

PIETRO PINNA

Il principio di leale collaborazione, l'indipendenza della magistratura e la separazione del potere*

1. Premessa – 2. La limitazione e la separazione del potere – 3. Rousseau e la volontà generale – 4. La dottrina di Madison. il pluralismo delle fazioni – 5. La divisione del potere – 6. La divisione del potere e l'indipendenza dei giudici – 7. L'indipendenza del governo parlamentare.

1. *Premessa*

Valerio Onida, concludendo un seminario tenutosi a Modena nel 2006¹, rispetto ad una tesi che avevo sostenuto nello stesso seminario, trattando dei conflitti di attribuzione, ha obiettato:

«È vero che nei conflitti fra Stato e Regioni (anche in quelli aventi ad oggetto atti legislativi, e che quindi si configurano come giudizi di legittimità costituzionale

* Questo scritto è destinato agli studi in onore di Valerio Onida.

¹ Gli atti sono stati pubblicati a cura di R. PINARDI, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2007, 387.

promossi in via principale) un principio fondamentale affermato e applicato dalla Corte è [...] quello di leale collaborazione. Ma nei conflitti che coinvolgono autorità giudiziarie contrapposte a organi politici questo stesso principio non può giocare lo stesso ruolo, per la semplice ragione che le autorità giurisdizionali non dispongono delle proprie attribuzioni ma sono vincolate ad applicare la legge, sostanziale e processuale, che di solito non lascia molti margini alla discrezionalità (e se li lascia si tratta di una discrezionalità diversa da quella politica). Come potrebbe un giudice “collaborare” con autorità estranee alla vicenda processuale?».

A ben vedere, ha ragione. In particolare è convincente l'argomento, secondo cui il giudice non deve collaborare con autorità estranee alla vicenda processuale. In effetti, sarebbe violato il principio dell'indipendenza del giudice, se l'esercizio della giurisdizione dipendesse dal comportamento di autorità governative.

L'osservazione ha implicazioni generali interessanti, che meritano un approfondimento. Per chiarire subito di cosa si tratta, in estrema sintesi, si può dire che la leale collaborazione è un principio che presuppone la separazione del potere, in quanto l'attribuzione della funzione di governo ad apparati diversi e separati, tra loro indipendenti, richiede l'accordo tra questi o quantomeno la disponibilità a ricercarlo. Secondo la concezione che qui si espone, l'organizzazione costituzionale che divide il potere è rivolta ad arginare (e possibilmente a impedire) la faziosità politica. Il concetto di limitazione del potere si riferisce invece alla funzione giurisdizionale, che oppone i diritti al governo, quindi limita il potere dall'esterno ed è perciò estrinseca al potere (unito o diviso che sia); chi la esercita è indipendente dal governo e non è tenuto a (anzi, non deve) collaborare con le autorità governative.

2. La limitazione e la separazione del potere

Semberebbe scontato far partire l'illustrazione del tema dalla famosa teoria della divisione dei poteri formulata da Montesquieu. Sennonché l'interpretazione dei passi de *L'esprit des lois* dedicati a questo argomento è difficile e non offre elementi sicuri per chiarire la discriminazione tra la limitazione e la separazione del potere: Montesquieu sembra riferirsi tanto alla distinzione dei poteri quanto alla divisione del potere e comunque si muove all'interno della concezione del governo misto, che è più utile all'idea dell'equilibrio del potere che a quella della limitazione.

Perciò, forse inaspettatamente, comincio da C.H. McIlwain², il quale delinea la limitazione, distinguendola in modo netto dalla separazione del potere con cui viene spesso confusa; ne racconta la lunga storia, partendo dalla dottrina medievale della *iurisdictio* e del *gubernaculum* che egli attribuisce a Bracton.

Secondo questa ricostruzione, il re buono di fatto si faceva guidare dal diritto, ma non ne era vincolato. Quindi il diritto esercitava sulla sua volontà soltanto una forza direttiva. «Questo era vero, tuttavia, solo nella sfera del *gubernaculum*; non lo era affatto in quella della *iurisdictio*, sebbene il re fosse la sola fontana della giustizia. Nell'ambito della *iurisdictio*, contrariamente a quel che avveniva nella sfera del *gubernaculum*, v'erano limiti al potere discrezionale del re, vincoli stabiliti da una legge positiva e coercitiva; e un atto reale, al di fuori di tali limiti, era *ultra vires*»³. I giudici

² C.H. McILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York, 1947. Il volume raccoglie le *lectures* che McIlwain tenne nell'anno accademico 1938-39 alla Cornell University. Cito dalla traduzione italiana *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990, 162 ss.

³ *Ibidem*, 105.

erano giudici del re. Tuttavia dovevano stabilire i diritti dei sudditi, secondo la legge e non la volontà regia.

La *iusdictio* era l'ambito nel quale il potere regio era limitato dai diritti individuali. Questa dottrina costituzionalista medievale però non conosceva un rimedio alla violazione regia di diritti, salvo la minaccia della rivoluzione. Il difetto in Inghilterra è stato corretto a partire dal 1689, allorché è emersa « una nuova responsabilità del re per gli atti di governo, e non più soltanto per la *iusdictio*, ma per l'intero campo del *gubernaculum*»⁴; una responsabilità davanti alla legge, fatta valere nei tribunali contro i ministri della corona, che è divenuta piena ed effettiva quando il potere giudiziario «fu dichiarato assolutamente indipendente dal re con l'*Act of Settlement* del 1701»⁵.

A questa responsabilità giuridica poi si è aggiunta quella politica. Ma il discorso sulla responsabilità politica dei ministri davanti al parlamento, ora può essere lasciato da parte. Ciò che adesso è importante è l'idea secondo cui la dottrina costituzionalista si sviluppa intorno al concetto di *iusdictio*, cioè di limitazione giuridica del potere governativo: questo è responsabile della violazione dei diritti davanti a giudici indipendenti da questo stesso potere. La *iusdictio*, dunque, secondo questa dottrina «è essenziale alla libertà» ed è parte del diritto; è necessaria per difendere il diritto dall'arbitrio. «E la sola istituzione, sopra tutte le altre essenziale alla difesa del diritto, è sempre stata ed è ancora un potere giudiziario onesto, abile, preparato ed indipendente»⁶. In definitiva, l'idea fondamentale sostenuta da McIlwain è che il costituzionalismo è limitazione del potere attraverso il diritto, il diritto inteso come diritti

⁴ *Ibidem*, 155.

⁵ *Ibidem*, 156.

⁶ *Ibidem*, 162

individuali, e non separazione del potere, divisione e indebolimento del governo.

Per lui «tra tutti gli errori moderni, che hanno impedito l'esatta valutazione della storia costituzionale, pochi sono più gravi della estrema dottrina della separazione dei poteri e dell'indiscriminato uso della formula "limiti e contrappesi". La dottrina della separazione dei poteri non si applica veramente alla materia giudiziaria; e, nel considerare un così importante problema, non si può incorrere nell'errore di confondere la separazione dei poteri con l'indipendenza dei giudici, poiché si tratta di due cose diverse. Purtroppo, però, questo, che si è appena denunciato, non è il solo errore che si commette oggi: v'è una pari deficienza di discriminazione tra i limiti legali, ai quali la nostra storia dà un così forte sostegno, e l'equilibrio politico, per il quale, a quel che ne so, v'è una povera tradizione storica, eccettuate le fantasie dei dottrinari del Settecento e dei loro seguaci. L'equilibrio politico non ha altro fondamento fuori che l'immaginazione di filosofi di gabinetto come Montequieu. Quando, nei tempi moderni, le assemblee rappresentative presero su di loro i diritti e i doveri dei monarchi, assunsero un potere e una responsabilità, che era stata sempre concentrata ed indivisa. Non esiste una dottrina medievale della separazione dei poteri, mentre v'è una ben definita dottrina medievale della limitazione dei poteri»⁷.

McIlwain ritiene che la dottrina del costituzionalismo, come risulta dalla storia della distinzione e dell'equilibrio tra la *iurisdictio* e il *gubernaculum* da lui narrata, sia ancora valida e che quindi l'antica discriminazione debba essere mantenuta, aggiungendovi la responsabilità politica del governo davanti al popolo. Mi occuperò dopo della questione della responsabilità politica, che McIlwain considera incompatibile col governo diviso.

⁷ *Ibidem*, 163

Prima devo dire che l'idea della limitazione del potere può essere sostenuta insieme a quella del governo diviso, senza confonderle. Quindi sono differenti, ma non incompatibili; anzi per certi versi si completano a vicenda.

Montesquieu presenta la sua teoria della separazione dei poteri come un mezzo a tutela della libertà politica. È ovvio che ad essa si opponga chi, come McIlwain, è convinto che la limitazione del potere sia stata ottenuta e debba essere conservata non politicamente, dividendo il governo, ma giuridicamente, con i diritti individuali difesi da giudici indipendenti. Ma esiste una dottrina del governo diviso, distaccata dalle concezioni medievali dell'equilibrio politico e del governo misto, che è particolarmente utile per risolvere questioni decisive del contemporaneo costituzionalismo democratico e pluralista.

3. *Rousseau e la volontà generale*

Per comprendere questa dottrina conviene partire da Rousseau. Infatti è nel *Contrat social* che troviamo l'individuazione della questione fondamentale affrontata dalla dottrina del governo diviso esposta da Madison nel *Federalist*; e la questione fondamentale è quella di impedire che le fazioni riescano ad imporre con la sopraffazione i propri interessi particolari ai danni del bene comune.

Nel pensiero di Rousseau essa appartiene al tema per lui cruciale della volontà generale, cui dedica soprattutto il Libro secondo del *Contrat*. Ne tratta dopo che nel Libro precedente ha esposto in quale modo si giunga alla costituzione di una società di uomini liberi e uguali. In questa società soltanto «la volontà generale può dirigere le forze dello Stato in modo conforme al fine della sua istituzione, che è il bene comune; perché, se l'opposizione degli interessi particolari ha reso necessaria la costituzione delle società,

è l'accordo di quegli interessi medesimi che l'ha resa possibile. È ciò che vi è di comune in questi differenti interessi che forma il vincolo sociale; e se non vi fosse qualche punto in cui tutti gli interessi si accordano, nessuna società potrebbe esistere. Ora, è unicamente sulla base di questo comune interesse che la società deve essere governata»⁸

In altri termini, se una società esiste ed è stata costituita col consenso, è l'accordo degli interessi particolari, di ciascun individuo, che l'ha resa possibile; quindi se una società esiste, c'è un interesse comune, il quale deve essere alla base del governo. Il bene comune dunque è ciò verso cui devono essere rivolte le deliberazioni pubbliche. Esso non è stabilito da queste, cioè non è semplicemente ciò che il popolo ha voluto. Esiste prima della deliberazione: è ciò su cui essa si basa, perché è ciò che ha reso possibile il patto sociale.

Come si fa a stabilire se la volontà collettiva, la deliberazione pubblica, persegue l'interesse comune o quello particolare? La risposta di Rousseau è che se la deliberazione esprime la volontà generale, allora essa persegue il bene comune. «La volontà generale è sempre retta e tende sempre all'utilità pubblica»⁹. Quindi per lui l'espressione «volontà particolare» equivale a «interesse particolare» e «volontà generale» a «interesse generale» o «bene comune».

Il problema fondamentale è dunque quello di stabilire quando la volontà collettiva è la volontà generale.

Una prima definizione la troviamo quando tratta della sovranità: «Per la stessa ragione per cui la sovranità è inalienabile, essa è indivisibile. Invero, la volontà è generale o non lo è; è quella del corpo del popolo o solamente di una

⁸ J.J. ROUSSEAU, *Le contrat social*, trad. it. *Il Contratto sociale*, Torino, 1977, 37.

⁹ *Ibidem*, 42

sua parte»¹⁰. La complessità e la densità del concetto comincia ad emergere più chiaramente quando annota:

«Perché una volontà sia generale, non è sempre necessario che sia unanime, ma è necessario che si tenga conto di tutti i voti; ogni esclusione formale rompe la generalità»¹¹.

Come si tiene conto di tutti i voti? Forse non escludendo nessuno dalla votazione, quindi contando i voti di tutti e attribuendo lo stesso valore a ciascun voto (eguaglianza del voto).

Ma l'aspetto (qui) più importante del discorso è che la volontà generale non è necessariamente espressa da un voto unanime: «vi è spesso molta differenza tra la volontà di tutti e la volontà generale; questa mira soltanto all'interesse comune; l'altra all'interesse privato e non è che una somma di volontà particolari; ma togliete da queste volontà il più e il meno che si distruggono a vicenda, resta quale somma delle differenze la volontà generale».

Se «volontà di tutti» vuol dire «voti unanimi», allora non è detto che il voto unanime sia la volontà generale, anzi spesso non lo è; e questo perché la volontà di tutti è una somma di volontà particolari; insomma non è la quantità più o meno ampia dei consensi che rende la volontà generale o particolare.

Rousseau indica come criterio di determinazione della volontà generale quello di sommare le differenze, dopo che siano stati eliminati i più e i meno. Che cosa siano i più e meno è difficile da dire. Non sembrano elementi di una modalità di calcolo dei voti, dato che è impossibile attribuire un segno al voto. Quella dei voti cioè non può essere una somma algebrica: si possono sommare i voti a favore dell'una o dell'altra proposta di deliberazione e poi stabilire

¹⁰ *Ibidem*, 39.

¹¹ *Ibidem*, in nota.

quale di esse ha ottenuto più o meno voti. I «più» e i «meno» di cui ragiona Rousseau possono invece essere riferiti alle volontà o gli interessi particolari: questi infatti se contrapposti si elidono reciprocamente. Sicché sono non le differenze grandi, determinate dalle volontà o dagli interessi contrapposti, ma quelle piccole, concordabili, che sommate esprimono la volontà generale.

A ciò, Rousseau aggiunge una modalità deliberativa:

«Se, quando il popolo sufficientemente informato delibera, i cittadini non potessero comunicare tra di loro, dal grande numero di piccole differenze risulterebbe sempre la volontà generale, e la deliberazione sarebbe sempre buona»¹².

La volontà generale è la somma delle diverse volontà di singoli cittadini che deliberano, senza comunicare tra di loro, cioè ignorando la volontà degli altri. Ciascun cittadino ignora la volontà degli altri, nel senso che nessuno di essi si è previamente accordato con gli altri. Ciascuno – si potrebbe dire – vota secondo il proprio interesse (o quello che crede sia il proprio interesse), e non secondo l'interesse (o quello che crede sia l'interesse) del gruppo sociale particolare cui appartiene, cioè vota come membro della società generale e non particolare.

Se ci si interroga su quale sia la condizione nella quale ciascuno vota come membro della società generale, cioè come cittadino, si prende la strada della ricerca di ciò che è una società giusta per ogni cittadino, la quale conduce allo studio della posizione originaria e della ragione pubblica teorizzate da Rawls¹³.

¹² *Ibidem*, 42

¹³ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard, 1971, trad. it. *Una teoria della giustizia*, Milano, 2009.

Ma, per comprendere la dottrina del governo diviso, bisogna concentrare l'attenzione non tanto sugli aspetti posti al centro della teoria della giustizia come equità, quanto sul suggerimento di Rousseau che le differenze devono essere piccole e numerose e che perciò non devono aggregarsi, così da essere grandi e poche. Occorre riflettere in modo particolare su ciò che Rousseau scrive subito dopo la frase appena citata, a proposito delle fazioni:

«Ma quando si creano fazioni, associazioni parziali a spese della grande, la volontà di ciascuna di queste associazioni diventa generale rispetto ai suoi membri, e particolare rispetto allo Stato: si può dire allora che non vi sono tanti votanti quanti sono gli uomini, ma solo tanti quante sono le associazioni. Le differenze diventano meno numerose e danno un risultato meno generale. Infine, quando una di queste associazioni è tanto grande da prevalere su tutte le altre, non avete più per risultato una somma di piccole differenze, ma una differenza unica; allora non vi è più volontà generale, e il parere che prevale non è che un parere particolare»¹⁴

In conseguenza, la situazione ideale è quella nella quale non vi sono società parziali. Ma se ciò non è possibile, secondo Rousseau – e questa è l'indicazione più feconda per la dottrina del governo diviso che è giunta sino a noi – «é necessario allora moltiplicarne il numero e prevenirne la disuguaglianza, come fecero Solone, Numa, Servio»¹⁵.

Il altri termini, bisogna moltiplicare il numero delle fazioni e fare in modo che siano uguali, cioè che abbiano la stessa forza, lo stesso potere.

¹⁴ ROUSSEAU, *Le contrat*, 42 e s.

¹⁵ *Ibidem*, 43. Enfasi mia.

4. *La dottrina di Madison. il pluralismo delle fazioni.*

È la stessa ricetta che propone Madison nel *Federalist*¹⁶, in particolare nei saggi 10 e 51. Per «fazione» egli intende «un gruppo di cittadini, che siano una maggioranza o una minoranza rispetto a tutta la popolazione, uniti e spinti da un identico impulso di passione o di interesse in contrasto con i diritti di altri cittadini o con gli interessi permanenti e globali della comunità»¹⁷

La fazione è un male ed è perciò un grande pregio - «nessuno merita di essere più accuratamente approfondito»¹⁸ - la capacità «di troncare e tenere sotto controllo la violenza delle fazioni». Se lo spirito fazioso prevale «il bene pubblico viene trascurato nei conflitti fra parti rivali, e vengono prese troppo spesso delle misure, non secondo principi di giustizia, o a tutela dei diritti della minoranza, ma secondo la forza superiore della maggioranza interessata e prepotente che decide». Esso è la causa principale dell'instabilità e dell'ingiustizia¹⁹.

Il male della faziosità potrebbe essere curato rimuovendone le cause; e ciò potrebbe essere fatto in due modi: distruggere la libertà che è essenziale all'esistenza delle fazioni o fare avere «a tutti i cittadini le stesse opinioni, le stesse passioni e gli stessi interessi»²⁰. Questo è inattuabile, quello è insensato.

Il primo rimedio infatti è peggiore del male: «La libertà sta alla fazione, come l'aria sta al fuoco: un alimento senza

¹⁶ A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist*, New York, 1788), trad. it. *Il Federalista*, Torino, 1997.

¹⁷ *Ibidem*, 82

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*, 83

il quale cessa immediatamente di esistere. Ma abolire la libertà (che è essenziale alla vita politica), solo perché nutre le fazioni, sarebbe follia pari a quella di chi aspira a eliminare l'aria (che è essenziale alla vita animale) perché dà al fuoco la sua forza distruttrice»²¹.

Il secondo è contrario alla natura umana: «Finché la ragione umana rimane fallibile e fino a che l'uomo è libero di usarla, si avranno sempre opinioni differenti. E fino a che nell'uomo esiste un legame tra ragione e amore di sé, le sue convinzioni e le sue passioni avranno influenza le une sulle altre, e le prime costituiranno gli oggetti a cui le seconde si attaccheranno»²².

La conclusione che ne trae Madison è che bisogna agire sui mezzi che controllano gli effetti della fazione: «si fa in modo di prevenire che la stessa passione o lo stesso interesse prevalgano, contemporaneamente, in una maggioranza, oppure la maggioranza, nella quale vive quella passione o interesse, deve essere (grazie a soluzioni numeriche e a soluzioni locali) messa in condizione di non poter concertare e realizzare misure oppressive»²³. Se l'impulso e l'opportunità coincidono non c'è modo di controllarli, nessuna remora morale o religiosa può frenarli.

Secondo Madison questi argomenti depongono a favore non della democrazia pura, che ha sempre generato turbolenze e dissidi, ma della repubblica, cioè della forma di governo rappresentativo. In proposito, qui interessa soprattutto l'argomento che «una repubblica può avere un maggior numero di cittadini e si può estendere su un più ampio territorio»²⁴ E «proprio questa circostanza rende le associazioni

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*, 85.

²⁴ *Ibidem*, 85.

faziose meno temibili [...]»²⁵. Infatti: «più piccola è la società, minore probabilmente sarà il numero dei partiti che la compongono e dei diversi interessi, tanto più facilmente si troverà una maggioranza di partito; e quanto più piccolo è il numero degli individui che compongono una maggioranza, tanto più facilmente essi potranno concentrare e mettere in atto i loro piani di oppressione. Allargate l'orbita, e accogliete così una maggiore varietà di partiti e di interessi; renderete meno probabile che una maggioranza possa trovare un interesse comune per calpestare i diritti degli altri cittadini; oppure, anche qualora esistesse quell'interesse comune, sarà certo più difficile per quelli che lo condividono, scoprire la propria forza e agire all'unisono con gli altri. Oltre ad altri impacci, si può notare che, dove esiste la consapevolezza di propositi ingiusti o disonorevoli, là i contatti sono tenuti sotto controllo dalla diffidenza reciproca, che è tanto maggiore quanto più ampio è il numero di coloro la cui complicità sarebbe necessaria»²⁶.

²⁵ *Ibidem*, 87.

²⁶ *Ibidem*, 87. Lo stesso concetto si ritrova a p. 279, dove, trattando dei metodi attraverso i quali evitare la prevaricazione della maggioranza, indica quello che «sarà esemplificato dalla repubblica federale degli Stati Uniti d'America. Qui avverrà, infatti, che mentre tutti i poteri discenderanno e dipenderanno dalla comunità, la comunità stessa si comporrà di tante parti, interessi e classi di cittadini, che i diritti degli individui, o della minoranza, saranno raramente minacciati dalle 'combinazioni' della maggioranza. In regime di libertà devono esserci garanzie per i diritti civili come per quelli religiosi. In un caso, si identificheranno in una molteplicità di interessi e, nell'altro, in una molteplicità di sette. Il grado di sicurezza dipenderà, in ambedue i casi, dal numero di interessi e di sette; e questo si può pensare che dipenda dall'ampiezza del paese e dal numero di persone che vivono sotto il medesimo governo».

5. *La divisione del potere*

La moltiplicazione dei partiti è dunque ciò che ostacola la politica faziosa, come indicava Rousseau. Ma le conseguenze importanti rispetto all'organizzazione costituzionale che Madison ne ricava sono per certi versi opposte a quelle di Rousseau.

L'idea fondamentale si ispira a questa famosa raccomandazione di Montesquieu: «perché non si possa abusare del potere, bisogna che, per disposizione delle cose, il potere freni il potere»²⁷.

La progettazione istituzionale del *Federalist* la segue interpretandola alla luce del modello inglese, che è lo stesso utilizzato da Montesquieu per elaborare la sua teoria. Al riguardo, Madison nota che «ad un esame molto superficiale della costituzione inglese ci si rende conto che legislativo, esecutivo e giudiziario non sono totalmente separati e distinti»²⁸. Quindi quello che scriveva Montesquieu va inteso così: «quando *tutti* i poteri di un settore sono nelle stesse mani che esercitano *tutti* i poteri di un altro settore, i principi basilari di una costituzione vengono sovvertiti. Così sarebbe stato [...] se il re, che è l'unico capo dell'esecutivo, avesse avuto pieni poteri legislativi o supremi poteri giudiziari; o anche se il legislativo avesse avuto i supremi poteri esecutivi»²⁹.

Il legislativo, il giudiziario e l'esecutivo non devono essere completamente slegati l'uno dall'altro. La teoria della

²⁷ C. MONTESQUIEU, *L'esprit des Lois*, 1748, la citazione è a pagina 274 della traduzione italiana a cura di S. Cotta, pubblicata a Torino nel 1952.

²⁸ Cfr. A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il Federalista*, cit., saggio 47, 260 ss.

²⁹ *Ibidem*, 261.

divisione dei poteri non lo richiede ed è necessario che vi sia tra essi «una commistione e un intreccio tale da garantire a ciascuno il controllo costituzionale sugli altri»³⁰. Dopo aver distinto i poteri, rimane da risolvere il grande e difficile problema «di individuare misure cautelative contro possibili abusi reciproci»³¹.

Non basta segnare su una pergamena la linea di demarcazione tra i poteri per garantire contro gli abusi che potrebbero portare ad una concentrazione dispotica del potere.

Occorre dividere non i poteri, ma il potere. Come si è detto poco sopra, l'impulso e l'occasione non devono coincidere e l'impedimento alla prevaricazione faziosa non può essere esterna, di tipo morale o religioso. Non basta la distinzione, la precisa delimitazione delle diverse competenze, per evitare pericolose concentrazioni di potere. «poiché tutte le soluzioni esterne appaiono inadeguate, vi si deve porre rimedio progettando la struttura interna del sistema in modo da far sì che tutte le parti possano, grazie al rapporto reciproco, contribuire a tenere ciascuna di loro al posto che le compete»³².

Gli uomini non sono angeli; e «[...] la garanzia più sicura contro la graduale concentrazione dei poteri in un unico organo è quella di fornire ai responsabili di un organo i mezzi costituzionali necessari e motivazioni personali per resistere agli abusi di potere da parte degli altri settori. La misura di difesa deve essere [...] proporzionata al pericolo dell'offesa. All'ambizione bisogna opporre ambizione»³³; a un interesse un interesse opposto; al potere un altro potere.

Le fazioni non solo devono essere molteplici, ma l'organizzazione costituzionale deve essere tale per cui

³⁰ *Ibidem*, 266.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, 277.

³³ *Ibidem*, 278

nessuna di esse possa disporre di un potere capace di sopraffare le altre e di imporre a tutti la propria volontà parziale. Il potere deve essere diviso; e la divisione deve essere data non dal fatto che ciascuno esercita separatamente una funzione diversa, deve essere non funzionale, ma strutturale o organica: tutti i poteri devono essere esercitati non dal popolo, ma derivare dal popolo e un potere non deve derivare dall'altro, in questo senso tutti dipendono dal popolo e nessun potere dipende dall'altro. Così, non soltanto si salvaguarda «la comunità contro l'oppressione dei suoi legislatori, ma anche [...] una parte contro l'ingiustizia dell'altra»³⁴. Le funzioni, invece, devono essere intrecciate, in modo tale che ciascun potere dipenda e sia frenato dagli altri e nessuno disponga della pienezza del potere.

6. *La divisione del potere e l'indipendenza dei giudici*

La teoria del governo diviso di Madison non fornisce nessuna indicazione circa il bene comune; definisce il suo contrario, cioè quello fazioso. Ma non si può dire che l'interesse generale sia l'opposto di quello fazioso: in una società nella quale ci sono diversi interessi, a un interesse particolare si potrebbe opporre un interesse altrettanto particolare, anzi questo è ciò che normalmente capita. Parimenti, non risolve la questione di come si faccia a far corrispondere la deliberazione collettiva alla volontà generale, cioè di come si sommino le piccole differenze, di cui parlava Rousseau.

Tuttavia, ora sappiamo che affinché non prevalga l'interesse e la volontà particolari sono necessari la molteplicità delle fazioni, cioè la condizione pluralistica, e il sistema del governo rappresentativo e diviso. Adesso è chiaro dunque

³⁴ *Ibidem*, 279

che la divisione del potere persegue un obiettivo diverso dall'indipendenza della magistratura: la giurisdizione, siccome difende i diritti individuali, limita dall'esterno (e non divide intrinsecamente) il potere. L'indipendenza del potere giurisdizionale è funzionale, innanzitutto, oltre che strutturale o organico; il suo esercizio non deve subire interferenze da parte dei poteri governativi e quindi non deve aver bisogno della collaborazione di questi. Insomma, la giurisdizione è altro dalla funzione di governo e non deve dipendere da questa, sotto nessun punto di vista.

La limitazione del potere attraverso la giurisdizione esercitata da giudici indipendenti (funzionalmente e organicamente) dunque è una cosa diversa dal governo diviso. Tuttavia, questo è compatibile con quella, anzi l'una è complementare all'altro, nella misura in cui per perseguire i suoi obiettivi la costituzione del potere diviso ha bisogno di cittadini liberi e uguali. Da questo punto di vista, l'indipendenza dal potere e la divisione del potere si implicano reciprocamente.

Ma McIlwain teorizza la diversità della limitazione dalla separazione del potere, perché sostiene che la divisione è incompatibile col governo responsabile politicamente, oltre che giuridicamente. Il punto centrale della sua tesi sembra questo: la responsabilità politica del governo è uno sviluppo di quella giuridica, si è aggiunta a questa e ne condivide la natura di mezzo limitativo del potere; in breve, è *iurisdiction* e non *gubernaculum*. Egli persegue l'obiettivo di sostenere l'indipendenza del potere giudiziario e di contrastare il governo diviso, perché nei confronti di questo non è possibile far valere la responsabilità politica. È per la concentrazione e non per la divisione del potere governativo. Secondo lui:

«Ciò di cui abbiamo bisogno, in aggiunta al limite negativo giuridico della sfera del governo [...] è la piena responsabilità politica verso il popolo – verso tutto il popolo – per tutti gli atti positivi che il governo compie nella sua propria sfera di

attività. Ma, senza un potere adeguato, non può esistere una tale responsabilità; e, se il potere non è concentrato, è evidente per tutti, non si può fare nulla per fissare o per rafforzare questa responsabilità. La cosa principale nel nostro sistema, che più di ogni altra ha favorito il sorgere dei 'gruppi di pressione' (con tutta la corruzione ad essi connessa), è stata appunto la difficoltà di fissare le responsabilità. Questo processo ha favorito una sorta di politica tortuosa: il governo tende così ad essere sempre il governo di gruppi o di interessi privati, invece che il governo di tutto il popolo»³⁵.

Ai fini del discorso che qui svolgo, è importante verificare se veramente la dottrina del governo diviso sia inapplicabile al governo parlamentare. Infatti, la leale collaborazione non ha senso nel governo concentrato o unitario. Qui ci può essere solamente la limitazione del potere attraverso la giurisdizione.

Per arginare gli interessi particolari, così da consentire un governo nell'interesse di tutto il popolo, McIlwain propone il rimedio della responsabilità politica e si oppone alla divisione del potere. Ma questa opposizione è una mera conseguenza: se il potere esecutivo non è concentrato non si riesce a fissare la responsabilità, ad individuare chi sia responsabile e di che cosa, e quindi a farla valere. Egli ragiona della responsabilità politica dell'esecutivo nei confronti del popolo. Ma se si tiene conto soprattutto del fatto che tratta del costituzionalismo inglese, emerge chiaramente che il popolo di cui parla è quello rappresentato nel parlamento. Dunque, tratta della responsabilità politica del governo nei confronti parlamento, tratta cioè del governo parlamentare.

Dà per scontato che il parlamento rappresenti il popolo; e ciò implica che i parlamentari siano responsabili politicamente nei confronti degli elettori. Però la responsabilità del governo

³⁵ C.H. MCLWAIN, *Costituzionalismo*, cit., 164.

parlamentare è assai diversa da quella degli eletti nei confronti del corpo elettorale. Per chiarirla muovo dalla distinzione tra la responsabilità politica diffusa e quella istituzionale³⁶. La prima indica solamente la condizione nella quale si trova chi è soggetto al giudizio e alla critica non da parte di un soggetto specifico, ma di tutti, del pubblico. Essa descrive una situazione nella quale l'attività politica è oggetto di un libero dibattito pubblico, quindi una situazione nella quale sono garantite le libertà fondamentali. Sicché, tutt'al più rappresenta questa situazione da un particolare angolo visuale, da quello di chi è esposto al giudizio politico, peraltro in modo generico e approssimativo. Conviene non utilizzarla.

Pertanto, resta la responsabilità istituzionale, cioè la specifica responsabilità che un organo assume rispetto ad un altro; insomma quella particolare responsabilità del governo nei confronti del parlamento che caratterizza il parlamentarismo; ed essa consiste nel fatto che il governo si deve dimettere se non gode della fiducia del parlamento. Quello dipende da questo nel senso che la propria carica deriva, almeno in parte, dal parlamento e soprattutto che cessa dalla carica in qualsiasi momento se il parlamento gli revoca la fiducia. Per quanto riguarda l'investitura, il governo parlamentare dipende dal capo dello Stato e dal parlamento. Ma la sua permanenza dipende esclusivamente dal parlamento. Pertanto, l'aspetto decisivo della responsabilità politica governativa consiste nel fatto che il governo è revocabile dal parlamento, ossia che cessa dalla carica quando lo vuole il parlamento. Se il governo può essere revocato anche dal capo dello stato, allora è responsabile anche nei confronti di questi. In definitiva, quella particolare dipendenza che chiamiamo responsabilità politica è generata dalla possibilità della revoca dalla carica piuttosto che dall'investitura.

³⁶ Cfr. G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, 1967,

C'è da chiedersi se l'investitura mediante l'elezione determini una dipendenza del parlamentare nei confronti del corpo elettorale come questa o perlomeno paragonabile. La risposta è sicuramente negativa.

Infatti, il parlamentare esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato e non può essere revocato. Nell'esercizio delle sue funzioni è libero, politicamente non dipende da nessuno ed è irresponsabile. Però deve la propria carica ad una elezione. Allora bisogna capire quale sia la natura e la portata della dipendenza dall'elezione.

In proposito, è molto utile il discorso di Manin³⁷.

Non c'è nessuna garanzia che gli eletti mantengano le promesse fatte agli elettori. La regola del divieto di mandato imperativo rende gli eletti liberi di indirizzare dove credono la propria azione politica. Gli elettori dunque «eleggendo un candidato perché propone una particolare politica non stanno necessariamente facendo sì che tale politica venga adottata»³⁸. Tuttavia, «non rieleggendo coloro che sono in carica, i votanti impediscono effettivamente loro di continuare a perseguire una politica che disapprovano. Nel governo rappresentativo la negazione è più potente dell'affermazione: la prima limita coloro che sono al potere, mentre la seconda rimane un'aspirazione». L'elezione sarebbe dunque un sistema di rimozione dei governanti che non godono più della fiducia degli elettori, quindi avrebbe un effetto paragonabile al voto di sfiducia nei confronti del governo. Sennonché neppure l'effetto negativo o interdittivo del voto è sicuro: sempre a causa del mandato privo di vincoli, i nuovi governanti potrebbero proseguire la politica di quelli precedenti.

³⁷ B. MANIN, *The Principles of representative Government*, New York, 1997, trad. it. *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, 2010.

³⁸ *Ibidem*, 196.

Manin supera il problema con l'osservazione che «i rappresentanti che sono passibili di essere rieletti hanno un incentivo ad *anticipare* il giudizio futuro dell'elettorato riguardo alle politiche che stanno perseguendo. La prospettiva di poter essere rimosso dall'incarico esercita un effetto sulle azioni del governo in ciascun momento del suo mandato. I rappresentanti che perseguono il fine di essere rieletti hanno un incentivo a far sì che le loro decisioni presenti non provochino un rifiuto futuro dell'elettorato»³⁹.

Essi perciò devono predire la reazione degli elettori e tenerne conto nelle proprie decisioni politiche. È questo il meccanismo attraverso il quale gli elettori influenzano le scelte di governo. Egli ne fa discendere una implicazione cruciale: «ciò che coloro che sono al governo devono prevedere per evitare di essere rimossi dall'incarico col voto è un giudizio sulle loro politiche che, al momento in cui viene espresso, si riferisce al passato. I votanti perciò influenzano le decisioni pubbliche attraverso il giudizio *retrospettivo* che i rappresentanti prevedono che i votanti stessi emetteranno»⁴⁰. In altri termini, gli eletti orientano la propria azione politica in base alla prognosi circa il giudizio che emetteranno gli elettori sull'attività di governo da essi svolta durante il mandato.

Questo discorso si svolge evidentemente su un piano fattuale e non normativo: descrive i comportamenti degli eletti e degli elettori, secondo date regole. Qui si tratta delle regole. Allora cerchiamo di individuare quali sono le regole che esso presuppone.

In proposito, osservo innanzitutto che non è corretto equiparare la non rielezione alla rimozione. A parte il fatto che una persona potrebbe non essersi candidata, in ogni

³⁹ *Ibidem*, 198.

⁴⁰ *Ibidem*.

caso, se si tengono delle elezioni significa che il parlamentare è cessato dalla carica; e non si può rimuovere chi non è in carica, ovviamente. Invece viene rimosso veramente il governo sfiduciato dal parlamento. Inoltre, la rielezione è un mero dato di fatto; normativamente ogni elezione è una nuova investitura, senza alcuna soluzione di continuità con l'eventuale precedente elezione.

Ma il punto veramente importante è definire la regola che induce gli eletti a comportarsi nel modo descritto da Manin. E da questo punto di vista, l'elemento decisivo è la ripetizione dell'elezione secondo scadenze predeterminate e ravvicinate. Non tanto vicine nel tempo da impedire l'azione di governo. Si può dire che il tempo intercorrente tra un'elezione e un'altra deve essere ragionevole. Sicché la regola può essere così formulata: le cariche politiche devono essere elettive ed esercitate per un tempo limitato, ragionevolmente breve. È questa la norma conforme al principio democratico presupposta dal meccanismo del governo rappresentativo (aristocratico e) popolare, di cui ragiona Manin. Essa si aggiunge all'altra, il divieto di mandato imperativo, che Manin presuppone espressamente.

Se questo è vero, allora il governo parlamentare, come ogni governo rappresentativo è funzionalmente indipendente dal popolo, più precisamente, dal corpo elettorale, da cui deriva, per la regola che vieta il mandato imperativo; è dipendente organicamente e ciò, siccome la regola democratica è che le elezioni si ripetono periodicamente, induce gli eletti a tener conto degli orientamenti politici degli elettori; in tal modo, questi influenzano le decisioni governative.

7. L'indipendenza del governo parlamentare

Ne consegue che nel sistema rappresentativo vi è una linea di separazione tra il potere del corpo elettorale e quello degli

organi da esso eletti. Dunque, sono sbagliate quelle molteplici e diffuse rappresentazioni, secondo le quali vi sarebbe un indirizzo politico del corpo elettorale al quale devono conformarsi gli organi di governo. In particolare, per ritornare a McIlwain, l'esecutivo del governo parlamentare è responsabile politicamente nei confronti del parlamento, ma non del popolo, poiché il potere che questo esercita eleggendo quello è separato dal potere del parlamento.

Resta da chiarire se nel parlamentarismo c'è divisione tra il parlamento e il governo. Non considero la separazione funzionale: è ovvia e inoltre la teoria del governo diviso si riferisce a quella organica.

Le cariche ministeriali non hanno una scadenza predeterminata, ma i ministri possono essere rimossi in qualsiasi momento dal parlamento. Devono dunque seguire gli indirizzi parlamentari. Perciò non vi è separazione tra il potere del parlamento e quello dell'esecutivo.

C'è invece separazione all'interno dell'esecutivo⁴¹; e ciò risulta dalla considerazione delle regole complesse che disciplinano le relazioni tra i ministri e il capo dello stato. Il governo è nominato dal capo dello stato. Ma è responsabile soltanto nei confronti del parlamento. Quando poteva essere revocato anche dal capo dello stato era responsabile anche nei confronti di questi; e ciò capitava nel governo parlamentare dualista. Ma la forma attuale è monista. Quindi mi occupo soltanto di essa.

Il capo dello stato, se è elettivo, deve la propria elezione al parlamento o comunque ad un organo elettivo. Però col parlamento o con quest'organo ha lo stesso rapporto che il

⁴¹ Lo sostiene O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, Napoli, 2010, 107 ss, demolendo con argomenti solidi e convincenti la dottrina polifunzionale degli atti presidenziali e della distinzione tra le funzioni e di indirizzo e quelle di garanzia.

parlamentare ha con gli elettori. È indipendente; e lo è a maggior ragione, se è un monarca, è cioè irresponsabile politicamente (e giuridicamente, sia pure entro certi limiti). Ciò non vuol dire che i suoi atti non possano essere invalidi e che un giudice non possa annullarli: al contrario, sono invalidi se non sono controfirmati e comunque se non rispettano le norme che ne disciplinano la forma e la sostanza; significa semmai che il capo dello stato non può essere chiamato a risponderne, né davanti a un giudice, né davanti al parlamento o al suo corpo elettorale, cioè che non può essere rimosso dalla carica, né sanzionato in alcun altro modo. Peraltro, degli atti del capo dello stato assume la responsabilità giuridica e politica il ministro che li controfirma.

Il capo dello stato è indipendente anche dai ministri, e questi, nonostante siano nominati dal capo dello stato, a loro volta sono indipendenti da lui medesimo, poiché essi permangono in carica fintanto che godono della fiducia parlamentare. Pertanto, il capo dello stato è un potere diviso dal parlamento e dal governo; e questo è diviso da quello, ma non dal parlamento. In definitiva, nel sistema parlamentare il potere esecutivo è diviso tra il capo dello stato e i ministri e nel complesso è funzionalmente dipendente dal parlamento, per via della controfirma. Ma, siccome il capo dello stato è strutturalmente indipendente dal parlamento e dal governo, e il governo lo è dal capo dello stato, questo e i ministri sono funzionalmente interdipendenti, per effetto della controfirma.

Tutto ciò non esclude il fatto che il capo dello stato, specie se è un re, venga politicamente detronizzato e difetti delle risorse politiche sufficienti per opporsi al governo, né lo implica. Ma questo è un ragionamento che si svolge su un altro piano.

Se ne può concludere che la separazione del potere inerisce al governo parlamentare; la qualcosa non solo conferma la tesi che i concetti d'indipendenza e di separazione del potere, sebbene differenti, siano compatibili e entrambi utilizzabili in

riferimento alla forma in cui il governo è responsabile politicamente, ma rende anche plausibile l'ipotesi che il governo diviso sia una dottrina interpretativa importante delle norme del governo rappresentativo in genere.