

Il controllo del potere: ieri ed oggi

Abstract. *Control of the power: yesterday and today.* The article deals with issues of the control of power by the society in terms of various institutions and bodies with controlling functions. It characterizes the institution of Ombudsman presented in different historical eras under different names, Spartan Ephorus, the Tribune of the People and “hochheiliger” appreciated by the philosopher Schlegel. All these institutions derive from the failure of the division of powers. Nowadays, the only way to guarantee the rights of citizens is to change the model - from the “division of powers” to the “control of power”, with the special place for the Ombudsman or other authorities, who ensure the protection of fundamental rights.

1) Professore di diritto romano presso la Facoltà di Giurisprudenza di Taranto e della Luspia di Roma; professore onorario dell'Università degli Studi di Bari.

1. La società contemporanea è caratterizzata da una progressiva estraneazione dei singoli dalle decisioni comuni e dal 'potere'.

Questo crea un grande distacco tra i governanti ed il resto della popolazione e lede il diritto prioritario di decidere del proprio destino.

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.

Il problema si è posto fin dall'antichità ed è stato affrontato dai pensatori che sono alla base dell'odierna organizzazione politica, che è anche statutale.

Si può affermare che, fin dall'antichità ogni società ha tentato soluzioni al complesso rapporto tra l'esercizio del 'potere' ed il popolo, con la finalità di trovare un equo bilanciamento tra le aspettative e le aspirazione dei singoli uomini ed i detentori del potere.

In primo luogo si tratta di fare in modo che il popolo non si senta escluso dalle decisioni fondamentali che lo concernono.

In secondo luogo si cerca di prevenire o fermare eventuali abusi da parte dei governanti.

Particolarmente significativi sono stati gli istituti diretti all'esercizio del potere, per assicurare il 'buon governo' e per reprimere l'uso arbitrario ed immotivato del potere.

È questa l'ottica dalla quale è nato l'Ombudsman, il quale con varie denominazioni, spesso corrispondenti a modelli differenti, sta suscitando grandi aspettative nelle società contemporanee e sta vivendo una fase di inarrestabile espansione².

A mio avviso, il fervore e la copiosità di istituzione degli istituti dell'ombudsman deriva dal fatto che l'uomo avverte una crescente mancanza di protezione di fronte all'Amministrazione Pubblica, che appare invasiva, in conseguenza del fatto che il limite previsto dalla dottrina della *divisione dei poteri* in realtà non vi è più, a causa della crisi crescente del Parlamento e dell'assorbimento di gran parte delle funzioni da parte dell'Esecutivo. Mentre la magistratura offre molti spunti di critica, per la sua incapacità di essere veramente indipendente dal potere politico o dai partiti o dai grossi interessi dei gruppi di potere, particolarmente dei potentati economici (nazionali e multinazionali).

La crisi di affidabilità del principio della *divisione dei poteri* spiega l'invocazione di *difesa civica* (attraverso le varie figura di *ombudsman*, che hanno anche nomi diversi e che, in altra sede, ho suggerito di chiamare

2) S. Tafaro (2008), *Le radici. Proposte*, in *L'Avvocato del popolo albanese* [cur. A. Loiodice, S. Tafaro, N. Shehu], Torino, p. 3, dove osservo che la divulgazione degli istituti più o meno direttamente ispirati all'ombudsman dipende dalla crescente "estraneazione degli organi del potere dall'uomo e dalle sue esigenze" ed al fatto che i cittadini pensano che con l'ombudsman "sia possibile dialogare e che sia facilmente accessibile".

defensores)³.

Alle figure che sono nate si è spesso voluto dare un'ascendenza che le nobilitasse, ipotizzando, a ragione o a torto, la loro derivazione dall'antica istituzione del diritto romano, costituita dal Tribunato della plebe, visto soprattutto come strumento di opposizione al potere ed alle sue possibili sopraffazioni, attraverso l'esercizio di un particolare potere di inibizione, definito dal Blackstone ed in età recenziere dal Catalano, *potere negativo*⁴.

Si ha la convinzione che vi possa essere un organismo in grado di assicurare ai singoli protezione e giustizia, offrendo loro un rimedio contro la crescente sfiducia verso i politici e gli assetti politici e sociali (la quale coinvolge non solo i Governi, ma anche i Parlamenti e la Magistratura), creando strumenti che certamente danno un aiuto, ma fanno dimenticare il nodo centrale della crisi attuale e della sempre più profonda estraneazione dell'uomo rispetto al *potere*.

In realtà proprio il ricorso alle figure odierne di *Defensores* serve ad eludere il nodo vero del problema, il quale, a mio avviso, risiede nell'ormai visibile inadeguatezza del principio della divisione dei poteri, che imporrebbe una ridiscussione del 'modello' costituzionale più idoneo ad affrontare le prospettive e le esigenze della società presente⁵.

Ritengo, invece, 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 e che stanno dando spazio crescente all'affermazione di oligarchie, con conseguente estraneazione del popolo. Il nuovo disegno di Costituzione deve, 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.

Purtroppo sono in pochi ad avere intrapreso questa strada⁶, mentre il

3) S. Tafaro (2006), *L'eredità dei «tribuni plebis»*, in *Cinquanta anni della Corte Costituzionale Italiana. Tradizione romanistica e costituzione* [cur. M.P. Baccari e C. Cascione], Napoli, 1843 s.

4) V., da ultimo, P. Catalano, G. Lobrano, E. Spòsito Contreras (2008), *Teoria del diritto e dello stato. Potere negativo e costituzioni boliviane*, Roma.

5) S. Tafaro, *L'eredità dei «tribuni plebis»* cit., p. 1843 s., dove osservo che: "invece di riflettere su un più pertinente e nuovo modello di organizzazione della società, si preferisce non mettere in discussione le attuali costituzioni; di conseguenza, si cercano rimedi che, innestati sull'esistente, possano dare le risposte che i cittadini chiedono, in termini di buon governo, di equità e di giustizia. In tale direzione si collocano le crescenti fortune di alcune innovazioni, tra le quali sembrano riscuotere particolare successo le figure che con terminologia uniforme (anche se consapevole che si tratta di forme spesso differenti tra loro), in prima approssimazione, sogliono essere chiamati Ombudsman".

6) Non sono molti gli autori che approfondiscono il nodo dell'inadeguatezza del principio della *divisione dei poteri* e della conseguente crisi delle Costituzioni sorte dalla grande rivoluzione del '700, le quali si fondano nel saldo convincimento che la Costituzione debba essere lo strumento per garantire la libertà, modellato sulla costituzione inglese e costruito intorno al 'dogma' della *separazione dei poteri*, ritenuto

nodo era ben presente nelle discussioni sulla città antica e nel pensiero dei secoli XVIII-XIX, dal quale deriva la configurazione delle ‘democrazie’ occidentali.

Perciò mi sembra utile partire da una rivisitazione del passato, nel quale il controllo del potere fu perseguito attraverso l'Eforato ed il Tribunale della plebe, al cui modello si appellarono e ancora oggi si rifanno i pensatori dell'età moderna e contemporanea, per proporre un'efficace controllo del potere, a favore del popolo.

2. Le radici della prospettazione di organi in grado di controllare il potere forse risalgono alla pacifica civiltà cretese⁷, come ricordava Aristotele, fu creato l'istituto dei *Cosmi*, per il controllo del potere esercitato dal re⁸.

Sul modello dei *Cosmi* fu creato a Sparta l'*Eforato*⁹, introdotto secondo alcuni già dal mitico Licurgo, secondo altri più tardi (130 anni dopo) dal re Teopompo. Gli Efori, dotati di poteri vasti ed incisivi¹⁰, furono

apoditticamente di per sé fonte di 'equilibrio' dei poteri e di garanzia per i diritti dei cittadini; si possono però leggere le perspicue osservazioni del Lobrano, al quale rinvio: G. Lobrano (2002), *Dal 'defensor del pueblo' al Tribuno della plebe: ritorno al futuro. Un primo tentativo di interpretazione storico-sistemica, con particolare attenzione alla impostazione di Simón Bolívar*, in "Da Roma a Roma". *Dal Tribunale della Plebe al difensore del popolo. Dallo Jus gentium al Tribunale penale internazionale*, a cura di Catalano-G. Lobrano-S. Schipani, in "Quaderni IIIA", Serie Diritto I (Roma) 67 ss..

7) Ricordo che essa risale al 3000 a. c. (età del bronzo) e venne definita "minoica", termine coniato dall'archeologo Hevans, che riportò alla luce la città di Cnosso, e in ricordo del re più importante dell'epoca: Minosse. Il sorgere di un fiorente impero marittimo che dal Mare Egeo controllava una rete commerciale che raggiungeva Egitto, Siria, regioni a nord del Mar Nero e i territori dell'Occidente, dovuto alla vantaggiosa posizione geografica dell'isola. La civiltà cretese adottò una scrittura cuneiforme "lineare A" che non è stata ancora decifrata (famosa la tavoletta di Festo). Il centro economico e politico di Creta erano i palazzi. La popolazione era pacifica: a conferma le città non erano protette da mura. Nelle cerimonie religiose, processioni, le gare tra atleti (la più famosa era la tauromachia) nelle processioni ed elementi naturalistici anche le donne potevano parteciparvi come persone ma anche in veste di sacerdotesse. Si pensa che inizialmente si fosse sviluppato un culto della vegetazione. Dai culti effettuati in esterno, successivamente si dedicarono alcuni locali al culto anche all'interno dei palazzi. Sui loro dei si sa poco: l'unica figura ritrovata è femminile e sotto forma di tante piccole statuette. Gli studiosi riconoscono la grande dea madre che incarna la fertilità; accompagnata frequente di serpenti, leoni e uccelli. All'isola di Thera, oggi Santorini, attorno al 1600 a. c. esplose un vulcano. Seguì una catena di terremoti di cui risentì anche Creta, da quel momento iniziò la sua decadenza, di cui non conosciamo le effettive ragioni. Nel 1400 a. C. circa Creta fu invasa dai Micenei, un popolo bellicoso della città greca di Micene: il grande palazzo di Cnosso venne nuovamente distrutto e non fu più ricostruito. Il declino accelerò nell'XI secolo a. c. con la completa invasione da parte dei Dori, altro popolo ellenico: da allora Creta non si distinse più dalle altre città della Grecia; Creta fu importante solo come emporio di mercenari. La *costituzione di Gortina*, simile a quella spartana, prevedeva un governo collegiale di dieci *cosmi*, magistrati appartenenti alla nobiltà corrispondenti ai cinque efori spartani, i quali governavano la città con l'assistenza della *gerusia*, un consiglio di anziani scelti fra gli ex *cosmi*.

8) Arist., *Politica*, 1272a. Secondo il grande filosofo il nome *Cosmi* significava *insigniti di onore* ed era costituito da una magistratura composta da 10 membri, nominati a vita, ma rimuovibili con il comune consenso del popolo, attraverso l'*acomisia*.

9) Gli Efori a Sparta avevano la stessa autorità che a Creta ebbero i "cosmi", ma con maggiore incisività per il controllo del potere: Strab., X, 4. 14: *Gli Efori hanno a Sparta le stesse funzioni che a Creta svolgono i Cosmi, benché siano diversamente denominati*.

10) Senofonte, *Costituzione degli Spartani*, 8. 4: *Gli Efori possono comminare un'ammenda a chi vogliono*

concepiti come freno alla prepotenza dell'oligarchia e dei re¹¹.

Tuttavia i 'potenti' del tempo (i re e l'oligarchia delle famiglie più autorevoli) riuscirono spesso ad ammorbidente l'azione degli Efori¹², tanto che da alcuni critici furono visti come un alibi offerto al popolo, mentre in realtà erano un sostegno indiretto ai potenti, poiché impedirono riforme più radicali a favore del popolo¹³, così come aveva previsto il loro

e hanno il potere di riscuoterla immediatamente; possono inoltre rimuovere i magistrati dalla carica, farli incarcerare e addirittura promuovere contro di essi un processo capitale. Forniti di tale potere non consentono, a differenza di quanto avviene nelle altre città, che coloro che sono stati scelti esercitino le loro funzioni durante tutto il periodo in cui sono in carica a loro assoluto piacimento, ma, come i tiranni e i giudici dei giochi, appena si accorgono che uno infrange la legge, immediatamente lo puniscono.

11) Gli antichi posero l'accento sul freno al potere dei re e dell'oligarchia, perseguito attraverso l'Eforato: v. Plat., *Leggi*, 691de-692ab: *Il vostro terzo salvatore, vedendo che il potere era ancora troppo impetuoso e facilmente eccitabile, gli mise al fianco, come freno, il potere degli Efori, bilanciando in un certo modo il potere avuto dalla sorte.* Plat., *Epistola VIII*, 354ab: *Che il passaggio dal potere tirannico a quello regio sia realizzabile è stato dimostrato da un uomo sapiente e virtuoso, cioè Licurgo (?), il quale, vedendo che i suoi compagni della stessa razza di Argo e Messene, passando dal regno alla tirannide, avevano causato la rovina di se stessi e delle loro città, temendo che ciò avvenisse anche alla sua città e alla sua stirpe, introdusse come rimedio l'autorità degli anziani e il freno rappresentato dagli Efori, conservando il potere regio eukleias per generazioni, poiché la legge era sovrana degli uomini e non gli uomini tiranni delle leggi.* Plut., *Vita di Licurgo* 7. 1: *Pur avendo Licurgo contemperato in questa maniera i vari elementi del sistema politico, quelli che vennero dopo di lui, osservando che l'oligarchia conservava inalterata la sua potenza e anzi si mostrava arrogante e sdegnosa, come sostiene anche Platone, gli opposero come freno il potere degli Efori.* Plut., *Vita di Agesilao* 4. 3-4: *In questo momento nel sistema spartano il potere maggiore era quello degli Efori e dei geronti; i primi restavano in carica un anno, i secondi conservavano la loro posizione per tutta la vita; erano stati creati affinché il potere dei re non fosse assoluto, come ho già scritto nella biografia di Licurgo. Perciò fin dai tempi antichi i re mantenevano nei loro confronti un atteggiamento ostile e di costante contrapposizione.*

12) Significativo appare il racconto di Plutarco, il quale, dopo aver osservato che agli inizi vi fu contrapposizione ed avversione tra i re gli Efori, dice che le cose cambiarono già intorno alla metà del V secolo (a. C.) con Agesilao, il quale cambiò radicalmente atteggiamento e passò a lusingare gli Efori, conquistandosene il loro favore: PLUT., *Vita di Agesilao* 4. 3. 5: *Agesilao utilizzò invece un diverso modo di procedere: anziché combatterli e ostacolarli, preferì blandirli, chiedendo il loro preventivo assenso ad ogni sua iniziativa. Se veniva convocato, si presentava immediatamente; se si presentavano gli Efori, mentre, seduto sul trono, amministrava la giustizia, si alza in segno di rispetto; a chi veniva eletto alla gherousia inviava in segno di onore un mantello o un bue.* La influenzabilità e, tutto sommato, la debolezza degli Efori era già stata denunciata da Aristotele, il quale l'aveva ravvisata nel fatto che sempre gli Efori dovevano provenire dal popolo, allo scopo di meglio garantire la considerazione degli interessi dei più deboli. Egli, invero osservava, che proprio l'appartenenza a ceti umili esponeva gli Efori alla corruzione: ARIST., *Politica* 1270b: *Ma anche riguardo all'Eforato ci sono aspetti negativi. Questa magistratura è, presso gli Spartani, la più importante e coloro che la ricoprono sono tutti di estrazione popolare; per questo avviene di frequente che accedano alla carica uomini di umile condizione economica che, proprio per la loro povertà, sono facilmente corruttabili. Questo è avvenuto spesso nei tempi passati e anche ora, nell'episodio di Andro quando, corrotti dal denaro, hanno causato, per quanto dipendeva da loro, la rovina dello stato intero.*

13) V. Plat., *Leggi*, 691de-692ab: *Perciò, grazie a questo contemperamento, nel vostro paese il potere regale, formato dall'unione proporzionata degli elementi, riuscì a salvare se stesso e riuscì anche a essere causa di salvezza per altri.* ARIST., *Politica*, 1270b: *Questa carica mantiene unito il sistema politico; il popolo resta calmo, per il fatto di poter accedere alla magistratura più alta e questa possibilità, o per caso o per scelta del legislatore, finisce per incidere positivamente sulla situazione generale.* Arist., *Politica*, 1313: *Per questo motivo la dinastia dei Molossi ebbe una lunga durata; allo stesso modo quella dei Lacedemoni perché, all'origine, il potere era suddiviso fra i due re, poi Teopompo lo limitò in diversi modi, in particolare ponendogli accanto la magistratura degli Efori. Diminuendo il potere dei re, finì per provocarne una maggior durata nel tempo, per cui si può sostenere giustamente che quella da lui operata non fu una diminuzione ma piuttosto un ingrandimento.* Plut., *Vita di Licurgo* 7. 3-4: *Di fatto il potere dei re, perdendo i suoi eccessi, si sottrasse all'invidia e al pericolo di subire quanto capitò ai re dei Messeni e degli Argivi, che in nessun modo avevano accettato di modificare o diminuire il loro potere in favore del popolo. Questo soprattutto rese evidente la*

creatore Teopompo¹⁴.

La ragione del crescente potere degli Efori risiedette nel fatto essi venivano eletti dal popolo ed, per questo, erano visti come rappresentanti di esso e quindi anche mallevadori dei diritti dei cittadini. Inoltre garantivano la presenza o quanto meno la rappresentanza territoriale delle componenti della città, poiché è probabile che ognuno dei cinque *obai* (villaggi), vale a dire Limna, Pitane, Cinossura, Mesoa, Amicle, dal cui sinecismo era sorta Sparta, eleggesse un eforo¹⁵.

L'Eforato si collocò, dunque, all'interno dell'ordinamento, affiancando o sostituendo o giudicando l'operato delle altre magistrature, in nome e per conto di tutti i 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.

Queste caratteristiche hanno fatto sí che l'Eforato sia stato visto come 'modello' per chi proponeva il controllo del potere e la partecipazione popolare. Perciò, a partire dal sec. XVII venne riproposto come argine al potere del Sovrano

3. Nel 1603 Johannes Althusius pubblicava la *Politica*¹⁶, opera ritenuta l'atto di nascita del diritto pubblico moderno, fondamentale per il pensiero

capacità e la preveggenza di Licurgo, se si tengono ben presenti le rivoluzioni e il malgoverno che colpirono i Messeni e gli Argivi, che erano della stessa razza e confinanti degli Spartani. Plut., *Vita di Licurgo* 29. 11: *La creazione degli Efori non rappresentava un indebolimento, ma semmai un rafforzamento del sistema politico; anche se all'apparenza sembrava risultare vantaggiosa per il demo, di fatto finì per irrobustire l'aristocrazia.* Plut., *Vita di Agesilao* 4. 6: *Mentre apparentemente rispettava e consolidava il prestigio della loro carica, in realtà nascostamente aumentava il proprio potere e aggiungeva alla maestà del re il favore di cui personalmente godeva.*

14) V. Arist., *Politica*, 1313a: *Per questo si dice che alla moglie, la quale gli chiedeva se non si vergognasse a trasmettere ai figli un potere inferiore a quello che aveva ricevuto da suo padre, rispose: "Certamente no, perché io passo a loro un potere più duraturo".* Plut., *Vita di Licurgo* 7. 2: *Si dice anche che, rimproverato dalla moglie, perché avrebbe in questo modo trasmesso ai figli un potere sminuito rispetto a quello che aveva ricevuto, rispose: "In realtà invece è più grande, perché destinato a durare nel tempo".*

15) Gli Efori ebbero la presidenza dell'assemblea popolare (*apella*). Erano cinque magistrati eletti annualmente. Uno di essi era il magistrato eponimo (cioè, che dava il nome all'anno). Potevano condannare ad ammende ed alla prigione chiunque degli *spartiati* ed i re stessi, i quali potevano inoltre essere da loro persino obbligati ad abdicare. La potenza dell'Eforato andò sempre crescendo; gli Efori convocano l'*apella*, discutono degli affari più importanti con la *gerusia*, ordinano la mobilitazione dell'esercito, vigilano sulla condotta dei *perieci*, degli *iloti* e degli stessi *spartiati*. Due Efori seguivano il re in guerra e controllavano la sua azione di comando. Perciò è certo che il collegio dei cinque Efori godeva di ampi poteri giudiziari, legislativi ed esecutivi. Va ricordato che la convocazione e la presidenza dell'*apella* conferivano agli Efori poteri grandissimi, poiché essa era al centro della vita politica. Derivata dall'originaria assemblea dei soldati, era costituita da tutti i cittadini oltre i 30 anni. Si riuniva una volta al mese. La sua presidenza, che fino al VI secolo spettava ai re, in séguito venne assegnata agli Efori. Spettava a lei l'approvazione o meno delle proposte di legge (per acclamazione, con la forza delle grida, e senza facoltà di proporre emendamenti) e delle dichiarazioni di guerra o di pace presentate dai magistrati (re, geronti ed Efori). Eleggeva i magistrati ed i geronti. Il diritto di parola nell'*apella* competeva soltanto agli Efori ed ai geronti; tutti gli altri potevano solo fare segni di approvazione o disapprovazione.

16) Il titolo completo era: *Politica Methodice Digesta, Atque Exemplis Sacris et Profanis Illustrata.*

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), che 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 magistrato¹⁷.

Più tardi Johann Gottlieb Fichte riprenderà le fila del rapporto magistrato-popolo, ma da altra angolatura: non quello positivo della rappresentatività, bensì quello del controllo; l'Eforato non è concepito per far esprimere in positivo un potere con il quale le magistrature debbano fare i conti. Invece, esso deve tendere al controllo sul potere, facendo emergere, per tale via, la volontà del popolo. Ed è questa accentuazione della funzione di controllo che spinge il filosofo ad evocare anche la rivoluzione, cui Fichte guarda come al percorso ultimo, ma non da escludere, per assicurare l'emergere della volontà generale (quella del popolo), che potrà intervenire persino contro il tradimento sempre possibile da parte dei suoi stessi rappresentati, anche se essi siano gli Efori. L'Eforato sarebbe l'espressione della pluralità degli uomini che il modello basato sulla 'rappresentatività' può soffocare, per il fatto che la volontà dei governanti può non essere la sintesi di quella dei governati e certamente è diversa dai voleri particolari dei molti-uomini, che compongono la società. Tuttavia anche l'Eforato non si sottrae alla possibilità di travisamento della volontà dei singoli e pone l'interrogativo di chi possa controllare il controllore. Perciò l'autore prefigura l'idea dell'esistenza di *Efori naturali*, il quali non sono 'eletti', ma sono costituiti dai 'rivoluzionari'. Però l'Eforato stesso ed in particolare l'Eforato naturale avrebbe in sé un pericolo, che il Fichte avverte sempre di più: Fichte paventa che la stessa rivoluzione sfoci in forme (come l'Eforato) che costituiscono sicuramente una rottura con l'esistente, ma, allo stesso tempo, danno vita ad una nuova forma, che può ricadere nell'assolutismo e nell'arbitrio che aveva inteso combattere. La rivoluzione e l'Eforato, espressione di essa, corrono il rischio addirittura di rafforzare il potere assoluto statale, per il fatto che avranno la pretesa di essere espressione del modello 'giusto', non più discutibile¹⁸.

Nasce così una messa in discussione dell'Eforato, che, quasi lontana eco delle diffidenze di Aristotele, sfocia nella sfiducia verso l'Eforato. Essa viene formulata in modo netto da Georg Wilhelm Friedrich He-

17) Cfr. G. Duso (2007), *Genesi e logica della rappresentanza politica moderna*, Palimmetria, 11 ss.; 28.

18) J. G. Fichte (1980), *Rechtslehre*, Berlin 1812, rist. Hamburg, 154

gel, il quale vede l'Eforato come uno strumento di moltiplicazione delle contraddizioni insite nelle società, per il cui superamento occorre che i singoli accettino la necessità di essere organizzati, sottomettendosi alla coazione insita nell'esercizio della sovranità. Egli ritiene indispensabile superare la contrapposizione tra la sovranità (dotata di coazione) e la volontà ed i diritti degli individui. Allo scopo Hegel rifiuta il ricorso all'Eforato e anzi lo ritiene addirittura pericoloso, perché sospetta che l'Eforato perpetui ed anzi accentui il contrasto insito nello Stato. Perciò il filosofo ritiene preferibile procedere con altri strumenti, che consentano di operare un'efficace mediazione tra i due poli contrapposti, attraverso il riconoscimento (*Anerkennung*) reciproco dell'altro, in modo da superare il dualismo tra società civile e Stato¹⁹.

Le caratteristiche dell'Eforato, tuttavia, sono state spesso anche esaltate nei momenti nei quali si cercava di riposizionare il popolo al centro della vita politica e costituzionale, come avvenne intorno alla metà del secolo XVIII, quando l'Eforato è stato talora ripresentato come modello di giustizia e di difesa delle istanze popolari.

Significativa appare la sua riproposizione ad opera del Pagano, il quale lo ipotizzò come organo idoneo a soddisfare l'esigenza di porre in essere degli efficaci strumenti giuridici volti a impedire ogni forma di usurpazione del potere. All'Eforato erano attribuiti due compiti fondamentali: da un lato la revisione della Costituzione e, dall'altro, il controllo costituzionale delle leggi che si svolgeva sia attraverso l'indagine sulla costituzionalità, sia mediante la risoluzione dei conflitti di attribuzione. Le deliberazioni degli Efori prendevano il nome di decreti ai quali, come era chiaramente affermato nel *Progetto*, sia il Corpo legislativo che l'Arcontato erano tenuti ad uniformarsi. L'Eforato avrebbe dovuto assumere la funzione di "bilancia dei poteri" al fine di evitare tanto gli abusi del potere legislativo, quanto quelli dell'esecutivo, poiché bisognava evitare sia la preponderanza del potere legislativo, che degenerava in assolutismo, sia la troppa autonomia del potere esecutivo, che avrebbe innescato conflitti e disordine nella repubblica²⁰. Compito dell'Eforato era

19) Cfr. G. W. F. Hegel, *Über die wissenschaftliche Behandlungsgarten des Naturrechts*, in *Gesammelte Werke*, rist. Hamburg 1968, I. 3. 356 ss.; cfr. anche IDEM, *Die Verfassung Deutschlands*, in *Politische Schriften*, Frankfurt a. Mein (1966), part. 43 s.; G. Duso (1998), *La critica hegeliana del giusnaturalismo*, in *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Milano, 311, 362.

20) Vale la pena di leggere le sue lucide osservazioni: *Se il potere esecutivo sia troppo dipendente dal corpo legislativo, come lo era nella costituzione francese del '93, in tal caso l'assemblea assorbirà il potere esecutivo, e concentrandosi in essa i poteri tutti ella diverrà dispotica. Se poi sia indipendente l'uno dall'altro potranno sorgere due disordini, e l'inazione ed il languore della macchina politica per la poca intelligenza dei due corpi che rivaleggiano tra loro, ovvero l'usurpazione dell'uno sull'altro per quella naturale tendenza di ogni potere all'ingrandimento. Ecco la necessità di un altro corpo di rappresentanti del popolo che sia come un tribunale supremo il quale tenga in mano la bilancia dei poteri e li rinchioda nei loro giusti confini: che abbi insomma la custodia della costituzione e della libertà: M. Pagano (1993), *Saggi politici de' principi, progressi e decadenza della società*. Edizione seconda, corretta e accresciuta (1791-1792), [cur. Luigi*

quello di dare spazio al popolo, per garantirlo contro gli abusi di potere e violazione dei diritti, evitando di diventare a sua volta fonte di potere incontrollato²¹.

La ricerca di una forma di controllo efficace della legalità e il ricorso all'Eforato (proprio nell'epoca del Pagano) era 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. Ad essa si ispirò anche il ben più articolato e complesso progetto presentato, all'Assemblea, dall'abate Sieyès, due anni dopo, 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 venus" 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 europea²².

Di tutto ciò, comunque, il Pagano era stato lucido anticipatore già nel 1783, quando, nei suoi saggi, delineava l'Eforato, come "bilancia dei poteri" al fine di evitare tanto gli abusi del potere legislativo, quanto quelli dell'esecutivo per garantire i cittadini²³.

La suggestione del progetto di Mario Pagano arriva ai nostri giorni.

In particolare segnalerei il richiamo dell'Eforato in una penetrante proposta di riforma della costituzione italiana, avanzata in tempi recen-

Firpo - Laura Salvetti Firpo], Napoli , p. 192.

21) Tra le massime preoccupazioni del Pagano, difatti, vi era quella che l'Eforato, nato per prevenire le usurpazioni del potere e le violazioni dei diritti dei cittadini potesse esso stesso trasformarsi in un organo dispotico. Per tale ragione, peraltro, egli dispose che l'Eforato si sarebbe riunito solo quindici giorni ogni anno (art. 362).

22) Cfr., tra gli altri, A. Desjardins, *Sieyès et le jury en matière civile*, Aix, Imprimeur de la Cour Impériale, 1869; P. Bastid, *Sieyès et sa pensée*, Paris 1939; L. Scuccimarra, *La sciabola di Sieyès. Le giornate di brumaio e la genesi del regime bonapartista*, Bologna 2002; M. Fioravanti (2005), *Sindacato di costituzionalità delle leggi e Rivoluzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, in *Le Carte e la Storia*, XI n. 1, pp. 175-188.

23) *Quando limitino le operazioni dei cittadini oltre di ciò che la pubblica conservazione richiede, quando delle azioni indifferenti facciano delitti quando la legge in favor di una parte dei cittadini restringa i diritti dell'altra se poi ella trascuri opporre i necessari ostacoli alla violenza privata, se non pensi a render sicuri i cittadini, se, per difetto di buon ordine, gli esecutori delle leggi, abusando della pubblica autorità impunemente opprimano il cittadino, indirettamente allor la legge favorisce la servitù civile*: M. Pagano, *Saggi politici* cit., p. 211.

tissimi, la quale ha ripresentato l'Eforato al centro del processo riformatore necessario al giorno d'oggi²⁴.

In conclusione, mi sembra di potere osservare che gli Efori e l'Eforato, con le vicende che li hanno accompagnati, siano indicativi di quanto sia pressante la richiesta di una figura idonea ad affiancare agli organi di gestione del potere anche un organismo in grado di operare la mediazione tra i detentori del potere, basandosi sulla fiducia del popolo.

Inoltre, significativamente emerge che la tutela del popolo passa attraverso il rispetto essenziale della legalità, ma talora va oltre le leggi e si profila come garanzia dei *diritti dell'uomo* ovvero dei singoli nei confronti della coazione che necessariamente accompagna l'esercizio del potere.

4. 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.

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.

Ripetutamente nel corso del tempo il tribunato è stato considerato lo strumento più immediato, 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

24) Mi riferisco qui alla intrigante proposta di Fulvio De Giorgi, il quale invoca l'istituzione dell'Eforato, in Italia, come rimedio alla crisi costituzionale e sociale del paese. Egli suggerisce un progetto di riforma così articolato: "1. È costituita un'Alta Corte con il nome di Eforato. Ha il compito di garantire la correttezza democratica nelle competizioni elettorali, nelle amministrazioni locali, nella vita dei partiti politici, delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado, pubbliche e private, dei mezzi di comunicazione sociale e dell'editoria. 2. Ha capacità di intervento diretto e non solo dopo ricorso da parte di terzi. 3. È eletto a suffragio universale. L'elettorato attivo è costituito da tutti i cittadini italiani che abbiano superato il quarantesimo anno di età. L'elettorato passivo è costituito da tutti i magistrati e dai professori universitari. Dura in carica quattro anni. 4. L'Eforato nomina le Corti Regionale e gli Ombudsmen provinciali che da esse dipendono": F. De Giorgi, *Note per una costituzione nuova*, in *Il Margine*, Archivio, nr. 4, aprile 1994.

tempi d'oggi, tanto che alcuni pensano alla attualizzazione del Tribunale, 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 1700²⁵.

Nell'età moderna troviamo il Tribunale al centro del dibattito tra Montesquieu (Charles-Louis de Secondat, barone de La Brède e de Montesquieu) e Jean-Jaques Rousseau riguardo al 'modello' più adatto all'età contemporanea. Al primo, contrario al Tribunale 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 Tribunale romano²⁶.

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 Tribunale la soluzione più pertinente), addirittura mitizzarono il Tribunale. Robespierre però diffidò dei travisamenti degli uomini e propose che fosse il popolo stesso ad esercitare il Tribunale. Babeuf fece del Tribunale 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 Tribunale 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 borghese²⁷.

Tra i filosofi il Tribunale, 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 Tribunale è stato considerato la figura cui ispirarsi per superare i limiti della 'democrazia', consistente nella possibile 'tirrania' 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"²⁸.

25) V., ad esempio, in AA. Vv., *Diritti in memoria, carità di patria. Tribuni della plebe e governo popolare a Bologna (XIV-XVIII secolo)* [cur. A. De Benedictis], Bologna 1999, i contributi di A. De Benedictis, *Identità politica di un governo popolare: la memoria (culturale) dei Tribuni della Plebe 13-83*; C. Ciuccarelli, *Giustizia o sedizione? I Tribuni della Plebe tra Bologna e Roma 1522-1559*, 103 ss.; P. Foschi, *La sede dei Tribuni della Plebe e il Palazzo delle Biade. Studi e nuove acquisizioni sul Palazzo Comunale*, 135 ss.

26) Sul punto, v. G. Lobrano (1996), *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino, 295 ss.

27) Cfr. G. Babeuf (1957), *Le tribun du peuple (1794-1796)*, Paris.

28) G. Padeletti (1870), *Teoria della elezione politica*, Napoli; sul punto v. G. Lobrano, *Res publica* cit. 321 s.

In quasi tutte le proposte, tuttavia, più che al complesso dei poteri e delle prerogative dei Tribuni il riferimento prevalente è alla possibilità di opporsi al ‘potere’ dei magistrati e degli organi della repubblica attraverso la potestà di veto (*intercessio*) in grado di paralizzare qualsiasi atto e/o iniziativa pubblica.

A mio parere, ciò ha fatto sì che i discorsi e le invocazioni favorevoli alla reintroduzione di figure modellate sugli antichi Tribuni della plebe siano dettati da una visione settoriale, indotta dalla collocazione delle nuove figure all’interno dello Stato organizzato intorno al principio della *divisione dei poteri*; il quale induce a ragionare in termini di poteri contrapposti. Di modo che il Tribunato è stato preso in considerazione (talora con accenti entusiastici) guardando essenzialmente ad alcuni specifici aspetti di esso ed in particolare (come si diceva) al suo “potere di impedire”²⁹.

In ultima analisi, si può dire che si assiste alla rivisitazione del Tribunato ed all’esaltazione degli aspetti di esso consistenti in interventi diretti a vietare abusi. Inoltre, dinanzi al cattivo o inadeguato esito del principio della *divisione dei poteri*³⁰, che ha consentito e consente il prevalere di ‘poteri forti ed arbitrari’ e causa l’estraniamento del singolo cittadino, si è invocato il modello del Tribunato, come quello che, dando più spazio ai cittadini, può assicurare la partecipazione più diretta e la difesa contro gli *abusi del potere*³¹, senza riflettere adeguatamente sulla circostanza che il Tribunato della plebe, nell’età repubblicana, era inserito in un contesto molto diverso da quello degli Stati odierni, non solo per la distanza temporale, ma soprattutto perché operante all’interno di una Repubblica partecipata.

Oggi giorno siamo di fronte ad una crisi esponenziale del modello di ‘democrazia rappresentativa’ e del suo preteso radicamento nella *divisione dei poteri*.

Invero, la distinzione tra le prerogative dei differenti poteri è quasi dappertutto saltata nell’esperienza giuridica degli Stati ed è stravolta nell’UE, dove la maggior parte del potere legislativo spetta agli Stati, al Consiglio ed alla Commissione, mentre il Parlamento ha funzione quasi più di immagine che di organo legiferante³².

29) V. sopra nt. 3; cfr., per un’ambio squarcio bibliografico, P. Catalano, *Dai Gracchi a Bolívar. Il problema del “Potere Negativo”*, in “*Da roma a Roma. Dal Tribunato della Plebe al difensore del popolo. Dallo Jus gentium al Tribunale penale internazionale* [cur. P. Catalano-G. Lobrano-S. Schipani (2002)], in “*Quaderni ILLA*”, Serie Diritto I, Roma, pp. 37 s.

30) Presente in quasi tutti gli Stati che si dichiarano “democratici” e visto addirittura come la cartina di tornasole della democraticità di uno Stato.

31) Sul punto rinvio alla perspicua analisi del Lobrano (loc. cit.).

32) Il punto balza subito agli occhi considerando le fonti del diritto comunitario. In esse 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 (in particolare: il Trattato istitutivo della Comunità europea o Trattato di Roma, che è stato, come è noto, più volte integrato e modificato ed è quindi necessario fare riferimento al testo c.d. “consolidato”, comprensivo delle novelle apportate dai Trattati di Maastricht, Amsterdam e Nizza; L’atto unico europeo del 1986 (entrato in vigore il 1° luglio 1987); Il Trattato sull’Unione europea o Trattato di Maastricht del 1992 (entrato in vigore il 1° novembre 1993); Il Trattato di Amsterdam del 1997 (entrato in vigore il 1° maggio 1999); Il Trattato di Nizza del 2000 (entrato in vigore il 1° febbraio 2003); Il Trattato di Adesione dei dieci nuovi Stati membri del 2003 (entrato in vigore il 1° maggio 2004); Il Trattato di Adesione di Romania e Bulgaria del 2005 (entrerà in

Sono, dunque le formazioni più moderne ad ignorare, nel concreto, la *divisione dei poteri* e, dunque, non si comprende il motivo per il quale si debba pretendere come requisito di *democraticità* il riconoscimento del principio della *divisione dei poteri*, sul quale sono modellate le Costituzioni contemporanee³³.

vigore il 1° gennaio 2007). A queste norme si affiancano quelle (dette di *diritto derivato*), i regolamenti CE e le direttive del Consiglio o della Commissione (atti normativi); le decisioni della Commissione o del Consiglio (atti il cui carattere normativo è discusso); le raccomandazioni CE ed Euratom (atti non vincolanti); i pareri (atti non vincolanti, ma comunque idonei a creare diritto). Si devono, inoltre, menzionare i c.d. “atti atipici”, quali le *risoluzioni* e le *dichiarazioni* del Consiglio, ovvero le *decisioni prese in seno al Consiglio*, ai quali vanno affiancate le decisioni-quadro per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri (art. 34, par. 2, lett. b) TUE) e le decisioni aventi qualsiasi altro scopo coerente con gli obiettivi della cooperazione giudiziaria in materia penale, escluso qualsiasi ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri (art. 34, par. 2, lett. c) TUE). Inoltre è opinione concorde che possano assumere valore normativo la decisioni ed i pareri e che le sentenze della Corte di Giustizia (o del Tribunale di primo grado) finiscono per rivestire efficacia diretta negli ordinamenti degli Stati membri, assumendo, quindi, il carattere fonti del diritto comunitario, poiché l’interpretazione di una norma comunitaria, resa in una pronuncia della Corte di Giustizia, ha carattere di *sentenza dichiarativa del diritto comunitario*. Come si vede della c.d. *divisione dei poteri non resta quasi nulla!*

33) Non sono molti gli autori che approfondiscono il nodo dell’inadeguatezza del principio della *divisione dei poteri* e della conseguente crisi delle Costituzioni sorte dalla grande rivoluzione del ‘700, al cui approdo, nell’Europa continentale, si ebbe l’accettazione del modello costituzionale inglese, dando vita al ‘dogma’ della *separazione dei poteri*, ritenuto apoditticamente di per sé fonte di ‘equilibrio’ dei poteri e di garanzia per i diritti dei cittadini. Quanto questo oggi sia inattuale è evidenziato dalle perspicue osservazioni del Lobrano, al quale rinvio: G. Lobrano, *Dal ‘defensor del pueblo’ al Tribuno della plebe: ritorno al futur cit.*, p. 67 ss. L’a. menziona (p. 70) la critica radicale di Friederich August von Hayeck: “Friedrich August von Hayeck, di origine europea ma che ha lavorato negli Stati Uniti d’America, grande ‘maitre à penser’ del pensiero liberale odierno, il quale, in un noto trattato scritto nel ‘73 (e pubblicato alla fine degli anni ‘80 in Italia con il titolo: “Legge, legislazione e libertà”), incomincia letteralmente la propria esposizione affermando testualmente che il “mezzo della divisione tra il potere legislativo, giudiziario ed esecutivo è evidentemente fallito”: ... 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 principale era di provvedere 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. Dovunque, per via di mezzi costituzionali, i governi hanno ottenuto poteri che quei pensatori non intendevano affidar loro. Il primo tentativo di assicurare la libertà individuale per mezzo di forme costituzionali è evidentemente fallito” (F. A. Von Hayeck, *Rules and Order* (1973) ora in ID., *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica* [cur. A. Petroni e S. M. Bragadin], tr. it. di RG. Monateri, 2ª ed. Milano 1989). A queste considerazioni il Lobrano (p. 71), opportunamente, affianca le non meno efficaci affermazioni contenute nel progetto di revisione del titolo V della Costituzione italiana, presentato il 27 ottobre 1993, nella cui presentazione si legge: “All’origine del costituzionalismo moderno si pone il problema ... della limitazione del potere: ed a tale assillante esigenza si è opposto il principio della divisione dei poteri. Ma due secoli di storia politica successiva alla teorizzazione del principio ne dimostrano il completo esaurimento formale. ... Non si vuole sostenere che sia decaduto il principio della divisione dei poteri in sé ... Ciò che sopravvive del principio .. può però corrispondere all’esigenza rispetto alla quale il principio è stato originariamente concepito e teorizzato, ossia il fine della limitazione del potere politico, che viene realizzato con la *spartizione del potere tra sovrano e gruppi sociali economicamente forti (elettori censuari)* [il corsivo è mio]. A tale fine, nelle democrazie contemporanee, come quella del regime repubblicano italiano, il principio non serve più (mentre resta indispensabile per assicurare la legalità nell’esercizio del potere, che è cosa distinta e diversa dalla limitazione del potere: il potere politico è o non è legalmente esercitato, è o non è limitato, l’una alternativa essendo assolutamente separata ed indipendente (rispetto all’altra)» (S. LABRIOLA, «Relazione sulla forma dello Stato» in Commissione Parlamentare per Le Riforme Istituzionali, *Documenti istitutivi – Discussioni in sede plenaria – Progetto di legge di revisione costituzionale — Indici II [= Testi parlamentari 17 lavori preparatori e dibattiti* Camera dei deputati, Roma 1995)”. Come è noto il progetto non è stato mai approvato,

In mancanza di un ripensamento radicale delle Costituzioni si cercano rimedi che, innestati sull'esistente, possano dare le risposte che i cittadini chiedono, in termini di buon governo, di equità e di giustizia. In tale direzione si collocano le crescenti fortune delle figure che con terminologia uniformante, in prima approssimazione, sogliono essere chiamati Ombudsman³⁴. È rispetto a loro che spesso si procede ad un confronto con il Tribunale della plebe, presentato come modello storico in grado di dare 'voce' ai cittadini e, in via generale, agli uomini.

Ma essi si rivelano più frutto di buone intenzioni anziché reale rimedio alla crisi politico-istituzionale ed al rapporto tra gli uomini ed i detentori del 'potere'.

La vera strada, da imboccare con sollecitudine e coraggio, è quella del ridisegno delle Costituzioni, di una nuova stagione costituzionale, la quale, superando l'assetto attuale basato sul richiamo (come si è detto più formale che effettivo) alla *divisione dei poteri*, proponga un nuovo 'modello', nel quale un ruolo fondamentale e centrale dovrà spettare al *Controllo del potere*, affidato a soluzioni incisive e performanti, tra le quali potrebbero trovare posto anche gli *Ombudsman* o *Avvocati del popolo* o *Difensori civici*, ma con configurazioni molto differenti dalle attuali³⁵ ed avendo come obiettivo l'affermazione e la tutela dei *diritti fondamentali*, ai quali va affidato il compito di "valorizzare l'idea della rivendicazione, della richiesta di riconoscimento, dell'opposizione al dominio ed all'oppressione"³⁶.

Ne deriva un compito immane ed arduo; ma esso mi pare basilare compito del giurista, anche a costo di apparire utopici, perché occorre avere presente che a volte l'utopia dell'oggi può diventare la certezza del domani³⁷.

Con l'utopia la società ha un 'futuro', senza ha solo un 'dopo'!

per il fallimento della Commissione interparlamentare, nota come 'bicamerale'.

34) Avverto che è consolidata la prassi di usare il termine *ombudsman* per indicare le nuove figure di difensori degli interessi dei cittadini e/o del popolo, anche se consapevole che, più propriamente, il termine concerne solo un gruppo di essi. Per evitare equivoci, mi permetto di proporre un nuovo termine, mutuato dal latino: *Defensores*, ogni volta che si intenda richiamare l'insieme delle nuove configurazioni; esso mi sembra in grado di dare risalto alla funzione principale di questi istituti, consentendo il rinvio alla specificità di ciascuno di essi, che può emergere anche dall'apposita denominazione.

35) Sulle origini e sulle caratteristiche degli attuali *Ombudsman* rinvio in parte al mio articolo (citato sopra alla nt. 2) sull'eredità dei *Tribuni plebis* e, soprattutto al mio lavoro *Continuidad de la función tribunicia, en Estudios en homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*. [cur. JOSÉ LUIS CUEVAS GAYOSSO], pp.353-375, Universidad Veracruzana, México, noviembre de 2009.

36) L. Baccelli (2005), *La 'traduzione' del linguaggio dei diritti: fra universalismo e dialogo interculturale*, in *Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, I 1 – online.

37) K. Mannheim (1929), *Ideologia e utopia*, Bonn. Il termine ed il concetto di *utopia* fu introdotto nel pensiero moderno nel secolo XVI da Tommaso Moro. Nell'età rinascimentale e per l'illuminismo l'*utopia* aveva per lo più un significato positivo: indicava, in sostanza, una situazione o un insieme di valori non esistenti nella realtà presente ed effettuale ma considerati validi e realizzabili in un 'altro' spazio o luogo, proiettandosi nel futuro delle società. Con il 1800 si ebbe un cambiamento, perché sebbene Fourier e Saint-Simon espressero una considerazione positiva dell'*utopia*, quella che prevalse fu una valutazione negativa, formulata dalle componenti prevalenti del pensiero europeo. Mannheim segnò una svolta. A lui ci accodiamo idealmente, convinti che spesso è proprio l'*utopia* a poter delinearne futuro e adeguatezza per le strutture sociali, rispetto alle esigenze degli uomini. L'*utopia* è verità forse prematura ma ricca di un suo irriducibile valore; ad essa mette conto tendere fin d'ora.

Bibliografia:

1. Babeuf G. (1957), *Le tribun du peuple (1794-1796)*, Paris.
2. Catalano P. (2002), *Dai Gracchi a Bolívar. Il problema del “Potere Negativo”*, in “Da roma a Roma”. Dal Tribunato della Plebe al difensore del popolo. Dallo Jus gentium al Tribunale penale internazionale [cur. P. Catalano-G. Lobrano-S. Schipani], in “Quaderni IILA”, Serie Diritto I, Roma.
3. Catalano P., Lobrano G., Spòsito Contreras E. (2008), *Teoria del diritto e dello stato. Potere negativo e costituzioni boliviane*, Roma.
4. Ciuccarelli C., *Giustizia o sedizione? I Tribuni della Plebe tra Bologna e Roma 1522-1559*.
5. De Benedictis A., (1999) *Diritti in memoria, carità di patria. Tribuni della plebe e governo popolare a Bologna (XIV-XVIII secolo)* Bologna.
6. De Benedictis A., *Identità politica di un governo popolare: la memoria (culturale) dei Tribuni della Plebe*.
7. Desjardins A., (1869), *Sieyès et le jury en matière civile*, Aix, Imprimeur de la Cour Impériale; Bastid P. (1939), *Sieyès et sa pensée*, Paris.
8. Duso G. (2007), *Genesi e logica della rappresentanza politica moderna*, Palimetria Tafaro S. (2008), *Le radici. Proposte*, in *L'Avvocato del popolo albanese*, [w:] cur. A. Loiodice, S. Tafaro, N. Shehu, Torino.
9. Duso G. (1998), *La critica hegeliana del giusnaturalismo*, in *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Milano.
10. Fichte J.F. (1980), *Rechtslehre*, Berlin 1812, Hamburg.
11. Fioravanti M. (2005), *Sindacato di costituzionalità delle leggi e Rivoluzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, in *Le Carte e la Storia*.
12. Foschi P., *La sede dei Tribuni della Plebe e il Palazzo delle Biade. Studi e nuove acquisizioni sul Palazzo Comunale*
13. Hegel G. W. F. (1968), *Über die wissenschaftliche Behandlungsgarten des Naturrechts*, in *Gesammelte Werke*, rist. Hamburg.
14. Lobrano G. (2002), *Dal ‘defensor del pueblo’ al Tribuno della plebe: ritorno al futuro. Un primo tentativo di interpretazione storico-sistematica, con particolare attenzione alla impostazione di Simón Bolívar*, in “Da Roma a Roma”. Dal Tribunato della Plebe al difensore del popolo. Dallo Jus gentium al Tribunale penale internazionale, a cura di Catalano-G. Lobrano-S. Schipani, in “Quaderni IILA”, Serie Diritto I, Roma.
15. Lobrano G. (1996), *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino

16. Padeletti G.(1870), Teoria della elezione politica, Napoli.
17. Pagano M. (1993), Saggi politici de' principii, progressi e decadenza della società. Edizione seconda, corretta e accresciuta (1791-1792), [w:] cur. Luigi Firpo - Laura Salvetti Firpo, Napoli.
18. Scuccimarra L. (2002), La sciabola di Sieyès. Le giornate di brumaio e la genesi del regime bonapartista, Bologna.
19. Tafaro S. (2006), L'eredità dei «tribuni plebis», in Cinquanta anni della Corte Costituzionale Italiana. Tradizione romanistica e costituzione, [w:] cur. M.P. Baccari e C. Cascione, Napoli.