

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/11/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34291-la-separazione-dei-poteri-genesi-ed-attualit-del-principio>

Autore: Lico Raffaele

La separazione dei poteri: genesi ed attualità del principio

“La separazione dei poteri: genesi ed attualità del principio”

A cura del Dott. LICO Raffaele

La profonda passione per le Istituzioni, ma soprattutto per la sacralità (datagli dalla storia e dagli uomini che lo fecero grande) e la dignità dell’ordinamento italiano secondo Costituzione, mi ha indotto a trattare un tema che, in questo presente, scevro dell’antico onore, subisce non pochi attacchi: la separazione dei poteri.

L’importanza del principio e la potenza delle forze che contro di esso si muovono oggi sono state al contempo motivo di passione per la tematica e di sofferenza nella trattazione, nonché di una presa di coscienza del fatto che di quanto delineato dalla Costituzione, in concreto, non tutto trova applicazione e rispetto. Le maggiori difficoltà sono pertanto dipese dal voler dare, se si è riuscito, un quadro quanto più approfondito di tutti o pressoché tutti gli aspetti patologici che colpiscono i tre poteri di uno Stato (secondo la lettura montesquieuiana) rispetto al principio, sempre di Montesquieu, che esige la loro separazione. L’amore infinito per lo Stato, democratico e repubblicano, ferito dagli attentati provenienti dalle Sue stesse Istituzioni, è valso da incentivo a rendere una visuale completa e quanto più realistica e critica possibile, quasi a voler esprimere il mio grido, interiore e non, di rabbia contro la superficialità e la rassegnazione di un Popolo ad un destino che non gli appartiene.... Popolo che oggi sembra esser di nuovo vivo.

Dal punto di vista pratico le maggiori difficoltà sono dipese dalla scarsità di fonti in cui si potesse rinvenire una lettura critica di quelle che, a voler esser seri, oggettivamente si presentano come disattenzioni se non piene violazioni del principio della separazione dei poteri.

La trattazione, che in questo articolo si riporta per sintesi, deve ripercorrere innanzitutto la genesi del principio sin dalle sue prime affermazioni nell’età antica fino ai giorni nostri, dai primi incerti ed instabili tentativi di società democratiche alle odierni democrazie liberali e parlamentari.

Schematizzando le fasi più significative della progressiva affermazione del principio in esame:

- nell’età antica e nel medioevo è avvertita esclusivamente l’esigenza di limitare l’arbitrio del Monarca o del gruppo aristocratico al potere, per evitarne la concentrazione e l’eventuale esercizio arbitrario, alla ricerca di equilibri di classi, etnie, etc.; prendo così in esame l’esperienza greca dal 1500 a. C., passando per la società delle πόλεις (Sparta e Atene) e l’apporto dei grandi filosofi greci (Platone, Aristotele, Polibio)
- passo inevitabilmente successivo è lo sguardo alla società romana delle età regia, repubblicana e poi del principato.
- l’espressione del principio della divisione dei poteri, quale insostituibile garanzia di libertà e riconoscimento dei diritti fondamentali dei cittadini, risale al Medioevo, alla formulazione di Marsilio da Padova, e pertanto solo al secolo XIV, dopo esser passati per i pensieri di Innocenzo III, Egidio Colonna, Giovanni da Parigi, Guglielmo di Ockham e Dante.

- Nella storia moderna e contemporanea, il principio della separazione dei poteri, quale principale garanzia dei diritti fondamentali ed inalienabili dei cittadini, passa per la sua affermazione nelle “Carte dei diritti” (l’esperienza inglese, americana e francese).
- Nella storia del pensiero occidentale, da Locke a Montesquieu, il termine “repubblica” ha stabilmente assunto anche il significato di forma equilibrata di governo, organizzazione politica, nella quale il potere non è strumentalizzato in funzione di interessi particolari o personali, e quindi adoperato in contrapposizione alla monarchia assoluta.
- Questa ricostruzione storica si conclude con la trattazione del principio della separazione dei poteri nelle monarchie moderne del XVI-XVIII secolo, dando cenni dell’impostazione della Costituzione Italiana.

Entrando nel merito dell’ulteriore aspetto della trattazione, si inizia ad affrontare il principio della separazione dei poteri nella sua attualità.

Si delinea così la definizione del concetto, il suo contenuto e significato. La locuzione “separazione dei poteri”, od altre equivalenti che parlano di “divisione” in luogo di “separazione” e/o di “funzioni” in luogo di “poteri”, designa una formula organizzativa, un modello di spiegazione, attinente all’articolazione ed al funzionamento degli apparati pubblici titolari del potere legale¹.

La suddetta formula, al di là delle ambiguità che in essa si radicano², risponde comunque, in una qualsiasi delle sue declinazioni, alla fondamentale ratio che il potere legale in questione, se frazionato, meno facilmente degenera in autoritarismo e/o dispotismo rispetto a quando risulti concentrato in un’unica persona e/o in un unico apparato (confusione dei poteri).

Il principio può essere letto con più sfaccettature, motivo per il quale si parla anche di separazione specializzata e separazione non specializzata, termini che presuppongono due modelli a confronto. Nello specifico, la separazione-bilanciamento (da molti detta anche “divisione”³) persegue l’equilibrio istituzionale attraverso una qualsiasi tecnica di frazionamento del potere legale che si ritenga e/o dimostri idonea allo scopo: in questa chiave “separazione” vale “indipendenza

¹ In questa sede ci si riferisce, evidentemente, alla separazione (o divisione) cd. orizzontale (o funzionale) dei poteri, con ciò intendendosi la divisione (o separazione) dei poteri *sovra*ni (e quindi *originari*). Altra cosa è, invece, la divisione (o separazione) cd. verticale (o territoriale) dei poteri, seguendo la quale l’*esercizio* dei poteri viene distribuito su più *livelli territoriali* (cfr. sul punto G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2001, spec. 11 ss.). La dimensione verticale della suddivisione dei poteri stata uno degli argomenti maggiormente utilizzati per affermare la *crisi* e/o il *superamento* della tradizionale tripartizione funzionale (cfr. tra gli altri, F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, voce in *N.ss. Dig. It.*, Utet, Torino, 1996, 472 ss. e G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)* voce in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 185, 670 ss.). Tuttavia può rilevarsi che profilo funzionale e profilo territoriale non sono necessariamente incompatibili, ben potendo immaginarsi una funzione sovrana “condivisa” tra diversi enti territoriali, per cui la tripartizione continuerebbe ad operare sempre allo stesso modo tra funzioni *sovra*ne seppure individuate *pro quota*, sulla base di *competenze* (legislative, amministrative, giurisdizionali) stabilite da un *atto superiore* (la Costituzione).

² A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, voce in *Enc. Giur.*, Istituto Poligrafico Zecca di Stato, Roma, 1990.

³ Ad esempio, A. Cerri, G. Bognetti e G. Silvesri nelle opere citate

reciproca”⁴ e “Potere” assume la connotazione *soggettiva* di “organo”⁵. Il modello organizzativo in discorso, com’è noto, “spiega” sia gli assetti di potere tipici degli ordinamenti di *common law*, sia, più in generale, ogni sovrapposizione tra *Parlamento* e *Governo* allorquando, ad esempio, il primo emani le c.d. leggi-provvedimento e, specularmente, il secondo (emani) atti normativi con forza di legge.

Nel modello di separazione *stricto sensu*, per contro, prevedendosi che l’equilibrio fra gli organi sovrani si realizzi esclusivamente attraverso la specializzazione funzionale, “separazione” assume la connotazione più rigida di “incomunicabilità” e “poteri” indica, ad un tempo, “organi” e “funzioni”. La separazione *stricto sensu* viene tradizionalmente invocata in quegli ordinamenti (di *civil law*) nei quali si ritiene che il giudice non possa in nessun modo creare norme giuridiche, ma debba limitarsi a svolgere una funzione dichiarativa (*dicere*) del diritto oggettivo (*ius*) nel caso concreto.

In ambedue le declinazioni sopra riportate, peraltro, identica permane la ratio della dottrina della separazione – suddividere il potere legale – e, conseguentemente, intatto si manifesta il contenuto logico minimo d’una simile formula, consistente in una sorta di “divieto di cumulo” di tutte funzioni in un unico apparato. Ciò, si badi, non esclude, logicamente, che un ipotetico apparato possa aggregare più d’una funzione, essendo preclusa soltanto l’aggregazione totale di ogni funzione: del resto, lo stesso Locke, pur individuando quattro funzioni statali, attribuiva tre di esse al Re e solo quella legislativa veniva imputata al Parlamento⁶.

L’analisi prosegue, in questo primo approccio tecnico al tema, affondando le principali critiche mosse alle dottrine della separazione dei poteri (critiche logiche e di diritto positivo). La critica alla separazione specializzata muove dalle seguenti constatazioni:

- 1) la funzione legislativa (rectius: normativa) è condivisa tra Parlamento e Governo (si pensi ai decreti legge, ai decreti legislativi, ai regolamenti governativi), ed inoltre esiste un organo di giustizia costituzionale che può annullare le leggi del Parlamento e gli atti aventi forza di legge⁷;
- 2) la funzione amministrativa è in parte attribuita al potere giudiziario (c.d. volontaria giurisdizione ed esercizio dell’azione penale da parte del pubblico ministero ex art. 112 Cost.), ed il Parlamento emana non di rado leggi c.d. provvedimento;
- 3) la funzione giurisdizionale ordinaria deve fare i conti con casi di c.d. giurisdizione domestica – accordata agli organi costituzionali di vertice proprio per garantirne l’indipendenza dagli altri “Poteri” – ed inoltre è indirettamente influenzabile dal potere legislativo, quando questo emani leggi c.d. di interpretazione autentica.

⁴ L’indipendenza reciproca implica l’assenza d’ogni interferenza in relazione alla *formazione*, al *funzionamento* ed alla *durata* dell’uno da parte dell’altro organo e viceversa ma non richiede che entrambi non possano essere titolari di poteri attinenti alla medesima funzione.

⁵ Si ricorda che in quest’ottica qualunque *tecnica* garantisca questo risultato è accettabile, anche qualora i “poteri” (oggettivamente intesi) attribuiti a ciascun “organo” siano riconducibili a funzioni diverse, e si creino quindi delle *sovraposizioni funzionali* (che nel modello *de quo* rappresentano, anzi, l’ipotesi normale).

⁶ J. LOCKE, *Due trattati sul Governo*. Sul tema cfr. F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1965, 17 ss..

⁷ S’aggiungano, poi, l’evoluzione concreta di tali istituti che attesta un ricorso massiccio alla decretazione d’urgenza ed alla delega legislativa (tali da spostare *de facto* l’esercizio della funzione normativa dal Parlamento al Governo), nonché l’impetuoso sviluppo della giurisprudenza costituzionale, ormai da tempo fuoriuscita dagli angusti limiti di un controllo di stretta legittimità.

Da queste constatazioni, basate tanto su dati formali quanto sull'osservazione empirica, discenderebbe de plano l'irricevibilità del modello della separazione specializzata, in quanto a nessun apparato costituzionale è associabile una funzione sovrana in via esclusiva, ma, al massimo, in via di prevalenza, proprio come avviene tipicamente nel modello del bilanciamento.

Tutti i rilievi riportati – pur indubbiamente corretti nella misura in cui descrivano un dato di realtà – non risultano però persuasivi, in quanto può obiettarsi che non necessariamente da essi deve desumersi un totale abbandono dello schema della tripartizione specializzata: se pure vi sia, ad esempio, “confusione” nelle relazioni tra Parlamento e Governo quanto alla funzione normativa, non si vede perché si debba fare di questa sovrapposizione funzionale la “regola generale” di tutte le relazioni interorganiche ed interfunzionali tra gli organi costituzionali.

Al contrario, guardando ai dati testuali, risulterà chiaro che sussistono forti elementi per concludere che la relazione tra Potere legislativo ed Ordine giudiziario sia di separazione specializzata: l'art. 70 Cost. dispone infatti che “la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere”, mentre l'art. 102, comma 1, riserva la funzione giurisdizionale all'Ordine giudiziario.

Se a ciò s'aggiunge che l'art. 104, comma 1, Cost. definisce quest'ultimo “ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere”, può dedursi che lo schema del bilanciamento “spiega” con certezza le relazioni tra Governo e Parlamento quando svolgono le funzioni legislativa ed esecutivo-amministrativa, ed in parte, quelle tra Governo ed Ordine giudiziario in tema di funzione esecutivo-amministrativa. Ma non dice nulla, per esempio, rispetto alle eventuali interferenze di Governo e Parlamento sul titolare della funzione giurisdizionale.

In definitiva, le osservazioni addotte dimostrano unicamente che la separazione specializzata non è un modello di spiegazione in grado di dare conto di tutte le interazioni tra organi costituzionali. Che, però, tali relazioni debbano trovare spiegazione in un modello teorico unitario è, logicamente, un fatto indimostrato, e, dogmaticamente, un'affermazione insostenibile proprio alla luce delle disposizioni costituzionali citate.

È oggetto di studio il fenomeno delle sovrapposizioni funzionali con riferimento a ciascuno dei tre poteri dello Stato, presi singolarmente.

Si esamini il potere legislativo. Se la funzione che viene ad essere esercitata dall'Assemblea rappresentativa del popolo (il Parlamento), istituzionalmente deputata a incarnare tale potere, è quella di legiferare appunto, attraverso lo strumento ordinario rappresentato dalla legge formale, l'esistenza di fonti aventi efficacia di legge, provenienti da organi e da “poteri” diversi, rappresenta una prima forma di sovrapposizione funzionale a danno del potere legislativo. Così accade con i decreti legge e i decreti legislativi, per citare alcuni esempi, nonché con i regolamenti governativi, per citarne altri, che da strumento di mera attuazione della legge hanno finito con il produrre un effetto di delegificazione. Di questi esempi sarebbe interessante tentare di ripercorrere il percorso storico che dall'originale impostazione costituzionale ha portato a qualcosa di diverso. Uno dei passaggi dell'evoluzione oggetto di analisi è l'emergere di un ruolo dell'esecutivo di guida della legislazione, soprattutto a partire dagli anni '90. Questo ruolo non è solo quello fisiologico di qualsiasi regime parlamentare dell'iniziativa legislativa, ma si manifesta nell'occupazione, da parte

di atti normativi primari e secondari del Governo, di spazi sempre più ampi in materie che ci si aspetterebbe di vedere disciplinate dalla legge, e nella riduzione, attraverso modifiche dei regolamenti parlamentari e prassi parlamentari disinvolte, del dibattito e del confronto parlamentare.

Gli aspetti in cui si articola questo fenomeno riguardano innanzitutto il decreto-legge e l'abuso del suo impiego, come ha ben documentato, prima A. Celotto ed ora A. Simoncini⁸, il quale giunge ad una conclusione molto preoccupante secondo cui, pur dopo la sentenza 360/1996 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato illegittima la reiterazione dei decreti-legge, il numero di decreti è rimasto assestato a quello, definito magico da Simoncini, di 4 al mese, corrispondente a quello antecedente alla sentenza n. 360, al netto delle reiterazioni. Numero, questo, comunque intollerabile rispetto alla previsione costituzionale che ancora la decretazione governativa a casi straordinari di necessità ed urgenza.

C'è poi l'abuso delle delegazione legislativa, talvolta represso, soprattutto negli anni recenti, dalla Corte Costituzionale, ma forse non a sufficienza. Delegazioni legislative vengono conferite per l'attuazione di direttive comunitarie, quindi con principi e criteri direttivi ed oggetti che vengono identificati in sede comunitaria e non dal Parlamento nazionale, per il coordinamento legislativo, per la formazione dei testi unici e dei codici, per la raccolta di principi fondamentali della legislazione nelle materie del terzo comma dell'art. 117, di competenza concorrente tra lo Stato e le Regioni, per l'integrazione e correzione di precedenti decreti legislativi, con frequenti proroghe dei relativi termini, che permettono al Governo una continua gestione delle materie delegate.

Alla spesso denunciata genericità dei principi e criteri direttivi e alla non rigorosa definizione degli oggetti della delegazione si cerca poi di porre rimedio recuperando, a favore delle commissioni parlamentari, un ruolo, per dir così, codeliberante con il richiesto loro intervento nei procedimenti di formazione dei decreti legislativi e dei regolamenti di delegificazione, laddove l'esigenza che pone l'art. 76 della Costituzione è quella di affidare alle Assemblee la definizione dei limiti della delegificazione, non surrogabile certo con un controllo, anomalo rispetto al quadro costituzionale, delle commissioni.

Il terzo aspetto sarebbe quello della delegificazione.

È la volta dell'esame delle sovrapposizioni funzionali che colpiscono il potere esecutivo. Così l'istituto delle leggi provvedimento appare come una sovrapposizione funzionale del Parlamento a discapito del Governo. Non si trascurino le nuove funzioni emergenti, quali quella dell'indirizzo politico e del tema della divisione verticale dei poteri, cosa diversa dalla comune divisione "orizzontale" dei poteri. In particolare si sottolinei che il citato emergere di nuove funzioni, quale quella di indirizzo politico, viene addotto a fondamento delle critiche mosse alla perdurante validità del principio della separazione dei poteri; nello specifico per funzione di indirizzo politico, si fa riferimento al cd. indirizzo politico di maggioranza che si concretizza nel compimento di una serie di atti, espressione di un determinato programma politico. Con riferimento, invece, alla divisione verticale (o territoriale) dei poteri, si faccia riferimento, invece, alla distribuzione su più livelli territoriali dell'esercizio dei poteri. Si esamini, in conclusione, il tema delle ordinanze di necessità

⁸ A. SIMONCINI, (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, CEUM, 2006.

ed urgenza che, a fronte di un originaria unitarietà di intenti tra legge e potere di ordinanza (tra Parlamento e Governo), serviva inizialmente per rispondere all'esigenza di costituire un'azione dello Stato capace di adattarsi a tutte le varie circostanze e condizioni dei singoli rapporti della vita sociale ed umana. Il tempo ha portato ad una vera e propria contesa tra l'ordinanza e la legge.

Resta da trattare l'argomento relativo al potere giudiziario, quel potere o forse ordine, come sarebbe il caso di spiegare, costretto ad attutire, tentando faticosamente di svolgere il proprio ruolo, le strumentalizzazioni e "tradimenti" all'ordine costituito dalla Carta Costituzionale provenienti dalle Istituzioni incarnanti gli altri due principali poteri dello Stato.

Non si può così non riflettere sul ruolo del giudice prima nei vari modelli di ordinamenti per poi analizzare la sua figura con riferimento al nostro, con particolare riferimento alle problematiche che sorgono. Rileva in questo contesto l'autorità dei magistrati e l'importante tematica dell'indipendenza della magistratura, espressione dell' art. 101 Cost. e più in generale del principio della separazione dei Poteri. È proprio l'indipendenza della magistratura, soprattutto per motivazioni politiche più o meno legittime, che sembra aver perso la propria ratio; rinviando a dissertazione più ampia, si vuole suggerire di ricostruire secondo logica e secondo diritto, i fondamenti di questo principio irrinunciabile per uno Stato democratico. Restano spazi non interpretabili e problemi non risolti neanche alla luce del principio della separazione dei poteri che sono da analizzare e per cui, comunque, studiosi come Rescigno prospettano soluzioni. Interessante appare certamente la questione sull'esercizio o meno da parte dei giudici di una funzione di produzione normativa che potrebbe costituire una sovrapposizione funzionale tra il potere giudiziario e quello legislativo. Problematica analoga investe la Corte Costituzionale.

Sempre all'interno della trattazione del principio della separazione dei poteri, con riferimento specifico al potere giudiziario, sono da sviscerare le più evidenti ipotesi in cui il normale rapporto che dovrebbe intercorrere tra magistratura ed esecutivo, spesso per tramite del parlamento, salta. Così si prospetta come necessario evidenziare l'ingiustificato accentrarsi di potere nelle mani di un solo uomo, lo stesso che, come mandante di una legge elettorale vergognosa, è riuscito in passato a creare intorno a sé un sistema che gli permette di presiedere nel Governo e tirare le fila del Parlamento per "esulare" la propria persona o, più in generale, i propri interessi dal controllo della magistratura. Il principio della separazione dei poteri cade.

"Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali", recita l'articolo 3 Cost. Il principio di uguaglianza che deriva dall'articolo appena citato non è tuttavia quello che ad una superficiale lettura possa trarsi (tropo facilmente: <<tutti sono eguali fra di loro>>). Per una sua corretta lettura è necessario attenersi all'interpretazione data dalla Corte Costituzionale. La giurisprudenza della Consulta è concorde da tempo nell'intendere tale principio cardine del nostro Stato di Diritto nel senso che: situazioni uguali esigono uguale disciplina, situazioni diverse richiedono differenti discipline. Come ormai accade in ogni contesto, anche questa ineccepibile regola è stata usata per sostenere tesi, a dir poco, contraddittorie. Si sono susseguite, infatti, in sette anni (dal 2003 al 2010), tre pronunce del legislatore finalizzate ad affermare la necessità o "opportunità" (termine sempre fonte di grandi rischi), come si è avuto modo di dire, di non sottoporre il massimo esponente del Governo al controllo della magistratura,

limitatamente alla durata del periodo in cui lo stesso ricopre il proprio incarico istituzionale. Pare ovvio che, in un ordinamento giuridico che non voglia presentare i connotati delle antiche monarchie assolute, quale quella di Luigi XIV, in cui il sovrano era per definizione al di sopra della legge, NESSUNO, neanche quella che, solo formalmente ormai, è la prima carica dello Stato, vale a dire il Presidente della Repubblica, può pretendere tale trattamento. È pur vero, tuttavia, che l'articolo 90 Cost., per esempio, afferma: “Il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione”. Il nostro ordinamento ammette, quindi, per esempio, forme di immunità per le istituzioni, ma evidentemente le stesse devono essere giustificate da situazioni particolari che pongano gli organi dello Stato in una posizione diversa da quella di ogni comune cittadino italiano, per cui diventerebbe ingiusto (anche e soprattutto ex. art. 3 Cost.) rimaner sottoposti al naturale principio per cui tutti sono sottoposti al controllo della magistratura, “tutti allo stesso modo”.

L'articolo 68 vigente è in vigore dal 14 novembre 1993, essendo stato modificato con la legge costituzionale n. 3 del 29 ottobre 1993 (G.U. n. 256 del 30 ottobre 1993). Prima della revisione costituzionale, per sottoporre un parlamentare a procedimento penale era necessaria l'autorizzazione a procedere della Camera di appartenenza. Se la Camera negava l'autorizzazione, il parlamentare non era processabile fino alla fine dell'incarico. Come ha avuto modo di spiegare il costituzionalista Stefano Rodotà, tale impostazione, d'eccezione rispetto alla regola cui rimangono sottoposti tutti i comuni cittadini, si giustificava in funzione di ragioni storiche. Usciti dal fascismo, vi era il fondato timore che magistrati, ancora fedeli al regime dittoriale abbattuto, potessero esercitare il potere derivante dall'esercizio delle proprie funzioni in danno dei componenti del nuovo Parlamento Repubblicano. Venuto meno tale pericolo nel tempo, è apparso necessario eliminare un ormai ingiustificato privilegio, suscettibile di strumentalizzazione.

Prospettando scenari apocalittici molto più critici di quelli che portarono all'originaria stesura dell'articolo 68 Cost., alcune forze politiche hanno elaborato similari strumenti di immunità per alcuni membri dell'Esecutivo. Minimo comune multiplo delle tre pronunce cui faccio riferimento è l'individuazione del Presidente del Consiglio dei Ministri come beneficiario dell'eventuale copertura di legge. Anticipando la mia piena convinzione che le tre pronunce siano forse la massima espressione del perdurante tentativo, reiterato negli ultimi decenni, di far venire meno la separazione tra il potere Esecutivo e quello Giudiziario, più semplicemente del tentativo della politica di sottrarsi al controllo giudiziario, è significante forse constatare che i tre provvedimenti legislativi facessero tutti riferimento non solo alla stessa carica dello Stato ma alla stessa persona. Malpensanti potrebbero, fin troppo facilmente, pensare che l'obiettivo fosse quello di tutelare non l'Istituzione, chiunque sia a ricoprire la carica, ma la persona. Può apparire più facile se si pensa che una legge elettorale, quale quella attualmente vigente (legge n° 270 del 21 dicembre 2005), che fissa la regola delle “liste bloccate”, prevede, nella sostanza, che non sia in effetti il Popolo ad eleggere i membri del Parlamento, ma il segretario del partito vincitore delle elezioni. Può dirsi davvero conforme a Costituzione questo stato di cose? Questa impostazione, non ritengo, possa consentire di prestare fede al dettato dell'articolo 67 Cost. (“Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato”). La maggioranza parlamentare, che in una logica di scontro tra guelfi e ghibellini non prova neanche a comunicare, per il bene del paese, con l'opposizione, risulta quindi legata a filo doppio al segretario del proprio partito che, contemporaneamente, sarà il Presidente del Consiglio dei Ministri. Stando così le cose, i

parlamentari non rappresenteranno la nazione, ma la volontà del partito e non si potrà certo dire di non aver vincolo di mandato perché quel vincolo verrà invece instaurato dalla realtà per cui la nomina non viene davvero dal Popolo ma dalla politica. Diventa così tangibile il timore che le loro votazioni saranno quindi condizionate e indirizzate all'esito voluto dal Governo e non finalizzate al bene del paese. In maniera esemplificativa: in uno stato immaginario in cui si sia persa la nozione dell'onore e del senso di Stato, potrebbe perfino profilarsi la possibilità che la maggioranza parlamentare faccia approvare uno o più disegni di legge che possano curare gli esclusivi interessi di quello che nei fatti è il proprio "datore di lavoro", il Primo Ministro... che tiene sotto scacco i propri "dipendenti" con la minaccia di una negata rielezione in caso di non rispetto del comando dato. Si profila una negazione della separazione tra il Potere Legislativo e quello Esecutivo inevitabilmente consequenziale all'impostazione della legge elettorale. Di conseguenza, cade anche la separazione tra il potere Giudiziario e quello esecutivo visto che quest'ultimo avrà fatto in modo, per mezzo del potere legislativo di cui dispone, di non rimanere sottoposto al controllo del primo.

Ritengo che dal 1992 fino ad oggi non vi sia mai stato un così forte interessamento al tema della Giustizia nelle aule del Parlamento quale invece oggi esiste. Frutto di questo intenso lavoro è il disegno di legge recante (e non è una trovata ironica di chi scrive, ma la definizione data in Parlamento) "Misure per la tutela del cittadino contro la durata indeterminata dei processi" in attuazione dell'articolo 111 Cost. e dell'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale disegno di legge reca una disciplina atta a prevedere l'estinzione dell'azione penale e, quindi, del processo, per la violazione dei termini di ragionevole durata. In conseguenza del decorso dei termini fissati, sarà emessa una sentenza di non doversi procedere. L'imputato, tuttavia, può dichiarare di rinunciare all'estinzione del processo. Nello specifico la disposizione prevede che per i reati puniti con pena pecuniaria o detentiva, inferiore nel massimo a 10 anni (pena che racchiude reati anche gravi), il giudice pronuncia l'estinzione del processo in 4 casi.

Primo, quando dall'esercizio dell'azione penale, da parte del Pm, siano decorsi più di 3 anni senza arrivare alla pronuncia della sentenza di primo grado. Secondo, quando dalla sentenza di primo grado siano decorsi più di 2 anni senza che sia arrivata la decisione di appello. Terzo, quando dall'appello siano passati più di 18 mesi senza che sia stata pronunciata la decisione di legittimità da parte della Cassazione. Ultimo stop, invece, quando dal giudizio di rinvio è decorso più di un anno per ogni ulteriore grado di processo.

C'è da dire che la situazione della giustizia civile è gravissima anche perché la lentezza dei processi si accumula da decenni: la durata media del processo civile è pari a 337 giorni, per quanto riguarda i processi di competenza del giudice di pace, e del triplo per quanto riguarda i giudizi di primo grado davanti a tribunale. Per il secondo grado dei procedimenti civili la durata media è di 1338 giorni. Dinanzi alla Cassazione, infine, la mole di ricorsi che vengono annualmente iscritti è di gran lunga superiore a quella che la Corte riesce a decidere e questa eccedenza si cumula con quella degli anni precedenti, la pendenza è aumentata quest'anno da 61.951 a 76.478 ricorsi (+ 23%). La durata media del ricorso per Cassazione in materia civile, è passata da 836 a 994 giorni, pari a 33 mesi.

La durata delle cause previdenziali è stata in media di 1.019 giorni, sempre nel periodo tra il 1 luglio 2001 e il 30 giugno 2002.

La situazione della giustizia penale non è confortante: dilatazione temporale della durata dei procedimenti davanti agli uffici del GIP (da 194 a 261 giorni) ed incremento delle pendenze (del 27,6%). La durata media dei ricorsi per Cassazione in materia penale è stata di 219 giorni, dal momento in cui pervengono alla Corte a quello in cui vengono decisi.

A fronte di questa situazione preoccupante, è certamente auspicabile una soluzione. Cosa diversa è dire che ciò di cui abbiamo bisogno è la prescrizione dei processi. In un ordinamento come il nostro che conosce già due tipologie di prescrizione, la prescrizione della pena, ex artt. 172 e 173 c. p. (per la quale il decorso di un certo lasso di tempo dalla condanna irrevocabile determina l'estinzione di tutte le pene principali, ad eccezione dell'ergastolo, mentre non si estinguono le pene accessorie e gli effetti penali della condanna⁹) e la prescrizione del reato, ex art. 157 c. p. (istituto che si fonda su un principio di opportunità alla condanna del colpevole per il venir meno dell'interesse pubblico alla repressione dei reati, e quindi all'applicazione di tutte le sanzioni penali, quando dalla commissione del reato sia decorso un tempo proporzionato, in linea di principio, alla sua gravità, desunta dalla pena edittale¹⁰), questo ulteriore istituto rischia di avere effetti devastanti sul sistema giudiziario nazionale. Se la colpa delle lungaggini processuali fosse da attribuire alla negligenza ed alla inoperosità dei giudici, una norma di tale tenore sarebbe sicuramente opportuna e idonea a raggiungere l'obiettivo. Il vero problema consiste proprio nel fatto che le cause vanno rinvenute altrove: nella costante riduzione, operata negli ultimi anni e in maniera particolare negli ultimi due, dei fondi destinati alla macchina della giustizia; nei tagli al personale di cancelleria (basti considerare che lo Stato, in questo settore della pubblica amministrazione, ha indetto l'ultimo concorso nel 1995, cui seguirono le relative assunzioni nel 1997); nei recenti tagli al personale tecnico per assistenza al sistema computerizzato utilizzato; e si consideri, soprattutto, che l'ultimo conteggio del numero di giudici, in proporzione alla popolazione, è stato effettuato con il regio decreto sull'ordinamento giudiziario. È abbastanza facile intendere che il numero dei magistrati debba mutare in proporzione al mutare della popolazione altrimenti si avrebbe lo stesso paradosso che si potrebbe avere nel destinare all'amministrazione del traffico di una grande città come Milano il numero di vigili urbani previsto per una piccola città come Vibo Valentia o viceversa. Nonostante sia facile intendere l'assurdità della cosa, è necessario constatare che l'ultimo esame di questa proporzione risale appunto al regio decreto sull'ordinamento giudiziario, 30 gennaio 1941, n. 12. Si consideri che per l'VIII censimento eseguito nel nostro Paese in data 21 aprile 1936, la nostra popolazione risultava composta da 42.918.726 di persone. Oggi, in attesa del XV censimento, previsto per ottobre 2011, la popolazione viene stimata in 60.6 milioni di persone. È evidente che il numero di giudici che allora appariva sufficiente, oggi è ridicolo. Secondo i dati della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ), raccolti in un rapporto, estremamente articolato, di oltre 350 pagine, presentato nel 2008 (con rilevazioni statistiche riferite all'anno 2006), sullo stato della giustizia in Europa, il rapporto giudici/popolazione riguardante alcuni dei paesi aderenti all'UE, prevede: **ITALIA 14,8; Austria 22,8; Belgio 22,4; Danimarca 16,9; Francia 14,8; Germania 30,7; Grecia 33,1; Olanda 16,8; Norvegia 26,5; Portogallo 29,9; Spagna 14,6; Svezia 23,8; Svizzera 21,9; Regno Unito 11,6.**

In Italia, dunque, rispetto alla popolazione, il numero dei magistrati è lo stesso di Francia e Spagna, di poco superiore a quello del Regno Unito, ma comunque inferiore a tutti gli altri principali paesi europei e addirittura la metà rispetto al numero dei magistrati tedeschi, greci e portoghesi.

⁹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, 320.

¹⁰ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, 542.

È ancora da sottolineare che, negli ultimi decenni, il numero di processi avviati ha conosciuto un’impennata senza precedenti, neanche paragonabile a quella degli altri paesi dell’UE. Vi è di più: nel 1941, il nostro Paese contava su una popolazione “certa” e solo al suo interno si sarebbero potuti consumare eventuali reati. Nel 2011, il dilagante fenomeno dei clandestini e degli immigrati, non consente di avere più questa certezza. La popolazione effettivamente presente sul territorio italiano muta ormai mensilmente in maniera significativa e spesso la minaccia di commissione di reati proviene concretamente anche da questo fenomeno. Senza considerare il fatto che nel 1941 non esistevano le complessità legate a particolari categorie di processi, quali quelli per reati di mafia che conoscono tempi e meccanismi che non hanno niente a che fare con quelli per i reati comuni.

Se, allora, le cause delle lungaggini processuali vanno con certezza trovate altrove, con altrettanta certezza si può definire assurda una legge che, mantenendo inalterate tutte queste problematiche, si preoccupi, nonostante tutto, di fissare un termine massimo di 7 anni e mezzo per la durata dei processi. Tutto ciò significa, risolvere i processi lunghi con la prescrizione certa, come se questa sia una soluzione. Nell’esprimere il proprio parere sul disegno di legge, in data 12/4/2011, il Ministro della Giustizia ha dichiarato che la norma in questione produrrebbe i propri effetti solo sullo 0.2% dei processi in Italia. Se da una parte non si riesce a capire quale folle fornisca questi dati ad un’alta Istituzione dello Stato, dall’altra non si comprende la logica di una legge pensata non a risolvere i grandi problemi del Paese, ma quelli dello 0.2%. C’è, tuttavia, da constatare che certo è stata eccezionale la “mira” del legislatore se in quello 0.2% è riuscito a far rientrare proprio i processi del presidente del Consiglio dei Ministri. I cc. dd. processi Mills e per i diritti tv sono, infatti, inevitabilmente condannati alla prescrizione, tutto merito di questa legge che certo ha un po’ più di dignità rispetto alla legge prima pensata (tempi di prescrizione ridotti per gli incensurati con più di 70 anni).

È possibile che a nulla sia servito l’evidente parere contrario a questa legge della popolazione che ora ha bisogno di tutto, tranne che di amnistie programmate?

Sempre di amnistia, tra l’altro, ha parlato il Consiglio Superiore della Magistratura con riferimento alla stessa legge.

Ritengo si tratti di una legge inevitabilmente viziata di incostituzionalità per netta opposizione al principio della certezza del diritto e della pena.

Ma ancora più netta è la violazione del principio di Separazione dei Poteri. È al di fuori di ogni logica che il presidente del Consiglio dei Ministri, leader della maggioranza parlamentare, ottenga la prescrizione di processi che lo vedono imputato grazie ad una legge che la sua stessa maggioranza, con inamovibile contrarietà dell’opposizione, abbia approvato. È, ancora una volta, il Potere Esecutivo, per tramite del Potere Legislativo, a trovare lo strumento per fuggire dal Potere Giudiziario. È ancora uno Stato di diritto il nostro?

Quanto dico non è la presa di posizione di un “comunista”. È sufficiente accertare, infatti, quanto lo stesso Guardasigilli ha detto in Parlamento. Egli ha riferito, apertamente, che la norma è necessaria per tutelare il Presidente del Consiglio dei Ministri da un attacco della magistratura che lo intralcerrebbe nell’esercitare il proprio ufficio. Lo stesso, ancora, si domandava come fosse stato possibile che i processi a carico dell’on. Berlusconi fossero durati così tanto. Ma forse il Ministro Alfano dimenticava gli effetti della legge 124/2008 e della legge 51/2010.

Non dovrebbe essere, forse, chi ricopre una carica dello Stato il primo a rispettare l'ordinamento giuridico, il che comprende anche il sottoporsi al vaglio del potere giudiziario?

Curioso ancora di più il fatto che, se da una parte sia stata approvata questa legge volta a “tutelare i cittadini” dalla durata indeterminata dei processi, da un’altra parte, sempre il partito dell’on. Berlusconi, abbia presentato un altro disegno di legge cd. “allunga processi” che prevede la possibilità per la difesa di presentare lunghe liste di testimoni e di non considerare più come prova definitiva in un processo la sentenza passata in giudicato di un altro procedimento. La mano destra non deve sapere quel che fa la sinistra, ma se le due si coordinano riesce bene il gioco delle tre carte: con una si impongono determinati tempi processuali, pena una sentenza di non doversi procedere; con l’altra si impedisce il rispetto di quegli stessi tempi perché si potranno presentare in processo liste di testimoni lunghe come elenchi telefonici (oggi è il giudice a negare la deposizione di testimoni ove si possa già sufficientemente provare quanto sostenuto dalla parte per altra via o con un numero contingentato di testi, ex. Art. 468 c.p.p.).

Oltre a violare in maniera evidente il principio della separazione dei poteri, la norma avrà sicuramente effetti catastrofici sull’assetto giudiziario nazionale. Non potrà essere garantito certamente il rispetto dei principi della certezza del diritto e della certezza della pena. Per ottenere l’impunità di uno solo, il Governo si è detto e dimostrato pronto a condannare un Paese: tra gli altri, i processi che cadranno in prescrizione sono: Thyssen Krupp Torino, Casa dello Studente l’Aquila, strage di Viareggio, morti per amianto Fincantieri di Palermo, Parmalat, Ilva di Taranto, Cirio, i fatti della Clinica Santa Rita di Milano. Migliaia di famiglie, in attesa di giustizia per i propri cari, ringraziano.

L’articolo 1, secondo comma, della Costituzione recita: “La sovranità appartiene al Popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”. Perché il Popolo possa esercitare coscientemente questo suo principale potere deve essere nelle condizioni di formare una sua opinione in maniera libera, imparziale, senza condizionamenti di sorta. Per questo si intende il servizio radiotelevisivo come un potere, in senso lato, certo. La sua disciplina è costellata di parzialità e la sua storia di condizionamenti determinati da interessi. Gli effetti e le risposte a questo ulteriore tilt del sistema sono molteplici. Importantissimo tema questo perché la verità, passata per il mezzo di diffusione di massa capace di arrivare al bacino di pubblico più ampio possibile, la radiotelevisione appunto, non necessariamente è una sola e se anche fosse quella giusta, ma fosse capace di imporsi come UNICA, sarebbe viziata dalle colpe della dittatura e vizierebbe il diritto del Popolo a che l’opinione pubblica si formi in maniera libera. Ancora più facile, in quest’ultimo caso, è che sia passato il falso per verità e si crei l’immagine di un mondo felice, forte ma inesistente, col fine di creare proselito. Giusto per capirsi: così Mussolini faceva girare per l’intero stato sempre gli stessi, pochi, carri armati a disposizione dell’esercito Italiano. L’idea che si voleva dare era quella che le forze armate della dittatura fossero tali da coprire l’intero territorio del regno, trasmettendo un’immagine di forza per far scaturire nella popolazione, a livello d’inconscio, un senso di appartenenza ad un ideale. La sostanza era ben diversa. Era allora, come oggi, tutta una questione di pubblicità e sovra-visibilità.

Questo quadro pretende delle conclusioni che non possono prescindere dallo sguardo alle ferite e alle ironie di uno Stato, alle colpe di una o più generazioni.

Il sistema politico italiano sembra orientarsi verso una “presidenzializzazione” in via di fatto fondata sul principio maggioritario, sull’indebolimento del Parlamento, sull’assenza di limiti alla volontà della maggioranza “eletta dal popolo”. Questo processo ha carattere prevalentemente oggettivo. Va perciò contrastato con misure di riforma che si inseriscano all’interno di una concezione della democrazia politica fondata sulla separazione dei poteri, sui limiti al principio di maggioranza, sulla effettiva responsabilità del governo di fronte al Parlamento, sul rispetto reciproco tra le istituzioni.

«Quantunque la nostra maestà sia sciolta da ogni legge, non si leva tuttavia essa al di sopra del giudizio della ragione, che è la madre del diritto». Con questa espressione Federico II di Svevia, premesso che la legittimazione della sua autorità non proveniva dalla legge, indicava nella ragione e nel diritto le frontiere entro le quali intendeva esercitare i propri poteri¹¹. Da quell’epoca una complessa elaborazione politica, giuridica e filosofica, protratta per secoli, e tuttora oggetto di approfondite analisi, si è interrogata sul fondamento della legittimazione del potere politico e lo ha riconosciuto nel consenso della maggioranza dei cittadini. Le due grandi rivoluzioni della fine del Settecento, quella americana e quella francese, ebbero come conseguenza la traduzione del principio filosofico di maggioranza in termini politici e costituzionali.

In realtà la maggioranza dei cittadini che costituisce la fonte di legittimazione del potere politico è tale solo per convenzione: nel passato per la ristrettezza del circuito dei titolari del diritto di elettorato attivo, oggi perché il calcolo riguarda solo i votanti e non tiene conto degli astenuti¹². Inoltre molte leggi elettorali, al fine di garantire la governabilità, sono costruite in modo da poter trasformare, se necessario, la miglior minoranza numerica in maggioranza politica. Così ad esempio il sistema dei collegi uninominali a turno unico in Gran Bretagna o a doppio turno in Francia; il sistema spagnolo, proporzionale su collegi ristretti e senza recupero dei resti.

Un secondo passaggio delle riflessioni sui caratteri della democrazia ha riguardato i limiti del principio maggioritario. La preoccupazione era ed è tuttora quella di prevenire gli abusi delle maggioranze. I limiti al principio di maggioranza sono oggi costituiti dalla separazione dei poteri, da un nucleo di diritti fondamentali collocato fuori delle contese politiche, e che perciò «non può essere sottoposto al voto¹³», da una magistratura indipendente, da un sindacato sulla conformità delle leggi alla Costituzione operato dalle Corti costituzionali¹⁴.

Nel nostro ordinamento i limiti del potere della maggioranza sono esplicitamente richiamati dall’articolo 1 della Costituzione: la sovranità appartiene al popolo, ma non costituisce un potere assoluto perché può essere esercitata solo «nelle forme e nei limiti della Costituzione». Queste

¹¹ E. KANTOROWICZ, *Federico II imperatore*, citato in F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, Il Mulino, Bologna, 2007, 247.

¹² In Italia, gli astenuti sono stati circa il 7% tanto nelle elezioni del 2006 quanto in quelle del 2008.

¹³ È la massima del giudice Robert Jackson della Corte suprema americana in un caso del 1943, *West Virgina Board of Education vs Barnette*; la Corte suprema dichiarò incostituzionale l’obbligo del saluto alla bandiera imposto agli scolari di quello Stato. L’eccezione era stata sollevata da un testimone di Geova. Si veda J. W. Johnson, *The Flag Salute Cases*, in *Historic U.S. Court Cases*, Routledge, Londra 2001, 953.

¹⁴ In Italia questa tendenza comincia ad affermarsi con la sentenza 7/63 della Corte Costituzionale.

forme e questi limiti, attraverso il richiamo del secondo comma dell'articolo 1, sono parte integrante dell'ordinamento costituzionale.

Nella nostra vita politica quotidiana i limiti del principio di maggioranza non hanno vita facile per via di una interpretazione populistica del fondamento del potere politico e di una tendenza alla presidenzializzazione della forma di governo.

L'interpretazione populistica del fondamento del potere politico consiste nel richiamo ripetuto e costante alla volontà del popolo per come essa è interpretata dall'autorità politica.

La presidenzializzazione è la tendenza a costruire nei fatti una forma di governo monocratica che, forzando le regole formali, senza abrogarle, concentra in via di fatto la massima parte delle decisioni politiche nelle mani del presidente del Consiglio¹⁵.

Nella cultura politica di una parte della attuale maggioranza è radicata l'idea di un'assoluzenza del principio della sovranità popolare. Conseguentemente sono considerate "illegittima interferenza" le decisioni particolarmente sgradite che provengano da autorità estranee al principio di maggioranza. E l'interrogativo che viene posto è, pertanto, se sia mai possibile che una Corte non eletta dal popolo cancellare una legge approvata da una maggioranza eletta dal popolo¹⁶. Come possa un presidente della Repubblica, eletto dal Parlamento, limitare l'esercizio dei poteri di un governo "eletto dal popolo". La stigmatizzazione come "eversive" di alcune iniziative giudiziarie o di alcune sentenze della Corte costituzionale e la critica a decisioni inoppugnabili del Capo dello Stato sono frutto di una visione del sistema politico nella quale il principio di maggioranza è l'unica fonte di legittimazione ed è privo di limiti; un sistema totalmente dimentico del principio di separazione dei poteri.

Una delle cause di questa deformazione della democrazia sta nel particolare bipolarismo italiano che trae la sua ragion d'essere non da una preesistente polarizzazione della società italiana, ma da una esigenza di semplificazione politica che ha brutalmente radicalizzato lo scontro, perché in ciascuna delle due coalizioni si muovono forze condizionanti che rifiutano la legittimazione dell'altra. Piuttosto che a modelli anglosassoni, recentemente entrati in crisi anche oltre Manica, quel tipo di bipolarismo sembra riprodurre un antico vizio italiano: quello della divisività; per la tardività della costruzione dello Stato nazionale e per la sua debolezza, nella nostra Nazione ci siamo più spesso divisi che uniti: guelfi e ghibellini, Stato e Papato, città e campagna, fascisti e antifascisti, comunisti e anticomunisti, filoberlusconiani e antiberlusconiani, Nord e Sud. Il nostro bipolarismo, non assistito da una comune fiducia negli stessi valori, induce a riproporre come caratteri del sistema politico la contrapposizione pregiudiziale e l'assenza di mediazione. Si tratta di difetti che esaltano lo scontro, tolgo spazio alla ragionevolezza, negano la mediazione che è l'essenza stessa della politica.

¹⁵ L. ELIA, *La presidenzializzazione della politica. Lectio doctoralis* pronunziata in occasione del conferimento della laurea honoris causa in Scienze politiche alla Università di Torino (29 novembre 2005), disponibile su www.associazionecostituzionalisti.it/materiali/speciali/elia/lectio.html; T. POGUNTKE, P. WEB, *The Presidentialization of politics; a comparative study of modern democracies*, Oxford University Press and European Consortium for Political Research, Oxford-New York 2005.

¹⁶ I casi sono molti. Recentemente quello che riguarda il ministro Bossi. Il corriere della sera del 19 dicembre 2010 riporta un suo giudizio sulla sentenza 249/10 in materia di immigrazione: <<ideologia e grave perché cancella la legge del Parlamento per fare delle scelte che farebbero le sinistre>>.

Se una delle controparti non riconosce l'altra come legittima, il richiamo al popolo serve proprio a segnare la contrapposizione e la divisione: il popolo ha scelto A e non B e quindi B è privo di legittimazione. Pertanto, richiamare la volontà del popolo, come unica fonte di legittimazione, serve a sottolineare anche la non legittimazione dell'avversario politico. Questo popolo appare sempre più come spettatore o tifoso, piuttosto che come razionale e riflessivo titolare della sovranità.

Il nostro bipolarismo ha dato forma giuridica e politica a un antico vizio prolungandone l'esistenza e aggravandone i difetti.

La presenzializzazione della forma di governo è una tendenza generale, non solo italiana, determinata dalla intensificazione delle relazioni europee e internazionali che conferiscono un peso crescente ai Capi di Stato e di Governo; ma in Italia ha alcuni aspetti patologici che, in assenza di contrappesi, hanno squilibrato in modo eccessivo il rapporto tra i poteri dello Stato:

- a) l'attuale legge elettorale assegna ai capi dei partiti il potere di designare i componenti del Parlamento. Il capo della coalizione vincente, di qualunque colore, ha designato la gran parte dei parlamentari della maggioranza; costoro potranno essere rieletti se daranno prova di fedeltà nel lavoro parlamentare. Così si attenua così fortemente la separazione tra potere esecutivo e potere legislativo e si pone nelle mani del Capo dell'Esecutivo gran parte del concreto potere legislativo;
- b) ulteriore conseguenza della legge elettorale è la perdita della funzione di mediazione propria del Parlamento; i parlamentari, salvo rare eccezioni, ottengono dal capo del loro partito la possibilità di sedere a Montecitorio o a Palazzo Madama; sono sostanzialmente privi di autonomia e tendono a ripetere nella sede parlamentare lo scontro tra i capi che si svolge sui mezzi di informazione;
- c) l'indicazione del nome del candidato presidente sulla scheda elettorale, usata da tutti i candidati tranne Romano Prodi, ha creato un effetto psicologico in due direzioni: i cittadini ritengono di eleggere il Presidente del Consiglio e il Presidente del Consiglio ritiene di essere eletto. Sono due false rappresentazioni, ma hanno indotto una modifica del senso comune sul significato delle elezioni politiche, come se si eleggesse il Governo e non il Parlamento;
- d) i mezzi di comunicazione hanno un peso crescente nella formazione dell'opinione pubblica. Questa crescita è un fatto di democrazia, ma quando il talk show televisivo si concentra sullo spettacolo e non sui contenuti diventa un cattivo veicolo per la buona politica e un eccellente tramite per quella cattiva. La teatralizzazione esaspera la personalizzazione della politica e favorisce perciò la tendenza alla presenzializzazione;
- e) la crisi dei partiti politici, come comunità organizzate sulla base di procedure definite e di una comune visione del mondo, ha alimentato la personalizzazione della politica e delle sue sfide. Se l'identità dei partiti è determinata non dai ceti di riferimento né dagli obiettivi che intendono perseguire, ma dal nome e dalle attitudini del leader, è inevitabile che la forma di governo tenda alla presenzializzazione;
- f) un motivo guida dell'azione dell'attuale presidente del Consiglio è l'autocollocazione fuori del mondo politico e dei suoi riti. A questa impostazione appartiene il vanto della riduzione dei tempi delle riunioni del Consiglio dei ministri. Sette minuti per approvare la Finanziaria 2009. Quindici minuti, il 29 settembre 2010, per approvare la Decisione di finanza pubblica per il successivo triennio, recepire due direttive comunitarie e ripristinare una trentina di disposizioni abrogate per

errore dal ministro per la Semplificazione normativa¹⁷. Questa prassi svuota di significato le riunioni del Consiglio dei ministri, che appaiono convocate più per ratificare che per decidere, ed esalta il ruolo del Capo dell'Esecutivo presentato come l'unico vero decisore.

Alla esaltazione del ruolo dell'Esecutivo e del suo Capo ha contribuito anche la perdita da parte del Parlamento del monopolio della legislazione.

a) Nel triennio 2006-08 la percentuale di leggi di iniziativa governativa oscilla tra il 72% e il 95%; nella XVI legislatura, ancora in corso, la percentuale è dell'85%. Il fenomeno non è solo italiano. Il Governo, in quanto titolare della responsabilità del bilancio dello Stato nei confronti della Unione europea e detentore di tutti gli strumenti necessari per individuare la copertura finanziaria dei progetti di legge, ha acquisito una funzione pilota nel procedimento legislativo¹⁸;

b) si è intensificato il ricorso ai decreti legge che rispondono, in assenza di altri strumenti, all'esigenza del Governo di dare rapida attuazione al proprio programma, agli impegni assunti in sede europea e a quelli assunti nei confronti delle Regioni. Nella XV legislatura (aprile 2006-aprile 2008) sono stati emessi 48 decreti legge; nella XVI, sino al 17 dicembre 2010 ne sono stati emessi 67. Il 90% delle decisioni di spesa negli ultimi 4 anni è stato assunto per decreto legge e nello stesso periodo il 65% circa del tempo del Parlamento è stato assorbito dall'esame delle leggi di conversione;

c) il Governo ricorre sempre più spesso alla delega legislativa. Nella XIV legislatura le disposizioni di delega erano state 712. Nella XV legislatura, durata solo due anni, erano state 160. Nella legislatura in corso in 159 leggi approvate sono presenti 200 disposizioni di delega, che daranno luogo a un numero certamente superiore di decreti delegati;

d) l'Unione europea ha visto progressivamente crescere le proprie competenze legislative con parallela riduzione di quelle dei governi nazionali. Dal 2004 al 2009 gli atti comunitari adottati dalle Camere sono stati 11.846. L'attività legislativa italiana che discende dal contesto internazionale e comunitario è pari a circa il 50% del totale¹⁹;

e) la riforma del Titolo V della Costituzione ha affidato alle Regioni quote assai rilevanti di una legislazione che sino a quel momento era di competenza nazionale. Oggi la legislazione regionale costituisce circa l'80% di tutta la produzione legislativa nazionale. Il Parlamento ha approvato 64 leggi nel 2008 e 89 nel 2009; le Regioni hanno approvato 640 leggi nel 2008 e 709 nel 2009²⁰.

È in corso da tempo una mutazione genetica del sistema politico costituzionale. Un ruolo rilevante hanno avuto, negli ultimi anni, la specifica figura e le specifiche capacità dell'onorevole Berlusconi. Ma sarebbe un errore ricondurre le deformazioni denunciate interamente a fattori di carattere personale. Questi processi sono iniziati negli anni Ottanta, quando Bettino Craxi cominciò la sfida

¹⁷ La durata media dei Consigli dei ministri tenutisi nel 2010 è stata di 63 minuti; quella dei Consigli presieduti da Romano Prodi nel 2006 è stata di 135 minuti. V. S. Rizzo, *Due minuti, una decisione; è governo sprint*, in "Il Corriere della Sera", 20 dicembre 2010.

¹⁸ Questi dati e quelli successivi sono tratti da U. ZAMPETTI, *Evoluzione della legislazione e ruolo del Parlamento*, relazione al Seminario di studi dell'Associazione Stampa Parlamentare, 10 maggio 2010.

¹⁹ Anche per questo dato, come per quelli citati in precedenza, si veda U. ZAMPETTI, *Evoluzione della legislazione*, cit..

²⁰ Camera dei deputati, *Rapporto 2010 sulla legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea*, a cura dell'Osservatorio sulla legislazione, tomo II, 28 e ss.

alla tradizione politica e costituzionale impersonata da DC e PCI. Nel tempo, la tendenza, lunghi dall'affievolirsi, ha avuto nuovi interpreti e si è arricchita di nuovi argomenti. Evidentemente c'era un vuoto e quel modo di riempire il vuoto non è stato adeguatamente contrastato da nessuna risposta alternativa se non da un "populismo per acclamazione".

Il 16 maggio 1984 su "La Stampa" apparve un articolo di Norberto Bobbio che stigmatizzava l'elezione congressuale di Bettino Craxi a Segretario generale del PSI per "acclamazione", denunciandone il significato personalistico e autoritario, che sembrava reintrodurre, sulla scena italiana, il culto del "capo carismatico" e, nel partito, la pratica proprietaria del "padrone" al di sopra delle regole. Metteva in guardia dai rischi di una politica personalistica e spettacolare, che avrebbe finito per svuotare di significato la vita democratica dei partiti.

Scriveva Bobbio: "L'elezione per acclamazione non è democratica, è la più radicale antitesi dell'elezione democratica. È la maniera, che dopo Max Weber non dovrebbe avere più segreti, con cui i seguaci legittimano il capo carismatico; un capo che proprio per essere eletto per acclamazione non è responsabile davanti ai suoi elettori. L'acclamazione, in altre parole, non è un'elezione, è un'investitura. Il capo che ha ricevuto un'investitura, nel momento stesso che la riceve, è svincolato da ogni mandato e risponde soltanto di fronte a se stesso e alla sua emissione. Possibile che il congresso che ha compiuto un tale atto, e l'onorevole Craxi che l'ha accettato, non si siano resi conto dell'errore madornale che stavano compiendo, soprattutto nel momento in cui il partito socialista e il presidente del Consiglio che lo rappresenta sono accusati, a torto o a ragione, di tendenze autoritarie?"

Non è il caso di compiangerci. Stiamo attenti, però, come diceva Gaber, non tanto a B. (quello di turno) in sé (non è eterno), ma al B. in Noi: quello è duro a morire e rischia di non risolvere il problema, a scapito della democrazia e della libertà.

Sembra oggi mancare la consapevolezza del carattere prevalentemente oggettivo dei processi che hanno portato ai cambiamenti. La mancanza di nuove regole per disciplinare, in forma democratica, le esigenze sopravvenute aggrava oggettivamente il rischio di autoritarismo o di frantumazione anarchica del sistema politico.

Attraverso quali strade si può collocare il nostro sistema politico in un quadro caratterizzato da correttezza costituzionale? Non si tratta di ripetere come una giaculatoria le misure sulle quali tutti si dicono d'accordo (riduzione del numero dei parlamentari, superamento del bicameralismo paritario ecc.), perché quelle misure possono assumere significati diversi a seconda del contesto teorico all'interno del quale sono collocate. Ed è diventata insufficiente una linea guida ispirata solo alla modernizzazione e all'efficienza. Va certamente ricostruito un sistema efficiente e moderno; ma, nel contempo, la riforma deve ricollocare l'ordinamento all'interno dei confini della democrazia occidentale: separazione dei poteri, limiti al principio di maggioranza, effettiva responsabilità del Governo di fronte al Parlamento. Tento una risposta nei limiti di questo piccolo contributo.

- a) È necessaria una nuova legge elettorale, che restituisca ai cittadini il diritto di scegliere i propri rappresentanti e favorisca la costituzione nelle urne di una maggioranza di governo;
- b) il nuovo ruolo del Presidente del Consiglio dei ministri va incanalato entro le corrette forme costituzionali. La fiducia potrebbe essere data al solo Presidente del Consiglio. Il Capo dell'Esecutivo deve poter chiedere alle Camere il voto sui provvedimenti del Governo in tempi certi, adeguati alla complessità della proposta, e deve poter chiedere al Capo dello Stato la revoca dei ministri. Va introdotta la sfiducia costruttiva per consolidare la stabilità del Governo. Il Presidente del Consiglio, se richiesto da un congruo numero di deputati o senatori, dovrebbe avere l'obbligo di presentarsi in Parlamento per relazionare su quanto richiesto, per almeno due volte al mese, pena la decadenza. L'aumento del peso politico e istituzionale della figura del Presidente del Consiglio e dei membri del Governo rende ancora più necessaria una nuova legge sulla separazione delle funzioni pubbliche dagli interessi privati. Nel contesto delineato, un principio di questo genere dovrebbe essere fissato a livello costituzionale, così come peraltro aveva fatto la Commissione bicamerale presieduta da Massimo D'Alema;
- c) va ricondotta la funzione legislativa nelle aule del Parlamento o va riformata la funzione legislativa delle Camere, in modo da costruire un potere del Parlamento in grado di conoscere l'attività del Governo e della pubblica amministrazione centrale, al fine di sviluppare le sue funzioni di controllo, anche come compensazione della perdita del monopolio della funzione legislativa. Entrambe le Camere, pertanto, dovranno disporre di raffinati strumenti di controllo sul Governo, sulla finanza pubblica e sulla pubblica amministrazione. Questa trasformazione rende non più necessaria la presenza di un così alto numero di parlamentari e motiva quindi la riduzione del loro numero.

Più complesso è il problema del rapporto tra politica e istituzioni sottratte al principio maggioritario.

La Corte costituzionale è stata, ed è tuttora, oggetto di reiterati tentativi di delegittimazione e, giustamente, ha deciso di rispondere con il silenzio. Qualunque altro comportamento la farebbe cadere nella trappola, nella quale a volte è caduta la magistratura ordinaria, di presentarsi come una sorta di controparte, collocandosi quindi sullo stesso piano dei denigratori.

Diverse sono le questioni che riguardano le magistrature. Va garantita a tutte le magistrature l'indipendenza di status e di azione respingendo i progetti che vorrebbero condizionarle, direttamente o indirettamente. Alla indipendenza deve corrispondere una rigorosa responsabilità disciplinare. Perciò, appare opportuna la costituzione di unico organo di disciplina per tutte le magistrature, ordinaria, amministrativa, contabile e militare, istituito in modo da essere sottratto alle influenze corporative e da non essere condizionato da esigenze politiche.

La magistratura non è controparte del potere politico e la politica deve smettere di pensare a un ruolo ancillare della magistratura. Far parte della governance e sapere di doverla condividere con altri dovrebbe aumentare il senso di responsabilità istituzionale da parte di tutti gli attori. E se qualcuno di essi dimostra di esserne sprovvisto, devono essere tutti gli altri a porre al centro la questione del rispetto tra tutte le istituzioni, che è un fondamento delle democrazie credibili. Il rispetto reciproco tra le istituzioni non appartiene al libro delle buone maniere, ma è uno dei

principali fattori della affidabilità di un sistema politico. Al contrario lo scontro tra istituzioni, protratto nel tempo, può costituire la premessa per il disfacimento di quel sistema.

Il rischio che si corre a sottovalutare queste tematiche va al di là, probabilmente, di quanto prevedibile. Ad essere minacciata è la tenuta dello Stato di diritto per come delineato dalla Costituzione. Appare infatti certamente condivisibile la nozione del termine Repubblica che ha trovato rispondenza negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale, secondo cui il principio repubblicano includerebbe <<quell'insieme minimo di valori e di norme in mancanza dei quali un ordinamento non potrebbe essere definito democratico, quali ad esempio la sovranità popolare, un governo responsabile, la tendenziale divisione dei poteri, il principio di legalità e delle garanzie giurisdizionali, l'indipendenza della magistratura, il riconoscimento della libera formazione e attività dei partiti, le libertà individuali, il pluralismo sociale e istituzionale, il principio di egualità>>. Ciò che si può constatare, quindi, è il venir meno del nucleo minimo in forza del quale possa dirsi democratico il nostro ordinamento. Di fronte a questo rischio o a quello che, forse, può esser definito, ormai, come un problema reale si può trovare la soluzione soltanto in una presa di coscienza e in un atto di RESISTENZA ad opera della parte sana e corposa, ancora esistente, delle Istituzioni dello Stato ma, soprattutto, della Popolazione che deve prendere consapevolezza che l'onore perduto di una nazione si può riconquistare e, in particolar modo, memore dell'articolo 1 della Costituzione, DEVE ritrovare la volontà e la forza di esercitare, nel miglior modo possibile, senza più delegarla ad altri per la propria superficialità e inettitudine, LA PROPRIA SOVRANITÀ'.

BIBIOGRAFIA

- F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1965.
- G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2001.
- G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, Utet, Torino, 1996.
- GUASTINI, *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Torino, 1987.
- P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, Firenze, La nuova Italia, vol. III.
- P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950.
- P. CARETTI, *Art. 97*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca e Pizzorusso, Bologna, 1994.

²¹ A. MORELLI, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, in *Quaderni del “Gruppo di Pisa”, I Doveri Costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006*, a cura di R. Baldazzi, M. Cavino, E. Grossi, J. Luther, G. Giappichelli Editore, Torino 2007.

- P.CARETTI, *I Diritti Fondamentali*, Giappichelli Editore, Torino, 2005.
- L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giuridica italiana (Treccani)*, XVIII, Roma, 1990.
- L. CARLASSARE, *Ministeri*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976.
- L. CARLASSARE, *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988.
- A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, voce in *Enc. Giur.*, Istituto Poligrafico Zecca di Stato, Roma, 1990.
- A. CERVATI, *Art. 70*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1985.
- A. CERVATI, *Delegificazione*, in *Enc. Giur. It.*, vol. X, agg. 1997.
- E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996.
- E. CHELI, *La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico*, in Aa. Vv., *Manuale di diritto pubblico*, II, a cura di G. Amato ed A. Barbera, Il Mulino, Bologna, 1997.
- V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella costituzione italiana (note preliminari)*, *Stato popolo governo*, Giuffrè, Milano, 1985.
- V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Cedam, Padova, 1993
- V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. It.*, 1956.
- L. ELIA, *La presidentializzazione della politica. Lectio doctoralis* pronunziata in occasione del conferimento della laurea honoris causa in Scienze politiche alla Università di Torino (29 novembre 2005), disponibile su www.associazionecostituzionalisti.it/materiali/speciali/elia/lectio.html.
- M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, I, Il Mulino, Bologna, 1991.
- E. KANTOROWICZ, *Federico II imperatore*, citato in F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, il Mulino, Bologna 2007.
- H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, tr. it., Torino, Einaudi, 1966.
- H. KELSEN, *La democrazia*, 5^a ed., tr. it., Il Mulino, Bologna, 1984.
- J. LOCKE, *Due trattati sul Governo*. Sul tema cfr. anche F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1965.
- G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Seconda Edizione, Giuffrè Editore.
- F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2000.
- F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, In BARILE, CHELLI, GRASSI, *Corte costituzionale e sviluppo delle forme di governo in Italia*, Bologna, 1982.
- F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, voce in *N.ss. Dig. It.*, Utet, Torino, 1966.
- C. L. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, 1748.
- A. MORELLI, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, in *Quaderni del "Gruppo di Pisa", I Doveri Costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006*, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grossi, J. Luther, G. Giappichelli Editore, Torino 2007.
- C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano, 1968.
- M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzativa della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966.
- A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1986.
- G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna, 2004-2005.
- G.U. RESCIGNO, *Divisione dei poteri*, voce in AA. VV., *Dizionario critico del diritto*, a cura di C. Donati, Savelli, Milano, 1980.
- G. U. RESCIGNO, *Note sulla indipendenza della Magistratura alla luce della Costituzione e delle controversie attuali*, relazione svolta al terzo Seminario del ciclo “Istituzioni e dinamiche del diritto”, denominato “Dalla giurisdizione come applicazione della legge alla giurisdizione come creazione del diritto”, tenuto il 18 gennaio 2007 in Modena, in www.costituzionalismo.it.
- G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in *Nss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965.
- G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità in Diritto Pubblico*, 1995.
- A. RUGGERI, *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in *Rass. Parlamentare*, 1999.
- G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, Milano, 1979.
- G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, Milano, 1984.
- G. SILVESTRI, *Poteri attivi e poteri moderatori, attualità della distinzione*, in Luatti (cur.) *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti COSTITUZIONALI*, Torino, 1994.
- G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, voce in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1985.
- A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, CEUM, 2006.

- ALJS VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, I, Giappichelli, Torino, 2005.
- G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti*, Eges, Torino, 1984.
- ZAGREBELSKY, *La riforma dell'autorizzazione a procedere*, in *Corriere Giuridico* 1994.
- ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte Costituzionale e la politica*, Einaudi, 2005.
- U. ZAMPETTI, *Evoluzione della legislazione e ruolo del Parlamento*, relazione al Seminario di studi dell'Associazione Stampa Parlamentare, 10 maggio 2010.