

PRAWO / LAW**SEBASTIANO TAFARO****LA DEMOCRAZIA RICORRENTE.
DEMOCRAZIA O OLIGARCHIA?***

1. *Il problema della democrazia oggi.* Le società oggi, specialmente nel cosiddetto ‘Occidente’, sembrano in crisi irreversibile sia sul piano organizzativo sia su quello economico e soprattutto su quello dei ‘valori’ (religiosi o laici, che siano).

In Europa centro-mediterranea ci si era illusi che la creazione dell’organismo sovranazionale, della Comunità ed ora dell’Unione d’Europa, fosse la soluzione del ‘problema’. Invece non solo si è rivelata inadeguata, ma sta finendo per diventare essa stessa grande o comunque parte del problema.

Uno dei nodi principali è costituito dall’estraneazione dei singoli rispetto alla gestione della politica, sempre più appannaggio di **oligarchie**¹.

Il problema risiede nell’aver proceduto alla costruzione di una Entità, che aspirava da un lato a superare le divisioni articolatesi intorno al concetto di ‘nazione’ dall’altro a proporsi come referente diretto per i singoli, senza un’approfondita riflessione sul ‘modello’ da adottare. Tale riflessione avrebbe evidenziato la necessità di operare scelte precise, che, invece, non si era in grado di compiere.

Sta di fatto che oggi la crisi sembra irreversibile e che per scongiurarne le conseguenze si adottano soluzioni provvisorie e parziali, dalle quali spesso nascono illusioni destinate a cadere dopo il volgere di pochi anni.

Il mancato superamento del distacco esistente tra governanti e governati rimane immutato e, anzi, tende a crescere. Ciò mi spinge a ritenere che esso sia conseguenza dell’assenza di un’avvertita riflessione progettuale sul ‘modello’ organizzativo più consono alle necessità del presente, che non può essere supplito con provvedimenti e/o istituti mirante a far fronte all’*emergenza*.

SEBASTIANO TAFARO, prof. Onorario. Università degli Studi di Bari ‘Aldo Moro’; e-mail: iuribus@gmail.com

* Riassumo qui osservazioni da me prospettate in più sedi.

¹ 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 *Studi in memoria di Giuseppe Panza* [cur. G. Tatarano e R. Perchinunno], Napoli, 2010, pp. 713–737.

Il dibattito, quando c'è, è portato avanti dai 'politici' ed è frammentario, episodico ed umorale, mancando un riflessione organica e prospettica. Non di rado è rissoso e confuso.

Faccio un esempio, centrale per la vita di un ordinamento (nazionale o sovranazionale): la Costituzione. In Europa manca ed è surrogata dal *Trattato di Lisbona*.

Non meno grave mi sembra l'assenza di disposizioni organiche su uno dei nodi (che in passato aveva arrovellato, dando vita a dibattiti animatissimi) i pensatori ed i riformatori: quello del *controllo del potere*.

2. *Crisi*. Il fatto è che la crisi economico-finanziaria, che sta investendo l'Europa, non sta incidendo solamente sull'economia, perché si proietta in una crisi generale dell'assetto delle società, spingendo a parlare di *crisi della società dei consumi*, di *crisi della società del possesso* o, più in generale di *crisi dei valori*.

Essa impone anche una riconsiderazione della *democrazia*, poiché mi sembra la conseguenza del modo con il quale è stata strutturata la società contemporanea e sono stati concepiti la *democrazia* e, con essa, lo Stato contemporaneo. Infatti, appare, a mio avviso, evidente la doverosità di una riflessione radicale, diretta a mettere in discussione l'attuale 'modello' e a lavorare alla costruzione di un nuovo modello² di *democrazia*, che sappia dare risposte adeguate alle aspirazioni degli uomini, ponendo rimedio all'estraneazione dei singoli rispetto alla gestione della politica, che viene avvertita sempre più appannaggio di oligarchie³.

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

² 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.

³ 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 *Studi in memoria di Giuseppe Panza* [cur. G. Tatarano e R. Perchinunno], Napoli, 2010, pp. 713-737.

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 anni⁴.

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*, *Défenseur des droits*) sembra procedere in modo irrefrenabile in quasi tutto il mondo, ad eccezione degli USA e dell'Italia, suscitando entusiasmo e speranze⁵. Ciò avviene perché la figura (secondo alcuni erede degli antichi *Efori* o dei

⁴ Di ciò è prova la stessa reiterazione dei tentativi di affidare a nuove figure il compito di creare un collegamento tra governanti e governati.

⁵ Sul punto, richiamo a quanto ho già osservato in, *L'eredità dei «tribuni plebis»*, in [cur. Maria Pia Baccari e Cosimo Cascione] *Tradizione romanistica e Costituzione, diretta da Luigi Labruna. Collana «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana»*, vol. II, Napoli, 2006, pp. 1845 ss.; *Le radici. Proposte*, in *L'avvocato del popolo albanese* [cur. A. Loiodice, S. Tafaro, N. Shehu], Torino, 2008, pp. 3 ss.; cui adde N. SHEHU, *Dall'Högste ombudsman all'avvocato del popolo albanese*, in *L'avvocato del popolo albanese* cit., pp. 3 s.; S. Anderson, *Ombudsman reserch a bibliographical essay*, in *Ombudsman journal* (1982) pp. 32 ss.; E. Bernardi, v. *Ombudsman*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Appendice V, Torino, 1982, pp. 413 ss.; P. Birkinshaw, *Grievances Remedies and the State*, Sweet and Maxwell, London, 1985, pp. 127 ss.; P. Birkinshaw, *Access to justice in the privatized and regulated state*, University Press, Hull, 1991, pp. 68 ss.; D. Borgonovo Re, *Ombudsman in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, 1995, pp. 306 ss.; D. Butler, V. Bogdanor and R. Summers, (Essays in Honour of Geoffrey Marshall) *The Law Politics and the Constitution*, Oxford University Press, 1999 chapter 13; T.R. Colint, *The Polish Ombudsman in Review of Socialist Law* 14 – 3- (1988); M. Comba, *Ombudsman*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, 1995, pp. 296 ss.; R. Delfino, *L'«Ombudsman» come modello di «alternative dispute resolution» nel settore privato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XLIX, anno 1995, pp. 248 ss.; G. De Vergottini, v. *Ombudsman*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Torino, 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 *Administrative Law Facing the Future. Old Constraints and New Horizons* (P. Leyland and T. Woods eds.), Blackstone Press, 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; Id., *Ombudsman*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, pp. 2 s.; A. Gil Robles-A. Delgado, *El control parlamentario de la administración (El Ombudsman)*, Madrid, 1981; M. Radi, *L'extension de l'Ombudsman: triomphe d'une idée ou deformation d'une institution?*, in *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, p. 35 ss.; A. Legrand, *Une institution universelle: l'Ombudsman?*, in *Rev. Int. Droit comp.*, 1973; E. Letowska, *The Polish Ombudsman: The Commissioner for the Protection of Civil Rights*, in *International and Comparative Law Quaterly* 9 (1), Londres, 1990, pp. 209 ss.; C. Mortati, *L'Ombudsman-Il difensore civico* (scritti a cura di C. Mortati), Torino, 1974; G. Napione, *L'Ombudsman*, Giuffré, Milano, 1969; M.M. Padilla, *La institución del Comisionado parlamentario*, Buenos Aires, 1972; M. Seneviratne, *Ombudsman in the Public Sector*, Open University Press, Buckingham, 1994; Id., *The European Ombudsman*, in *Journal of Social Welfare and Family Law* 1999 21(3), 1999, pp. 269–278; Id., *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*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

Tribuni plebis ovvero dei *Defensores Civitatum*) è stata proposta in Svezia⁶ proprio come intermediaria tra potere e governati⁷, sicché spesso crea l'illusione 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. Controllo del potere 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 Sparta⁸ ed in Roma⁹, è stata avvertita la necessità di porre argini all'esercizio del potere; non solo attraverso

⁶ 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*.

⁷ 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'accoglimento 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 *Défendeur 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.

⁸ 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 risedette nel fatto essi venivano eletti dal popolo e, per questo, erano visti come rappresentanti di esso e quindi anche malleadori 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.

⁹ 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'istituzione spartana dell'Eforato, perché trovò migliore ed efficace collegamento con il Tribunato della plebe.

i normali organi dell'*organizzazione di tipo costituzionale*, ma anche con l'introduzione di autorevoli controllori della correttezza ed opportunità delle scelte operate da qualsiasi 'potere'¹⁰.

4. *Eforato e Tribunato*. 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 approdare 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 popolo (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'*auctoritas* e la *potestas* più elevata, 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

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 Aa. Vari, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989, ed in particolare alle esposizioni di L. Capogrossi-F. Càssola, alle pagine 83 s. (*Le vicende fino alle XII tavole*) 177 ss. (*I tribuni della plebe*).

¹⁰ 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.

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 trascinate, 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' piú 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 (Maximilien-François-Marie-Isidore de Robespierre) e Babeuf (François-Noël Babeuf, il quale, volendo estremizzare l'affermazione del ruolo del popolo, aveva visto nel Tribunato la soluzione piú 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, piú 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 repubblica¹¹.

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.

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 piú del Parlamento?) e sono destituite di poteri reali, essendo limitati al ruolo di intermediari e portavoce presso le amministrazioni.

¹¹ 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.

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 nascere¹². Ma alla proclamazione è seguito ben poco. Si attende che siano indicate le forme, eventualmente anche giudiziarie, per dare sbocco a quel principio.

Qualcosa potrebbe rappresentare la procedura detta VIA¹³, 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.

5. Popolo e governanti. 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', che va perseguito attraverso la riscoperta della effettiva centralità della sovranità popolare, e per reprimere l'uso arbitrario ed immotivato del potere¹⁴.

¹² P. de Arango Ayala, *O principio de precaução e a proteçao juridica de fauna na constituicao brasileira*, in *Revista de Direito ambiental*, 39 (julho-setembro 2005) p. 147 ss.; L. Boisson de Chazournes, *Le principe de précaution: nature, contenu et limites*, in *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire* [cur. C. Leben-J. Verhoeven], Paris, 2002; P. Martin-Bidou, *Le principe de précaution en droit international de l'environnement*, in *Revue générale de droit international public* (1999) p. 632 ss.; 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 affaires humaines*, Paris, 1997; T. O'Riordan-J. Cameron, *Interpreting the precautionary principle*, London, 1994.

¹³ Contenuta nella Direttiva 97/11/CE.

¹⁴ Per tutti, anche per la bibl., G. Lobrano, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere* cit., partic. parte A cap. I; parte B cap. I; parte C cap. II; sul punto (anche per i riferimenti bibliografici), rinvio anche ai miei articoli cit. sopra alla nt. 4., dove risalgo alle radici ed

Oggi constatiamo l'attualità di queste stesse istanze. Esse sono anche postulate dalla crescente richiesta di tutela dei *diritti fondamentali*, 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 bilanciamento ed i controlli tra i 'poteri' previsti dalla dottrina della *divisione dei poteri* in realtà non vi è più. Perché ci sia *democrazia* è **necessario** che il popolo possa partecipare ed intervenire sull'esercizio del potere in ogni momento: altrimenti si assiste all'affermazione ed alla prepotenza di oligarchie di vario genere (politiche, sociali, economiche), così come oggi avviene in tutto l'Occidente ed in Italia. Non è ammissibile che il popolo sia interpellato soltanto al momento delle votazioni, peraltro del solo Parlamento, perché questo consegna il Paese agli arbitri dei poteri forti (Stato ed Enti locali, con le vessazioni fiscali, banche, gruppi finanziari ecc.).

Per capire come la distorsione attuale sia potuta 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 Bénjamin Constant¹⁵.

Si può osservare, dunque, come la problematica del rapporto tra 'potere' e cittadini sia stata affrontata dai pensatori le cui idee sono alla base dell'odierna organizzazione politica, che è anche statutale. Si sono prospettati i presupposti per far sí che la democrazia sia espressione del 'popolo' e non trasmigri in oligarchia. Si è trattato di trovare soluzioni al complesso rapporto tra l'esercizio del 'potere' ed il popolo, con la finalità di approdare ad un equo bilanciamento tra le aspettative e le aspirazione dei singoli uomini ed i detentori del potere. In tale prospettiva, in primo luogo, si è cercato di fare in modo che il popolo non

alle motivazioni dell'*Ombudsman* svedese e delle altre figure che, partendo da esso, sono sorte alluvionalmente.

¹⁵ 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". 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*, 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. 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. Sul punto, per tutti, v. G. Lobrano, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere* cit., p. 221.

si sentisse escluso dalle decisioni fondamentali che lo concernono; in secondo luogo, si è pensato di prevenire o fermare eventuali abusi da parte dei governanti. Particolarmente significativi sono stati gli istituti diretti al controllo dell'esercizio del potere, per assicurare il 'buon governo' e per reprimere l'uso arbitrario ed immotivato del potere.

Oggi, come dicevo, purtroppo queste istanze sono quanto mai attuali ed emergenti, tanto più che la crescente richiesta di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, ha posto a nudo l'inadeguatezza di due pilastri della 'democrazia' occidentale, costituiti dalla rigida affermazione della sovranità statale (o di unioni di stati) e dal principio della *divisione dei poteri*. Questo fa sí che l'uomo avverta una crescente mancanza di protezione di fronte all'Amministrazione Pubblica ed ai cosiddetti 'poteri forti', che appaiono invasivi, in conseguenza del fatto che il limite previsto dalla dottrina della *divisione dei poteri* in realtà non vi è più. Non essendo ipotizzabile una democrazia assembleare, del tipo di quella ateniese (ad esempio), occorre trovare soluzioni che rassicuri i 'governati' sull'utilizzo del potere per il bene comune e non per finalità personalistiche e, spesso, più o meno vessatorie ed arbitrarie.

Siffatta 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. E, 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 decisioni¹⁶. 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 F 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 *independente ed imparziale, preconstituito 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***, preconstituito 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 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

¹⁶ 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.

e *democrazia*, senza aggettivi, corrispondente alla democrazia elettiva e rappresentativa¹⁷.

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*.

6. Prospettive. 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'¹⁸?

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

¹⁷ 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. G. Lohbrano, *Res publica res populi cit.*, p. 239 s.

¹⁸ Cfr., da ultimo, G. Acocella, *Etica, diritto democrazia. La grande trasformazione*, Bologna, 2010, nello specifico partic. p. 92, il quale denuncia l'inadeguatezza della 'legge', 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*".

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 funzionamento 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 XVIII–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)**¹⁹.

Nasce da ciò e dagli interrogativi che ne sono sollevati la riflessione avviata dal Centro interdipartimentale, la quale si è sviluppata in molteplici iniziative approdate al convegno, incentrato sul nodo essenziale: *Democrazia oggi*.

Nello specifico, in esso si è inteso rivolgere uno sguardo al ‘concreto’, con particolare attenzione al ‘diverso’, che ci riguarda. Perciò, piuttosto che la prospettazione di ipotesi teoriche²⁰, 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.

7. Il nuovo modello. 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,

¹⁹ Cfr. l’illuminata sintesi compiuta da P. Grossi, *Società, diritto e Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006.

²⁰ 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, 3^a rist. 2010, cui rinvio per la bibliografia e di cui segnalo partic. le pp. 28 ss.

è ridotto al ruolo di *distretto elettorale*, che si riunisce soltanto al momento dell'elezione del 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 costituisca 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.

Occorre domandarsi: ci sono strumenti per rimediare alla prevalenza oligarchica delle società odierne?

Parecchi, ma da esperire e monitorare continuamente nella loro efficacia.

Ne esemplifico soltanto alcuni con l'avvertenza che, sul punto, occorrerebbe sollecitare un dibattito approfondito. Inizierei con alcune limitate indicazioni:

il *mandato vincolante* e la verifica di metà mandato. La Costituzione aveva previsto tempi diversi per l'elezione della Camera e del Senato: mai rispettati. Negli USA alcuni vengono eletti ad una data altri dopo 2 anni: cos'è capita che un presidente, come ora Obama, che non soddisfi più o non mantenga quanto promesso perda la maggioranza del Parlamento. In Italia, in nome della Governabilità, invece si vota una soltanto ogni 5 anni, senza vincolo di nessun genere per gli eletti (ora 185 circa hanno cambiato schieramento, senza che nessuno abbia gridato allo scandalo, come si fece, ad esempio, per Berlusconi).

La creazione, come si è detto, di *difensori dei diritti* (la figura esiste in Francia, dove ha sostituito il *Médiateur de la République française*), da prevedere a tutti i livelli, come difensore degli uomini, dotato di alcune prerogative incisive, come il *diritto di seguito* (cioè l'obbligo dell'Autorità a dare risposta motivata alla lamentela dei cittadini entro 20 giorni, superando i costi e le lungaggini dei ricorsi e delle cause) e, in alcuni casi, con la potestà di bloccare gli atti ritenuti ingiusti, fino a quando le Autorità ne dimostrino la fondatezza e la giustizia.

Forme di consultazioni (*referendum*) propositivi e vincolanti per le Autorità, promuovibili anche dai singoli, sulle questioni fondamentali per la comunità (ad esempio, lavoro, sviluppo, crescita ...).

Ricorso *diretto* alle Corti Costituzionali.

Riposizionare la centralità della sovranità popolare significa anche riproporre l'appartenenza ai cittadini degli spazi (natura, strade, piazze, **ambiente**).

Perché non avviare una prassi, esistente negli USA, di incontri periodici (almeno mensili) delle Autorità con la stampa ed i cittadini, nel corso dei quali esse esponano cosa stanno facendo, quale parte del loro programma stanno realizzando e si confrontino, in un dibattito aperto, evitando i soliloqui e ascoltando e discutendo le eventuali osservazioni contrarie.

In conclusione: *occorre che il popolo sia posto al centro di ogni decisione o atto e che i Governi siano espressione di esso e non di gruppi forti.*

Il quadro, per la verità, 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, dai quali, sempre più spesso, dipendono questioni vitali.

Ecco dunque che, di conseguenza, il campo di indagine e di intervento si allarga e, diventando più arduo, impone di considerare 'potere' ogni centro decisionale ed autoritario in grado di incidere sulla condizione e sulla qualità della vita degli uomini.

La settorizzazione esistente tra diritto pubblico e diritto privato e la separazione funzionale tra previsione normativante, momento decisionale e processo non aiuta, anzi è 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 private²¹ ed è l'unico in

²¹ 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.

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**.

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/dovere²². 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*²³.

Nell'UE siamo quasi alla beffa: non solo manca l'azione popolare e non vi è traccia di *referendum*, ma, con toni roboanti, si propaga come una grande novità a favore dei cittadini la cosiddetta "iniziativa popolare", per la quale

²² 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!

²³ Cost. alb. del nov. 1998, art. 63 co. 3.

occorrono un milione di firme, in almeno 7 Stati e con una soglia minima per Stato²⁴ 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?

8. *La giustizia.* Sotto gli occhi di tutti vi è la *crisi della giustizia*, acuta particolarmente in Italia.

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. La direttiva non menziona la materia amministrativa, probabilmente perché per essa vi è la concorrente azione del *Médiateur européen*.

La direttiva è stata variamente interpretata ed applicata dai singoli Paesi membri. Ad esempio, in Italia, come è noto, è stata intesa dal Governo non come alternativa al processo, ma come rimedio contro la lungaggine eccessiva delle liti. Ho la preoccupazione che, specialmente riguardo all’Italia, il ricorso alle procedure alternative, di là dagli entusiasmi del primo momento, possa non avere molto spazio²⁵, diversamente dalle esperienze anglosassoni, nelle quali

²⁴ 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.

²⁵ Su di esse v. S. Cera – D. Colangeli – F. Paoletta, *Gli istituti alternativi alla giurisdizione ordinaria*, Milano, 2007; G. Cabras – D. Chianese – E. Merlino – D. Noviello, *Mediazione e con-*

sono nate, che hanno ben altri Weltanschauung. D'altro canto è rivelatrice la circostanza che in Italia la loro introduzione sia stata prefigurata all'interno della *semplificazione e della competitività in materia del processo civile*²⁶.

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 Chiovenda²⁷, 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 riguardo al ruolo delle parti e dei giudici²⁸. 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 società²⁹.

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 ispirarsi³⁰.

Tra l'altro oggi i giudici non hanno nessun legame con i cittadini.

L'uomo si sente ed è pressoché impotente. Affidato, per la sua richiesta di 'giustizia' ad un meccanismo non sempre 'terzo' e spesso avulso dal contesto storico-sociale, tanto che 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

ciliazione per le imprese. Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel diritto italiano e comunitario, Torino, 2003.

²⁶ L.18 giugno 2009 n. 69.

²⁷ Cfr. F. Cipriani, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2009.

²⁸ Per ora costituisce una speranza occupazionale della sterminata massa di avvocati esistente in Italia ed una fonte di guadagno immediato e facile per i tanti *centri organizzatori* di 'corsi' per mediatori e conciliatori, sorti come funghi e che attraverso improbabili percorsi formativi (di 50 ore, a contenuto esclusivamente giuridico), secondo lo Stato italiano, dovrebbero potere formare operatori della mediazione e conciliazione, fuori da un percorso di formazione profondo ed innovativo. Va poi segnalato il tentativo, quasi riuscito, degli avvocati di riservare a sé gran parte della mediazione, senza tener conto che, per dover essere basata sull'equità e la ragionevolezza, essa forse può essere svolta con maggiori possibilità di successo da esperti di altre discipline (a seconda dei casi, da psicologi, operatori sociali, economisti ecc.).

²⁹ 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!..).

³⁰ 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.

comprensione dell'uomo medio³¹. 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.

Amo ricordare che la nomina 'a vita' dei giudici era motivata dalla necessità di renderli indipendenti dal Sovrano³² 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)?

9. Sui diritti umani. 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, tanto che in Asia non si riconosce fondamento alle varie enunciazioni dell'Occidente³³ e l'Islam³⁴ ha proceduto ad elaborare proprie dichiarazioni dei diritti umani?

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.

Va avvertito, comunque, che non esiste il modello perfetto e, pertanto, è necessario ipotizzare un 'modello dinamico'.

L'esperienza dimostra che le soluzioni prospettate spesso suscitano entusiasmo ed attese che, dopo un certo intervallo, scemano e risultano inefficaci. Pertanto la democrazia ha bisogno di sapersi rinnovare e rimodellare costantemente e periodicamente, secondo un modello che definirei di **democrazia ricorrente**.

³¹ Veramente io stesso, che pur mastico qualcosa di diritto, faccio spesso fatica a comprendere le sempre più elaborate sentenze dei giudici.

³² 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.

³³ Cfr. T. Groppi, *I diritti umani in Asia*, relazione al XVII Colloquio biennale AIDC, Global Law v. Local Law, Brescia 12-14 maggio 2005; E. Friedman, *Asia as Fount of Universal Human Rights*, in P. Van Ness [a cura di] *Debating Human Rights*, London, Routledge, 1999, 56.

³⁴ V. la *Dichiarazione islamica dei diritti dell'uomo*, proclamata il sabato 19 settembre 1981 presso l'UNESCO a Parigi, la quale è la versione islamica della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e la *Dichiarazione del Cairo sui diritti umani nell'Islam*, Risoluzione 49/19-P della XIX Conferenza Islamica dei Ministri degli Esteri, 5 agosto 1990. Esse si sono rese necessarie per il fatto che la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* non è compatibile con la concezione della persona e della comunità che ha l'Islam. R. Caspar, *Les déclarations des droits de l'homme en Islam depuis dix ans*, in *Islamochristiana*, n.9, 1983; F. MORONI, *La nuova Carta islamica dei diritti dell'uomo*, in *I diritti dell'uomo, cronache e battaglie*, n.1 1990; S. ANGIOI, *Le dichiarazioni sui diritti dell'uomo nell'Islam*, in *I diritti dell'uomo cronache e battaglie*, 1, 1998, pp.15-23.

DEMOCRACY RECURRING. DEMOCRACY OR OLIGARCHY?

SUMMARY

The societies today, especially in the so-called 'West', seem irreversible crisis both from an organizational and economically and especially on that of the 'values' (religious or secular, that are).

In Central Europe Mediterranean we had the illusion that the creation and the EIB, the Community Union and now in Europe, was the solution to the 'problem'. Instead, not only proved to be inadequate, but is ending itself to become great or at least part of the problem.

One of the main nodes consists in the alienation individual with respect to policy management, increasingly the preserve of **oligarchies**.

There is much to say and much to do. Above all it is necessary to redesign the 'model' of society, overcoming the abstractness of the concept of State, and proposing joint truthful and not patterns worn and often harbingers of fictions.

It should be cautioned, however, that there is no perfect model and, therefore, it is necessary to assume a 'dynamic model'.

Experience shows that the proposed solutions often arouse enthusiasm and expectations that, after a certain interval, fade and ineffective, therefore democracy needs to know how to renew and reshape consistently and regularly, according to a model of democracy that would define **recurring**.

KEY WORDS: Sovereignty, people, participative democracy, oligarchy, community