



SEGUNDO FORO INTERNACIONAL “RUSIA E IBEROAMERICA EN EL MUNDO GLOBALIZANTE: HISTORIA Y PERSPECTIVAS”

**CEISAL Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de
America latina- Organizzazione non governativa
(Grupo de Trabajo de Jurisprudencia)**

**Intervento dell' Avvocato Antonio Caputo, già Difensore civico della Regione Piemonte e
Presidente del Coordinamento nazionale dei difensori Civici**

Tema 4.

***“Difensori civici e riforme costituzionali (divisione dei poteri e rappresentazione
politica)”***

**“Defensor del Pueblo (Difensore Civico), potere negativo e
principio della separazione dei poteri**

SPUNTI PER UNA TEORIA GENERALE DELLA DIFESA CIVICA”

Per un “potere negativo” a garanzia dei diritti.

Viviamo tempi difficili, caratterizzati da crescente disagio economico-sociale che coinvolge centinaia di milioni di persone nel mondo e da una grave crisi della rappresentanza politica e della stessa fiducia dei cittadini nelle Istituzioni, e nazionali e transnazionali.

Tutto ciò ci porta ad interrogarci drammaticamente sulla qualità delle Istituzioni e sulla capacità delle stesse di dare voce alle istanze e ai bisogni delle persone secondo un metodo democratico che garantisca partecipazione ed effettività nel riconoscimento di diritti fondamentali universali.

Questo Seminario, organizzato egregiamente da un grande Maestro, il Professore Pierangelo Catalano, è uno stimolo di riflessione e ad un tempo un invito all'azione

Citando Catalano,

. In realtà, l'elaborazione di nuovi strumenti giuridici e l'adattamento di antichi e nuovi strumenti storiografici costituiscono un lavoro unico per lo studioso delle istituzioni umane (P. CATALANO, TRIBUNATO E RESISTENZA 1971, p. XXXVI).

La crisi dello Stato-nazione nell'era della globalizzazione e della finanziarizzazione dell'economia mondiale si è accompagnata sempre più, nell'ultimo quindicennio, alla crisi di sistema del principio di rappresentanza all'interno del modello parlamentare assembleare, anche in ambito sovranazionale, come nel caso del Parlamento europeo.

La ricerca di un diverso equilibrio tra particolare e universale, tra sovranità popolare e assemblee elettive, evolve tra diverse ed opposte spinte.

Epifenomeni di disagio e difficoltà, come la crescente disaffezione per il momento elettorale (spesso vissuto come "rito inutile"), lobbysmi, corporativismi, clientelismi, spinte individualistiche, rischiano di disgregare il corpo sociale e le Istituzioni, perturbando, al limite dell'implosione, il rapporto tra Governanti e Governati.

La frattura tra il corpo civile e sociale e le Istituzioni rende necessaria per la stessa vitalità della democrazia, la ricerca di nuovi equilibri istituzionali

E in tale ottica acquista luce la figura del Defensor del Pueblo.

“Poder negativo”: Rousseau y la doctrina romanista.

En cuanto al "poder negativo" y su desarrollo teórico vale la pena recordar la sistematización de Fichte que, a pesar de algunas diferencias entre su pensamiento político y el de Rousseau¹ presenta, de una manera precisa, la idea del poder negativo a través del *Efhorat* (traducción del *Tribunat* de Rousseau). En el sistema constitucional de Fichte² el *Efhorat* está vinculado a la idea del *pactum societatis* y al concepto de pueblo - *universi populi* - como fuente única y continua del derecho - *iussum populi* -. En Fichte el *Efhorat*/*Tribunat* está conceptualizado como un instrumento de control del poder, como una alternativa a la división de poderes. Es la gente/comunidad que nombra los *Ephoren sacrosancti*, que aunque no tienen el poder ejecutivo, tienen un poder negativo absoluto, es decir, el poder de paralizar por completo el gobierno.

En Rousseau el *Tribunat* es el término medio entre el pueblo y el gobierno. En Fichte, al *Efhorat* se confía la vida del pueblo soberano, titular y detentor del poder de fiscalización y control contra el abuso del poder ejecutivo, en el que Fichte incluye el poder judicial (LOMBRANO, 1996).

Además del *Efhorat* el pueblo conserva el derecho a la revolución y, en el caso de que los *Ephoren* se alíen con el poder ejecutivo para oprimir al pueblo, Fichte admite el derecho del pueblo a la rebelión y a la resistencia contra la opresión.

Fichte superó la insuficiente elaboración teórica de Rousseau, corrigió la ambigüedad terminológica del ginebrino, que utiliza la expresión "droit négatif" algunas veces para indicar el poder de veto del gobierno otras veces el del pueblo y especificó la expresión "pouvoir négatif" con respecto al *Tribunat*.

En *Römische Geschichte*, obra publicada en 1854, Theodor Mommsen, (sistematizador del derecho público romano, en particular, del tribunado), interpreta el poder tribunicio según la perspectiva rousseauiana-fichteana: "el poder de los cónsules es esencialmente positivo, el poder de los tribunos es esencialmente negativo [...]"³. Sin embargo, en el libro *Römisches Staatsrecht*, publicado en 1871, Mommsen cambia de opinión acerca del tribunado: el poder tribunicio, considerado previamente como un poder "esencialmente negativo" se convierte en una de las funciones positivas de los

¹ Como señala Catalano, hay diferencias entre el pensamiento de Rousseau y el de Fichte sobre el *tribunat*, particularmente con respecto al poder necesariamente permanente de los *Ephoren*, cuyo ejercicio está diseñado de forma restrictiva (Catalano 1971, p. 92).

² Para Catalano el uso de la palabra *Efhorat* en lugar de *tribunado* indica el enlace de Fichte con la doctrina pre-rousseauiana de Calvino y Althusius (Catalano 1971, p. 99 ss Cfr. Lombrano (1994) - 1996 P. 315, y p. 312, n. 56.

³ THEODOR MOMMSEN. *Storia di Roma antica*, trad. it. de *Römische Geschichte* 1ª ed., I, vol (1854), de D. Baccini, G. Burgisser e G. Cacciapaglia, I, 4ª ed. (Firenze, 1967), p. 342. Cfr. LOBRANO, 1983, p. 341 e n. 121.

magistrados en general. Por lo tanto, Mommsen elimina, al mismo tiempo, el "poder negativo" fichteano, el Tribunat rousseauiano y la "faculté d'empêcher" de Montesquieu (LOMBRANO, 1996, p. 342-343). A pesar de eso, fue a través de Mommsen que la descripción del poder tribunicio como expresión del "poder negativo" ha entrado en la historia del derecho romano (LOMBRANO, 1983).

La interpretación liberal individualista hecha por Mommsen - bajo la influencia de Constant, mediada por Hegel – del Derecho Público Romano tuvo gran repercusión en la doctrina romanista y fue decisiva para cancelar de la memoria histórica las instituciones públicas romanas, por lo tanto, las teorías de Rousseau y de los jacobinos.

Toda esta elaboración teórica se une en el siglo XX a aquella de Pietro Bonfante que distinguía en la soberanía popular un "lado negativo" y un "lado positivo", reintroduciendo, así, la contraposición entre "poder positivo" y "poder negativo" establecida por Fichte. Según Bonfante, el "lado negativo" de la soberanía se desarrolla con lógica natural en el poder negativo de los tribunos, del cual la *intercessio* es instrumento y expresión:

[...] el lado positivo de la soberanía no pertenece de ninguna forma a los tribunos [...] El lado negativo, sin embargo, esencial para sus funciones, es exaltado, y domina, como la fuerza de los éforos en Sparta, a la soberanía del magistrado supremo [...] Instrumento y expresión de este poder negativo es la *intercessio* [...] (BONFANTE, 1934, p.115).

Fue a través de Bonfante que la categoría del "poder negativo" volvió a entrar en la doctrina romanística contemporánea.

El "poder negativo", en cuanto aspecto "negativo" de la soberanía popular es el poder del pueblo que el pueblo ejerce directamente en la secesión y la huelga e, indirectamente, a través de instituciones genéricamente llamadas "tribunato" (*tribuni plebis*, *tribunal d'éphores*, *gran jury nacional*, etc.). En este sentido, se puede hablar de "poder directo negativo" y "poder negativo indirecto" (CATALANO, *ibid*, p. 152).

La primera consideración sobre la huelga general se encuentra en el pensamiento de Gracchus Babeuf, descrito por Robert Rose como "el primer comunista revolucionario"/ "the first revolutionary communist"⁴. Babeuf propuso el establecimiento de un tribunat, es decir, de un "poder negativo indirecto", que llamó de los *curateurs de la liberté*, y vinculó a la huelga general, el "poder negativo directo", las secesiones de la plebe de Roma: "¡Que el

⁴ Sobre Babeuf, ver Robert Barrie Rose (ROSE, R. B. 1978), en especial, los capítulos: *The party of the Plebeians* (p. 171-184), *Communism* (p. 185-204) y *The people's tribune* (p. 205-. 225).

Monte-Sagrado o la Vandea plebeya se formen en un solo punto o en cada uno de los 86 departamentos!".⁵

Según Catalano, el artículo 40 de la Constitución Italiana – *El derecho de huelga se ejercerá en el ámbito de las leyes que lo regulen.* - relacionado con el artículo 1 - *Italia es una República democrática, fundada en el trabajo. La soberanía pertenece al pueblo, que la ejercerá en las formas y dentro de los límites de la Constitución.* - consagra el derecho de huelga como un aspecto "negativo" de la soberanía del pueblo. Catalano afirma que la calificación del derecho de huelga como un derecho de la libertad se produjo durante los trabajos preparatorios de la Constitución. Fue considerado un derecho fundamental por los democristianos; socialistas y comunistas; un derecho sacrosanto por Umberto Merlin, un derecho natural por Pietro Mancini y un derecho de la personalidad humana, por Giuseppe Di Vittorio (Catalano, 1972).

Reconociendo el derecho de huelga, la Constitución italiana concedió a los ciudadanos-trabajadores un poder "que aunque no pueda hacer nada lo puede prohibir todo"/"que ne pouvant rien faire Il peut tout empêcher". Absteniéndose del trabajo los trabajadores pueden ejercer de manera directa y efectiva la soberanía en su aspecto negativo (Catalano, 1982, p. 151).

En los años mil novecientos cincuenta Giuseppe Grosso, mi Profesor en la Universidad de Turín, Presidente de la Provincia, director de la Facultad de Derecho donde enseñaba Bobbio, y más adelante alcalde de la ciudad de Turín, se pronunció en defensa de la legitimidad de la huelga política al comentar el Art. 40 de la Constitución italiana. Grosso estableció una relación entre el poder de disuasión de los tribunos y las secesiones de la plebe (poder externo a la estructura de gobierno y que se ejerce en contraposición con los poderes del gobierno)⁶, la huelga y la organización sindical:

Il potere sindacal, coll'arma dello sciopero, è entrato nella struttura della società e dello Stato moderno come il potere tribunizio nella civitas romana, [...] questo mezzo potrebbe piuttosto essere paragonato alle secessioni che non all'intercessio per la sua diretta funzione paralizzatrice (GROSSO1952-1953, p. 89)⁷.

⁵ GRACCHUS BABEUF. *Le Correspondant Picard*, novembre, 1790; *Manifeste des plébéiens*, in *Le Tribun du peuple*, nº 35, novembre 1795. Cfr. CATALANO, 1971, p. 21.

⁶ Según Antonio Guarino la *secessio plebis* de 494 a.C. puede considerarse la primera huelga en la historia, y Menenio Agrippa Lanato, el cónsul (440 aC) que convenció a la plebe para dialogar con los patricios, un remoto precursor del derecho laboral (GUARINO, A. *Menenio Agrippa*, en "Il Mattino" 302, XI 1995, p. 3, cfr. LOBRANO, 1983, p. 200, n. 150).

⁷ "El poder sindical, con el arma de la huelga, ha entrado en la estructura de la sociedad y del Estado moderno como el poder tribunicio en la civitas romana, [...] este medio podría más bien ser comparado con las secesiones que con la intercessio por su directa función paralizante" (nuestra traducción)

Significativa es la posición de Giorgio La Pira, miembro de la Asamblea Constituyente de la República Italiana y durante varios años alcalde de Florencia, con respecto al "poder negativo" y al derecho de huelga. En algunas cartas dirigidas a Catalano (20 de junio) (15 de septiembre), en el año 1970, en ocasión del Seminario de Sassari, La Pira escribió:

[El poder negativo] es la aparición tan característica, de un derecho constitucional visto "de otra forma": el otro lado de la Constitución; [...] el fin político es el fin último, inevitable de cada fin intermediario (económico, reivindicativo, etc.): cada huelga es, en último análisis, un (grande) acto político (de presión política): tiende a la transformación de la sociedad y de la civilización que muestra deficiencias; es "iuris civilis corrigendi gratia" (Catalano, 2005, p. 650, nuestra traducción).

El poder negativo, incluido aquello que se ejerce directamente en la huelga general, no debe confundirse con la resistencia popular, que es otra forma de ejercicio de la soberanía popular.

Mortati define la resistencia popular como "Movimientos que emanan de las fuerzas políticas para apoyar la constitución material contra los intentos de subversión realizados por aquellos que, después de haber tomado el poder, se vuelven contra el régimen", (Catalano, 1982, p. 157). Desde esta perspectiva, la resistencia popular se puede considerar como una forma de garantía constitucional no jurisdiccional.

En la opinión de Catalano, la confusión de los dos conceptos se traduciría en la reducción del poder popular: el poder negativo en lugar de ser reconocido como un aspecto del poder político del ciudadano, sobre todo del ciudadano trabajador, sería reconocido sólo en caso de violación de la Constitución (2005).

Según Catalano, el poder tribunicio de Rousseau y el derecho de huelga como poder negativo superan a la distinción entre el poder de control constitucional y el poder político; pueden operar tanto en función de garantía constitucional como de lucha política (Catalano, *ibid.*).

El desarrollo teórico del concepto de "poder negativo", que comienza con Maquiavelo y Rousseau y continúa con Fichte, Bonfante y Grosso, se perfecciona y se completa con Catalano. Los estudios de Catalano muestran la necesidad de reutilización y actualización de conceptos olvidados por la tradición del pensamiento democrático, sobre todo, él de "poder negativo" y los vinculados a la "soberanía negativa" de los ciudadanos, para que se puedan encontrar nuevas formas de poder de los ciudadanos frente al Estado, a las entidades públicas y a las grandes empresas.

Oltrepassando il principio della tripartizione dei poteri di Montesquieu e travalicando i suoi limiti al fine di assicurare equilibrio nella distribuzione del potere, dando forza al principio di sovranità popolare col dare forza ed effettività ai diritti dei cittadini e della persona.

Potere negativo e Difensore civico

Personaggio “in cerca d'autore”, antidoto e umano calmieratore della “mala” amministrazione, il Defensor del Pueblo erede del Tribunus plebis e' Magistrato di interdizione e sollecitazione.

”Potere negativo” assertore di legalità sostanziale in prevalente ottica di prevenzione, egli concentra i suoi interventi sulla persona e la priorità dei suoi bisogni vitali.

Capace di avvicinare le Istituzioni ai cittadini con il metodo dell'ascolto e del confronto pubblico e il fine della partecipazione inclusiva che rinnovi le motivazioni di un “contratto sociale” inadempito: per una res publica in grado di divenire res populi

Per superare, nel tempo della globalizzazione e del predominio della finanza mondiale, e porre un freno, con uno “sguardo dal basso”, quale “nuova” Istituzione richiesta dalla crisi del principio di rappresentanza e dello Stato nazione, e per altro verso dal bisogno dei cittadini di partecipare alla vicenda pubblica, visioni e interessi di parte, opacità, clientele, partitocrazie senza partiti, burocrazie farraginose dentro cui più facilmente si muovono affaristi e faccendieri.

Per dare possibili contenuti alla sovranità popolare e al “bene comune”.

Evitando l'insidia letale della retorica di diritti declamati sulla carta e inattuati.

Denunciando e opponendosi per impedire il sopruso, l'ingiustizia, l'abuso, la violazione di diritti fondamentali della persona.

La Difesa civica istituzionale pertiene all'area di rilievo intrinsecamente costituzionale della protezione dei diritti fondamentali della persona, oltre che di diritti soggettivi e interessi diffusi.

Per sua natura “Istituzione dei diritti umani”, proclamata, teorizzata e raccomandata, a partire dal 1993, dalle Nazioni Unite e, per quanto riguarda i Paesi europei, dal Consiglio d'Europa, dall'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa e dall'Unione Europea, il Difensore civico è il “Defensor civitatis”, nel senso che è deputato

istituzionalmente a promuovere e proteggere, per via stragiudiziale, i diritti di tutti coloro che risiedono in un determinato territorio, particolarmente per quanto concerne i loro rapporti con le Pubbliche Amministrazioni.

Egli è assertore di legalità sostanziale, garante del diritto ad una buona amministrazione e agisce, diversamente dalla Magistratura, ante factum, cioè in prevalente ottica di prevenzione, avendo come costante riferimento la centralità della persona umana, quindi delle priorità dei suoi bisogni vitali, siano questi formalizzati in diritti fondamentali, oppure in diritti soggettivi, oppure in interessi legittimi o in interessi diffusi o anche sconosciuti.

La ratio fondante della Difesa civica, prima ancora in termini di antidoto alla mala-amministrazione, si spiega in termini di “calmieramento umano” della macchina, sempre più complessa, delle Amministrazioni e di confronto permanente con le Istituzioni tutte..

La funzione del Difensore civico è essenzialmente ad adiuvandum sia i cittadini sia le Pubbliche Amministrazioni, e le stesse Istituzioni politiche, non già rivolta a sanzionare gli uni e le altre.

La garanzia che esso fornisce, quale “Magistrato di coscienza”, calmieratore etico dei comportamenti sia pubblici sia civili, è di natura squisitamente educativa, di facilitatore di buon governo, espressione di un potere negativo sia diretto sia indiretto, che , parafrasando Jean Jacques Rousseau “ne pouvant rien faire peut tout empêcher”.

In altre parole, la missione del Defensor del Pueblo - Difensore civico è di favorire un'Amministrazione educata, quale elemento essenziale di buon governo (good governance), nel senso di incentivarne la trasparenza, la tempestività di azione, lo spirito di servizio, l'equità, la concreta aderenza ai bisogni reali, e la messa in opera di buone pratiche nel segno della legalità, non solo formale.

Quale potere negativo?

La precisazione del concetto di “ potere negativo” prende le mosse da quello che J.J. Rousseau, nel libro IV, capitolo V, del Contrat social, chiama “Tribunat”.

“Le Tribunat n'est point une partie constitutive de la Cité, et ne doit avoir aucune portion de puissance législative ni de l'exécutive, mais c'est en cela même que la sienne est plus grande: car ne pouvant rien faire il peut tout empêcher. Il est plus sacré et plus révééré comme défenseur des loix, que le Prince qui les exécute et que le Souverain qui les donne. Ce qu'on vit bien clairement à Rome, quand ces fiers Patriciens, qui

mépriserent toujours le peuple entier, furent forcés de fléchir devant un simple officer du peuple, qui n'avoit ni auspices ni jurisdiction » ¹

E' l'espressione di ciò che caratterizza il **“potere negativo”**.

Il “Tribunat”, secondo Rousseau, “è sempre” difensore” della volontà dell'insieme dei cittadini sovrani (“défenseur des loix”) -- anche quando faccia de “moyen terme tra Prince” -- et peuple” ²

Il “Tribunat” non ha peraltro alcuna funzione di “controllo” di costituzionalità” ovvero giurisdizionale.

E' un'istituzione “negativa”, ovvero interdittiva e impeditiva “in quanto la volontà générale non è la negazione bensì la risultante delle volontà e degli interessi particolari” ³. Al riguardo, Costantino Mortati, grande giurista italiano del secolo scorso, padre della Costituzione italiana del 1948, acutamente osservò: “Nell'ordinamento dell'antica Roma si assicurava insieme l'unicità della direzione politica e il controllo sugli organi titolari di questa, con il prevedere speciali organi dotati soltanto di poteri negativi, esercitati dai Tribuni della plebe, in un significato non sostanzialmente dissimile dai poteri negativi che caratterizzano i rapporti tra legislativo ed esecutivo nell'ordinamento costituzionale nordamericano “ - ⁴

L'istituzione negativa (“impeditiva”) del Tribunat, nel sistema rousseauiano, quale risultante delle volontà e degli interessi particolari” - ⁵, si colloca in una prospettiva “individualistica”, sia pure diversa dall'individualismo liberale.

A differenza della concezione individualistica liberale dei diritti di libertà, intesi come “non impedimento”, “libertà negativa, la quale implica che la libertà politica non sia altro che la necessaria garanzia della libertà individuale (che sarebbe la “vera libertà moderna”), nell'impostazione rousseauiana, rileva l'elemento della partecipazione al potere dello Stato: ciò che, secondo Hans Kelsen , “segna la separazione della democrazia dal liberalismo” - ⁶.

¹ J.J. Rousseau, Oeuvres complètes , Paris 1964.

² Pierangelo Catalano, *Diritti di libertà e potere negativo*, estr. da “Studi in memoria di G.Esposito”, Padova 1969 (ripubblicato in “Archivio Giuridico F.Serafini, 182 (1972) (= “Studi in memoria di G.Esposito”, 3, Padova 1973) p. 56 ss.

³ P.Catalano, Op. cit., 59.

⁴ C. Mortati, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Roma, anno accademico 1958 – 1959, p. 100

⁵ P. Catalano, Op. cit., p.59.

⁶ H.Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tubingen 1929.

Il capitolo V del libro IV del Contrat social può essere come punto di partenza di un aspetto del filone di pensiero contemporaneo democratico e dell'azione per **nuove istituzioni** che ne deriva".⁷

Tra queste "nuove" istituzioni, da intendersi come espressione e strumenti della sovranità popolare, si affaccia il modello contemporaneo del Defensor del Pueblo - Difensore Civico.

La crisi dello Stato-nazione nell'era della globalizzazione e della finanziarizzazione dell'economia mondiale si è accompagnata sempre più, nell'ultimo decennio, alla crisi sistemica del principio di rappresentanza all'interno del modello parlamentare e delle assemblee elettive anche in ambito sopranazionale.

La ricerca di un diverso punto di equilibrio tra sovranità popolare e assemblee elettive evolve drammaticamente tra diverse e anche opposte spinte.

Tra la deriva populistico-plebiscitaria e risorgenti pulsioni autoritarie o elitistico-tecnocratiche, stanno i movimenti degli "indignados", la crescente disaffezione per il "momento" elettorale (spesso vissuto come "rito" inutile), la crisi dei "partiti" quali possibili contenitori delle istanze della società civile, la disintegrazione anomica di quest'ultima in espressioni particolaristiche, lobbyistiche, corporative, clientelari, individualistiche in dimensione distruttiva o di spesso impotente autoreferenzialità individualistica.

Epifenomeni di un disagio, di difficoltà, di contraddizioni che connotano o rischiano di fare implodere il rapporto tra Governanti e governati.

La frattura tra il corpo civile e sociale e le Istituzioni rappresentative rende urgente un diverso equilibrio.

Che, per usare le espressioni di Jean Paul Fitoussi permetta di creare le condizioni che consentano di coniugare democrazia e mercato senza rinunciare né all'una né all'altro (J.P. Fitoussi, La democrazia e il mercato, 2004).

Ma prima, assolutamente prima, è necessario dare contenuto alla parola "democrazia".

Il sistema della rappresentanza incardinato nelle pur imprescindibili assemblee elettive può sopravvivere alla crisi e potenzialmente rafforzarsi soltanto, se saprà garantire, con la partecipazione, il ricambio delle élites detentrici del potere e un bilanciamento (con il controllo) di tutti i poteri, capace di garantire i diritti della persona, nel senso della loro attuazione concreta nelle condizioni date.

⁷ P. Catalano, Op. cit. 59.

Partecipazione significa riconoscimento istituzionale, in senso costituente sistemico e permanente, del conflitto politico (tra Governanti e governati) e socio-economico (tra detentori della “ricchezza” e della conoscenza e del potere economico, e dall’altro lato, ceti deboli o svantaggiati e sfavoriti, anche uti singuli).

Il modello romano municipale federativo e tribunizio può offrire un paradigma attuale, oltre il quale e senza di che vi è il rischio della disintegrazione del corpo sociale, dell’anomia, dell’indifferenza, dell’apatia e anche della “tirannide”: di uno solo, di oligarchie, di maggioranze “elette”, di capipopolo e demagoghi.

Senza un reale potere negativo “non vi è repubblica”, parafrasando il Cicerone del De Legibus, ma rischia di traballare anche la democrazia, sotto la spinta di populismi vecchi e nuovi o dall’onda di tentazioni elitistico – tecnocratiche di tali da prevaricare le strutture democratiche degli ordinamenti, dimenticandone l’essenza di Istituzioni che l’uomo ha creato per l’uomo.

Essenza racchiusa nelle parole di **Terenzio Afro: “nihil umani a me alienum esse puto!”**.

La “rivoluzione” che ne può derivare è pacifica e capace di agire in profondità, creando i presupposti per concepire una società di uomini liberi che siano in grado di dare forma contrattuale, cooperativa, mutualistica, federativa ai loro rapporti e alla relazione con i poteri costituiti: l’“ordre libertarie” vagheggiato e forse preannunciato da Albert Camus.

Utopia “modesta” “qui se content de ne pas vouloir le mal”, sottoscrivendo , ancora e sempre, l’invito nietzchano di fedeltà alla terra, cessando di credere che la verità del mondo “se trouve dans le ciel des idées rempli par les rêves infantiles et les souhaits des innocents”.

Il modello romanistico e la garanzia costituzionale dei diritti

Due questioni si pongono:

- 1) la validità o meno degli istituti della rappresentanza politica e dell’equilibrio dei tre poteri;
- 2) Il fondamento giusromanistico o meno degli istituti della partecipazione del popolo dei cittadini e del Tribunato”.

Tutto ciò fa riemergere e rende attuale il modello del diritto pubblico romano, incentrato sull'effettività reale della "sovranità" popolare", che "passa attraverso il ruolo della città, *urbes civitates – municipii – res pubblica*, insieme: sedi necessarie, patrimoni comuni e costituzioni societarie dei rispettivi popoli - *omnes cives*, nonché parti del "tutto" costituito dalla repubblica romana universale, della quale è dominus il popolo romano"⁸.

Nel 1973, **Friederick von Hayek** si interrogava sulle garanzie costituzionali dei diritti fornita dalla teoria di Montesquieu della tripartizione dei poteri e così scriveva: **"Quando Montesquieu e i padri della Costituzione americana formularono esplicitamente l'idea di una costituzione come insieme di limiti all'esercizio del potere, in base ad una concezione che si era spontaneamente sviluppata in Inghilterra, fondarono un modello che, da allora in poi, il costituzionalismo liberale ha sempre seguito. Il loro scopo era di prevedere delle garanzie istituzionali per la libertà individuale, e lo strumento in cui riposero la loro fiducia fu quello della separazione dei poteri.**

Nella forma in cui noi la conosciamo, tale divisione tra il potere legislativo, giudiziario ed esecutivo non ha raggiunto gli scopi per cui era stata progettata. Dunque, per via di mezzi costituzionali, i governi hanno ottenuto poteri che quei pensatori non intendevano affidare loro. Il primo tentativo di assicurare la libertà individuale per mezzo di forme costituzionali è evidentemente fallito"⁹.

La novità "repubblicana" romana è il superamento della dimensione cittadina in quanto limite e il passaggio, come è stato detto, dallo Stato – città (la "polis" greca) allo Stato municipale "¹⁰, portando in evidenza l'elemento essenziale da quella esperienza: il popolo, del quale è affermata la struttura orizzontale e volontaristica contro quella verticale e genericamente determinata .

In ciò, un ruolo eminente appare svolto dalla "plebs" nel suo conflitto plurisecolare con i patres – patrizi: il coetus di cui parla Cicerone a proposito del popolo è il **coetus multitudinis** (Sallustio, Cesare e Livio contrappongono alla "plebs" i "pauci").

Nella sua prima "deca", Tito Livio rappresenta la "Repubblica"²² come frutto di quel conflitto **(dal concetto di "populus Romanus Quirites a: "populus Romanus plebesque")**

⁸ Giovanni Lobrano, Dottrina della inesistenza della Costituzione e il modello del diritto pubblico sovrano, in Diritto e storia 2004, pp 2 ss.

⁹ :F.Von Hayek, legge, legislazione e libertà, Milano 1989.

¹⁰ J. Gloz, La città greca, Torino 1956, 335.

“Legge” della Città - Costituzione – Sovranità popolare -

Nel sistema di “democrazia rappresentativa,” la distinzione è tra maggioranza e minoranze, entrambe rappresentate in Parlamento, ma anche presenti nel corpo civile extraparlamentare, anche uti singuli.

La legge è formalmente “atto del popolo” nella democrazia “diretta” ateniese; nella democrazia “rappresentativa”, è atto del Parlamento.

Il rischio dell’abuso e della violenza dei poteri costituiti non sono affatto scongiurati.

Si tratta allora di cercare **una ragione pubblica che incorpori, tra i suoi principi, il rifiuto della legge come violenza .**

Duecento anni dopo Rousseau, Hannah Arendt, nel quadro di una riflessione critica sulle Istituzioni dello Stato moderno, scopriva ” l’attualità delle istituzioni politiche delle Città antiche, attraverso una riflessione critica dell’istituto della “rappresentanza politica” (e delle Istituzioni moderne rappresentative), che definisce “altamente misterioso” .¹¹

Costantino Mortati, a proposito della Costituzione italiana, del 1948, giunse ad affermare che “nessuna delle condizioni necessarie a consentire l’esercizio popolare della sovranità (pure solennemente affermato dall’art. 1 della Costituzione: “La sovranità appartiene al popolo”...), si realizza in Italia, con la conseguenza che “il regime di poliarchia effettivamente vigente viene a realizzare una forma di sovranità del Parlamento”.¹²

Una moderna riflessione sul modello romano municipale – federativo e tribunizio può allora condurre a individuare nel Defensor del Pueblo- Difensore Civico il possibile erede naturale di quella tradizione, capace di dare contenuto dialettico al “mistero” della sovranità popolare.

Le garanzie dei “diritti”

Si intendono per “diritti”, i Diritti dell’Uomo e del cittadino proclamati e codificati nelle Carte internazionali e nelle Costituzioni di diversi Stati.

Il modello antico romano, “repubblicano municipale” incentrato sul potere interdittivo del Tribuno della plebe, espressione di potere negativo, può costituire

¹¹ Hannah Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Utet Torino 1990.

¹² “art. 1”, in G.Branca, e cura di, *Commentario della Costituzione*, Bologna 1975, 23 e 36.

una risorsa a cui attingere a piene mani per cercare di ovviare al problema storico della “fame” di Costituzione dei cittadini del nostro tempo: intendendosi per “Costituzione” lo strumento giuridico capace di impedire l’abuso del Potere e la sopraffazione e di non garantire i Diritti, attraverso la partecipazione e, nel contempo, il bilanciamento dei poteri.

La crisi della forma Stato nell’era della **globalizzazione** , consiste: “ nella osmosi di quote del potere – una volta appannaggio dello Stato - sia verso l’esterno sia verso l’interno” e si accompagna, in positivo, all’emersione di centri o soggetti di poteri nuovi. Ciò che è stato definito **“glocalizzazione”**, riferita alla insorgenza del ruolo economico e politico degli enti locali e delle Città.¹³

In tale dimensione, la diffusione della Difesa Civica e della figura del Difensore Civico (in Italia), Defensor del Pueblo (in Spagna e in America Latina) Défenseur des droits, già Mediateur de la Republique (in Francia), Ombudsman (in Svezia e nei Paesi scandinavi), rappresenta il segno importante di un’esigenza forte consentita ai cittadini, sebbene contraddittoriamente posta e confusamente interpretata dalle Istituzioni: **“dare soluzione al problema della difesa dei governati di fronte al complesso dei governanti, nelle diverse articolazioni dei pubblici poteri e dell’azione amministrativa”**-¹⁴. L’insufficienza, o meglio l’incompletezza del sistema della divisione dei poteri tripartiti può essere allora superata, attraverso l’inveramento e il concreto operare di quello che è stato definito **“potere negativo”**, secondo lo schema e il modello antico, da intendersi, come parametro: capace di consentire, attraverso la partecipazione popolare, di dare forma e contenuto alla LEGGE , **“mura della città” secondo l’espressione eraclitea,**¹⁵ **espressione del principio di legalità che racchiude in sé “il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini”, giacché’ “nell’osservanza individuale della legge c’è la garanzia della libertà di ognuno. Attraverso l’astrattezza della legge, della legge fatta non per un solo caso, ma per tutti i casi simili, è dato a tutti noi sentire nella sorte altrui la nostra stessa sorte. Diritto inteso come “forza della coscienza morale, fede in certi insopprimibili valori umani, aspirazione verso la libertà e l’umana pietà “.**¹⁶

¹³ a cura di J.Monder – E: Goldsmith, Globalismo, l’alternativa strategica alla globalizzazione, Bologna, 1998 con prefazione di Serge Latouche.

¹⁴ Giovanni Lobrano, Res publica, res populi, Torino, 1996, 280 ss.

¹⁵ Eraclito, fr. 43.

¹⁶ Piero Calamandrei, Fede nel Diritto, Laterza, Bari 2008.

Riecheggia in questa proiezione universalistica dominata dal Kantiano imperativo categorico, la speranza del filosofo: **“L’ethos dei diritti dell’uomo splende nelle solenni dichiarazioni che restano quasi sempre lettera morta. L’unica ragione di speranza è che la storia conosce i tempi lunghi e i tempi brevi. La storia dei diritti dell’uomo, meglio non farsi illusioni, è quella dei tempi lunghi. In una visione della storia per cui si può dire che la razionalità non abita più qui – com’è lontano il tempo in cui Hegel insegnava ai suoi scolari di Berlino che la ragione governa il mondo! -, oggi possiamo soltanto fare una scommessa.**

Che la storia conduca al regno dei diritti dell’uomo anziché al regno del Grande Fratello, può essere oggetto soltanto di un impegno.

È vero che altro è scommettere, altro è vincere. Ma è anche vero che chi scommette, lo fa perché ha fiducia di vincere. Certo non basta la fiducia per vincere. Ma se non si ha la minima fiducia, la partita è persa prima di cominciare. Se poi mi si chiede che cosa occorra per aver fiducia, riprenderei le parole di Kant ---: giusti concetti, una grande esperienza, e soprattutto molta buona volontà”.

Il Defensor del Pueblo - Difensore Civico, erede della tradizione tribunitia, è l’espressione naturale di quel “potere negativo”: Magistratura di interdizione e sollecitazione, che non rinuncia - quale mezzo – alla persuasione, capace di avvicinare le istituzioni ai cittadini: per una res pubblica che sia realmente res populi.

Quel potere tribunitio che secondo Mommsen – è l’immagine speculare del potere consolare e il suo opposto:” Il potere dei consoli è essenzialmente positivo, il potere dei tribuni è essenzialmente negativo”.¹⁷

È una visione, viva nella sua storicità e attualità, modellata sull’ideale (cosmopolita), espresso da Seneca : **“ Nefas est nocere patriae : ergo civi quoque, nam hic pars patriae est. Sanctae partes sunt, si universum venerabile est. Ergo et homini, nam hic in maiore tibi urbe civis est. Quid si nocere velint manus pedibus ? manibus oculi?”**

Un potere siffatto potrà coesistere con il principio della separazione dei poteri tripartiti, pur trascendendolo e, nel contempo rappresentandone il compimento necessario.

Nella caratterizzazione della figura contemporanea dell’Ombudsman – Defensor del Pueblo - Difensore Civico, gli interpreti, in gran parte, ad eccezione della scuola romanistica che fa capo al Prof. Pierangelo Catalano, non sono andati oltre le radici del

¹⁷ Theodor Mommsen, Storia di Roma antica, Firenze 1967, 342.

settecentesco istituto nordico dell'Ombudsman e dell'anglosassone "Parliamentary Commissioner".

In entrambi i casi ("l'Uomo – tramite" della Costituzione svedese del 1809 e il Commissario parlamentare anglosassone), così come per le Authority di derivazione parlamentare, dotate di specifiche competenze per "materia" , è chiaro il "limite" costituzionale, del punto di vista e della Città e del Cittadino.

Più che di "potere", si tratta di articolazioni, per specificazione di prerogative ovvero funzioni (anche ispettive, o di "regolazione" , di controllo "formale" statistico – descrittivo ovvero in via sussidiaria e surrogatoria), che appartengono intrinsecamente ovvero originariamente all'Organo parlamentare o, anche, all'Organo amministrativo.epifenomeni di un Leviatano impotente.

Manca l'elemento dialettico, la "contrapposizione" , che genera confronto e incontro e anche scontro tra cittadino e poteri costituiti, generatrice della libertà dei cittadini, secondo l'ispirazione del modello romanistica.

Il Difensore Civico contemporaneo modellato secondo lo schema tribunizio può in concreto essere:

- a) mezzo di affermazione del principio di legalità e del bilanciamento dei poteri in quanto "rappresentante" e interprete di diritti e interessi diffusi, "i poteri" appartenenti alla comunità dei cittadini,
- b) strumento di partecipazione dei cittadini, nel segno della garanzia di trasparenza, legalità ed equità, in un continuo confronto con i poteri costituiti.

La legalità, intesa come legalità sostanziale: "ars boni et aequi" – nell'accezione di Celso –

Ogni cittadino, titolare della sovranità può rivendicare in tal modo, la centralità del suo diritto.

Per una teorizzazione delle tecniche – modus operandi – del Defensor del Pueblo – Difensore Civico.

Funzione legislativa sostanziale dell'attività.

La caratteristica fondamentale di tali fenomeni è data dal fatto che gli strumenti azionati sono privi di efficacia vincolante, ma non di effetti utili e concludenti, come nel caso del Defensor del Pueblo - Difensore Civico, dotato di poteri interdittivi e persuasivi.

La natura non vincolante e informale di tali strumenti è racchiusa nell'aggettivo "soft". In luogo di una vera e propria obbligazione giuridica, il destinatario dell'azione contrae una "soft obligation", ovvero un'obbligazione priva di vincolatività e precettività.

La tecnica in questione, propria dell'attività del Defensor del Pueblo - Difensore Civico, deriva dalla necessità di mettere in campo strumenti flessibili che si adattino alla mutevolezza e all'evoluzione incessante di determinati settori, nella specie legati alla macchina amministrativa, in relazione anche alla mutevolezza del quadro normativo di riferimento.

L'attività del Defensor del Pueblo - Difensore Civico può essere ricompresa nel generale concetto "soft law", non avendo la sua azione in sé effetti vincolanti e precettivi, e differenza di quella giurisdizionale che tuttavia riguarda il caso concreto e non è di per sé generalizzabile..

Ma il mezzo tribunizio può renderla "pubblica" ed efficace, imponendo ai destinatari tempi e contenuti del pubblico "confronto" con i pubblici uffici, nell'interesse generale.

Per converso, può ben dirsi che, in tale dimensione anche teleologica, la difesa civica assolve anche ad una funzione "pedagogica": Educare il cittadino a conoscere e far valere i propri diritti, nel contempo sollecitando le Amministrazioni, ma anche la Politica, a farsi carico del soddisfacimento di aspettative, bisogni, diritti, interessi dei cittadini.

È chiaro infatti che una raccomandazione o anche un'osservazione critica, formulate sulla base di un ricorso individuale concernente problematiche di valenza generale, oltrepassa la risoluzione del concreto e singolo caso, in quanto, se recepita dal Soggetto a cui è indirizzata, potrà provocare il cambiamento di regole e procedure obsolete ovvero scorrette e inadeguate, creando soddisfazione per tanti cittadini.

Può in tal senso parlarsi di funzione "legislativa" , in senso sostanziale, dell'attività di Difesa civica.

Puo' allora affermarsi in concreto, attraverso quell'approccio concreto che parte dal caso concreto, una metodologia che consente alle istanze reali, ai bisogni delle persone di trovare la via per il loro riconoscimento effettivo e non retoricamente proclamato sulla carta e inattuato nei fatti.

Il pubblico confronto tra bisogni e potere, di cui il Difensore Civico e' regista, denuda il Re sul palcoscenico della Citta', che puo' allora divenire Citta' dell'Uomo.

Il caso concreto e il bisogno denunciato, meritevole di sostanziale tutela, produrranno incessantemente regole reali di civile convivenza efficaci erga omnes, anche attraverso una sapiente attivita' di mediazione istituzionale e dialogo interattivo: attivita' precettiva propria di una "Magistratura di principi"

Il corpo sociale potra' essere incentivato in tal modo a creare Diritto vivente.

La Difesa civica moderna puo' divenire funzione fondamentale dello Stato democratico di diritto, in quanto:

- a) costituisce mezzo di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento internazionale e dalla Carta costituzionale in favore della persona e nei riguardi delle Pubbliche Amministrazioni in genere;
- b) realizza la difesa dei diritti dei cittadini e il controllo sulle Pubbliche Amministrazioni nel segno della trasparenza, intervenendo nei casi di mancanza o carenza di amministrazione, ovvero nei casi di:
 - omissione di atti obbligatori per legge,
 - irregolarità amministrative,
 - ingiustizia,
 - discriminazione,
 - abuso di potere,
 - mancanza di risposta,
 - rifiuto di accesso all'informazione,
 - ritardo ingiustificato,
 - carenza nell'attuazione dei diritti fondamentali delle persone ed enti,
 - carente comunicazione e asimmetrie informative;
- c) costituisce anche strumento "antiburocratico" per eccellenza, contribuendo a ridurre i costi delle "burocrazie" gravanti sul sistema economico nel suo complesso, attraverso un'attività intesa a determinare trasparenza, semplificazione e concretezza dell'azione amministrativa;

- d) costituisce mezzo diretto a stimolare il buon andamento delle Pubbliche Amministrazioni, migliorandone efficienza, qualità, ma anche immagine e in definitiva “umanizzando” l’attività amministrativa, nel senso di specificarne l’essenza di “servizio” per le persone;
- e) svolge ulteriormente attività di “mediazione”, a.d.r., nel senso di mettere a confronto le esigenze e i bisogni dei cittadini e degli utenti con i contenuti ed i mezzi tipici, a volte rigidi, dell’azione propria dei pubblici uffici, in tal modo favorendo l’emersione di modi capaci di consentire il soddisfacimento delle attese dei cittadini, innanzitutto, nel rispetto del principio di legalità, ma anche interrogando la politica;
- f) si pone come strumento alternativo a quelli giurisdizionali tipici, tanto in sede amministrativa che ordinaria, giacché attraverso attività di indagine e sollecitazione, nonché suggerimenti, il Difensore civico intende provocare comportamenti virtuosi in capo ai pubblici uffici, che, se adottati, sono in grado di soddisfare diritti, interessi e bisogni dei cittadini.

Ma come è stato detto, cosa un Ombudsman fa e cosa un Ombudsman è dipende da cosa il particolare Paese, la cultura e il sistema di governo vogliono o hanno bisogno che l’Istituto faccia.

Tradizione e modernità potrebbero forse in tal modo incontrarsi .

E’ questo il senso profondo del mos majorum

Come e’ stato detto, la prevalenza degli interessi individuali su quelli collettivi può essere causa determinante del declino di una nazione e di una comunità.

Il che non vuol dire che i valori fondanti non possano mutare quanto al loro contenuto, come è accaduto con la Rivoluzione francese, quando si e’ passati d una società fondata su valori gerarchici ad una società fondata su valori di uguaglianza e libertà’.

Importante e’ mantenere il primato degli interessi della comunità e soprattutto quei vincoli di continuità che connettono il passato con il futuro, la generazione dei padri con quella dei figli.

I valori in questione altro non sono che dei coefficienti sociali, per cui una comunità riduce il proprio tasso di conflittualità, facilitando così la realizzazione del bene comune.

Il che potrebbe consentire di concorrere al superamento di ciò che Eric Weil definì “limiti della democrazia”.

Limiti storici, costituiti dalle condizioni sociali, limiti ideologici: dando inizio ad “un marcia verso la ragione, un’educazione perpetua dell’uomo dall’uomo stesso, affinché questo uomo sia veramente e pienamente tale”.

Per un modello di Defensor del pueblo - Difensore Civico: parametri necessari.

Il paradigma romanistico e il concetto di “potere negativo” costituiscono il mezzo per dare forma all’Istituto, con valenza universale: nella speranza di una futura “*publica auctoritas universalis*”, vagheggiata da Giovanni Paolo II (“*Gaudium et Spes*”).

Il Congresso di Oporto può consentire di elaborare una teoria generale che specifichi, universalizzandoli, caratteri, natura e essenza di un Defensor del Pueblo – Difensore Civico.

Parametri necessari di riferimento del modello sono:

- Autonomia e indipendenza dal potere politico,
- Informalità e competenza nell’esercizio della pubblica funzione,
- Temporaneità del mandato,
- Elezione a maggioranza qualificata da parte di Assemblea legislativa elettiva,
- Neutralità politica,
- Funzionalità *extra partes* non già intesa ad una astratta imparzialità, ma a tutelare e difendere e consentire l’attuazione di diritti fondamentali,
- Capacità di incidere sulla elaborazione delle politiche pubbliche, attraverso attività di sollecitazione, denuncia e suggerimento,
- Verifica dell’adempimento delle politiche pubbliche secondo regole di trasparenza e in confronto con i cittadini,
- Tutela dei diritti di partecipazione dei cittadini.

Tale modello intende individuare un parametro funzionale a rendere concreta la garanzia dei diritti.

IL DIFENSORE CIVICO
della Regione Piemonte
Avv. Antonio Caputo