

# MATER FAMILIAS

## SCRITTI ROMANISTICI PER MARIA ZABŁOCKA

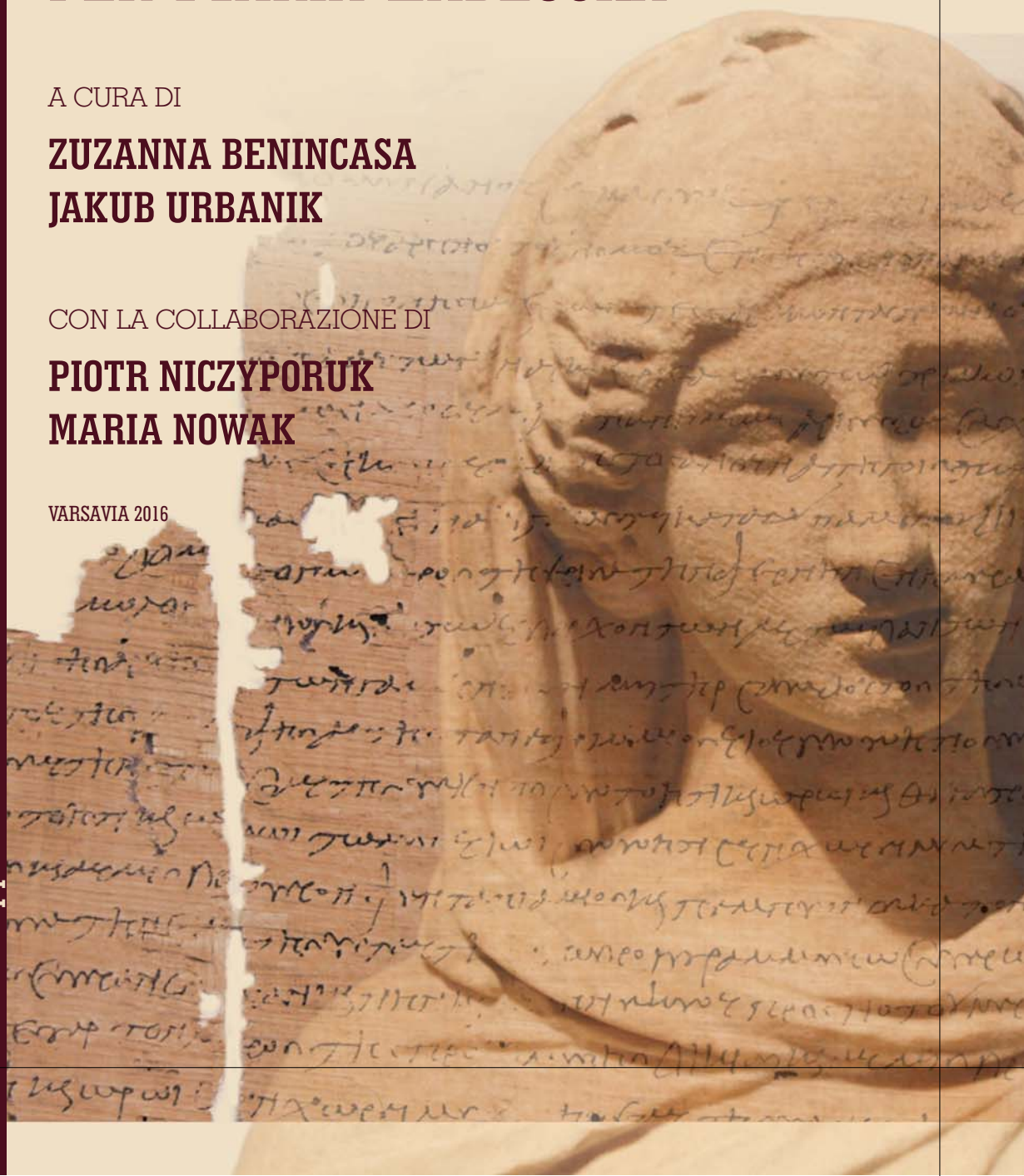
A CURA DI

**ZUZANNA BENINCASA  
JAKUB URBANIK**

CON LA COLLABORAZIONE DI

**PIOTR NICZYPORUK  
MARIA NOWAK**

VARSAVIA 2016



# **MATER FAMILIAS**

## **SCRITTI ROMANISTICI PER MARIA ZABŁOCKA**

A CURA DI

**ZUZANNA BENINCASA  
JAKUB URBANIK**

CON LA COLLABORAZIONE DI

**PIOTR NICZYPORUK  
MARIA NOWAK**

VARSAVIA 2016

*Supplements to The Journal of Juristic Papyrology* are jointly published by the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw, the Institute of Archaeology of the University of Warsaw, and Fundacja im. Rafała Taubenschlaga, Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa 64 tel. (+48 22) 55 22 815 and (+48 22) 55 20 384, fax: (+48 22) 55 24 319 e-mails: g.ochala@uw.edu.pl, t.derda@uw.edu.pl, kuba@adm.uw.edu.pl web-page: <<http://www.taubenschlagfoundation.pl>>

Cover design by Maryna Wiśniewska  
Computer design and DTP by Jakub Urbanik

© for the book by Zuzanna Benincasa & Jakub Urbanik  
and Fundacja im. Rafała Taubenschlaga

© for the constituting papers by the Authors

Warszawa 2016

ISBN 978-83-938425-9-9

Wydanie I.  
Druk i oprawa: Sowa Sp. z o.o., Piaseczno



*Mater Familias*  
*Scritti per Maria Zabłocka*

**INDICE**

Zuzanna BENINCASA & Jakub URBANIK

*Prefazione* ..... XIII

*Elenco delle opere di Maria Zabłocka* ..... XXIII

José Luis ALONSO

*The Emperor, the ex-prostitute, and the adulteress.*

*Suet. Cal. 40 revisited* ..... 3

Krzysztof AMIELAŃCZYK

*In search for the origins of the Roman public law offences (crimina)*

*in the Archaic period* ..... 23

Zuzanna BENINCASA

*Alcune riflessioni sulla libertà di caccia nel diritto romano.*

*vivai e riserve di caccia* ..... 39

Witold BORYSIK

*Roman principle*

*Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*

*and the reasons of its modern rejection* ..... 63

Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI

*Un ordinamento giuridico e le sue trasformazioni* ..... 85

Cosimo CASCIONE

*Celso lettore di San Paolo?*

*Una nota minima in tema di interpretazione* ..... 101

Alessandro CORBINO	
<i>Personae in causa mancipii</i> .....	107
Božena Anna CZECH-JEZIERSKA	
<i>Roman law in Polish People's Republic: Stages of transformation</i> .....	119
Tomasz DERDA & Maria NOWAK	
<i>Will of [---]is daughter of Pachois from Oxyrhynchos.</i>	
<i>P. Oxy. II 379 descr.</i> .....	135
Marzena DYJAKOWSKA	
<i>Verba impia et maledicta.</i>	
<i>The influence of Roman law upon the western European doctrine</i>	
<i>of verbal insult of the ruler in the 16–17th centuries</i> .....	145
András FÖLDI	
<i>Appunti sugli elementi romanistici nel nuovo Codice civile ungherese</i> ..	161
Ewa GAJDA	
<i>Elements of theology in Roman law.</i>	
<i>On Zenon's Henoticon and Justinian's letter (Cf. I.I.8)</i> .....	191
Luigi GAROFALO	
<i>Roma e i suoi giuristi nel pensiero di Nicolás Gómez Dávila</i> .....	207
Tomasz GIARO	
<i>L'expérience de l'absurde chez les juristes romains</i> .....	243
Sławomir GODEK	
<i>Ignacy Daniłowicz on the impact of Roman law</i>	
<i>on the law of the pre-partition Commonwealth</i>	
<i>in the light of his letters to Joachim Lelewel</i> .....	269
Ireneusz JAKUBOWSKI	
<i>Some remarks about Roman law</i>	
<i>in Tadeusz Czacki's opus magnum</i> .....	285
Maciej JOŃCA	
<i>Per aspera ad astra.</i>	
<i>Johann Bayer, römisches Recht</i>	
<i>und das Ausbildungsprogramm der jungen Radziwiłłs</i> .....	295

Aldona Rita JUREWICZ	
<i>TPSulp. 48 und actio quod iussu.</i>	
<i>Konnte Prudens adjektivisch belangt werden?</i> . . . . .	307
Agnieszka KACPRZAK	
<i>Obbligo del lutto e il controllo sociale sulla sessualità di vedove</i> . . . . .	323
Leszek KAZANA	
<i>Il delitto Matteotti: qualche dubbio sul colpevole</i> . . . . .	351
Piotr KOŁODKO	
<i>Some comments on the role of the quaestor as a prosecutor</i>	
<i>in criminal proceedings in the times of the Roman Republic</i> . . . . .	375
Przemysław KUBIAK	
<i>Between emotions and rationality</i>	
<i>Remorse as mitigating circumstance in Roman military law</i> . . . . .	397
Sławomir KURSA	
<i>Capacity of women to make testamentum parentis inter liberos</i> . . . . .	415
Marek KURYŁOWICZ	
<i>Ancarenus Nothus und Gaius von Hierapolis</i>	
<i>Miscellanea epigraphica: CIL VI 7193a &amp; IGR IV 743</i> . . . . .	425
Luigi LABRUNA	
<i>«Necessaria quanto la giustizia ...»</i>	
<i>Etica e tradizione dell'avvocatura</i> . . . . .	445
Paola LAMBRINI	
<i>Ipotesi in tema di rescissione per lesione enorme</i> . . . . .	453
Elżbieta LOSKA	
<i>Testamenti factio passiva of actresses in ancient Rome</i> . . . . .	465
Adam ŁUKASZEWICZ	
<i>Remarks on Mars Ultor, Augustus, and Egypt</i> . . . . .	487
Rafał MAŃKO	
<i>Roman roots at Plateau du Kirchberg</i>	
<i>Recent examples of explicit references to Roman law</i>	
<i>in the case-law of the Court of Justice of the EU</i> . . . . .	501

Carla MASI DORIA	
<i>Una questione di «stile»?</i>	
<i>A proposito di una critica di Beseler a Mommsen</i> .....	527
Rosa MENTXAKA	
<i>Sobre la actividad comercial del clero hispano en los inicios del siglo IV</i>	
<i>a la luz de dos cánones del Concilio de Elvira</i> .....	535
Joanna MISZTAL-KONECKA	
<i>The non-litigious proceedings in Polish Law</i>	
<i>and Roman iurisdictio voluntaria</i> .....	569
Józef MÉLÈZE MODRZEJEWSKI	
<i>Modèles classiques des lois ptolémaïques</i> .....	579
Piotr NICZYPORUK	
<i>La capacità giuridica e la tutela del nascituro nella Roma antica</i> .....	597
Dobromiła NOWICKA	
<i>Family relations in cases concerning iniuria</i> .....	619
Tomasz PALMIRSKI	
<i>Some remarks on legal protection of commodans</i>	
<i>prior to the introduction of the praetorian actio commodati</i> .....	639
Anna PIKULSKA-RADOMSKA	
<i>Über einige Aspekte der Steuerpolitik und Propaganda</i>	
<i>der öffentlichen Macht im römischen Prinzipat</i> .....	653
Manex RALLA ARREGI	
<i>Sobre una posible relación causal entre regulación canónica</i>	
<i>y legislación imperial en los primeros siglos del monacato</i> .....	677
Francesca REDUZZI MEROLA	
<i>Schiavitù e dipendenza nel pensiero di Francesco De Martino</i> .....	693
Władysław ROZWADOWSKI	
<i>Sul trasferimento del credito in diritto romano</i> .....	705
Francesca SCOTTI	
<i>Actio aquae pluviae arcendae e «piccola bonifica agraria»:</i>	
<i>Un esempio dalle fonti giustinianee</i> .....	725



Michał SKŘEJPEK	
<i>La pena di morte nel diritto romano: necessità o no?</i> .....	785
Marek SOBCZYK	
<i>Recovery of performance rendered dotis nomine</i> <i>on account of a future marriage that did not take place</i> .....	797
Andrzej SOKALA	
<i>Władysław Bojarski Paterfamilias</i> .....	819
Janusz SONDEL	
<i>Alcune considerazioni sulla storia e sull'insegnamento</i> <i>del diritto romano in Polonia</i> .....	849
Agnieszka STĘPKOWSKA	
<i>Il ruolo del consenso muliebre</i> <i>nell'amministrazione dei fondi dotali in diritto romano</i> .....	889
Dorota STOLAREK	
<i>Lenocinium in the Lex Iulia de adulteriis</i> .....	909
Paulina ŚWIECICKA & Łukasz MARZEC	
<i>From Roman oratores to modern advocates</i> <i>Some remarks on the formative of lawyer's ethics in Antiquity</i> .....	935
Adam ŚWIEŃTOŃ	
<i>Superexactiones in the Late Roman Law</i> <i>A short review of the imperial constitutions in the Theodosian Code</i> ..	965
Renata ŚWIRGOŃ-SKOK	
<i>Family law in the private law systematics</i> <i>from the Roman law until the present day</i> .....	979
Sebastiano TAFARO	
<i>Il diritto per l'oggi</i> .....	993
Anna TARWACKA	
<i>Manomissioni di schiavi nelle commedie di Plauto</i> .....	1025
Jakub URBANIK	
<i>Dissolubility and indissolubility of marriage</i> <i>in the Greek and Roman tradition</i> .....	1039

Andreas WACKE

- Führte die Unveräußerlichkeit des Mitgiftgrundstücks  
im römischen Recht zu relativer Nichtigkeit?  
Grenzen vom Verbot des venire contra factum proprium* ..... 1069

Jacek WIEWIOROWSKI

- Deformed child in the Twelve Tables* ..... 1157

Witold WOŁODKIEWICZ

- Apices iuris non sunt iura* ..... 1177

Karolina WYRWIŃSKA

- Functionality of New Institutional Economics  
in research on Roman law* ..... 1187

Jan ZABŁOCKI

- Il concetto di mater familias in caso di arrogazione* ..... 1199

*Mater Familias*  
*Scritti per Maria Zabłocka*  
pp. 993-1023

Sebastiano Tafaro

## IL DIRITTO PER L'OGGI

**I**l Oggi, come ieri, occorre una profonda riflessione su cosa debba essere o il diritto, domandandosi se esso (*rectius*, se la percezione di esso) vada cambiato e con quali strumenti e per quali vie.

Occorre, in questa prospettiva, interrogarsi su quale sia e debba essere il ruolo dei cultori, degli studiosi del diritto.

Spetto loro dire se le regole ritenute certe, i c.d. «principi», vadano rimessi in discussione con il cambiare della civiltà giuridica e come diceva un grande filosofo del diritto, con il cambiare dell'esperienza giuridica che poi era la vita.

Io mi permetto soffermarmi sul problema della centralità dell'uomo, al quale ho già dedicato alcune pagine, che tento di sottolineare.<sup>1</sup>

Da cosa scaturisce la centralità dell'uomo? Per capirla occorre ripercorrere la storia del pensiero giuridico, il quale, per quel che concerne l'uomo, ha utilizzato un termine, in parte ritenuto sinonimo, che era stato ed quello di «persona».

Questo termine «persona», diffuso nell'uso corrente e sociale, ha valenze giuridiche precise, che non sempre coincidono con la tutela dell'uomo. Come mai?

<sup>1</sup> Per il punto e per la bibliografia pertinente rinvio a: S. TAFARO, *Ius hominum causa constitutum. Un diritto a misura d'uomo*, Napoli 2009, ora anche tradotto in spagnolo IDEM, *Ius hominum causa constitutum. Un derecho a medida del hombre*, trad. J. M. PIQUER MARI, Madrid 2014.

Comincio con tentare di definire cos'era «persona».

Era un termine sul quale un grande pensatore italiano, Sergio Cotta, ha scritto in più sedi, e tra cui in una voce dell'*Enciclopedia del Diritto*, in cui ha parlato di un'avventura semantica, cioera una terminologia che segue vicende strane.

Di dove nasce «persona»? *Persona* era innanzitutto un concetto che caratterizza la civiltà mediterranea; non c'era «persona» nel mondo arabo e quindi di riflesso in quello musulmano (a parte l'eco che su di esso talora, ebbe il diritto bizantino); non c'era il concetto di «persona» nel pensiero cinese, non c'era nel pensiero induista dell'India, non c'era nei popoli dell'America, sia del nord che del sud. Non c'era nei popoli africani. ERA una realtà che parte dal Mediterraneo divenuta ormai era universale, poiché oggi tutti parlano di «persona».

In realtà «persona» ha una sua specificità ed una sua storia, che si legano soprattutto al pensiero dei giuristi romani, perché «persona», che in origine era un termine atecnico, il quale significava l'attore che rappresentava un personaggio nel teatro. Secondo alcuni studiosi il termine sarebbe di origine illirica e, passato forse dagli Illiri ai Sabelli ed ai Sanniti (che secondo alcuni sono un ramo degli Illirici pervenuti in Italia), sta ad indicare «ciò che appartiene a se stesso».

Assume, invece, un significato giuridico ad opera dei Romani e diventa una categoria di ordine nell'ambito del diritto. Si dice che tutto il *ius* era l'organizzazione che riguardava gli uomini, per cui tutto il *ius* riguardava o gli uomini o il mondo esterno, cioera le cose con le quali poteva relazionarsi l'uomo, tanto che i giuristi dicevano che tutto il *ius* non avrebbe senso se non era in funzione degli uomini, stabilendo, quindi, in modo netto la priorità dell'uomo nel diritto e per il diritto.

Di quale uomo? Dell'uomo storico, dell'uomo così com'era, com'era nato in natura, senza che gli si chiedessero particolari attributi o qualificazioni: l'uomo era «persona» per il solo fatto di essere nato.

E «uomo-persona» era un fatto storico e forse anche metastorico, perché la concezione di esso, non era la visione dell'uomo romano, dell'uomo greco, dell'uomo egiziano, o di altra nazionalità, ma era la visione dell'uomo come espressione, come concretizzazione di un ciclo che avveniva nel cosmo, quindi, come espressione cosmogonica che trascendeva – e que-

sto era importante – la stessa Città (noi oggi diremmo lo Stato, ma con molta improprietà); esso non dipendeva dalle regole della Città, non dipende dalle Costituzioni (diremmo noi), ma dipendeva dal Cosmo. Il ciclo comprendeva la nascita, la morte ed il declino, e questo ciclo era universale ed era espresso nell'alternanza giorno notte, era espresso nelle stagioni, era espresso nella vita delle Città, perché ogni Città nasce, ha un momento di splendore ed un suo declino. Questo spiega per esempio perché nell'antichità quella che noi chiamiamo la possibilità, la capacità d'agire veniva riconosciuta ad un'età un po' precoce, a 14 anni per i maschi e a 12 per le ragazze. Per quale motivo? Perché erano questi numeri, 14 e 12, erano ritenuti espressione di regole cosmogoniche, che i numeri potevano sintetizzare e rivelare, secondo concezioni di origine caldea diffuse nel Mediterraneo, soprattutto ad opera dei pitagorici. Secondo la concezione avuta riguardo ai numeri, tutto l'Universo era espressione di numeri, costituenti una realtà e non, come per noi, un simbolo. Questi numeri erano divisi in o in femmine: maschi erano ritenuti i numeri dispari, femmine i pari; inoltre si pensava che i numeri potessero essere felici e non felici, buoni o non buoni e, soprattutto, che i numeri racchiudessero in sé la storia dell'Universo. In particolare un numero sarebbe stato il nodo dell'intera «storia dell'Universo»: era il numero 7, come sottolineava Cicerone.

A ben riflettere, questa convinzione era diffusa in tutta l'antichità ed in tutta l'area mediterranea e del medio oriente: il mondo, secondo la Bibbia, era stato creato in 7 giorni, i sapienti erano 7, la Torre di Babele era in 7 balze, 7 erano le meraviglie del mondo e potremmo andare avanti a lungo in tale esemplificazione.<sup>2</sup> E questa cultura del 7 era trasversale. Il pellegrino che va alla Mecca deve salire una collina per poi lanciare una pietra per 7 volte.

I ginecologi, non i filosofi, dicevano che l'uomo si formava al settimo giorno e poteva nascere dopo sette mesi, anche se, per sua pigrizia, per lo più nasceva dopo 8-9 mesi. A sette anni completava la dentizione e conseguiva la capacità di giudizio, uscendo dalla prima infanzia. Al doppio di 7, 14 anni, veniva presentato in pubblico: entrava nell'assemblea cittadina

<sup>2</sup> Nel Medio Evo si diffuse la certezza della fine del mondo nell'anno *Mille*: essa era dovuta a particolari calcoli basati sul numero 7.

e nell'esercito e, teoricamente, a 14 anni poteva diventare console: il tutto in consonanza con le concezioni concernenti il numero 7.

Questo era l'uomo storico, al quale non si chiedeva di raggiungere particolari qualità, né di conseguire obiettivi, né di essere buono o cattivo: era semplicemente quello che era.

Questa era la prima visione della «persona». Tanto che un giurista come Gaio diceva che tutti sono «persona», anche gli schiavi, il fatto di essere uomini.

Questo, tuttavia, non esclude che alcuni «uomini» fossero in condizione servile, perché, sebbene fosse vero che tutti gli uomini fossero giuridicamente rilevanti, quindi *personae*, le contingenze storiche potevano differenziarli e discriminarli. Tra queste «contingenze» la prima e più rilevante fu la «guerra», perché la guerra doveva essere sempre «giusta» e, di conseguenza, lecita. Tra le regole della guerra vi era la facoltà di uccidere i prigionieri, i quali, ove risparmiati, a ragione ed a buon diritto, potevano essere tenuti in condizione servile. Questo giustificava la schiavitù e spiegava il termine adoperato per indicare gli schiavi, che era quello di *servi*, il quale, secondo i giuristi romani, sarebbe derivato dal verbo *servare*, conservare, perché conservati in vita, invece di essere uccisi (come sarebbe stato possibile e lecito).<sup>3</sup> Tutto cambia con l'avvento del cristianesimo, perché esso propone una nuova visione del mondo, una visione nella quale l'uomo non era soltanto un accidente o un prodotto della storia, ma era il frutto della benevolenza divina, che fa nascere l'uomo, gli dà il Paradiso, poi lo caccia perché l'uomo ha trasgredito, e poi lo riscatta; però nel riscatto chiede la collaborazione dell'uomo, per cui l'uomo deve esprimere una volontà operativa di riscatto, cioè deve tendere ad un valore: la Grazia. Ne consegue che l'uomo da espressione della «natura» diventi «persona». Perciò «uomo si nasce, persona si diventa».

In questo vi era anche l'influenza di un altro concetto, ossia che la stessa divinità era «persona». La divinità era il massimo del bene, del buono, del virtuoso, pertanto l'uomo doveva tendere ad imitare Dio. Scaturiva da

<sup>3</sup> Per inciso, va precisato che il termine «schiavi» compare intorno al 1300-1400 a Venezia, dove si chiamavano «schiavi» gli *Slavi*. Invece, in precedenza e nell'età romana il termine era stato *servi*.

siffatte idee una concezione diversa della «persona». La quale, pur con diverse articolazioni, sanciva la diversificazione tra «uomo» e «persona», emblematicamente espressa nell'asserzione «Homo naturae est, persona iuris est».

L'uomo, dunque, era percepito come mera espressione della natura senza alcuna rilevanza giuridica, poiché espressione del diritto diventava la «persona».

In tal modo si era detto che il diritto era in grado di dichiarare chi era e chi non era «persona».<sup>4</sup>

Ma cosa era e cosa è il diritto? Gli istituzionalisti possono dire che era ed è l'ordinamento, cioè di fatto i detentori del «potere» istituzionale; sono loro a potere dichiarare chi fosse «persona».

Ancora oggi, gli «stranieri» possono essere respinti e privati di diritti e tutela, malgrado la *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, nelle successive dichiarazioni regionali e nella pratica, compresa la Dichiarazione Europea, si ribadisce che «persona» sono quelli che le leggi dello Stato riconoscono come persone. Perciò un autore ha detto che al giorno d'oggi vi sono le «persone» e le «non-persone». Nella Pandettistica, coerentemente a questo filone, fu elaborata la concezione che si chiama della «personalità». Presente in tutti i codici e nei manuali di diritto, viene articolata in «capacità giuridica» e «capacità d'agire», creando, secondo autorevole dottrina recenziere, aporie e persino aberrazioni.

Da ciò sono nate vere e proprie aberrazioni. Facciamo un esempio, il nascituro. Per i Romani chi era nel ventre della madre era una realtà ed aveva già rilevanza giuridica, tanto che, se opportuno, veniva nominato un *curator ventris*, che doveva curare che la donna non abortisse e doveva occuparsi degli affari del nascituro, e via dicendo.

<sup>4</sup> Questo ebbe risvolti profondi e, in parte, sconvolgenti: ad esempio, poiché «persona» era chi fosse definito tale dal diritto, gli indiani d'America poterono essere trattati in modo disumano e ridotti in servitù. Si sosteneva, infatti, che poiché essi non erano cristiani non avevano la Grazia e quindi potevano essere trattati come si fosse voluto e finanche squartare. Atahualpa, ultimo imperatore degli Inca viene squartato; gli si dice: convertiti al Cristianesimo, così, anziché squartarti ti tagliamo la testa. Questo perché si era deciso che non ha la Grazia e non ha il segno di protezione. E gli Indios sono indicati tutti quanti come animali, razionali, fin che si vuole, ma non completi e che si possono uccidere, vendere, ridurre in schiavitù e quant'altro.

Nella visione della personalità si dice che (e questo sta in tutti i codici dell'Occidente, perché in America Latina era un po' diverso) il nascituro acquista la personalità al momento della nascita, in base alla disposizione del rispettivo codice civile. In pratica, si riconosce come base di partenza l'uomo concepito che nasce, l'uomo fisico, ma la rilevanza giuridica è fatta scaturire dal riconoscimento dell'ordinamento giuridico, affermando, quindi, la priorità autorizzativa dell'ordinamento di dichiarare chi sia e chi non sia «persona».

Si sostiene che il bambino, alla nascita, acquista la capacità giuridica ma non quella d'agire e che, quindi, tutti i negozi del bambino sono nulli: oggi questo non è in linea con la realtà. Infatti, se mio nipote che, poniamo abbia sette anni e che già gioca a computer ordina una merce su internet, l'acquisto sarà valido. Allora dove va a finire la capacità d'agire? Se poi a mio nipote do il bancomat e gli dico indico il PIN ed egli può andare ad uno sportello bancario e, digitando il codice, può prelevare i soldi, senza possibilità di contestare il prelievo. Il che porta a chiedersi se il bambino, in questi casi (ed altri) abbia o meno la capacità d'agire, considerato che può compiere atti giuridicamente rilevanti e validi

Pare, invero, che in realtà la costruzione della «capacità» e la diversificazione tra «capacità giuridica» e «capacità di agire» siano inappropriate.

La dottrina italiana, a partire soprattutto dal Falzea, ha cominciato una profonda revisione. Forse è giunto il momento di riscrivere le nostre concezioni sul diritto, abbandonando concetti inadeguati, quando non pericolosi, i quali non corrispondono alla realtà, mentre consentono la discriminazione fra gli uomini.

Abbiamo un bel parlare di diritti naturali, diritti fondamentali, diritti dell'uomo, ma se noi diciamo che l'arbitro è comunque e sempre l'ordinamento, essi, al massimo, rimangono come punto di riferimento ma non sono performanti.

Personalmente sono d'accordo con gli autori, i quali hanno detto: abbandoniamo la concezione della «personalità giuridica» e della conseguente «capacità giuridica» e rendiamoci conto che esistono dei diritti dell'uomo che sono pre-costituzionali, cioè esistono, ancorché non dichiarati, in ogni ordinamento e in ogni Stato, perché sono dell'uomo e non possono essere ignorati. Essi sono gerarchicamente prioritari anche rispetto a tutte le norme di ogni specifica Costituzione formale.



Non riconosce questi diritti fondamentali vuol dire che la Costituzione era da non doversi applicare o comunque da integrare con il richiamo a questi diritti. Soltanto che poi la difficoltà era nell'individuare, perché non era che possono essere molti; si deve individuare bene quali sono. Certamente c'era il diritto alla vita, alla salute, inteso non soltanto come diritto alla non morbosità, ma come diritto a vivere una vita appagante, e quindi come diritto a lavorare ... a circolare liberamente negli spazi della Terra, come diritto a creare la famiglia secondo le proprie visioni e non secondo le visioni dell'ordinamento. Noi oggi abbiamo una problematica molto acuta e conflittuale, quella del matrimonio, che per noi era tradizionalmente, tipicamente, costituzionalmente monogamico, ma per gli islamici può essere, ma può essere anche poligamico. Allora a colui che era islamico gli disconosciamo le due o tre mogli che ha gli rendiamo la vita infelice.

Si richiede una riscrittura profonda delle nostre costituzioni, delle nostre leggi fondamentali, dei codici (anche se oggi da alcune parti si dice abbandoniamo i codici, perché la mole di leggi rende inverosimile l'esistenza di un codice, quale si basa su una pretesa di regolamentazione uniforme che non corrisponde all'esperienza giuridica, alla realtà).

Poi vi era un altro aspetto, quello della peculiarità del momento attuale. L'esperienza giuridica, fino agli inizi del secolo scorso, era un'esperienza antropocentrica – lo stesso concetto di uomo, di «persona» pone l'uomo al centro dell'esperienza. Oggi questa posizione antropocentrica dell'uomo sta compromettendo l'ecosistema (ogni giorno pare che muoiano 125 specie tra animali, piante ecc.), in poche parole sta compromettendo lo stesso pianeta. Noi pare che siamo nati da dei piccoli vermi che si sono mangiati il metano che stava nell'atmosfera e ci hanno dato l'ossigeno. Nascerà una realtà diversa ma stiamo distruggendo l'habitat dell'uomo. Però come si affronta questo tema? È sufficiente, ancora, la posizione antropocentrica?

Ci sono alcune voci che propongono un'altra strada: quella di abbandonare la posizione antropocentrica ed abbracciare una posizione che possiamo chiamare geocentrica.

C'è una ricca discussione: se noi oggi dobbiamo parlare di «diritto alla natura» e quindi di salvaguardia della natura in funzione delle aspettative

degli uomini, comprese le generazioni future, oppure di «diritto della natura». Questo è molto importante, perché, per esempio, la Comunità Europea, soprattutto, in relazione all'avvelenamento che ci fu in Italia quando la diossina si riversò nell'aria, ha emanato una direttiva in cui per la prima volta si parla di diritto della natura.

L'obiezione più forte contro il riconoscimento di un «diritto della natura» risiede nell'osservazione che la natura difficilmente potrebbe azionare le azioni per la propria tutela. Si dice, ma come fa la natura a tutelarsi? Alla stessa maniera noi riconosciamo il diritto al bambino appena nato, ma come fa il bambino a tutelarsi? Ci sono delle forme, delle organizzazioni che potrebbe esperire le tutele di quei diritti; l'importante è riconoscerle. Questo è molto importante, perché talora configgente con il lavoro e l'occupazione. In altre parole, sempre più spesso si è chiamati a scegliere se proteggere la natura o consentire eventuali guasti di essa (soprattutto l'inquinamento) per non arrestare l'industria e l'occupazione.

La soluzione di questo dilemma, in realtà, è la grossa sfida che ci attende nel futuro. Come l'affrontiamo?

Credo che dobbiamo ipotizzare un nuovo modello di organizzazione della società.

Il modello attuale, che viene propagandato come vincente, è quello della «democrazia». Ma qual è il «modello» di democrazia cui guardiamo? In realtà stiamo utilizzando il modello nato in Inghilterra della «democrazia rappresentativa», il quale era proprio di un'organizzazione nata intorno alla Monarchia e non ad una Repubblica, come, ad esempio, quello della democrazia partecipativa dell'antica Roma.

Questo modello è in crisi profonda e, a mio avviso, irreversibile: i rappresentanti non si sa più che cosa rappresentano, sono messi dai partiti, i Parlamenti hanno sempre meno credibilità, perché il rappresentante è sempre meno legato al rappresentato. Non c'era un'istanza d'intervento, tranne in alcune democrazie, qualche eccezione, come la Svizzera, il Costa Rica: questo rende urgente ridiscutere il «modello di democrazia».

Con un'avvertenza: non vi è un modello perennemente valido, occorrendo, invece, che esso venga costantemente aggiornato e/o rinnovato.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Sul punto, anche S. TAFARO, «La democrazia ricorrente. Democrazia o oligarchia?»,

In ogni caso appare evidente che la posizione dell'uomo e la sua emersione come punto di finalizzazione, eventualmente in coordinazione con l'«ambiente», dipendano da come andremo a modellare il rapporto tra singolo e Stato.

Le concezioni assate intorno all'idea di un «contratto sociale» consentivano, almeno in teoria, al singolo di recedere dal vincolo con lo Stato, riacquistando la propria autonomia e il proprio «diritto a dissentire».

Oggi occorre una riconsiderazione profonda,<sup>6</sup> per la quale può essere di grande aiuto il confronto con «diritto romano».

Gli aspetti sono molti e molteplici. Mi limito a soffermarmi su uno, che ritengo centrale: il «l'esercizio del potere e i suoi limiti».

2. Faccio una premessa. La riconsiderazione della «democrazia» oggi è imposta dalla crisi economico-finanziaria, che sta investendo il mondo e l'Europa; essa non sta incidendo solamente sull'economia, perché si proietta in una crisi generale dell'assetto delle società, spingendo a parla-

[in:] *Civitas et Lex*, 2(6) (2015), <[http://uwm.edu.pl/wstis/publikacje/wp-content/uploads/2015/06/03\\_Tafaro.pdf](http://uwm.edu.pl/wstis/publikacje/wp-content/uploads/2015/06/03_Tafaro.pdf)>.

<sup>6</sup> Questa esigenza appare indilazionabile, dinanzi al fatto che si è generato un pessimismo duro e compatto come una lastra di piombo. Il futuro non è più quello di una volta, diceva il poeta Valéry. Oggi lo dice, pressoché all'unisono, il popolo ... Nessuna autorità, sia civile sia politica, riscuote più il consenso del popolo ... serve una terapia d'urto, non basterà qualche aspirina. E la crisi di libertà, di giustizia, d'efficienza, di legalità che si è rovesciata sull'Italia è altrettanto micidiale d'una guerra, perché ha corrotto il nostro tessuto connettivo, il nostro paesaggio umano, così come le bombe devastano il paesaggio naturale». Perciò occorre intervenire «Rompendo il potere delle corporazioni, delle camarille, delle lobby, che sono un ostacolo all'affermazione dei migliori. Ma al tempo stesso rompendo il potere dei partiti, restituendo lo scettro ai cittadini, innervando la democrazia rappresentativa con un'iniezione di democrazia diretta». Per fare ciò bisogna ridisegnare il modello, partendo dal passato, perché «il rimedio era stato individuato nei secoli scorsi dai nostri antenati, per poi cadere nell'oblio: l'esperienza dell'antica Grecia può ancora impartirci una lezione». Comunque occorrono rimedi radicali, che devono partire dallo smantellamento di quanto non ha funzionato, fossero anche le leggi; riguardo alle quali occorre riandare a quanto disse Voltaire, il quale, ricordando che «Londra divenne una città ordinata dopo che un incendio la ridusse in cenere, obbligando i londinesi a ridisegnare strade e piazze», preconizzò un cambiamento radicale, che partiva dal mutamento delle leggi: «Volete buone leggi? Bruciate quelle che avete, e fatene di nuove»: M. AINIS, *La cura. Contro il potere degli inetti per una Repubblica degli eguali*, Padova 2009, pp. XIV-XV.

re di «crisi della società dei consumi», di «crisi della società del possesso» o, più in generale di «crisi dei valori».

Perciò, essa mi sembra la conseguenza del modo con il quale è stata strutturata la società contemporanea e sono stati concepiti la «democrazia» stessa e, con essa, lo Stato contemporaneo, creando l'estraneazione dei singoli rispetto alla gestione della politica, che viene avvertita sempre più appannaggio di oligarchie.<sup>7</sup>

Questo è tanto più urgente quanto più vasta diventa la convinzione che oggi la crisi sia irreversibile e che i governanti non affrontano il nodo del problema istituzionale, ma si illudono di potervi porre rimedio con l'adozione di soluzioni provvisorie e parziali, dalle quali spesso nascono illusioni destinate a cadere nel corso degli anni.<sup>8</sup>

Esempio significativo di questa tendenza mi sembra l'inarrestabile propensione a creare (a datare dalla fine della seconda guerra mondiale) figure di «Ombudsman», che, con varie denominazioni («Ombudsman», «Médiateur», «Defensor del pueblo», «Parliamentary Commissioner», «Avvocato del popolo», «Difensore civico», «Dèfenseur des droits», «Rzecznik praw obywatelskich» [intercessore dei diritti cittadini]) sembra procedere in modo irrefrenabile in quasi tutto il mondo, ad eccezione degli USA e dell'Italia, suscitando entusiasmo e speranze.<sup>9</sup> Ciò avviene

<sup>7</sup> Sul punto, così come per la bibliografia che accompagna le riflessioni qui esposte, rinvio al mio articolo «Il controllo del potere: ieri ed oggi», [in:] G. TATARANO & R. PERCHINUNNO (ed.), *Studi in memoria di Giuseppe Panza*, Napoli 2010, pp. 713-737.

<sup>8</sup> Di ciò è prova la stessa reiterazione dei tentativi di affidare a nuove figure il compito di creare un collegamento tra governanti e governati.

<sup>9</sup> Sul punto, richiamo a quanto ho già osservato in «L'eredità dei tribuni plebis», [in:] Maria Pia BACCARI & C. CASCIONE (ed.), *Tradizione romanistica e Costituzione, diretta da Luigi Labruna. Collana «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana»* 11, Napoli, 2006, pp. 1845 ss.; *Le radici. Proposte*, [in:] A. LOIODICE, S. TAFARO & N. SHEHU, *L'avvocato del popolo albanese*, Torino 2008, pp. 3 ss.; cui adde N. SHEHU, «Dall'Högste ombudsman all'avvocato del popolo albanese», [in:] *L'avvocato del popolo albanese*, Torino 2008, pp. 3 ss.; S. ANDERSON, «Ombudsman research a bibliographical essay», *Ombudsman journal* 1982, pp. 32 ss.; E. BERNARDI, s. v. «Ombudsman», [in:] *NNDI App. v*, Torino 1982, pp. 413 ss.; P. BIRKINSHAW, *Grievances Remedies and the State*, London 1985, pp. 127 ss.; P. BIRKINSHAW, *Access to Justice in the Privatized and Regulated State*, Hull 1991, pp. 68 ss.; D. BORGONOVO RE, «Ombudsman in diritto comparato», [in:] *Digesto delle discipline pubblicistiche* x, Torino 1995, pp. 306 ss.; D. BUTLER, V. BOGDANOR & R. SUMMERS, *The Law Poli-*

perché la figura (secondo alcuni erede degli antichi *Efori* o dei *Tribuni plebis* ovvero dei *Defensores civitatum*) è stata proposta in Svezia<sup>10</sup> proprio come intermediaria tra potere e governati,<sup>11</sup> sicché spesso crea l'illusione

*tics and the Constitution (Essays in Honour of Geoffrey Marshall)*, Oxford 1999, cap. 13; T. R. COLINT, «The Polish ombudsman», *Review of Socialist Law* 14(3) (1988); M. COMBA, «Ombudsman», [in:] *Digesto delle discipline pubblicistiche* x, Torino 1995, pp. 296 ss.; R. DELFINO, «L'Ombudsman come modello di «alternative dispute resolution» nel settore privato», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 49 (1995), pp. 248; G. DE VERGOTTINI, s.v. «Ombudsman», *ED* (1979), pp. 880 ss.; M. DOYLE, *The Essential Guide to Appropriate Dispute Resolution*, Paperback, 2000; G. DREWRY, «The Ombudsman: Parochial Stopgap or Global Panacea?», [in:] P. LEYLAND & T. WOODS (ed.), *Administrative Law Facing the Future. Old Constraints and New Horizons*, London, 1997, pp. 88 ss.; H. FIX ZAMUDIO, *Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman*, in *Memoria de el Colegio Nacional de Mexico*, 1979, pp. 99-149; IDEM, s.v. «Ombudsman», [in:] *Enciclopedia giuridica Treccani* XXI, Roma 1990, pp. 2 ss.; A. GIL ROBLES & A. DELGADO, *El control parlamentario de la administración (El Ombudsman)*, Madrid, 1981; M. RADI, «Extension de l'Ombudsman: triomphe d'une idée ou deformation d'une institution?», *Rev. Int. Des Scien. admin.* 1997, pp. 530 ss.; W. HALLER, «The place of the Ombudsman in the world community», [in:] *Fourth International Ombudsman Conference Papers*, Canberra 1988, pp. 29 ss.; M. M. LASAGE, «Les moyens non judiciaires de protection et de promotion des droits de l'homme», [in:] *Atti Convegno Siena 28-30 ottobre 1982*, Siena 1982, pp. 35 ss.; A. LEGRAND, «Une institution universelle: l'Ombudsman?», [in:] *Rev. Int. Droit comp.* 1973; Ewa ŁĘTOWSKA, «The Polish ombudsman: The commissioner for the protection of civil rights», *International and Comparative Law Quarterly* 9(1) (1990), pp. 209 ss.; C. MORTATI (ed.), *L'Ombudsman - Il difensore civico*, Torino, 1974; G. NAPIONE, *L'Ombudsman*, Milano 1969; M. M. PADILLA, *La institución del Comisionado parlamentario*, Buenos Aires, 1972; M. SENEVIRATNE, *Ombudsman in the Public Sector*, Buckingham 1994; IDEM, «The European Ombudsman», *Journal of Social Welfare and Family Law* 21.3 (1999), pp. 269-278; IDEM, «Ombudsmen 2000 inaugural lecture 17 april 2000», Centre for legal Research Nottingham Law School, Nottingham, 2000 versione elettronica, pp. 1 ss.; F. STACEY, *Ombudsmen Compared* Oxford, 1978.

<sup>10</sup> Dove venne concepito come una delle istituzioni rivolte alla progressiva limitazione dell'assolutismo del Re. In proposito si suole fare riferimento all'art. 96 della Costituzione del 1809, il quale prevede, accanto al «Justitiekansler», un commissario parlamentare («Justitie Ombudsman»), scelto tra persone di comprovata capacità tecnica, imparzialità ed integrità, con il preciso compito di controllare l'osservanza delle leggi da parte non solo dei pubblici ufficiali, ma anche dei giudici, ed è munito del potere di citare in giudizio i trasgressori. In realtà il suo nome risale a quasi un secolo prima e più precisamente ad un decreto del 1713 di Carlo XII che, per l'appunto, istituì l'Högste Ombudsman il cui atto di nascita infatti risiede in un decreto di Carlo XII del 1713 con il quale venne introdotto l'Högste Ombudsman.

<sup>11</sup> Il termine adoperato («Ombudsman»), alla lettera, significava «uomo che fa da tramite»; perciò viene indicato anche con la parola «Mediatore», la quale ha trovato l'accogli-

di potere colmare il solco (sempre più profondo) esistente tra «potere» e uomini, oggi avvertito come fonte di disparità ed ingiustizie.

Poiché, tuttavia, il distacco esistente tra governanti e governati rimane immutato e, anzi, tende a crescere, sono indotto a ritenere che esso sia conseguenza dell'assenza di un'avvertita riflessione progettuale sul «modello» organizzativo più consono alle necessità del presente, alla cui costruzione non bastano provvedimenti e/o istituti miranti a far fronte all'«emergenza».

È su questi aspetti che va incentrato il dibattito sugli assetti congrui alle nostre società; di esso si avverte l'assenza, poiché, pur quando c'è, è frammentario, episodico e, mi sembra, carente di una riflessione organica e prospettica. Non di rado è rissoso e confuso.

3. Tra i nodi intorno ai quali più è grave l'assenza di considerazione, mi pare che sia centrale quello concernente l'individuazione di modalità efficienti di «controllo del potere».

Fin dall'antichità, particolarmente in Sparta<sup>12</sup> ed in Roma,<sup>13</sup> è stata avvertita la necessità di porre argini all'esercizio del potere; non solo

mento più significativo in Francia dove fu istituito con la legge n° 73-6 del 3 gen. 1973, più volte completata e/o riformata: dalla legge n° 76-1211 del 24 dic. 1976, dalla legge n° 89-18 del 13 gen. 1989, dalla legge n° 92-125 del 6 feb. 1992 e da ultimo dalla legge n° 2000-321 del 12 apr. 2000. Da ultimo la Francia è andata oltre il mediatore, istituendo la Figura del «Défenseur des droits», attraverso la riforma costituzionale del 23 giugno 2008, seguita dalla legge organica n° 2011-333 e dalla legge ordinaria n° 2011-334 del 29 marzo 2011, la quale ha definito i suoi poteri, unificando in un'unica figura il «Médiateur de la République», il «Défenseur des Enfants», creato nel 2000, la «Haute Autorité de Lutte Contre les Discriminations» (HALDE), creata nel 2004, la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité (CNDS), creata nel 2000.

<sup>12</sup> A Sparta fu creato l'*Eforato*, introdotto sul modello dei *Cosmi* cretesi, secondo alcuni già dal mitico Licurgo, secondo altri più tardi (130 anni dopo) dal re Teopompo. Gli *Efori*, dotati di poteri vasti ed incisivi, furono concepiti come freno alla prepotenza dell'oligarchia e dei re. La ragione del crescente potere degli *Efori* risiedette nel fatto essi venivano eletti dal popolo e, per questo, erano visti come rappresentanti di esso e quindi anche mallevatori dei diritti dei cittadini. L'ampiezza del potere degli *Efori* venne bilanciata dalla durata molto breve (soltanto un anno) della magistratura, e dal fatto di potere essere chiamati a rispondere del proprio operato, allo scadere della loro magistratura.

<sup>13</sup> L'istanza fondamentale della protezione dei deboli e della difesa dei diritti del popolo sia per gli antichi sia per le età moderna e contemporanea, però, non rimase ancorata all'i-

attraverso i normali organi della «democrazia», ma anche con l'introduzione di autorevoli controllori della correttezza ed opportunità delle scelte operate da qualsiasi «potere».<sup>14</sup>

La questione è stata riproposta con riguardo alla società moderna e contemporanea dai pensatori che sono alla base dell'odierna organizzazione politica, la quale, nel frattempo, è divenuta anche «statale». Si è aperto un dibattito, oggi di grande attualità, indirizzato alla prospettazione di soluzioni idonee a regolare, in maniera soddisfacente per tutti, il complesso rapporto tra l'esercizio del «potere» ed il popolo, con la finalità di appodare ad un equo bilanciamento tra le aspettative e le aspirazioni dei singoli uomini ed i detentori del potere, spesso partendo dalle antiche istituzioni dell'*Eforato* e del Tribunato della plebe.

Vediamo perché.

*Eforato*. Le caratteristiche scorte nell'*Eforato* fecero in modo che esso fosse additato come «modello» da quanti avvertivano l'esigenza del controllo del potere e della partecipazione popolare. Perciò, a partire dal sec. XVII venne riproposto come argine al potere del Sovrano. Nel 1603 Johannes Althusius pubblicava la *Politica*, opera ritenuta l'atto di nascita del diritto pubblico moderno, fondamentale per il pensiero federalista e la riaffermazione della sovranità popolare. Secondo l'autore nella comunità politica vi è un momento unitario, costituito dalla confluenza tra l'operato dei sommi magistrati che esercitano il potere ed il concorso del popo-

stituzione spartana dell'*Eforato*, perché trovò migliore ed efficace collegamento con il Tribunato della plebe. Il Tribunato suscitò nell'antichità (ed ancora promana) forti suggestioni, non solo per il fatto che nacque in Roma, i cui destini furono vincenti in tutto il mondo antico e si sono proiettati direttamente nelle età successive, quanto perché evoca l'immagine della contrapposizione tra popolo e potenti in maniera più diretta e performante: la letteratura sul Tribunato della plebe è tanto copiosa da non poterne dare riferimenti in questa sede, soltanto per una sintesi d'assieme, rinvio ai manuali di *Storia del diritto romano*, tra i quali, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1989, ed in particolare alle esposizioni di L. CAPOGROSSI & F. CASSOLA, alle pagine 83 ss. (Le vicende fino alle XII tavole), pp. 177 ss. (I tribuni della plebe).

<sup>14</sup> La prima ideazione di organi in grado di controllare il potere forse risalgono alla pacifica civiltà cretese, la quale, come ricordava Aristotele, ideò l'istituto dei *Cosmi*, diretto al controllo del potere esercitato dai re.

lo (con le sue molteplici forme di aggregazioni), il quale si esprime attraverso propri rappresentanti diretti: gli *Efori*. In tal modo la società si organizza intorno ad un'istanza di guida (espressa dai governanti) e ad un'istanza di partecipazione collegiale, che esprime direttamente la volontà della comunità. Perciò sono gli *Efori* ad avere l'autorevolezza e il potere più elevati, proprio perché promanano direttamente dal popolo, consentendo al popolo stesso di farsi valere realmente di fronte all'azione di governo del sommo magistrato. Più tardi Johann Gottlieb Fichte riprese le fila del rapporto magistrato-popolo, ma da altra angolatura: non quello positivo della rappresentatività, bensì quello del controllo. Egli ripropose l'*Eforato* non come potere positivo, bensì come «controllo sul potere».

Le caratteristiche dell'*Eforato*, tuttavia, sono state spesso anche esaltate nei momenti nei quali si cercava di riposizionare il popolo al centro della vita politica e costituzionale, come avvenne intorno alla metà del secolo XVIII, quando l'*Eforato* è stato talora ripresentato come modello di giustizia e di difesa delle istanze popolari. Significativa appare la sua riproposizione ad opera del Pagano, il quale lo ipotizzò come organo idoneo a soddisfare l'esigenza di porre in essere efficaci strumenti giuridici volti a impedire ogni forma di usurpazione del potere. Compito dell'*Eforato*, per l'autore partenopeo, era quello di dare spazio al popolo, in modo da garantirlo contro gli abusi di potere e la violazione dei diritti, evitando di diventare a sua volta fonte di potere incontrollato. La ricerca di una forma di controllo efficace e il ricorso all'*Eforato* (proprio nell'epoca del Pagano) erano oggetto di attenzione e tensioni anche in Francia, attraverso alcune proposte presentate all'Assemblea legislativa. Nel febbraio del 1793, Jacques-Marie Rouzet propose la creazione di un organo collegiale di 85 membri preposto al controllo della costituzionalità delle leggi, da effettuarsi prima ancora della loro approvazione da parte dell'Assemblea. Ai membri di tale organo, il Rouzet, molto prima che il Pagano redigesse il suo Progetto, dava il nome di *Efori*. La sua proposta si inseriva all'interno del progetto rivolto ad assicurare la legalità, considerata parte essenziale dei diritti dell'uomo. Allo stesso obiettivo si ispirò anche il ben più articolato e complesso progetto presentato, all'Assemblea, dall'abate Sieyès, il quale prevedeva l'introduzione di un «jury constitutionnaire» (da lui denominato altrove anche «tribunal des droits de l'homme») incaricato di una triplice funzione: vegliare sulla salvaguardia del



dettato costituzionale, proporre dei perfezionamenti della Costituzione ed esercitare un controllo sulle sentenze della giurisdizione ordinaria sulla base del diritto naturale. Conseguenza del giudizio dinanzi al «jury» sarebbe stata la possibilità di dichiarare «nuls et comme non avenus» gli atti incostituzionali. Benché apprezzato da molti, il progetto del Sieyès venne respinto, ma, l'istanza, della quale si faceva portatore, restò un punto di riferimento, per la cultura europea.

*Tribunato.* Il Tribunato, ripetutamente nel corso del tempo, è stato considerato lo strumento più immediato ed efficace per la salvaguardia dei diritti e delle aspettative dei cittadini. Del Tribunato si è richiamata la carica potenzialmente rivoluzionaria e la capacità di essere vicino alle esigenze dei cittadini; perciò esso è stato riproposto anche ai tempi d'oggi, riconoscendogli una eccezionale attualità e l'idoneità a contribuire alla soluzione della crisi dello Stato moderno, che ha tutto da guadagnare dal richiamo del modello «giuspubblicistico» dell'antica Roma, particolarmente quello della Repubblica, ritenuto il più rispettoso della sovranità del popolo. In tale modello i Tribuni erano centrali, al punto che Cicerone arrivava a dire che non si sarebbe potuto parlare di *Respublica* se non ci fosse stato il Tribunato. L'origine plebea, il suo inserimento nelle lotte patrizio-plebee, prima, per la riforma agraria e, più in generale, il suo intervento a favore degli oppressi, dettero all'istituzione un fascino trascinante, che perdura ai tempi d'oggi, tanto che alcuni pensano alla attualizzazione del Tribunato, per rimuovere le cause della crisi di fiducia dei cittadini. I Tribuni della plebe erano presenti in alcune città medievali: è rivelatrice la circostanza che il governo popolare cittadino instauratosi a Bologna nel 1300 fosse articolato intorno ai Tribuni della plebe e desse vita a costumi che durarono fino al 1700. Nell'età moderna troviamo il Tribunato al centro del dibattito tra Montesquieu (Charles-Louis de Secondat, barone de La Brède e de Montesquieu) e Jean-Jaques Rousseau riguardo al «modello» più adatto all'età contemporanea. Al primo, contrario al Tribunato perché convinto che esso fosse inconciliabile con la democrazia rappresentativa di matrice inglese, da lui perseguita, il Rousseau controbatteva con la proposta di introduzione di una magistratura di mediazione («un magistrat intermédiaire») forgiata in assonanza con il Tribunato romano. I rivoluzionari Robespierre e Babeuf (il quale, volendo estremizzare l'afferma-

zione del ruolo del popolo, aveva visto nel Tribunato la soluzione più pertinente), addirittura mitizzarono il Tribunato. Robespierre però diffidò dei travisamenti degli uomini e propose che fosse il popolo stesso ad esercitare il Tribunato. Babeuf fece del Tribunato il suo modello di eccellenza tanto che (il 5 ott. 1774) ribattezzò il suo giornale (*Journal de la liberté*) con il nuovo nome di *Tribun du peuple* e vide nel Tribunato lo strumento per la giustizia e la lotta dei poveri contro i ricchi ed i potenti, nel perseguimento della democrazia popolare al posto della democrazia borghese. Tra i filosofi il Tribunato, ignorato da Kant, fu riproposto da Schlegel (Karl Wilhelm Friedrich von Schlegel), nella rivalutazione pre-romantica del popolo, il quale vide nell'istituzione di un «hochheiliger Tribun» lo strumento ultimo di difesa della parte migliore del popolo. Il Tribunato è stato considerato la figura cui ispirarsi per superare i limiti della «democrazia», consistente nella possibile «tirannia» della «maggioranza». Si è, infatti, affermato che la sola maggioranza, contrariamente a quanto si crede sulla scorta del modello di democrazia degli Stati Uniti d'America, non può essere garanzia di democrazia, poiché può diventare facilmente «oligarchia», per il fatto che essa «fondando il potere della maggioranza, ha trascurato di sottoporlo a questo sindacato permanente «il Tribunato» di cui tutti i poteri hanno bisogno». In quasi tutte le proposte, tuttavia, più che al complesso dei poteri e delle prerogative dei Tribuni il riferimento prevalente è alla possibilità di opporsi al «potere» dei magistrati e degli organi della repubblica.<sup>15</sup>

4. Venendo all'età contemporanea, punti cardini della riflessione degli ultimi secoli sono stati ritenuti da un lato l'esigenza che il popolo non si sentisse escluso dalle decisioni fondamentali che lo concernono, dall'altro la prevenzione o il blocco di eventuali abusi da parte dei governanti. In conseguenza di questa impostazione sono apparsi particolarmente significativi gli istituti diretti al controllo dell'esercizio del potere, per assicurare il «buon governo» e per reprimere l'uso arbitrario ed immotivato del potere.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Sui punti qui richiamati v. G. LOBRANO, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino, 1996, cui *adde* dello stesso autore, *Diritto pubblico romano e costituzionalismi moderni*, Sassari 1994.

<sup>16</sup> Per tutti, anche per la bibl., LOBRANO, *Res publica res populi* (cit. n. 15), parte A cap. I; parte B cap. I; parte C cap. II; sul punto (anche per i riferimenti bibliografici), rinvio anche ai miei

Oggi constatiamo l'attualità di queste stesse istanze. Esse sono anche postulate dalla crescente richiesta di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, la quale ha posto a nudo l'inadeguatezza di due fondamenti della «democrazia» occidentale, costituiti dalla rigida affermazione della sovranità statale (o di unioni di Stati) e dal principio della «divisione dei poteri». Questi pilastri della «democrazia rappresentativa» hanno generato una crescente mancanza di protezione di fronte all'Amministrazione Pubblica ed ai cosiddetti «poteri forti», i quali appaiono invasivi, anche in conseguenza del fatto che, nel frattempo, il limite previsto dalla dottrina della «divisione dei poteri» in realtà non vi è più.

Per capire come questo sia potuto accadere, appare utile rivisitare i termini della *quaestio*, che ha accompagnato la formazione dello stato contemporaneo.

Dobbiamo risalire al pensiero, perdente, di Rousseau ed a quello, che risultò vincente, di Montesquieu, definitivamente fatto prevalere, agli inizi del sec. XIX, da Benjamin Constant. Al centro della discussione e delle proposte era il modo di concepire la «democrazia», che doveva essere l'*humus* della *Res publica*. Per Rousseau la Repubblica «è una forma di Stato essenzialmente democratico e quindi necessariamente non rappresentativo».<sup>17</sup> Tale «formula» proponeva come «modello» la *Res Publica Romana*, dove al centro vi era il *populus*, e rigettava il sistema «rappresentativo» (ritenuto fonte di potere aristocratico).

A lui si contrappose Montesquieu, il quale, invece, propose come «modello» di democrazia quello della monarchia inglese, fondato sulla «rappresentanza»,<sup>18</sup> secondo una formula che è risultata vincente, anche perché adottata nel costituzionalismo anglo-americano degli USA, nato dalla convenzione di Filadelfia di stampo nettamente conservatore.<sup>19</sup>

articoli cit. sopra alla n. 4, dove risalgo alle radici ed alle motivazioni dell'«Ombudsman» svedese e delle altre figure che, partendo da esso, sono sorte in modo sparso e alluvionale.

<sup>17</sup> Per tutti, v. LOBRANO, *Res publica res populi* (cit. n. 15), p. 221.

<sup>18</sup> V. LOBRANO, *Res publica res populi* (cit. n. 15), pp. 191 ss.

<sup>19</sup> Al punto che un delegato del Massachusetts dichiarò che la democrazia sarebbe stata il peggiore dei mali: v. A. AQUARONE, *Due costituenti settecenteschi, note sulla Convenzione di Filadelfia e sull'Assemblea Nazionale Francese*, Pisa, 1959, p. 17, citato da LOBRANO, *Res publica* (cit. n. 15), p. 223, dal quale desumo i miei riferimenti e gran parte delle considerazioni qui esposte.

In questa costruzione diventava essenziale il «bilanciamento dei poteri», che il Montesquieu ritenne assicurato dal rispetto della «divisione dei poteri» (legislativo, esecutivo e giudiziario), ciascuno dei quali sarebbe stato autonomo ed indipendente dagli altri, mirando al rispetto della «legge», cui tutti erano soggetti, ed al controllo ciascuno dell'operato degli altri. In questa costruzione era essenziale sia il primato della legge sia la convinzione che le leggi, frutto sia pur indiretto del popolo, erano «giuste» e garantivano giustizia.

Questa costruzione è ancora sostenibile ed attuale? Direi di no, perché proprio il perno destinato al controllo del potere, vale a dire la «divisione dei poteri» si dimostra sempre più una mera finzione, incapace di creare il necessario bilanciamento tra poteri e, meno che mai, di assicurare il ruolo protagonista del popolo. Per convincersi di ciò basta un fugace sguardo alla struttura dell'*Unione europea*.

In essa le cosiddette «norme primarie» del diritto comunitario sono costituite in primo luogo dalle norme convenzionali, contenute nei Trattati istitutivi della Comunità e negli accordi internazionali successivamente stipulati, al fine di modificarli. A queste norme si affiancano quelle (di «diritto derivato»), provenienti dai regolamenti CE e dalle direttive del Consiglio o della Commissione (atti normativi) e molte altre tutte non provenienti da alcun organo legislativo. È, poi, anche opinione concorde che possano assumere valore normativo le decisioni ed i pareri e le sentenze della Corte di Giustizia (o del Tribunale di primo grado). Le quali finiscono per rivestire efficacia diretta negli ordinamenti degli Stati membri, assumendo, di conseguenza, il carattere di «fonti» del diritto comunitario: infatti, l'interpretazione di una norma comunitaria, resa in una pronuncia della Corte di Giustizia, ha carattere di «sentenza dichiarativa del diritto comunitario».

Il potere giudiziario – quello che doveva fungere da controllore dell'esecutivo, ponendosi come terzo rispetto all'imparziale applicazione della legge ed ergendosi a garante della legalità e della meritevolezza degli atti dell'esecutivo – è diventato un *potere* autoreferenziale, senza rapporto reale con il popolo. Nella Costituzione italiana e di molti altri Paesi i giudici, pur dichiarando enfaticamente nelle loro sentenze, di agire «in nome del popolo», in realtà sono lontanissimi ed estranei al popolo, il quale né

concorre alla loro designazione né li conosce né è reso partecipe in alcun modo alle loro decisioni.<sup>20</sup> Nell'UE poi la loro nomina e la loro conseguente posizione è paradossale, poiché sono emanazione diretta ed esclusiva dei Governi. Invero, secondo l'art. 9<sup>o</sup> del *Trattato di Lisbona*:

1. La Corte di giustizia dell'Unione europea comprende la Corte di Giustizia, il Tribunale e i Tribunali specializzati. Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati.

Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.

La Corte di giustizia è composta da un giudice per Stato membro. È assistita da avvocati generali.

Il Tribunale è composto da almeno un giudice per Stato membro.

I giudici e gli avvocati generali della Corte di giustizia e i giudici del Tribunale sono scelti tra personalità che offrano tutte le garanzie di indipendenza e che soddisfino le condizioni richieste agli articoli 223 e 224 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Sono nominati di comune accordo dai governi degli Stati membri per sei anni. I giudici e gli avvocati generali uscenti possono essere nuovamente nominati.

Ciò con buona pace dell'esigenza di garantire a chicchessia un giudice indipendente ed imparziale, precostituito per legge proclamata nell'art. 47 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, del 2000:

Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale. Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge.

Tutto ciò accade nella paradossale situazione dell'UE, nella quale l'esecutivo è nominato dagli esecutivi degli Stati membri e non ha nessuna

<sup>20</sup> Eccezione fatta per l'Inghilterra, che però ha una posizione a sé stante, dove vi sono le giurie popolari, cui è demandata la decisione sul fatto, mentre ai giudici compete la decisione sulle conseguenze di diritto del fatto.

relazione né con il Parlamento europeo né, ancor meno, con i governati, salvo il tentativo ancor timido di collegare almeno la presidenza al popolo riflesso dal Trattato di Lisbona!

Come si vede della c.d. «divisione dei poteri» non resta quasi nulla!

Rimane invece una sorta di paravento che, fonte di illusioni ed ipocrisie, favorisce il consolidamento di oligarchie e burocrazie e che fa sentire impotenti.

Eppure mentre fino agli anni '80 si distingueva tra repubblica e democrazia; a partire da quel periodo si cercò di superare tale distinzione, la quale significava distinguere tra democrazia partecipativa, indicata anche semplicemente parlando di repubblica, e democrazia rappresentativa: si cominciò a distinguere tra «democrazia pura», indicativa della democrazia (degli antichi) partecipativa e «democrazia», senza aggettivi, corrispondente alla democrazia elettiva e rappresentativa.<sup>21</sup>

Attraverso l'ONU e gli altri Organismi internazionali è proprio questo modello di «democrazia rappresentativa» ad essere assunto come sinonimo di «democrazia» ed assistiamo al tentativo di esportarlo ed imporlo, addirittura con la forza. In realtà ciò opera forzature dolorose e causa una riduzione ischemica nella delineazione del rapporto tra governanti e governanti, tra «uomini» e «potere».

5. Quanto questo sia devastante per alcune culture è sotto gli occhi di tutti e crea tensioni e ribellioni.

All'interno di ciascuno Stato, poi, vi è delusione ed un senso di cocente estraneazione dalla «politica», vissuta come superfetazione, spesso improvvisazione o sopraffazione di pochi (si parla sempre più spesso di «caste»). D'altra parte chi oggi può credere al primato della legge, emanazione di parlamenti sempre più screditati e strumento di «pochi»?<sup>22</sup>

<sup>21</sup> A dir il vero la distinzione era già prospettata da Dèmeurier, ammiratore del sistema rappresentativo inglese e statunitense, e, soprattutto, dall'aristocratico Alexis de Tocqueville, il quale riscosse grande successo proponendo come «modello» di democrazia la costituzione nord-americana, nella sua fortuna opera *De la démocratie en Amérique* (1835-1840): v. LOBRANO, *Res publica* (cit. n. 15), pp. 239 ss.

<sup>22</sup> Cfr., da ultimo, G. ACOCELLA, *Etica, diritto democrazia. La grande trasformazione*, Bologna 2010, nello specifico particolare, p. 92, il quale denuncia l'inadeguatezza della «legge»,

*Rebus sic stantibus*, cosa fare? Rassegnarsi? Riaffidarsi ancora al rispetto delle «regole» della democrazia rappresentativa, alternando periodi di risveglio democratico con periodi di «indignazione» ed allontanamento dalla vita pubblica o, peggio, ricorrendo ad atti di ribellione?

La verità è che (a mio avviso) vi è la necessità di riprendere il discorso là dove era iniziato, cioè intorno alla seconda metà del sec. XVIII, quando si definirono le basi del modello costituzionale francese, che, desunto da quello inglese, diventò «il modello» universalmente adottato negli Stati contemporanei e, con varianti più o meno significative, è quello che ancora oggi è seguito. S'impone una discussione profonda ed in grado di ridisegnare il «modello» di Stato e, ovviamente, di Costituzione, sia formale che materiale.

Ritengo che la prorompente esigenza di riconoscimento e protezione dei cosiddetti «diritti fondamentali» stia dimostrando l'inadeguatezza dei pilastri della «democrazia rappresentativa» e richieda una profonda discussione dei principi sui quali essa si fonda; nella realtà essi stanno dando spazio crescente all'affermazione di oligarchie, con conseguente estraneazione del popolo. Il nuovo disegno di Costituzione dovrebbe, perciò, partire dalla constatazione dell'inefficacia e del mancato funzio-

citando CAPOGRASSI (uno dei pensatori più originali e fecondi dell'età contemporanea, cui appartiene la parte che qui riporto in corsivo): «La volontà di ridurre sempre e comunque ad una legge dello Stato – con i suoi doverosi caratteri di uniformità generale ed astratta – eventi centrali dell'esistenza umana che devono restare affidati alla non ripetibile unicità dell'esperienza umana (e per questa stessa possibilità messa in condizioni di divenire comune), quando proprio la legge viene spogliata dei suoi caratteri universali e comuni per essere assoggettata a pulsioni individuali, significa che: Lo Stato quasi si direbbe si scorpora dall'esperienza giuridica, si entifica in sé diventa un'entità a sé stante perché non è: dirti che un apparato il quale ha il monopolio e la specialità della forza e perché il diritto non è altro che comando imposto con la forza. Lo Stato diventa il creatore del diritto e la volontà di quella forza che si è impadronita di questo appagami diventa diritto. Qui il distacco dell'esperienza giuridica dalla volontà profonda e oggettiva dalla quale nasce diventa completa, si compie in modo perfetto, perché qui questa volontà profonda ed oggettiva è negata radicalmente e con essa s'intende negato tutto il mondo dell'esperienza nel quale essa si manifesta e s'incarna. Tutto il mondo dell'esperienza è privato di ogni valore suo proprio, non esiste più come valore autonomo, e come autonoma ragione di vita, ed è oggetto della volontà arbitraria della forza che ha conquistato lo Stato, che è riuscita ad impadronirsi di questo meccanismo di forze e di forme che è lo Stato».

namento della «divisione dei poteri», per ipotizzare una differente configurazione della società, con la riproposizione della centralità dell'uomo, la quale può essere ottenuta solo attraverso forme performanti di «controllo del potere», in tutte le sue manifestazioni e durante il suo espletamento.

Purtroppo sono in pochi ad avere intrapreso questa strada, mentre il nodo era ben presente nelle discussioni sulla città antica e nel pensiero dei secoli XVII-XIX, dal quale deriva la configurazione delle «democrazie» occidentali.

Sinceramente credo che occorra non tanto inseguire rimedi temporanei e/o parziali, quanto ritornare a riflettere su cosa occorra alla società di oggi, ponendo al centro la discussione del «modello», sulla «democrazia», senza remore o prevenzioni. Così facendo, forse, si scoprirà che è proprio il modello della «democrazia rappresentativa» ad essere «inadeguato» ed anzi fuorviante, rispetto alle esigenze delle comunità, che è soprattutto esperienza e vive di esperienza (cioè della vita).<sup>23</sup>

Nello specifico, occorre rivolgere uno sguardo al «concreto», con particolare attenzione al «diverso», che ci riguarda. Perciò, piuttosto che la prospettazione di ipotesi teoriche,<sup>24</sup> si è tentato un approccio realistico, individuando, ove possibile, come si potrebbe cambiare il «modello» che regge le comunità dell'oggi e soprattutto avviando una riflessione della quale qui si vogliono ipotizzare alcune linee iniziali.

6. Il primo punto, mi sembra, debba necessariamente partire dalla rivisitazione del principio della «divisione dei poteri».

Esso è stato ritenuto fondamentale nella «democrazia rappresentativa» e di per sé idoneo ad assicurare la «democrazia» (tout court). In realtà si risolve in una limitazione di ruolo per il «popolo», il quale è privato della possibilità di interagire sia con il potere esecutivo sia con quello giudiziario e, riguardo al potere legislativo, è ridotto al ruolo di «distretto elettorale», che si riunisce soltanto al momento dell'elezione del

<sup>23</sup> Cfr. l'illuminata sintesi compiuta da P. GROSSI, *Società, diritto e Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006.

<sup>24</sup> S'intende non perché se ne sottovaluta l'essenzialità e la rilevanza, bensì perché consapevoli che esse sono già oggetto di attenta e circostanziata riflessione: cfr. F. FISTETTI, *La svolta culturale dell'Occidente. Dall'età del riconoscimento al paradigma del dono*, Perugia 2010 (3<sup>a</sup> rist.), cui rinvio per la bibliografia e di cui segnalo part. le pp. 28 ss.



Parlamento (e talora neanche di tutti i componenti di esso) e poi sparisce dalla scena politica attiva, anche se altri (ovviamente il Parlamento, ma anche l'Esecutivo ed i Giudici) dichiarano di agire in nome suo.

Di conseguenza, immaginare un «modello» che prescindendo dalla «divisione dei poteri» non costituisce motivo di possibili derive antidemocratiche, bensì serve ad eliminare una finzione ed a stimolare la ricerca di forme più incisive di partecipazione costante del popolo, con controllo effettivo dell'esercizio del potere, che è unico ancorché si manifesti in varie forme, con modalità ed organismi distinti.

In altre parole, anziché assistere al tacito assorbimento di competenze da parte dell'Esecutivo nei confronti del Parlamento o dei Giudici nei confronti del Legislativo, appare meglio e più realistico affrontare l'ipotesi di una «democrazia» che ritorni a porre i consociati al centro del «Potere» e del suo «esercizio».

Ma qui sorge un interrogativo: si può ipotizzare il ritorno alla «democrazia diretta»? Si può ipotizzare la consultazione diretta e ricorrente dei consociati? Oggi si parla di «democrazia partecipata» (talora «partecipativa») e si sperimentano varie modalità che dovrebbero consentire ai componenti della comunità di partecipare in qualche modo al momento deliberante delle decisioni, utilizzando, all'uopo, anche le grandi ed innovative possibilità offerte delle nuove tecnologie. Se essa sia realizzabile o se, come è spesso obiettato, sia possibile solo in società e/o gruppi poco estesi è oggetto di verifica. Certo occorre riflettere scandagliando fino in fondo le potenzialità esistenti oggi ed in grado di fare in modo che vi sia una partecipazione dei consociati al momento deliberativo e, aggiungerei, a quello dell'attuazione dei conseguenti atti e/o provvedimenti.

Il quadro è poi complicato dal fatto che questa forma di «democrazia» investirebbe soltanto gli atti delle Pubbliche Amministrazioni e non avrebbe possibilità di incidere sulle decisioni delle grandi imprese e dei potentati economici e/o politici e sociali; sempre più spesso questioni sempre più vitali dipendono da gruppi privati e solo per aspetti limitati dalla Pubblica Amministrazione.

Ecco dunque che il campo di indagine si allarga e diventa più arduo ed impone di considerare «potere» ogni centro decisionale ed autoritario in grado di incidere sulla condizione e sulla qualità della vita degli uomini.

La divisione esistente tra diritto pubblico e diritto privato e la separazione funzionale tra previsione normativante, momento decisionale e processo non aiutano, anzi sono di grave ostacolo. Però occorre individuare almeno alcuni capisaldi da cui muoversi.

Il compito, per arduo che sia, spetterebbe ai pensatori e, per lo specifico della materia, ai giureconsulti.

Ma essi, rispetto al grande ruolo avuto durante l'esperienza romana e nel medio evo, sono stati estromessi dal grande gioco del diritto. Montesquieu li espunse non menzionandoli in nessun luogo nella sua trama sulla «divisione» dei poteri. L'esclusione era eclatante e Alexis de Tocqueville s'ingegnò a giustificarla, sostenendone l'opportunità per il fatto che sempre i giureconsulti si erano mostrati corrivi con i potenti. In realtà, in genere, era vero il contrario: erano stati i giuristi a porre gli argini più resistenti agli arbitrii ed al dispotismo: un nome ed un esempio per tutti, quello di Grozio, che aveva riaffermato il diritto naturale ed aveva fatto scaturire il potere dal «contratto sociale». Certo è che eliminati i giureconsulti si erano al tempo stesso eliminate le maggiori voci critiche verso il potere e le sue articolazioni, proposte in visione mirabolante.

Occorre, invece, ritornare alla centralità del pensiero giuridico, come cardine della vita politica e sociale. Esso si è mostrato in grado di arginare gli abusi, tanto riguardo alle materie pubbliche quanto a quelle private<sup>25</sup> ed è l'unico in grado di elaborare soluzioni per riporre la comunità al centro della vita politica e sociale, ponendosi come generatrice, ma anche come controllo del potere.

Come può essere una democrazia senza la «divisione dei poteri»?

Primaria è la reintroduzione dell'etica nel diritto; certamente non nel senso che etica e diritto si debbano identificare, bensì nel senso (kantiano) che l'etica deve essere nel diritto.

La sicurezza è prioritaria e deve essere effettiva e deve implicare il controllo reale e totale del territorio.

<sup>25</sup> Un esempio illuminante è stato l'apporto dei giuristi per la tutela del consumatore, contro i grandi potentati economici, tradottasi in normative a differenti livelli, nazionali e dell'UE.

La tutela giudiziaria oggi è riservata a chi abbia un interesse «personale attuale e diretto» alla lite. Questo è retaggio consolidato e risale al diritto romano, con la differenza che gli antichi Romani si resero conto che in alcuni casi questi presupposti erano devianti, poiché, dinanzi agli interessi della collettività o di persone deboli, apparve loro opportuno prescindere da tali requisiti e concedere la legittimazione al processo «a chiunque», ancorché non portatore di un suo particolare e specifico interesse. Fu questa la felice invenzione dell'azione popolare. Essa consente il controllo sul corretto esercizio del potere. Infatti, poiché qualora chi ne è obbligato non agisca, può vedersi sostituito da chicchessia, ne consegue da un lato uno stimolo a «fare» ciò cui il governante sia tenuto dall'altro un controllo indiretto del suo operato. In altre parole, io, cittadino qualsiasi sarò verosimilmente molto stimolato a verificare ciò che il governante fa se so che, qualora egli non faccia il dovuto, potrò sostituirlo io stesso. L'«azione popolare», inoltre, va ben oltre la facoltà di supplenza, perché rappresenta un caso concreto di esercizio diretto della sovranità popolare, normalmente delegata al governante, ma il cui esercizio torna a «ciascun cittadino» quando chi ne sia tenuto non adempia al suo ufficio/dovere.<sup>26</sup> Considerati la complessità del processo dell'oggi ed i suoi alti costi, sarà opportuno che chi esperisca un'azione popolare possa, per ciò solo, avvalersi del «gratuito patrocinio».

L'«azione popolare» è prevista da molte costituzioni latino-americane, mentre è del tutto assente nel *Trattato di Lisbona* e, quindi, all'interno dell'UE.

Appare sempre più evidente l'opportunità di attribuire l'iniziativa di «proposta di legge» anche a persone o gruppi che non facciano parte del Parlamento, sia con la forma del *referendum propositivo* sia attribuendo il potere di proposta ad organi o singoli, che intendano agire per la collettività. Esempio significativo è la costituzione albanese, la quale, in materia di «diritti umani», attribuisce il potere di iniziativa legislativa anche all'«Avvocato del popolo».<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Di essa si era parlato in Italia al momento dell'emanazione della legge quadro sulla tutela dell'ambiente: la prevedeva il disegno di legge del Governo, ma fu tolta dal Parlamento!

<sup>27</sup> *Costituzione albanese* del novembre 1998, art. 63 co. 3.

Nell'UE siamo quasi alla beffa: non solo manca l'azione popolare e non vi è traccia di «referendum», ma, con toni roboanti, si propaganda come una grande novità a favore dei cittadini la cosiddetta «iniziativa popolare», per la quale occorrono un milione di firme, in almeno 7 Stati e con una soglia minima per Stato<sup>28</sup> non perché la proposta di legge sia accolta e se ne occupi il Parlamento, ma semplicemente con il valore di suggerimento, perché i cittadini «possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati». Uno si aspetterebbe che se si mobilitano tanti cittadini in almeno 7 Stati dovrebbero avere il potere di adottare direttamente un provvedimento o almeno di avere la legittima facoltà di sottoporre all'approvazione diretta dei cittadini il provvedimento richiesto.

Insomma tanto rumore quasi per nulla!

Ora la domanda è questa: poiché le questioni diventano sempre più tecniche ed è palpabile la generale sfiducia nei governi e nei parlamenti, non si dovrebbe dare in qualche modo voce, anche sotto forma di proposta ed eventuale approvazione di legge, al popolo?

7. Nell'UE vi è un mediatore, erede dell'Ombudsman di matrice svedese, ma con poteri tanto ristretti da incidere poco nella vita dell'UE e sull'effettivo rispetto della *dignità umana*, proclamata dal Trattato di Lisbona.

<sup>28</sup> Per le quali vi è da superare una griglia di difficoltà, sotto forma di requisiti formali, essendo previsto: A ogni iniziativa sono concessi 12 mesi per la raccolta del milione di firme richieste e i firmatari devono provenire da almeno sette Stati membri. Un numero minimo di firme per Stato membro deve essere raccolto, numero che varia secondo la popolazione. Per l'Italia è 54.000, per la Germania 74.250 e per Malta 3.750. Gli Stati membri hanno l'onere di verificare la validità delle dichiarazioni a sostegno delle firme e potranno scegliere quale tipo d'informazione sia necessaria affinché le firme siano convalidate. Nella maggioranza dei casi, il numero della carta d'identità è obbligatorio. I firmatari dovranno essere cittadini europei e in età di voto. La procedura termina con la decisione della Commissione europea, da adottare entro tre mesi dal completamento della verifica delle firme, se procedere o meno con una proposta legislativa. Tale decisione dovrà essere resa pubblica.

Questa figura è soltanto una pallida replica del *defensor civitatis* e del glorioso *Tribunato della plebe*. Quelle istituzioni erano concepite come reale freno all'esercizio del potere, le odierne figure (Ombudsman, Mediatori, Defensor del Pueblo, Avvocati del popolo, Difensori civici ecc.) sono espressione del potere stesso o del Parlamento (ma chi si fida più del Parlamento?) e sono destituite di poteri reali, essendo limitati al ruolo di intermediari e portavoce presso le amministrazioni.

Eppure quello del controllo del potere durante il suo esercizio, come si è detto, è un grosso nodo; non basta, eventualmente, sovrintendere all'emanazione dei provvedimenti, occorre controllarne l'effettiva e corretta attuazione. Senza questo controllo, attraverso un organo dotato di poteri incisivi, la stessa democrazia perde senso e diventa un comodo paravento per decisioni unilaterali e non rispondenti all'interesse della collettività; in Italia manca addirittura una figura nazionale di tal fatta, malgrado l'invito rivolto dall'ONU alla fine della prima metà del secolo scorso.

Specialmente per i diritti fondamentali il controllo, per essere efficace, dovrebbe essere preventivo. L'UE ha avvertito la delicatezza di ciò e, prima con il Trattato di Maastricht poi in quello di Lisbona, ha introdotto il «principio di precauzione», che dovrebbe consentire di bloccare un atto offensivo dell'ambiente o comunque temuto nocivo sin dal nascere.<sup>29</sup> Ma alla proclamazione è seguito ben poco. Si attende che siano indicate le forme, eventualmente anche giudiziarie, per dare sbocco a quel principio.

<sup>29</sup> P. DE ARANJO AYALA, «O princípio de precaução e a proteção jurídica de fauna na constituição brasileira», *Revista de Direito ambiental* 39 (2005), pp. 147 ss.; L. BOISSON DE CHAZOURNES, «Le principe de précaution: nature, contenu et limites», [in:] C. LEBEN & J. VERHOEVEN (ed.), *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Paris 2002; P. MARTIN-BIDOU, «Le principe de précaution en droit international de l'environnement», *Revue générale de droit international public* 1999, pp. 632-???; C. RAFFENSPERGEN & J. TICKNER, *Protecting Public health and the Environment. Implementing the Precautionary principle*, Washington 1999; N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes juridiques du droit de l'environnement*, Bruxelles 1999; O. GODARD, *Le principe de précaution dans la conduite des activités humaines*, Paris 1997; T. O'RIORDAN & J. CAMERON, *Interpreting the precautionary principle*, London 1994.

Qualcosa potrebbe rappresentare la procedura detta VIA,<sup>30</sup> ma in molti Paesi è stata depotenziata, perché a pronunciarsi, così come essa richiede, sulla non nocività ed opportunità dell'atto e/o del procedimento sospetto non sono chiamati i cittadini-utenti, bensì le Amministrazioni ed organismi che in molti casi sono essi stessi autori o comunque hanno partecipato alla formazione del potenziale provvedimento sospetto.

8. Sotto gli occhi di tutti vi è la «crisi della giustizia», acuta particolarmente in Italia dove è afflitta da defatiganti ed immotivate lungaggini che, non di rado, si traducono in «denegata giustizia».

Per la Giustizia civile si stanno sperimentando diversi rimedi, ma essi si rivelano parziali e non risolutori.

Il più recente è del 2008, quando l'UE si è posta il problema dell'effettività dell'*accesso alla giustizia* e della sua reale fruizione; con la *Direttiva 2008/52/CE* del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, entrata in vigore il 12.6.2008, la Commissione ha inteso promuovere il ricorso alla mediazione come metodo di risoluzione consensuale delle controversie in materia civile e commerciale.<sup>31</sup> La direttiva non menziona la materia amministrativa, probabilmente perché per essa vi è la concorrente azione del «Médiateur européen».

Sta di fatto che queste sono strade che cercano di risolvere la questione della Giustizia senza porre in discussione l'impianto tradizionale del processo, malauguratamente isterilitosi in ritualità e azioni dilatorie, che per l'Italia risalgono al periodo fascista ed in particolare al Chiovenda,<sup>32</sup> il quale prefigurò la presenza invasiva del giudice istruttore, creando un *monstrum* del quale fin dal suo sorgere se ne denunciarono i pericoli e la potenziale inefficienza.

Che la riforma funzioni è da verificare e non vorrei che costituisca un alibi per dilazionare la riforma del processo, sia riguardo ai costi sia riguar-

<sup>30</sup> Contenuta nella Direttiva 97/11/CE, anticipatamente recepiti nell'ordinamento italiano con il *DPR 12 aprile 1996* e attualmente definiti dal *Decreto l.vo 152/2006*.

<sup>31</sup> L'Italia ha recepito la direttiva con la *Legge 18 giugno 2009*, n. 69.

<sup>32</sup> Cfr. F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli 2009.

do al ruolo delle parti e dei giudici. A mio avviso è su questo che occorre intervenire in via prioritaria, restituendo alle parti il potere di scelta del giudicante (come avveniva nel modello del diritto romano, durante la *Respublica*, cioè in un sistema a «democrazia partecipata»), secondo una visione compartecipata e non autoritaria o oligarchica della società.<sup>33</sup>

Invero la questione dell'accesso alla Giustizia e dell'organizzazione del processo non è mera questione tecnica e non è risolvibile attraverso modifiche, più o meno radicali, settoriali o solamente processuali: essa attiene al modo stesso di concepire la società ed il modello sociale e costituzionale cui ispirarsi.<sup>34</sup>

Tra l'altro oggi i giudici non hanno nessun legame con i cittadini. Nominati attraverso un concorso meramente nozionistico,<sup>35</sup> non danno (in partenza) nessuna garanzia di sapere interpretare la realtà né di avere quelle doti di discernimento, conoscenze e forza d'animo necessarie al compito cui sono chiamati.<sup>36</sup> Non di rado si hanno sentenze che stupiscono per la loro estraneità al contesto della realtà fattuale ed ai valori della società. Le motivazioni alle sentenze, poi, costituiscono un campo nel quale è spesso impossibile addentrarsi e certamente non sono, come dovrebbero essere, alla portata della comprensione dell'uomo medio.<sup>37</sup> Oserei dire che talvolta sembra di trovarsi di fronte ad un linguaggio tanto tecnico da essere appannaggio esclusivo di pochi, creando un altro motivo di estraneazione dell'uomo dal diritto.

<sup>33</sup> Non mi sfugge il peso delle forze contrarie a ciò (da un lato quella degli stessi giudici, dall'altro quella degli avvocati), né trascura l'impatto provocatorio di quanto qui affermato in una società nella quale si ritiene che debba intervenire un'Autorità per designare i giudicanti (persino nelle partite di calcio, che sono materia di società private, non è consentito scegliere l'arbitro agli interessati!).

<sup>34</sup> Sul punto, v. le conclusioni espresse da me nell'articolo «Mediazione e conciliazione: storia, origini, attualità», [in:] *La mediazione. Dalla storia la creazione di valore*, Napoli 2011, pp. 7-46.

<sup>35</sup> Ad esempio, in Italia i giudici accedono alla carriera attraverso un concorso meramente teorico, a differenza, ad esempio, dei giudici inglesi, che provengono dalle file degli avvocati con almeno 10 anni di esperienza forense.

<sup>36</sup> In Inghilterra i giudici, come si è detto, sono scelti tra operatori del diritto con esperienza almeno decennale.

<sup>37</sup> Veramente io stesso, che pur mastico qualcosa di diritto, faccio spesso fatica a comprendere le sempre più elaborate sentenze dei giudici.

Amo ricordare che la nomina «a vita» dei giudici era motivata dalla necessità di renderli indipendenti dal Sovrano<sup>38</sup> e comunque ancora oggi il giudice resta al suo posto «during good behavior». Ma nella Repubblica questo si giustifica ancora? Ne dubiterei. D'altra parte se questa esigenza fosse ancora attuale non si giustifica perché nelle Corti sovranazionali, come la Corte di Giustizia europea i giudici sono designati per un periodo limitato (di 6 anni)?

Vorrei anche chiedermi se davvero si possano lasciare le funzioni di Pubblico Ministero esclusivamente nelle mani di uno che, sostanzialmente, è un funzionario e se non sia più congruo affidarle o quanto meno co-affidarle a entità più competenti e consapevoli.<sup>39</sup>

9. Da ultimo, mi sembra che sui diritti umani si faccia molta demagogia e non si voglia vedere la realtà, che racchiuderei in un paradosso: il diritto dell'uomo è meglio tutelato là dove gode già di un alto grado di protezione e non là dove necessita di una qualsiasi protezione, perché del tutto inesistente, come nei regimi dittatoriali.

Vogliamo affrontare fino in fondo i nodi di questa problematica, cominciando dal riflettere sul fatto che le attuali concezioni sono frutto di visioni liberistiche e borghesi e non hanno quel grado di universale condivisione, che invece si finge che abbiano?



Molto c'è da dire e molto c'è da fare. Soprattutto occorre ridisegnare il «modello» di società, superando l'astrattezza del concetto di Stato, e proponendo articolazioni veritiere e non schemi logori e spesso forieri di finzioni.

<sup>38</sup> Secondo una lenta conquista iniziata nei confronti di Guglielmo II (sec. XI) e conclusasi nel 1701 con l'*Act of Settlement* promulgato dalla Regina Anna.

<sup>39</sup> Come si può ancora credere che un'unica persona soltanto perché giudice di carriera conosca di ambiente, di salute, di questioni patrimoniali ecc.? Ad esempio, là dove operino Onlus di riconosciuta competenza e che, magari, siano quelle che denunciano il fatto offensivo di un diritto fondamentale, non sarebbe miglior PM proprio una di quelle associazioni?



In conclusione mi sembra che oggi dobbiamo riscoprire gli strumenti per riporre il concetto di «persona» nella giusta collocazione, cioè di condizione giuridica dell'uomo, che non può dipendere dalle costituzioni, dagli ordinamenti, ma soltanto dall'uomo e dalle sue esigenze. Sicché occorre una rilettura in chiave di diritto fondamentale del concetto di «persona», ma sapendo che dobbiamo riscrivere il diritto ed i manuali di diritto, perché inadeguati al presente e fuorvianti per l'uomo, specialmente con le cervellotiche distinzioni, come quella tra capacità giuridica e capacità d'agire. Noi dobbiamo ridiscutere tutto, dobbiamo riscoprire cos'è veramente la «democrazia» e dobbiamo discutere del nostro rapporto con la natura.

*Sebastiano Tafari*

---

Dipartimento Jonico  
in «Sistemi Giuridici ed Economici  
del Mediterraneo: società, ambiente, culture»  
Università degli Studi di Bari «Aldo Moro»  
Via Duomo, 259  
74123 Taranto  
ITALIA  
e-mail: *iuribus@gmail.com*