito molto importante. Manca nel nostro ordinamento, nonostante se ne sia discusso molto in Costituente, la possibilità di agire direttamente per far rilevare la incostituzionalità di una norma di legge. La obiezione decisiva, già ben presente ai Costituenti, a chi chiedeva la previsione di un ricorso in via principale e non meramente in via incidentale, fu proprio fondata sul rischio di una paralisi della attività della Corte a seguito del prevedibile moltiplicarsi dei ricorsi. L'avvocato del popolo potrebbe avere il compito di promuovere, su istanza di un certo numero di cittadini, il giudizio di costituzionalità delle leggi di Stato e regioni. Si porrebbe fine al paradosso che per stabilire se una legge sia o meno costituzionale occorre prima violarne i precetti.

Siamo oggi al ricorrente bivio che la storia delle società organizzate pone: l'alternativa fra oligarchie sempre più sofisticate e invasive ovvero autentiche, ancorché realistiche e responsabili, forme di democrazia in cui i cittadini abbiano una volontà e una voce conseguente. Ci vuole una politica di spessore, che ahimé latita, e una visione strategica per resistere alle oligarchie e riaffermare la democrazia.

MARIANO PROTTO

Università di Torino

Tribunato e globalizzazione

1. Premessa. – 2. I tribuni della plebe. – 3. Il difensore civico come “guardiano” dei diritti fondamentali nei confronti dei nuovi poteri amministrativi. – 4. Tribunato e globalizzazione.

1. Premessa

Privatizzazione, liberalizzazione e, infine, globalizzazione sono fenomeni che hanno profondamente mutato la veste con cui si presenta il potere, mettendo in crisi gli istituti preposti dalle moderne costituzioni a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

Il potere pubblico perde i connotati tipici dell’autorità e la stessa forma pubblica per sostanzinarsi in forme privatistiche o, ancora più radicalmente, si assiste, al cospetto della globalizzazione, al declino del paradigma gerarchico che da sempre ha caratterizzato i poteri pubblici nazionali e all’assenza di regole generali in grado di governare l’organizzazione e il funzionamento dei poteri¹.

¹ La letteratura sulla globalizzazione giuridica è sterminata: *ex multis*, W. TWINING, *General Jurisprudence – Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge 2009; A. HALPIN, V. ROEBEN (cur.), *Theorising the Global Legal Order*, Oxford-Portland 2009; M.R. FERRARESE, *Prima Lezione di diritto globale*, Roma-Bari 2012; ID., voce *Globalizzazione del diritto*, in *Annali IV dell’Enciclopedia del diritto*, Milano 2011; ID., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000; J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit e l’état*, Paris 2003. Sulle diverse teorie della globalizzazione, v. W.I. ROBINSON, *Theories of Globalization*, in G. RITZER (cur.), *The Blackwell Companion*

La crisi dei tradizionali istituti di tutela del cittadino verso il potere induce a verificare se, rivisitando le intuizioni di Giuseppe Grosso², l'istituto del tribunato possa costituire un rinnovato baluardo delle libertà e dei diritti fondamentali.

2. I tribuni della plebe

Più di duemilacinquecento anni sono trascorsi dalla secessione della plebe sul Monte Sacro (493 a.C.), che condusse alla creazione dei tribuni della plebe³.

Il tribunato, costituendo una via privilegiata per valutare il ruolo della plebe nelle varie fasi della repubblica romana, è oggetto di larga discussione negli studi degli storici del diritto romano, cui conviene certamente rinviare⁴.

Più modestamente, uno degli aspetti che qui rileva è quello della genesi per così dire “rivoluzionaria” del tribunato, nell’ambito della lotta tra gli

to Globalization, Oxford 2007, 125 ss. Peraltro, la dottrina non è unanime nel prevedere il declino degli Stati e anzi, per certi versi, si sostiene che l’effetto della globalizzazione sia quello del loro rafforzamento (D. HELD, A. MCGREW, D. GOLDBLATT, J. PERRATON, *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture*, Cambridge 1999, 14 ss.). La dicotomia tra declino e rafforzamento degli Stati non rappresenta adeguatamente il fenomeno in atto. Comune e condivisa è invece l’opinione che la globalizzazione comporti una trasformazione della concezione dello Stato (M. SHAW, *Theory of the Global State: Globality as an Unfinished Revolution*, Cambridge 2000; S. LEIBFRIED, M. ZÜRN (cur.), *Transformations of the State?*, Cambridge 2005).

2 G. GROSSO, *Il diritto di sciopero e l’“intercessio” dei tribuni della plebe; Riflessioni su Tacito, Ann. 3, 27, su Livio Druso padre e figlio e sul tribunato della plebe e Sul tribunato della plebe*, tutti in G. GROSSO, *Scritti storico giuridici*, vol. I, Torino 2000. Sul tribunato, cfr. altresì L. POLVERINI, *Il tribunato della plebe*, in *Il pensiero politico*, a. XL, n. 2, 2008, 360 ss., con ricca bibliografia; A. MASTROCINQUE, *Aspetti del Tribunato della plebe alle origini della repubblica*, in *Index 3*, 1972, 224 ss.; A. GUARINO, *La rivoluzione della plebe*, Napoli 1977; G. LOBRANO, *Il potere del tribuno della plebe*, Milano 1983; W. EDER, *Zwischen Monarchie und Republik: Das Volkstribunat in der Frühen Römischen Republik*, in *Bilancio critico su Roma arcaica fra monarchia e repubblica (Atti dei Convegni Lincei)*, vol. C, Roma 1993, 97 ss.

3 Su tale ricorrenza v. P. CATALANO, G. LOBRANO, *Promemoria storico-giuridico del XXVII seminario internazionale di studi storici. Da Roma alla terza Roma*, Roma, 19-21 aprile 2007.

4 G. GROSSO, *Lezioni di storia del Diritto romano*⁵, Torino 1965, 79, critico sulle ricostruzioni fondate su una differenza etnica tra plebei e patrizi; ID., *Appunti sulla valutazione della plebe nella tradizione storiografica conservatrice*, in *Index 7*, 1977, 157 ss.

ordini patrizio e plebeo⁵.

L'accordo fu trovato riconoscendo alla plebe di dotarsi di propri rappresentanti inviolabili, ai quali spettasse il diritto di difendersi dai consoli, e prevedendo che a nessuno dei patrizi sarebbe stato permesso assumere questo ruolo⁶.

Il tribunato nasce quindi come risposta legale e costituzionale di un nuovo ordine che facesse fronte, anzitutto, alle intollerabili offese della nobiltà.

Sarà Machiavelli a tratteggiare in modo lucido ed irripetibile la genesi dei tribuni, osservando che: *“E però dopo molte confusioni, romori e pericoli di scandoli che nacquerò intra la Plebe e la Nobiltà, si venne per sicurtà della Plebe alla creazione de' Tribuni; e quelli ordinarono con tante preminenzie e tanta riputazione che poterono essere sempre dipoi mezzi intra la Plebe e il Senato, e ovviare alla insolenzia de' Nobili”*⁷.

Se la sicurezza della plebe è senza dubbio il compito primario e originario del tribunato, è proprio quell'essere “mezzi” tra la plebe e il Senato che ha attirato l'attenzione degli studi successivi e in cui si esprime quel fondamentale potere dei tribuni che era l'*intercessio*, espressione che appunto contiene il mettersi o stare “in mezzo”, il frapporsi o fare ostacolo, il potere d'“intercedere”, ossia di veto che, sulla base dello *ius auxilii*, arrestava il compimento di qualunque atto costituzionalmente rilevante degli organi cittadini, in origine specialmente del magistrato patrizio, pregiudizievole alla plebe o al singolo plebeo.

E' in questo straordinario potere che risiede il secondo aspetto rilevante in questa sede: potere che identifica non solo un ruolo solo “difensivo” della plebe, un “potere negativo”⁸, ma nella prospettiva machiavelliana un

5 J.C. RICHARD, *Les origines de la plèbe romaine*, Roma 1978, 3 ss. sulle diverse teorie sull'origine del dualismo patrizio-plebeo.

6 Dalla narrazione di Tito Livio (*Ab urbe condita*, II 33, 1), *“agi deinde de concordia coeptum, concessumque in condiciones ut plebi sui magistratus essent sacrosancti quibus auxilii latio aduersus consules esset, neue cui patrum capere eum magistratum liceret. ita tribuni plebei creati duo, C. Licinius et L. Albinus; hi tres collegas sibi creauerunt. in his Sicinium fuisse, seditionis auctorem; de duobus, qui fuerint, minus conuenit. Sunt qui duos tantum in Sacro monte creatos tribunos esse dicant, ibique sacratam legem latam”*.

7 N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, con *Introduzione* di G. Sasso, Milano 1984, I.3. Su tale riflessione, v. *amplius* M. REALE, *Machiavelli, Discorsi*, I, 3: *«quali accidenti facessero creare in Roma i Tribuni della plebe»*, in M. FAILLA, F. TOTO (cur.), *Per una politica del concreto. Studi in onore di Roberto Finelli*, Roma 2017, 11 ss.

8 Questa connotazione negativa del potere di *intercessio* ha caratterizzato solo la prima fase del tribunato, come ampiamente dimostrato da G. GROSSO, *Appunti sulla valutazione cit.*, e senza dubbio caratterizza la storiografia ottimatizia (in Livio vedi già in *Ab urbe cond.*, II, 1, 5).

presidio a “guardia della libertà”, un potere quindi più ampio della semplice intercessione difensiva.

E’ stato Rousseau ad individuare nel tribunato il *conservateur des lois et du pouvoir législatif* con il compito talvolta di servire à *protéger le souverain contre le gouvernement, comme faisaient à Rome les tribuns du peuple*⁹, osservando altresì come la sua istituzione costituisca il *plus ferme appui d’une bonne constitution*.

Al tribunato viene definitivamente riconosciuto il ruolo di *difensore delle leggi*, inteso come difensore della volontà dell’universalità dei cittadini sovrani, quindi una funzione non meramente giurisdizionale, ma politica in senso pieno.

Come noto, il tribunato si è eclissato durante l’esperienza dello Stato di diritto, in cui l’idea di un’istituzione impeditiva si trasforma nel semplice controllo di costituzionalità nell’ambito della divisione dei poteri, tanto che le Costituzioni liberali del tempo respinsero sostanzialmente ogni istituzione di tipo tribunizio, nonché il diritto di resistenza¹⁰.

Altrettanto noto è che, nel corso del XX Secolo, il tribunato torna prepotentemente in molti discorsi attorno alla crisi dello Stato e del modello di separazione dei poteri adottato dal costituzionalismo liberale, che hanno accompagnato la diffusione di istituzioni quali lo *ombudsman*, il *defensor del pueblo*, il difensore civico, in cui non è difficile scorgere reminiscenze del potere tribunizio.

3. Il difensore civico come “guardiano” dei diritti fondamentali nei confronti dei nuovi poteri amministrativi

Non è questa la sede per l’analisi della disciplina e dei poteri riconosciuti al difensore civico¹¹, non potendo peraltro esimersi dall’evidenziare gli alti e

9 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, nell’edizione di Amsterdam del 1762, Libro V, cap. V, 278, prosegue così nel descrivere il tribunato: “*le Tribunal n’est point une partie constitutive de la cité, et ne doit avoir aucune portion de la puissance législative ni de l’exécutive: mais c’est en cela même que la sienne est plus grande: car, ne pouvant rien faire, il peut tout empêcher. il est plus sacré et plus révééré, comme défenseur des lois, que le prince qui les exécute, et que le souverain qui les donne. C’est ce qu’on vit bien clairement à Rome, quand ces ers patriciens, qui méprisèrent toujours le peuple entier, furent forcés de fléchir devant un simple officier du peuple, qui n’avait ni auspices ni juridiction*” (279).

10 P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971, 40.

11 Sulla figura del difensore civico nel diritto nazionale, cfr. *ex multis*, A. CAPUTO, *Un difensore civico per la repubblica. Difesa dei diritti dell’uomo e del cittadino nell’Unione*

bassi della legislazione in materia tra soppressioni e ripensamenti, come la recente istituzione del difensore civico digitale¹².

Appare invece opportuno occuparsi più limitatamente del ruolo del difensore civico a fronte della mutazione del potere pubblico in forme privatistiche, che non attengono solo alla veste dell'ente, ma al sempre più frequente ricorso al diritto privato.

Tale mutazione sta alla base della recente autorevole prospettazione di un nuovo diritto comune¹³, inteso come il diritto delle tecniche di tutela degli interessi, indifferente alla loro natura pubblica e privata e rimesso alla scelta del legislatore, di talché «quando il legislatore, cioè la volontà politica, decide di tutelare un interesse mercé una data tecnica, è superfluo domandarsi se quell'interesse sia pubblico o privato» e ciò perché «non c'è, né ci fu in epoche del passato, un catalogo di interessi privati o di interessi pubblici [...] ciò che è privato oggi può divenire pubblico domani; ciò che è pubblico oggi può divenire privato domani»¹⁴.

Si prospetta così un diritto comune non come diritto del codice civile, ma come diritto della molteplicità dei corpi normativi, un diritto dei mezzi e non dei fini, un diritto «delle tecniche di scelta di protezione, di rifiuto o di accoglimento nelle forme di tutela giurisdizionale».

Peraltro, è evidente che la scelta del legislatore di individuare la tecnica del diritto privato per lo svolgimento dell'attività amministrativa comporta la perdita di un sistema di disciplina più articolato: assoggettamento della decisione dell'amministrazione ai principi di corrispondenza fra decisione e fine legale, imparzialità, ragionevolezza, rilevanza di interessi di terzi, la fruibilità di tutela in forma specifica.

Si tratta del sistema disciplinare edificato storicamente sulla tecnica prima dell'atto amministrativo¹⁵ e poi della funzione amministrativa, ma che,

Europea, Soveria Mannelli 2012; M. SICA, *Il difensore civico nell'ordinamento regionale*, Milano 1993 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

12 Cfr. il nuovo comma 1 *quater* aggiunto all'art. 17 Codice dell'amministrazione digitale dal d.lgs. n. 179 del 2016.

13 La dottrina (M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*, 1967, ora in *Scritti giuridici*, V, Milano, 723) in passato aveva già rilevato che: «diritto pubblico e diritto privato nel senso tradizionale del termine sono due episodi marginali: in mezzo ai quali c'è tutta una realtà che non si può definire né di diritto pubblico né diritto privato: appunto il diritto comune». Sul ruolo di Giannini nel rilancio della prospettiva del "diritto comune", cfr. U. ALLEGRETTI, *Il valore della costituzione nella cultura amministrativistica*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 771 e 782.

14 N. IRTI, *Prefazione* a V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011, IX ss.

15 D. SORACE, *Promemoria per una per una nuova "voce": Atto amministrativo*, in *Scritti*

ove ad essa si sostituisca la tecnica del contratto e dell'obbligazione, imporrebbe la necessità non di meno ma di più regole¹⁶ per compensare quella perdita disciplinare¹⁷.

Tale perdita di tutela degli interessi e dei diritti dei cittadini, richiederebbe una apposita normazione in grado di attribuire rilevanza agli interessi di terzi che non avrebbero cittadinanza nel diritto privato e che rimetterebbe, in definitiva, al legislatore la scelta di quali interessi tutelare, non escludendosi tuttavia la possibilità di una revisione degli istituti del diritto privato volta ad attribuire rilevanza ai diritti dei terzi¹⁸.

In particolare, ciò richiederebbe il definitivo e generalizzato accoglimento della cd. *Drittwirkung* dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati, quale è il rapporto che si viene a configurare tra il cittadino e l'ente privatizzato¹⁹.

Si tratterebbe peraltro di un'evoluzione rispetto alla quale dottrina e giurisprudenza mostrano ancora cospicue perplessità, di qui l'esigenza sopra evidenziata che sia lo stesso legislatore ad attribuire rilevanza e, quindi, giustiziabilità alle posizioni del cittadino.

A fronte di tali difficoltà sembra invece possibile prospettare un nuovo ruolo del difensore civico che ne valorizzi l'eredità tribunizia di essere "mezzo" tra il cittadino ed il potere, in ragione della quale esso può intervenire direttamente nel rapporto amministrativo²⁰, indipendentemente dalla

in onore di M.S. Giannini, vol. III, Milano 1988, 745 ss. in part. 765 ss.

16 C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pub.*, 1995, 393 ss., *passim*.

17 Sugli effetti della logica privatistica della libertà e dell'autonomia sulla recente crisi finanziaria e sulla riproposizione, seppure in termini nuovi ed originali, della centralità della logica pubblicistica, cfr. L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, in F. BRESCIA, L. TORCHIA, A. ZOPPINI, *Metamorfosi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Napoli 2012, 57 ss.; C. HARLOW, *The « Hidden Paw » of the State and the Publicisation of Private Law*, in D. DYPREHAUS, M. HUNT, G. HUSCROFT (cur.), *A Simple Common Lawyer. Essays in honour of M. Taggart*, Oxford-Portland 2009, 75 ss.

18 C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni cit.*, 418.

19 Cfr. V. ROPPO, *Il Contratto*², Milano 2011, 78, il quale, con la consueta limpidezza, riferisce di una "applicazione diretta" delle norme costituzionali e aggiunge che: «(...) Le norme imperative (...) possono risultare non solo dalle leggi ordinarie, ma anche dalla Costituzione». In merito, si è osservato che non mancherebbe del tutto la mediazione della legge ordinaria: il punto è chiarito da C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, 41. Sulla questione della *Drittwirkung* cfr. da ultimo E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 878 s.

20 Per il nuovo corso della riflessione sul rapporto amministrativo si veda A. PIRAS,

natura pubblica o privata della disciplina del rapporto medesimo.

Proprio tale primigenia caratteristica, sembra collocare pienamente il difensore civico nell'ambito del rapporto amministrativo, definibile come *sistema proiettato nel tempo delle relazioni giuridicamente rilevanti, bipolari e multipolari, esterne e interne, che si instaurano tra pubbliche amministrazione e privati in relazione all'esercizio della funzione amministrativa e alla tutela dei diritti fondamentali*²¹.

Interesse legittimo e giudizio amministrativo, Milano 1962, *passim*; M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss., e II, *ivi*, 1964, in part. 12 ss., ora in M.S. GIANNINI, *Scritti giuridici*, vol. V (1963-1969), Milano 2004, 223 ss., in part. 271; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano 1970, 255 ss.; G. BERTI, *Il «rapporto amministrativo» nella costituzione giuridica dello Stato*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. II, Roma 1977; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano 1980; M. NIGRO, *Ma cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Scritti giuridici di Mario Nigro*, vol. III, Milano 1996, 1881 ss.; F.G. COCA, voce *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma 1989, 11; *Id.*, *Caratteri generali del processo amministrativo*, in F.G. COCA (cur.), *Giustizia amministrativa*, Torino 2003, in part. 146; più recentemente A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, Padova 2001, 485 ss.; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino 2000, in part. 65; G.D. COMPORTI, *Amministrazione e cittadino*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (cur.), *Persona e amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino 2004, 3 ss.; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino 2005, *passim*, in part. 286 ss.; L. GIANI, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza*, Napoli 2005; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, Torino 2005, 36 e V. ANTONELLI, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova 2008, 7 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino 2008, 255.

21 M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano 2008, 6 e 106 ss., ove ulteriori precisazioni sul carattere meramente descrittivo della definizione, che deriva dalla collazione delle definizioni finora elaborate dalla dottrina tedesca, in particolare della definizione di rapporto amministrativo di H.J. WOLFF, O. BACHOF, R. STROBER, *Verwaltungsrecht*¹⁰, vol. I, München 1994, 403: «Oberbegriff für alle zwei- und mehrseitigen Außen- und Binnen- beziehung zwischen der Verwaltung und einer Zivilperson, welche die sich aus einer rechtlichen Regelung ergebenden gegenseitigen Rechte und Pflichten betreffen und der Verwirklichung der besonderen Aufgaben des Verwaltungsrechts als auch der Grundrechte der davon Betroffenen dienen sollen. Darüber hinaus handelt es sich auch bei Rechtsbeziehungen zwischen einzelnen Verwaltungsträgern um Rechtsverhältnisse» e di quelle più orientate alla dimensione temporale di P. HÄBERLE, *Das Verwaltungsrechtsverhältnis – eine Problemskizze*, in *Die Verfassung der Pluralismus. Studien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Regensburg 1980, 248 ss., in part. 264: «Das VRV ist [...] ein

Se si accetta tale prospettiva, il rapporto amministrativo diventa la sede per l'attuazione concreta, nella materialità della relazione, dei diritti fondamentali con riferimento alla realtà fenomenica del rapporto tra amministrazione e cittadino ed indipendentemente dalla disciplina applicabile.

La privatizzazione implica infatti il superamento dei tradizionali modelli dell'ente pubblico, del potere amministrativo e del provvedimento e del procedimento amministrativo e quindi dei consueti mezzi di tutela giurisdizionali fondati su tali modelli e, al tempo stesso, mette a nudo il rapporto diretto tra il potere e il cittadino che proprio quei modelli avevano in passato contribuito ad oscurare.

Ed è direttamente nella relazionalità del rapporto amministrativo che si può svolgere la tutela del difensore civico, che proprio per essere "mezzo" tra il cittadino e il potere pubblico ormai diventato privato potrà patrocinare, più del giudice, i diritti e le libertà fondamentali del primo contro il secondo.

4. Tribunato e globalizzazione

Se la privatizzazione degli apparati pubblici ha reso particolarmente attuale la questione della tutela dei diritti fondamentali nei confronti di poteri (divenuti) privati, il crescente fenomeno della globalizzazione ha contribuito a complicare ulteriormente la situazione, ponendo la necessità di attribuire ai diritti fondamentali non soltanto un ruolo negativo di difesa, ma una funzione positiva nell'ambito di regimi non più pubblici, ma ormai governati dal diritto privato.

Mentre condivisa è la constatazione dell'inadeguatezza di fronte alla globalizzazione del costituzionalismo contemporaneo, ancora troppo legato ad una visione stato-centrica²², diverse sono invece le tesi che intendono rispondere alla sfida del costituzionalismo senza Stato.

*Bezugsrahmen für die beidseitigen Rechte und Pflichten von Bürger bzw. Verwaltung, und es bildet eine offene Struktur in der Zeit. Es konstituiert den Gesamtzusammenhang, die „Summe“ für eine Fülle von Einzelelementen mit (Teil-)Rechten und Pflichten im „Administrativrecht“» e H.G. HENNEKE, *Informelles Verwaltungshandeln im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht*, in *NuR*, 1991, 267 ss., in part. 274, secondo cui «Unter einem Rechts- verhältnis ist ein zusammenhängendes, au Dauer angelegtes bzw. sich entwickelndes System verschiedener Rechte und Pflichten, Befugnisse und Lasten zwischen zwei oder mehreren Rechtssubjekten zu verstehen».*

22 D. GRIMM, *The achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (cur.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, 3 ss.; M. LOUGHLIN, *What Is Constitutionalisation?*, ivi, 47 ss.; C. FRIED, *Constitutionalism, Privatization, and Globalization*, in *Cardozo Law Review*, 2010, 1091 ss.

Un consiglio sicuramente accettabile è quello di evitare l'errore di ritenere che la globalizzazione sia un fenomeno che interessa solo l'economia e di considerare che, invece, il carattere naturalmente policentrico della globalizzazione coinvolga necessariamente molteplici sottosistemi della vita sociale, alcuni dei quali tradizionalmente governati secondo una logica pubblicistica all'interno degli Stati, come la scienza, la cultura, la tecnologia, la salute, il settore militare, i trasporti, il turismo e lo sport, ed inoltre, sebbene con un certo ritardo, la politica, il diritto e il *welfare*.

Tali sottosistemi, ormai globalizzati, stanno sviluppando un'esorbitante richiesta di norme giuridiche e, poiché le tradizionali istituzioni nazionali o internazionali non riescono a far fronte a tale richiesta, essa viene soddisfatta attraverso un autonomo ricorso al diritto, ossia alla creazione di "regimi giuridici privati a carattere globale", con proprie fonti del diritto, che si situano al di fuori delle sfere di produzione normativa nazionale e dei trattati internazionali.

Destinato a tramontare il tentativo di elaborare un'unica Costituzione applicabile a livello globale²³ si prospetta quindi la creazione di molteplici e differenziate "costituzioni civili" nell'ambito di un diritto globale senza Stato²⁴, cui fa *pendant* l'abbandono della legge e del provvedimento per il contratto²⁵.

Ma qui il problema non è solo e soltanto riconoscere che i diritti fondamentali abbiano un'efficacia orizzontale diretta nell'ambito di rapporti che ormai, a livello globale, hanno solamente natura privatistica, ma quello di attribuire prima di tutto ai diritti fondamentali cittadinanza globale e una dimensione istituzionale.

Secondo alcuni osservatori, la fonte dei diritti fondamentali nel diritto globale sarebbe costituita dalla *colère publique*²⁶: tale osservazione, sebbene criticata da parte di altra dottrina, trova conferma nella prassi, per la quale lo scoppio di uno scandalo sulle pratiche discutibili delle imprese multinazionali determina diffusi movimenti di protesta e, in alcuni casi, ha condotto giudici nazionali ed internazionali a riconoscere tutela ad individui anche nei confronti di attori privati multinazionali²⁷.

23 Tesi accolta, tra gli altri, anche da filosofi politici come J. HABERMAS, *La costituzionalizzazione del diritto internazionale ha ancora una possibilità*, in Id., *L'Occidente diviso*, Roma-Bari 2005, 107 ss.

24 G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano 2012, *passim*.

25 F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005, 93 ss.

26 E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Torino 1999, 99 ss.

27 Cfr. ampiamente la casistica riportata in D. OLIVER, J. FEDTKE (cur.), *Human Rights*

Peraltro la logica per così dire “curiale”, ossia il ritenere che comunque vi sarà un giudice che, nell’ambito di una controversia, potrà tutelare il diritto dell’individuo nei confronti di una multinazionale, si appalesa insoddisfacente perché all’interno di un procedimento giudiziario, confrontare un diritto fondamentale dell’individuo contro una multinazionale risulta del tutto inadeguato.

Infatti, in tale logica, si dovrebbe concludere che i diritti fondamentali non avrebbero statuto fin dall’inizio, ma solo in ragione della loro violazione e della conseguente reazione di indignazione e, infine, della sanzione giudiziaria.

Nell’ambito di costituzioni civili auto-prodotte a livello globale è necessario spostare l’effettività del diritto fondamentale dal carattere episodico dei rapporti interpersonali al superiore livello istituzionale, affinché tale diritto diventi esso stesso limite e criterio funzionale per l’esercizio di poteri da parte degli attori transnazionali.

Se, quindi, la lotta per i diritti fondamentali nella globalizzazione non potrà avvenire solamente nell’agone giudiziario, pare sensato prospettare la possibilità che possano diffondersi istituti a livello globale con le caratteristiche e prerogative proprie del tribunato.

L’istituzione potrebbe avvenire proprio sull’onda dei sopra richiamati movimenti di protesta, in ragione di quella genesi “rivoluzionaria” che ha caratterizzato storicamente la nascita del tribunato.

Non si tratterebbe della reazione della plebe all’*insolentia de’ Nobili*, ma alle pratiche degli attori globali contrarie ai diritti fondamentali degli individui, che potrebbe condurre alla creazione di istituzioni tribunizie, il cui fine certo sarebbe quello di tutela dei diritti, peraltro secondo meccanismi diversi da quelli giudiziari.

Tali istituzioni potrebbero svolgere, come in passato, una missione politica in senso ampio rispetto all’episodicità della decisione del giudice, nel senso che il loro intervento non sarebbe limitato alla soluzione del singolo conflitto interindividuale, ma avrebbe gli effetti di concorrere ad istituzionalizzare i diritti fondamentali nell’ambito di costituzioni globali frammentarie e differenziate.

and the Private Sphere: A Comparative Study, New York 2007; D. DE SCHUTTER (cur.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford 2006; S. JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights*, Oxford 2004.

SEBASTIANO FARO

*Direttore dell'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR,
Firenze*

GIANCARLO TADDEI ELMI

*Associato dell'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR,
Firenze*

Il progetto “Portale telematico della difesa civica”

1. Il progetto. – 2. Le ragioni di interesse dell'Ittig. – 3. Linee essenziali della proposta progettuale. – 4. Attualità della proposta.

1. Il progetto

La partecipazione a queste *Segundas Jornadas Ítalo-Latinoamericanas de Defensores Cívicos y Defensores del Pueblo* rappresenta l'occasione di ripresentare, e speriamo di dare nuovo impulso, a un progetto elaborato alcuni fa da Antonio Cammelli ed Elio Fameli, valorosi colleghi ricercatori dell'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del Consiglio Nazionale delle Ricerche (Ittig), istituto nato con il nome di Istituto per la Documentazione Giuridica (Idg), di Firenze.

Il progetto, riguardante la costruzione di un Portale telematico della difesa civica a livello italiano, comunitario e internazionale, è stato presentato la prima volta nel 2007 nel Seminario di Studi “Giuramento della Plebe al Monte Sacro. MMD Anniversario”, Roma, 15-18 dicembre 2007 (A. Cammelli, E. Fameli, *La tutela dei diritti dei cittadini nella società dell'informazione e della comunicazione. Per un Progetto operativo sul Difensore civico*) e poi, ancora, nel II Seminario di studi “Tradizione repubblicana romana”, orga-

nizzato dal CNR (Unità di Ricerca “Giorgio La Pira”) e dall’Università di Roma “La Sapienza”, Roma, 15-17 dicembre 2008 (A. Cammelli, E. Fameli, *Sistemi informativi per la Difesa Civica*) e nel Seminario di Studi “Difesa dei diritti dei cittadini” tenutosi nel giugno 2010 a Valmontone, organizzato dall’Unità di Ricerca “Giorgio La Pira” del CNR (A. Cammelli, *La Regione Toscana per la difesa civica. Il progetto CNR per un Portale telematico*).

Riprendiamo oggi il progetto soffermandoci su tre aspetti: (i) le ragioni di interesse dell’Ittig; (ii) le linee essenziali della proposta progettuale; (iii) attualità e prospettive del progetto.

2. Le ragioni di interesse dell’Ittig

Originariamente fondato, nel maggio 1968, per proseguire l’Opera del vocabolario giuridico italiano, l’Idg allargò presto la sua attività a partire dagli anni Settanta, orientandosi dapprima alla documentazione con strumenti informatici della dottrina giuridica italiana e poi alla documentazione automatica della legislazione e della giurisprudenza, alle applicazioni dell’informatica e dell’allora emergente campo dell’intelligenza artificiale alla scienza del diritto e ai vari campi della pratica giuridica (Informatica giuridica in senso stretto) e, in parallelo, allo studio delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione come oggetto di regolazione giuridica, *de iure condito* e *de iure condendo* (Diritto dell’informatica).

Grande attenzione è stata quindi dedicata, fin dai primi anni di attività dell’Idg/Ittig, alla costruzione di archivi e banche dati elettroniche che consentissero la raccolta e il reperimento dei dati giuridici normativi, giurisprudenziali e dottrinari. Una delle principali imprese messe in cantiere dall’Idg all’inizio degli anni Settanta è stata la “Banca dei Dati bibliografici di interesse giuridico”, poi diventata la banca dati DoGi – Dottrina Giuridica, ancora oggi esistente e costantemente aggiornata, destinata alla selezione dei contributi pubblicati nei periodici giuridici e alla redazione di relativi abstract arricchiti di descrittori classificatori del contenuto. La banca dati, di carattere generale, riguardante tutti i settori giuridici, veniva messa a disposizione degli studiosi, degli operatori del diritto e in generale di chiunque fosse interessato a conoscere la letteratura giuridica su uno specifico tema di interesse. Un sistema di interrogazione dotato di tecniche logico-booleane e morfologiche e di strumenti semantici (schema di classificazione) permetteva di ricercare il dato dottrinario attraverso qualsiasi termine utilizzato nell’abstract e attraverso le informazioni strutturate nel documento.

In un articolo pubblicato nel primo numero della Rivista dell’Istituto *Informatica e Diritto* (1975) dal titolo *Democraticità dell’informazione*

giuridica e informatica, Luigi Lombardi Vallauri sosteneva con forza che compito dell'informatica doveva essere quello di avvicinare l'informazione giuridica al cittadino oltre che all'esperto in modo da favorire la conoscenza delle norme giuridiche da parte dei non addetti ai lavori, che sono in realtà i veri destinatari delle norme; nella analisi-esortazione di Lombardi Vallauri tutta l'intrapresa informatico giuridica deve tendere ed essere orientata al cittadino sia sotto il profilo della accessibilità sia sotto quello della comprensibilità: "l'informatica giuridica o è democratica o non é".

Sulla base di questa esortazione si sono sviluppate presso l'Istituto linee di ricerca che mirano a progettare strumenti informatici di elaborazione, organizzazione e presentazione delle informazioni giuridiche, strumenti che aiutino e orientino il cittadino verso le informazioni di interesse e quindi volti a garantire un accesso aperto, libero, efficace ed effettivo alle fonti del diritto, ben oltre un mero accesso formale; strumenti tanto più indispensabili quanto più cresce, e diventa caotica, e difficilmente gestibile, la massa delle informazioni disponibili nella rete Internet.

Alla banca dati bibliografica di carattere generale si sono affiancate nel tempo altre banche dati specialistiche dedicate a temi settoriali di particolare interesse quali i diritti fondamentali della persona, il diritto alla vita e il diritto dell'ambiente: una Bibliografia sulla interruzione della gravidanza e il diritto alla vita (BIG), una sulla Vita indipendente per le persone con disabilità (VIPD) e una sul Diritto dell'ambiente e all'informazione ambientale (BIGA).

In questo contesto scientifico-culturale e in questo quadro di imprese, dirette a fornire al cittadino informazioni sui diritti fondamentali e sulla loro tutela, si innesta, negli anni 2000, il progetto sulla difesa civica che tiene conto della nuova tecnologia informativa digitale globale costituita dalla Rete.

3. Linee essenziali della proposta progettuale

Riprendiamo brevemente le linee essenziali del progetto sulla difesa civica elaborato negli anni 2007-2010, citando alcuni passi del lavoro di Cammelli del 2010.

Si propone la creazione di un sistema informativo (portale documentario) che "avrebbe il compito precipuo di far circolare informazione non solo fra i difensori stessi, ma anche verso i cittadini che sono i destinatari privilegiati di questa istituzione".

Il contributo dell'Ittig riguarderebbe i contenuti ma soprattutto le metodologie\tecnologie per lo sviluppo del portale.

"Un primo passo potrebbe essere quello di enucleare, all'interno dell'in-

gente mole documentaria gestita dall’Istituto, un set di dati potenzialmente già accessibile, ma anche di fornire a un’utenza generalizzata chiavi di ricerca concettuale capaci di reperire dati specialistici all’interno di ingenti raccolte elettroniche di dati giuridici tipologicamente differenziati (legislativi, giurisprudenziali, dottrinali). Nella prospettiva delineata sembra, anzi, si debba privilegiare il profilo strumentale rispetto a quello meramente contenutistico e informativo. Infatti come è stato ormai ampiamente dimostrato negli studi di valutazione dei sistemi informativi giuridici, le carenze lamentate riguardano gli strumenti per il reperimento concettuale dell’informazione giuridica specialistica (thesauri, indici semantici, ontologie), piuttosto che la quantità e la qualità della massa documentaria disponibile.

Le tappe di un progetto operativo nel campo della difesa civica nazionale potrebbero partire dalla semplice raccolta documentaria per poi procedere verso la costruzione di strumenti semantici per l’organizzazione e il reperimento concettuale dell’informazione specialistica...”.

Come prima fase di sviluppo del progetto veniva proposta la realizzazione di un Osservatorio telematico della difesa civica, con la creazione, gestione e aggiornamento di una base di dati, liberamente accessibile, contenente la descrizione dei siti web disponibili in Rete, creati dai difensori civici locali oltre che di quelli corrispondenti ai livelli di coordinamento esistenti, osservatorio da integrarsi con una serie di servizi informativi utilizzabili in Rete. “In seguito, la base documentaria dovrebbe essere integrata mediante lo sviluppo di una fitta rete di collegamenti ipertestuali ai materiali normativi, giurisprudenziali e dottrinali pertinenti, oltre che alle banche dati relative alle diverse tematiche coinvolte, in modo da procedere gradualmente alla realizzazione di un vero e proprio ‘Portale nazionale della Difesa civica’, sempre nella prospettiva di poter avere strumenti certi di tutela del cittadino”, per garantirgli di esercitare compiutamente i diritti che gli sono riconosciuti.

4. Attualità della proposta

Da quando il progetto è stato presentato per la prima volta lo scenario in cui il Portale nazionale della difesa civica si verrebbe ad inserire è cambiato da due diversi punti di vista; da un lato, è ulteriormente, e notevolmente, cresciuta la presenza in Rete di siti web, di pagine e informazioni disponibili per i cittadini in materia di difesa civica, a partire dal sito web del Coordinamento Nazionale dei Difensori Civici delle Regioni e delle Province autonome, che rinvia, fra l’altro, ai siti web dei difensori regionali; dall’altro lato, si è modificata ed è in evoluzione la stessa realtà della difesa civica in Italia: mentre nel 2010 si è assistito a un ridimensionamento

degli uffici con l'abolizione del Difensore civico comunale, oggi una recente modifica del Codice dell'amministrazione digitale prevede l'istituzione presso l'Agenzia per l'Italia Digitale – AgID – dell'ufficio del “difensore civico per il digitale, a cui è preposto un soggetto in possesso di adeguati requisiti di terzietà, autonomia e imparzialità”. Chiunque può presentare al difensore civico per il digitale, attraverso una apposita area del sito istituzionale dell'AgID, segnalazioni relative a presunte violazioni del Codice e di ogni altra norma in materia di digitalizzazione e innovazione della pubblica amministrazione.

Rimane però ferma la necessità di approntare strumenti che consentano effettivamente a tutti i cittadini di avere accesso alle informazioni sulla difesa civica e sul modo in cui i loro diritti possono essere tutelati dal difensore civico.

Ci limitiamo ad alcuni esempi di simili strumenti sulla base delle recenti esperienze di ricerca dell'Ittig.

Un sistema informativo sulla difesa civica potrebbe mettere a disposizione strumenti che rendano più facilmente comprensibili ai cittadini i diritti sostanziali di cui sono titolari e le diverse fasi delle procedure per garantire la tutela di tali diritti attraverso schede informative che utilizzino un linguaggio semplificato (in relazione al lessico utilizzato e al livello di complessità della frase) e rappresentazioni grafiche: è quanto l'Ittig studia e realizza da anni, ad esempio, nell'ambito del progetto *PAeSI – Pubblica amministrazione e Stranieri immigrati*, progetto che ha portato alla realizzazione di un sito che rende disponibili le informazioni sulla normativa in materia di immigrazione attraverso schede dedicate a specifici temi di interesse scritte in un linguaggio che sia comprensibile a utenti che non parlano l'italiano come lingua madre – quindi utilizzando principalmente termini dell'italiano di base – con evidenti ricadute positive di questa opera di semplificazione anche per i madrelingua che non abbiano specifiche competenze o che abbiano un basso livello di scolarizzazione.

Altri possibili strumenti a supporto dei cittadini sono rappresentati da liste di controllo. Si tratta di strumenti interattivi che, con riferimento al nostro tema, attraverso domande cui l'utente deve dare risposta guidano quest'ultimo lungo percorsi volti a definire se esistano le condizioni sostanziali e procedurali, nel caso specifico, per rivolgersi al difensore civico (una simile *checklist*, relativamente all'applicazione della Carta europea dei diritti fondamentali, è stata sviluppata dall'Ittig nell'ambito del progetto “*Don't knock on the wrong door: CharterClick! A user-friendly tool to detect violations falling within the scope of the EU Charter of Fundamental Rights*”).

Riteniamo quindi rimanga intatta l'intuizione della necessità di un sistema informativo che, in primo luogo, rappresenti un punto di accesso unifi-

cato all’informazione giuridica in materia di difesa civica; che, in secondo luogo, raccolga, organizzi e renda accessibile documentazione di vario genere di interesse per la difesa civica; e che, in terzo luogo, integri strumenti informatici, anche interattivi, che aiutino il cittadino a comprendere le norme e le procedure per la tutela dei propri diritti. Tale sistema sarebbe in grado di rispondere alla sfida delineata nella Relazione 2014-2015 del coordinamento difesa civica nazionale là dove si legge “sappiamo che l’istituto della difesa civica in Italia, proprio per l’originalità del suo percorso (dal locale, in prossimità del cittadino al centrale, al momento alcune regioni) deve farsi conoscere ancora meglio”. Sarebbe inoltre un contributo a quel circolo virtuoso – evocato dal mediatore europeo – in cui cittadini informati presentino denunce ben motivate e ragionevoli, auspicando una risoluzione rapida e appropriata.

Carta di Torino per una nuova Difesa civica

Considerati i risultati raggiunti nelle *Segundas Jornadas Ítalo-Latinoamericanas de Defensores Cívicos y Defensores del Pueblo*, celebratesi a Torino, i giorni 8-9 settembre 2016;
in ideale continuazione con la *Declaración de Buenos Aires*, approvata in occasione delle *Primeras Jornadas Ítalo-Latinoamericanas de Defensores Cívicos y Defensores del Pueblo*, celebratesi a Buenos Aires, i giorni 11-12 settembre 2008;

si approva la seguente:

CARTA DI TORINO PER UNA NUOVA DIFESA CIVICA

Premesso:

- 1) che la Difesa civica attiene all'area di rilievo intrinsecamente costituzionale di protezione dei diritti dell'uomo e si colloca nella tradizione giuridica romanista, a partire dal tribuno della plebe e dal *defensor civitatis*, sviluppata modernamente nel pensiero democratico di Jean-Jacques Rousseau;
- 2) che per diritti fondamentali si intendono in particolare: i diritti alla vita, alla libertà, alla salute, all'abitazione, all'istruzione, al lavoro e all'assistenza sociale, nonché il diritto al reclamo contro discriminazioni, abusi, disservizi, che offendano la dignità dell'uomo.

Si propone il seguente modello di Difensore civico:

I.

- 1) il Difensore civico è magistrato eletto dal popolo in ambiti nazionale, regionale e municipale;
- 2) la sua carica è quinquennale, rinnovabile una sola volta;
- 3) è magistrato con funzioni non giurisdizionali, bensì prescrittive, di persuasione, sollecitazione e interdizione, titolare di un potere negativo nei confronti delle pubbliche amministrazioni che attentino ai diritti fondamentali, la cui protezione è onere delle stesse.

II.

Nel caso in cui all'attività di persuasione e di sollecitazione non seguano atti di ottemperanza delle pubbliche amministrazioni in grado di ristabilire sostanzialmente il godimento dei diritti fondamentali lesi e il rispetto del principio di buona amministrazione, il Difensore civico può:

- 1) paralizzare ogni atto amministrativo che assuma lesivo dei diritti fondamentali dei cittadini, richiedendone la motivazione che dovrà essere notificata entro 30 giorni a pena di inefficacia dell'atto;
- 2) agire in giudizio contro le pubbliche amministrazioni a tutela dell'interesse generale al buon andamento dell'attività amministrativa;
- 3) sostituirsi alle pubbliche amministrazioni in caso di inerzia;
- 4) agire in giudizio per la tutela antidiscriminatoria.

III.

L'attività del Difensore civico, dotato di autonoma legittimazione processuale nell'esercizio delle sue funzioni, è insindacabile.

Il Difensore civico potrà agire e intervenire nei confronti di tutte le pubbliche amministrazioni, coordinandosi con ogni altro Difensore civico territoriale e con il Difensore civico nazionale.

Si chiede pertanto al potere legislativo:

- 1) che la difesa civica venga riconosciuta quale istituzione autonoma e indipendente di rango costituzionale;
- 2) che essa abbia una diffusione anche a livello municipale.

Redatta e sottoscritta dai Membri del Comitato organizzatore delle *Segundas Jornadas Italo-Latinoamericanas de Defensores Civicos y Defensores del Pueblo*:

ANTONIO CAPUTO, già Presidente del Coordinamento italiano dei Difensori civici regionali e delle Province autonome;

PIERANGELO CATALANO, Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del CNR-Università di Roma 'La Sapienza';

CARLOS CONSTENLA, Presidente dell'Istituto Latinoamericano del Ombudsman-Defensor del Pueblo, Buenos Aires;

ANDREA TRISCIUOGGIO, Professore di diritto romano-Università di Torino.

Aderisce il Difensore civico della Regione Piemonte, Avv. AUGUSTO FIERRO.

Torino, 4 maggio 2017.

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO

1. Michele Rosboch, *Fra angustie di coscienza e ordine politico*, 2017
2. Daniela Ronco, Giovanni Torrente, *Pena e ritorno. Una ricerca su interventi di sostegno e recidiva*, 2017
3. *Limiti e diritto*, a cura di Alessandra Rossi, Alice Cauduro, Emanuele Zanalda, 2017
4. *Le responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali*, a cura di Andrea Spagnolo e Stefano Saluzzo, 2017
5. *L'armonizzazione del diritto europeo: il ruolo delle corti*. A cura di Paolo Gallo, Geo Magri, Margherita Salvadori, 2017
6. *A Pierluigi Zanini, Studi di diritto romano e giusantichi*. A cura di Ferdinando Zuccotti e Marco A. Fenocchio, 2018
7. *Tribunado – Poder negativo y defensa de los derechos humanos*. A cura di Andrea Trisciunglio, 2018