

GIOVANNI BOGNETTI

LA DIVISIONE DEI POTERI

SECONDA EDIZIONE



GIUFFRÈ EDITORE • MILANO

Sezione non inclusa

SCHEDA BIBLIOGRAFICA INTRODUTTIVA

Questo saggio — che è nato come voce destinata ad una enciclopedia giuridica e ne conserva il taglio — intende mantenersi strettamente sul terreno dell'analisi storico-comparatistica dell'istituto della divisione dei poteri come realizzatosi negli ordinamenti giuridici positivi. Non daremo dunque qui indicazioni bibliografiche relative allo sviluppo della teoria della divisione nella *storia del pensiero politico*: nessuna elencazione, cioè, delle complesse elaborazioni teoriche che, ad opera di geniali pensatori, prepararono, generarono e accompagnarono l'evoluzione di questa struttura ideal-tipica dello stato moderno.

Non possiamo tuttavia omettere di ricordare alcune almeno delle formulazioni iniziali della teoria, legate al nome di autori che grandeggiano nel panorama storico delle dottrine politiche moderne:

J. LOCKE, *Two Treatises on Civil Government*, II, specie cap. 10-15 (1690, rist. Everyman Library, Londra, 1960, p. 182 ss.).

C.L. SECONDAT DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 2 tomi, I, libro XI, in particolare cap. 6 (1748, rist. Classiques Garnier, Parigi, s.d., I, p. 163 ss.).

A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist*, 1788, specie nn. 47-51 (rist. Modern Library, New York, s.d., p. 312 ss.; trad. it.: *Il Federalista*, Bologna, 1980, p. 369 ss.).

J. KANT, *Metaphysik der Sitten (Rechtslehre)*, parte II, § 45-49 (1797, rist. Ph.B., Hamburg, 1954, p. 135 ss.).

BENJAMIN CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, 3ª ed., Bruxelles, 1837, *passim* ma in ispecie p. 1-43.

La letteratura in materia di divisione dei poteri che, andando al di là della astratta difesa filosofico-ideologico-politica della formula « divisoria », la analizza nelle sue *oggettive, plurime realizzazioni giuridico-storiche*, è molto estesa.

Essa in genere si pone a cavallo degli studi di storia delle dottrine politiche (e anche della politica in generale) e di quelli delle realtà istituzionali, combinandoli in un impasto interdisciplinare in sé certamente legittimo ma che talvolta impedisce, o almeno offusca, la esatta intelligenza storico-comparatistica del modello « divisorio » calato nella concretezza delle istituzio-

ni (del quale solo vuole occuparsi questo saggio). D'altronde la letteratura in questione — specie quella di impronta più schiettamente giuridica — è non di rado viziata dalle tendenze che più innanzi, nel testo, indichiamo e criticiamo.

Nonostante ciò essa è nell'insieme preziosa per la ricchezza delle informazioni e per la varietà delle prospettive che offre al lettore.

Per parte nostra, in questa sede ci limitiamo a segnalare a chi sia digiuno di nozioni in proposito alcuni testi che appaiono tra i più atti a facilitare un primo approccio all'argomento storico-comparatistico di cui ci occupiamo nonché il confronto critico con le tesi che sosteniamo in questo saggio. L'indicazione ha valore meramente esemplificativo, senza alcuna pretesa di completezza.

- a) *Opere di carattere generale specificamente dedicate alla divisione dei poteri o contenenti diffuse trattazioni d'essa.*

M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, 1967.

N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, 1976.

W.B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Powers*, New Orleans-The Hague, 1965.

H. RAUSCH (a cura di), *Zur heutigen Problematik der Gewaltenteilung*, Darmstadt, 1969 (raccolge importanti articoli in argomento, già in precedenza pubblicati, di autori prevalentemente tedeschi. H. Peters, P. Schneider, W. Weber, K. Loewenstein, W. Kägi, M. Imboden, ecc.).

C.J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy*, Boston, 1950, cap. 10, p. 173 ss.

K. LOEWENSTEIN, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, 1965 (*passim* ma in specie cap. 1 e p. 34 ss.).

H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it., Milano, 1954, p. 274 ss.

(Kelsen, per sua parte, esclude la rilevanza dei principi classici della divisione dei poteri ai fini di una comprensione degli ordinamenti; anzi ritiene addirittura che essi possano condurre a fraintendere le reali forme operative dei suddetti ordinamenti. Egli muove dalla nota teoria secondo cui l'ordinamento è un processo a gradi di produzione del diritto, ciascun grado coinvolgendo attuazione di norme superiori e posizione di norme nuove. Tutto ciò si verificherebbe indifferentemente sia nella attività legislativa sia in quella amministrativa sia in quella giurisdizionale. La concreta ripartizione poi dei poteri di normare tra i vari organi disposti a gradi e i rispettivi rapporti tra questi sarebbero il prodotto di variabili contingenze storiche, sulle quali il teorico del diritto e dello stato non ha interesse a soffermarsi — se non per dire che in ogni caso una « divisione dei poteri » comportante vera indipendenza dell'amministrazione e del giudiziario da un legislativo eletto

dal popolo sarebbe contraria alla « democrazia », la forma di governo che Kelsen giudica la migliore —.

In tal modo, il formalismo giuridico kelseniano preclude l'intelligenza del ruolo essenziale svolto dalla formula della divisione dei poteri nella genesi e nello sviluppo dello stato moderno; sostituisce alcune astratte ed esteriori notazioni concettuali circa pretese strutture permanenti degli ordinamenti al vivo, storico modo in cui essi si sono costituiti ed hanno evoluto. La sua polemica contro la teoria della divisione dei poteri nuoce alla comprensione della realtà giuridica quale si dispiega negli effettivi processi della storia ed è anche indirettamente cattiva consigliera quanto agli orientamenti pratico-politici da assumersi nelle circostanze attuali con riguardo al problema delle forme di governo).

M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Parigi, 1962, p. 165 ss. (e vedansi anche le molteplici edizioni successive dell'opera).

W. KÄGI, *Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips*, Zurigo, 1957.

M. ROSTOCK, *Die antike Theorie der Organisation staatlicher Macht. Studien zur Geschichte der Gewaltenteilungslehre*, Berlino, 1975.

M. CAPPELLETTI, W. COHEN, *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, Indianapolis, 1979, p. 76 ss.

F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIII, Torino, 1968, p. 473 ss.

G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, 2 voll., Milano, 1979-1984.

Id., *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Encl. del Dir.*, vol. XXIX, Milano, 1985, p. 670 ss.

L. LUATTI (a cura di), *L'equilibrio tra i Poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Torino, 1994 (raccolge interessanti contributi di giuristi italiani e spagnoli, sia di carattere generale sia, più frequentemente, dedicati all'uno o all'altro degli ordinamenti in cui gli autori operano).

Infine, da menzionare in particolare sono, per un pubblico italiano, i due manuali in lingua italiana dedicati allo studio comparatistico del diritto pubblico con sguardo abbracciante l'insieme degli ordinamenti politico-giuridici oggi esistenti nel mondo:

P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1988, p. 58 ss.

G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 5ª ed., Padova, 1999, p. 346 ss.

b) *Opere sulla divisione dei poteri nel periodo liberale-classico.*

Sulla divisione dei poteri dell'epoca liberale (o divisione classica-montesquieuiana) forse la più penetrante analisi generale è stata fornita da un

autore che paradossalmente amava-odiava il mondo liberale ma comunque comprendeva acutamente — almeno in parte — lo spirito (mentre, al contrario di quanto spesso si ritiene, la sua visione dei rapporti tra i Poteri nell'epoca contemporanea serve poco a una genuina intelligenza storica delle nostre istituzioni):

C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, rist. Berlino, 1957, p. 182 ss. (in italiano: *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984).

Cfr. anche R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, ora in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlino, 1955, p. 119 ss. e p. 205 ss.

Uno sguardo alla divisione dei poteri nell'epoca liberale come realizza-
tasi nell'esperienza inglese:

W. BAGEHOT, *The English Constitution*, 1867, rist. Londra, 1958, p. 2 ss.

A.V. DICEY, *The Law of the Constitution*, 1885, rist. Londra, 1960, *passim*.

(Bagehot e Dicey entrambi insistono sul fatto che in Gran Bretagna la « divisione dei poteri » non è né « alla americana » né « alla francese » in quanto da un lato la forma di governo, a differenza di quella degli Stati Uniti, è « parlamentare », e dall'altro il giudiziario ordinario, a differenza di ciò che accade in Francia, può controllare le azioni della pubblica amministrazione).

F.W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, 1908, rist. Cambridge, 1968, periodo IV e V, p. 281 ss.

Opere concernenti la divisione « classica » dei poteri nell'esperienza francese (ma alcune anche con larghi spunti di carattere generale):

A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2 voll., Parigi, 1921, II, p. 457 ss.

L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 4 voll., tomo II, Parigi, 1923, p. 514 ss.

M. HAURIOU, *Precis de droit constitutionnel*, Parigi, 1929, p. 347 ss.

R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 voll., tomo II, Parigi, 1922, p. 1 ss.

M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Parigi, 1980.

Per la Germania:

R. GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 1879, rist. Darmstadt, 1966, p. 15 ss., 65 ss., 166 ss. (ove si respinge per la Germania la tesi che l'ordinamento si conformerebbe al dogma della divisione dei poteri in quanto si intende questa nella esclusiva versione che ne offriva il sistema francese del periodo. Il libro

Termine estratto capitolo

I.

LA DIVISIONE DEI POTERI
COME ASSETTO ORGANIZZATIVO
DELLO STATO MODERNO OCCIDENTALE

Con il termine « divisione dei poteri » ci si riferisce in genere a un particolare modello di articolazione di organi, e di rispettive funzioni, in seno all'apparato autoritativo di uno stato: un modello che si suole contrapporre ad uno opposto di « concentrazione di poteri ».

Per facilitare la comprensione di un concetto che è tra i più complessi della teoria del costituzionalismo occorre peraltro fare subito alcune precisazioni preliminari.

La prima attiene a un piano di sistematica classificatoria elementare, di facile intelleggibilità. Nell'ambito di un ordinamento politico-giuridico le funzioni di imperio — i « poteri » — possono ripartirsi tra enti politici distinti. In tutti gli ordinamenti occidentali moderni, per esempio, i poteri sono stati sempre distribuiti tra almeno due livelli di governo, quello centrale e quello locale (lo stato apparato e le autorità municipali). Talvolta — e in misura crescente in tempi recenti — la ripartizione è intervenuta tra tre livelli, interponendosi tra il primo e il secondo un livello regionale intermedio (con la nascita di figure organizzative di tipo « federalistico »: lo stato federale in senso proprio; lo stato regionale; ecc.). Si parla, in tali casi, di una « divisione *verticale* dei poteri »: perché la distribuzione degli stessi viene effettuata tra enti giuridicamente (e politicamente) distinti,

i quali si collocano però — se non altro sotto il profilo dell'estensione delle rispettive giurisdizioni — su piani l'uno rispetto agli altri sovrapposti. La divisione verticale dei poteri è trattata, in genere, nelle enciclopedie giuridiche, sotto la voce *Federalismo* ⁽¹⁾. La divisione dei poteri di cui si occupa questo saggio è invece la divisione chiamata « *orizzontale* », perché si realizza tra organi che appartengono allo stesso ente giuridico (o allo stesso soggetto politico, là dove, come in Gran Bretagna, l'apparato del governo centrale non viene dal diritto unificato in una persona giuridica « stato »). La « divisione orizzontale dei poteri » riguarda, in modo preminente, la distribuzione delle funzioni tra gli organi dello stato-apparato (sia questo configurato formalmente come persona giuridica o no). Ma naturalmente il concetto può applicarsi anche alla situazione interna dei governi regionali e di quelli municipali, nonché in genere a quella di qualsiasi insieme unitario di autorità esercitanti funzioni di imperio.

Il secondo ordine di precisazioni riguarda un aspetto molto più complicato del concetto, perché concerne la circoscritta valenza *storica* di questo modello istituzionale di distribuzione di poteri.

Nella ricchissima letteratura politica e giuridica in argomento — estendentesi su un arco temporale di oltre tre secoli — v'è un filone di pensiero che largamente prevale, al di là delle pur differenziate posizioni che vi si ricollegano. La « divisione dei poteri » viene per lo più concepita come lo strumento principe che, in qualsiasi situazione e a prescindere dai compiti che si assegnano all'apparato eser-

(1) Vedasi per esempio la voce *Federalismo* nella 4ª ed. del *Digesto - Discipline Pubblicistiche*, VI, Torino, 1991, p. 273 ss.: ove l'argomento è svolto, sotto il profilo del metodo e dei concetti generali, in maniera conforme al punto di vista che ispira in questo saggio la trattazione della divisione « orizzontale » dei poteri. Vedasi altresì l'aggiornamento di tale voce in *Digesto - Discipline Pubblicistiche, Aggiornamento*, Torino, 2000, e ora anche G. BOGNETTI, *Federalismo*, Torino, 2001.

citante funzioni autoritarie, dovrebbe garantire contro l'instaurarsi di un regime arbitrario e oppressivo (coi poteri « divisi », impossibile la tirannia). Di qui la ricerca, negli scrittori che se ne sono occupati, di una specie di « essenza astorica » della divisione dei poteri: una ricerca che spesso indaga fin nei recessi dell'antichità per trovare precedenti, sia dottrinali sia istituzionali, del « vero », adeguato concetto della « divisione »; che vede finalmente emergere quel concetto, quantunque in forme approssimative, nelle vicende dello stato moderno occidentale e nelle dottrine dei suoi teorici; che punta infine, attraverso raffinate, sottili argomentazioni, a proporre la definizione *giusta e definitiva* di ciò che è « divisione dei poteri » (salvo poi a riscontrarla presente o meno nei diversi ordinamenti particolari).

Questo approccio alla problematica della divisione dei poteri è fuorviante.

La « divisione dei poteri » è un modello istituzionale che appartiene strettamente alla storia dello stato occidentale moderno, e più precisamente a quella fase d'essa in cui alla forma dello stato c.d. « assoluto » segue la forma dello stato « liberale ». Il modello era certamente inteso, tra l'altro, a impedire l'instaurarsi di regimi prevaricatori. Questa generica finalità esso condivide approssimativamente con modelli di governo d'altra specie che, in tempi anteriori, pure avevano cercato di evitare una troppo grande — e pericolosa — concentrazione di poteri di imperio (dando vita di solito, a tale scopo, a forme di governo c.d. « miste », in quanto bilancianti dentro sé elementi delle forme c.d. « semplici »: monarchia, aristocrazia, democrazia).

Ma lo *specifico* della « divisione dei poteri » rispetto a tutte le altre forme « anticoncentrazioniste » precedenti dipende dall'essere quel modello collegato in maniera inscindibile con il ruolo che la civiltà politico-giuridica borghese-liberale assegna allo stato nei suoi rapporti con la società civile: un ruolo di protezione dei diritti di libertà dell'indi-

viduo, onde la società, composta da individui, si autoorganizza autonomamente in ogni campo (incluso quello importantissimo dell'economia) con la garanzia dello stato quanto al rispetto da parte di tutti degli istituti di libertà, ma senza interferenze statali nel loro concreto funzionamento. La « divisione dei poteri », cioè, nasce storicamente, e via via si perfeziona, in funzione di un rapporto tra stato e società civile fondato sull'ideale borghese-liberale dell'integrale individualismo: un ideale che, nella storia dell'uomo, costituiva, sotto molti rispetti, al momento del suo primo affermarsi, una novità radicale ⁽²⁾. Ne segue che lo studiare la « divisione dei poteri » come una mera struttura degli apparati di imperio, fuori dalla stretta connessione genetica del modello con lo stato dell'individualismo liberale — e ciò è quanto per lo più fa la dottrina — inibisce la intelligenza del genuino spirito del modello e delle sue vere caratteristiche.

Ma v'è di più. Lo stato « astensionista » dell'individualismo liberale è finito con la fine dell'ottocento (e al più tardi, in America, col 1937). E insieme con esso è anche finita la divisione dei poteri che l'aveva accompagnato. La dottrina prevalente, non avendo individuato con chiarezza i collegamenti dell'originaria divisione con quella forma di stato, nemmeno è riuscita a cogliere, in rapporto alla nuova, globale costituzione dello stato contemporaneo, divenuto « interventista », le tendenziali trasformazioni che ha subito anche la divisione dei poteri, evolvendo in un *modello nuovo*. A dir il vero la dottrina ha avvertito in confuso che il vecchio schema divisorio liberale è ormai tramontato. Ad ogni modo ne ha in genere dedotto o semplicemente che la divisione dei poteri è divenuta un dogma obsoleto (per es.:

(2) Cfr., in proposito, le tesi esposte nella voce *Diritti dell'uomo* nella già menzionata 4ª ed. del *Digesto - Discipline privatistiche. Sezione civile*, V, Torino, 1989, p. 383 ss. Vedasi anche BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Il metodo*, Torino, 1994, p. 136 ss.

II.

DALLA « CONCENTRAZIONE DEI POTERI »
DELLO STATO ASSOLUTO
ALLA « DIVISIONE DEI POTERI »
DELLO STATO LIBERALE

Lo stato moderno (o stato senz'altro) sorge in Europa come superamento dell'accentuato pluralismo politico-giuridico medievale, di un sistema ove i poteri di imperio erano estremamente frammentati ma al tempo stesso erano presenti e operanti, in qualche forma e in qualche maniera, in pressoché tutti i momenti della vita delle collettività. Il medioevo non distingueva in sostanza tra apparati autoritari e società civile: lo stato, che Rinascimento e Riforma fanno sorgere, si adopera ad attivare quanto meno i primi passi di una netta distinzione. Vengono via via sottratti a soggetti sociali prima dotati di competenze autoritative (signori feudali; enti immunitari; città autonome) tutti o molti dei poteri di cui godevano. La società civile, in tal modo largamente « depoliticizzata », rimane peraltro ancora composta da segmenti giuridicamente compartimentalizzati, tra i quali gli individui sono distribuiti e incasellati (i ceti, con prerogative diverse; le corporazioni, che organizzano la produzione e il lavoro); sebbene le barriere giuridiche erette tra i vari segmenti tendano col passare del tempo ad abbassarsi e a sciogliersi (il processo è più rapido in Inghilterra che sul continente). In questa fase storica, che abbraccia i secoli tra il XVI e il XVIII, i poteri di imperio sot-

tratti ai soggetti della società civile — così del resto come quelli che vengono rapidamente tolti alla superiore autorità dell'Impero, ormai sulla strada del totale tramonto — sono rivendicati con forza da un *sovrano* che, di solito, si identifica con la persona di un *principe* o monarca ereditario (ma può talvolta venir impersonato anche dall'organo supremo di una repubblica).

La tipica forma di governo dell'epoca è dunque quella di una monarchia che ha il quasi-monopolio delle potestà di comando onde vien retta la comunità. Il principe esercita il comando attraverso un personale burocratico che da lui dipende e che viene organizzato in distinte amministrazioni pubbliche in rapporto alle funzioni che sono a queste affidate. Si conoscono pertanto — sia pure con configurazioni e nomi diversi nei diversi stati — una amministrazione delle forze armate; delle finanze; della polizia interna; della giustizia (la quale non solo provvede a decidere, sulla base del diritto, le controversie civili e penali, ma prepara per il sovrano i progetti di riforma da apportarsi al diritto vigente e li mette in opera); e via dicendo.

In questa forma di governo i poteri sono « concentrati ». Lo sono formalmente, poiché essi, in diritto, sono attribuiti al sovrano e vengono esercitati in suo nome. Ma lo sono in buona misura anche sostanzialmente, perché il personale che gestisce le amministrazioni è gerarchicamente subordinato al principe ed è da lui rimovibile a piacere (quantunque a questa regola si diano in qualche caso eccezioni). L'insieme delle amministrazioni forma il governo *del* principe: e quel suo governo attua, di massima, la *sua* volontà (o per lo meno non può agire manifestamente contro di essa).

Lo stato « a poteri concentrati » viene anche detto « assoluto ». Non perché il principe si arroghi una potestà di imperio — una sovranità — letteralmente senza limiti. Anche negli ordinamenti più improntati all'assolutismo, li-

miti si danno, e il principe li riconosce. Nella Francia di Luigi XIV, per esempio, il re da solo non potrebbe alterare le regole della successione al trono, né potrebbe cancellare la distinzione tra stato e chiesa e imporre al paese una religione diversa dalla cristiana. Il carattere assoluto dello stato dipende dal fatto che, tra l'altro, il principe può di norma modificare con semplice sua ordinanza le regole del diritto vigente (il consenso delle rappresentanze dei ceti, anche ove queste esistono, non è per lo più richiesto in proposito). Inoltre, il diritto conferisce al principe poteri larghissimi di disporre in molti casi delle persone e delle cose dei sudditi e a questi ultimi non è comunque dato appellarsi ad organi indipendenti di giustizia contro l'atto del principe. (In Inghilterra lo stato assoluto, con i tratti distintivi testé descritti, non fu mai realizzato: ma gli Stuart ne fecero il tentativo durante il secolo XVII).

La rivolta contro lo stato assoluto e il governo a « poteri concentrati » ebbe molte e diverse cause nei diversi paesi europei e i tempi della vittoria su di essi furono, come è noto, molto distanziati. In Inghilterra la sconfitta del tentativo degli Stuart e la instaurazione di un governo « a poteri divisi » datano dal 1688; in vari stati dell'Europa continentale la « divisione dei poteri » si attuò pienamente solo dopo la metà del secolo XIX. Ma proprio il fatto che nel lungo corso e alla fine gli sviluppi della storia politico-giuridica di paesi tanto differenti conobbero un medesimo sbocco, indica che, al di là dei motivi occasionali, almeno un medesimo fattore operò in tutti gli ambienti per favorire il trionfo di un nuovo assetto organizzativo dello stato-apparato.

Quel fattore è stata l'idea liberale dei diritti fondamentali che ogni buon ordinamento deve riconoscere all'individuo come tale e del conseguente rapporto che deve intercorrere tra stato apparato e società civile.

L'idea liberale a cui ci riferiamo — e che si ricava non

tanto dai testi dei grandi pensatori di quell'indirizzo quanto dalle istituzioni degli ordinamenti in cui l'indirizzo si è di fatto realizzato — ha un contenuto assai semplice. Per essa all'individuo spettano ampie sfere di libertà che il sistema giuridico deve riconoscere e proteggere; sfere di libertà in tutti i settori in cui si esplica la vita delle persone, dal settore dell'economia a quello culturale e a quello delle relazioni più propriamente private. Tra le libertà fondamentali rientrano l'autonomia contrattuale, la piena disponibilità delle cose di cui si è proprietari, l'iniziativa imprenditoriale, la libertà di lavoro. Gli individui, eguali nelle sfere di libertà che sono loro garantite, devono più in generale essere trattati formalmente in modo eguale dalla legge. Tutto ciò comporta, come prima conseguenza, la cancellazione di principio della ripartizione in ceti chiusi della società civile e dell'irreggimentazione del lavoro nelle corporazioni e delle attività economiche in sistemi di monopolio legale. La società civile, su queste basi, organizza allora da sé, mediante l'uso degli istituti di libertà che le sono offerti, la produzione e la distribuzione della ricchezza e in generale tutta la propria vita interna, articolandosi in gruppi di fatto distinti ma giuridicamente mobili e aperti. Lo stato apparato ha d'altronde il compito di tutelare nei modi appropriati l'autonomo sviluppo della società civile. Definiti in partenza gli istituti di libertà di cui debbono potersi avvalere gli individui, esso può ulteriormente regolarli in funzione di interessi pubblici. Ma il regolamento deve di massima limitarsi a restrizioni marginali. Così come marginali, rispetto all'insieme delle attività che produce il corpo sociale, devono rimanere i pochi servizi pubblici di natura economico-sociale di cui lo stato si assuma eventualmente la fornitura. Moneta e sistema tributario debbono essere governati, per quanto possibile, in modo da non turbare le operazioni del mercato, evitando effetti redistributivi della ricchezza da questo spontaneamente generata e allocata.

Termine estratto capitolo

III.

LE FORME DI GOVERNO
E IL RUOLO STORICO
DELLA DIVISIONE DEI POTERI
IN ETÀ LIBERALE

La divisione dei poteri che abbiamo descritta ha costituito un sistema di principi o costellazione di valori la quale, nel corso di oltre due secoli, ha aiutato le classi politiche dell'occidente a plasmare gli istituti (insiemi organici di norme) onde si è strutturato il governo dei loro popoli, e quindi ha contribuito di riflesso a dare indirizzi e contenuti particolari alla vita concreta dei loro stati e delle loro società. Sul modo di operare di questa costellazione di valori, e sugli effetti da essa prodotti, occorre peraltro fare, a chiariamento, alcune precisazioni.

a) La *forma* concreta e particolare *dei governi* nei vari ordinamenti è stata ovviamente determinata, oltreché dall'influenza dell'ideale della divisione dei poteri, anche da altri fattori. Anzi, le diversità tra le varie forme di governo prevalse in epoca liberale è essenzialmente dipesa dal diverso peso avuto, nelle differenti situazioni storiche, da quegli altri fattori — a parte la maggiore o minore forza spiegata in esse, volta per volta, dall'ideale della divisione —.

Sotto questo profilo, decisivo agli effetti della scelta tra *monarchia limitata*, *governo presidenziale*, *governo*

parlamentare, e via dicendo, è stato senza dubbio il gioco degli equilibri tra le maggiori forze politico-sociali operanti nei vari paesi in un certo momento storico. Talvolta la scelta di una forma particolare è stata proprio fatta intenzionalmente in modo da assicurare una stabile presenza nelle istituzioni governative delle componenti sociali più di rilievo, allo scopo di mantenere tra loro un durevole equilibrio. Lì, con l'ideale della divisione dei poteri si è intrecciata strettamente una particolare versione dell'ideale del « governo misto ». È questo segnatamente il caso della forma della *monarchia limitata*, nella quale il Potere esecutivo è attribuito a un soggetto scelto in base a criteri ereditari e nel legislativo solo una Camera ha carattere rappresentativo (l'altra da capo essendo composta su basi ereditarie o comunque genericamente aristocratiche). Si tratta di una forma di governo ove aristocrazia e borghesia si spartiscono il potere pur nel quadro ormai istituzionalmente affermato della divisione liberale dei poteri. È una forma di governo che presuppone sì l'avvenuto superamento della società civile rigidamente divisa in ceti (dove c'è una vera strutturazione giuridica della società per ceti non può di fatto realizzarsi — e non si è mai realizzato — lo schema della divisione liberale dei poteri), ma nella società permane ancora un forte residuo di fatto — quanto a costumi, oltreché quanto a ripartizioni delle ricchezze — delle vecchie discriminazioni. Se si tiene conto di ciò, è agevole capire perché la monarchia limitata fu la forma di governo della Gran Bretagna nel primo Settecento (la società per ceti si era dissolta nell'isola prima che sul continente europeo, ma ce n'erano ancora tracce), della Francia della Restaurazione, ma anche della Germania e dell'Austria-Ungheria ancora nella seconda metà del secolo XIX (nel mondo germanico l'eliminazione dei ceti, anche agli effetti del diritto civile, cominciò infatti solo con le riforme del primo ottocento).

Il modello del *governo presidenziale* e quelli dei *governi parlamentari* presuppongono una più o meno completa « borghesizzazione » della società, nel senso di una ormai incontestata, pacifica accettazione della « società separata » da parte di tutte le frazioni delle classi dirigenti. Si è già spiegato che dove l'accettazione si estende sicuramente, al di là di queste, a tutti gli strati della popolazione — è il caso degli Stati Uniti nell'ottocento — il suffragio elettorale può venir esteso e viene esteso senza restrizioni a tutti quegli strati. Ove non esiste o si teme non esista quella condizione, il suffragio è spesso mantenuto ristretto, su basi per lo più censitarie: viene cioè riservato alla « borghesia » — inteso il termine in senso largo —.

La forma del *governo parlamentare* nasce tra il secolo XVIII e il XIX in Gran Bretagna per effetto del sempre più largo « imborghesimento » di quel paese e in graduale sostituzione della forma, ormai non più politicamente adeguata, della monarchia limitata. Peraltro, non volendosi per complesse ragioni — preminente tra esse l'attaccamento sentimentale — eliminare del tutto la monarchia — organo non « rappresentativo » —, le si sottrae di fatto l'esercizio della funzione che le era rimasta, quella « esecutiva », affidandola a un Ministero scelto dal legislativo. L'esempio ebbe numerosissime imitazioni, presso altri ordinamenti monarchici, ma anche nel quadro di sistemazioni repubblicane dell'organo « capo dello stato ». (La forma parlamentare del governo in quadro repubblicano è di solito adottata per il desiderio di evitare l'elezione popolare diretta del presidente, che, fuori dagli Stati Uniti, si paventa possa preparare involuzioni dittatoriali. Così si volle in Francia, quando crollò il secondo Impero e si costituì la terza Repubblica).

La divisione liberale dei poteri è uno schema organizzatorio che in certa maniera colloca al « *centro* » della macchina dello stato-apparato il *Potere legislativo*. Lo colloca

in tal posizione, perché dà ad esso la potestà di definire con certezza positiva, attraverso la legge, i diritti delle persone, che tutti gli altri organi dello stato dovranno rispettare, e perché, più in generale, la legge fatta da esso segna i binari lungo i quali dovrà necessariamente procedere l'azione degli altri due Poteri. Questi ultimi si trovano in posizione subordinata, in quanto sono tenuti ad obbedire alla norma prescritta dal legislativo. Anzi, l'ideale, per il modello liberale sarebbe — come sappiamo — che le prescrizioni del legislativo divenissero sempre più precise e stringenti, in modo che l'esecutivo non godesse di poteri troppo pericolosamente discrezionali e che il giudiziario fosse per davvero solo un fedele « portavoce della legge ».

La « centralità » del Parlamento è una caratteristica essenziale del modello liberale della divisione dei poteri; e nei termini che abbiamo accennati essa si riscontra presente in tutti gli ordinamenti che accolgono il modello, quale che sia la particolare forma di governo da essi prescelta. Tuttavia è chiaro che la misura di quella « centralità » varia, ed anche sensibilmente, a seconda della forma di governo in questione.

Minima è la « centralità » del Parlamento nella forma della *monarchia limitata*. La soggezione dell'esecutivo e della sua attività alla legge è anche qui regola fondamentale, ma, vigendo quel regime, la monarchia e le forze aristocratiche che la circondano posseggono in genere tali aderenze nella società e un insieme di poteri non ancora imbrigliati dalla legge, che le scelte politiche determinanti per gli sviluppi dell'ordinamento e per la vita dello stato non passano certo tutte, e nemmeno forse la maggior parte, per il Parlamento. Sarebbe un grave errore ritenere che la Gran Bretagna del Settecento o la Germania e l'Austria di fine ottocento non avessero un governo liberale a poteri divisi, col legislativo garante (rispettato) dei diritti dei cittadini.

Termine estratto capitolo

IV.

DAL MODELLO LIBERALE
AL MODELLO DEMOCRATICO E SOCIALE
DELLA DIVISIONE DEI POTERI

Presupposto per il permanere negli ordinamenti occidentali della divisione liberale dei poteri era la continuazione del sistema della società civile « separata » e dello stato-apparato « piccolo », in funzione del quale quel modello organizzativo si era costituito. Ma proprio il presupposto è venuto meno nel corso della storia del secolo ventesimo: sicché abbastanza rapidamente la divisione liberale dei poteri s'è dissolta e alla fine un nuovo modello di divisione ha preso piede negli ordinamenti statali dell'occidente.

Il venir meno del presupposto è coinciso con l'avvento dello stato « interventista ». L'opinione pubblica di tutti i paesi si è adagio adagio persuasa che lo stato non dovesse più, come in passato, « lasciar fare da sé » la società civile, munita di istituti di autonomia e di autoorganizzazione. È subentrato il convincimento che lo stato debba, non abolire del tutto o quasi del tutto i congegni delle libertà individuali (come vorrebbe l'ideologia collettivista) ma, pur preservandoli anche in campo economico, correggere abbastanza largamente i modi e i risultati del loro operare, così da rendere più equa per tutti la convivenza in seno alla collettività, porgendo in particolare un aiuto agli strati sociali e ai gruppi più deboli.

Il mercato, organizzato alla maniera liberale, aveva

quasi miracolosamente moltiplicato la ricchezza e l'aveva anche distribuita, sia pure inegualmente, tra le masse. Ma le crisi a cui il sistema economico, impostato su basi liberali, andava periodicamente soggetto, mettevano a rischio il benessere acquisito da quelle masse; un benessere da esse ritenuto ormai bene non più rinunciabile, e anzi da accrescersi, in regime di stabilità. Occorreva che lo stato intervenisse a governare i cicli e a favorire attivamente lo sviluppo. Inoltre, il clima culturale era mutato nel trapasso dal XIX al XX secolo. La cultura di un radicale individualismo aveva sorretto nell'Ottocento l'ideale politico-giuridico della « società separata ». Nel Novecento riprendono quota — pur nel contesto di conflitti ideologici laceranti — valori di solidarietà e una certa voglia di « sociale condiviso ». Nonché un desiderio crescente di eguaglianza sostanziale.

Nella seconda metà del XX secolo tutti i maggiori ordinamenti occidentali — respinte le seduzioni dell'organicismismo fascista e del collettivismo comunista — sono ormai approdati ad un comune modello di rapporto tra stato-apparato e società civile: un modello che, in luogo della « separatezza », pone, potremmo dire, la « *cooperazione* ». Si tratta di un modello talvolta iscritto per intero in Costituzioni formali (Italia; Spagna; anche — attraverso i rinvii del Preambolo della Carta del 1958 — Francia); talvolta garantito solo in parte da testi costituzionali rigidi ma per il resto saldamente radicato in leggi ordinarie non facilmente rimovibili (Germania; Stati Uniti); dappertutto, comunque, assicurato da una retrostante « costituzione materiale » (che ne è la sola base costituzionale in un paese come la Gran Bretagna, tuttora senza Carta fondamentale).

Il modello presenta due aspetti.

Nella società civile esso vede pur sempre l'individuo come il valore da tenersi al centro delle cure dell'ordinamento (sebbene i gruppi organizzati, come tali, vi debbano

conseguire un riconoscimento cui non potevano aspirare in epoca liberale). All'individuo, come in passato, spettano diritti fondamentali. Ma questi sono mutati rispetto a quelli del modello liberale. Ne fanno ancora parte i classici *diritti di libertà*, quantunque, nella misura in cui concernono materie economiche, essi si ritengono oggi largamente comprimibili dalla legge in funzione di interessi vari (interessi di perequazione sociale, di coordinamento economico ecc.). Alla categoria dei diritti di libertà se ne aggiungono inoltre due nuove. La prima è quella dei *diritti politici*, relativi alla partecipazione della persona alla vita dello stato. L'elettorato attivo e passivo sono ormai prerogative da attribuirsi a tutti. Di conseguenza, il suffragio universale e la democrazia diventano strutture irrinunciabili dell'ordinamento. La seconda categoria nuova ha a che fare con situazioni di speciale debolezza (vecchiaia, malattia, disoccupazione, estrema povertà, ecc.), dove lo stato è tenuto a prestare qualche forma di soccorso, e con servizi che è opportuno fornire a tutti (per es., l'istruzione). Si parla in proposito di *diritti sociali*. Ai quali si ricollega anche una integrazione del vecchio principio d'eguaglianza: la legge non deve badare tanto a trattare le persone in modo formalmente eguale quanto a commisurare i suoi dettati alla diversità delle condizioni, tenendo in conto che condizioni meno favorite possono meritare un trattamento di favore.

Il secondo aspetto del modello riguarda l'azione dello stato. Questa deve dirigersi a realizzare e a tutelare i diritti fondamentali della persona nella versione nuova che s'è ora menzionata. Lo stato, inoltre, deve in genere promuovere lo sviluppo economico e sociale della collettività. A questi vari compiti esso assolve con svariati mezzi: con una normazione che si adegua alla diversità e alla mutevolezza delle circostanze (stato normatore); con interventi finanziari a sostegno (stato finanziatore); con la gestione diretta di imprese (stato imprenditore); con la fornitura di servizi so-

ciali (stato prestatore di servizi). L'insieme di codesti impegni comporta inevitabilmente il superamento dello stato liberale « piccolo ». Le dimensioni della burocrazia statale crescono di molto e lo stato diviene dappertutto il maggiore datore di lavoro nel paese. Nel determinare l'indirizzo e la dimensione del suo multiforme intervento nella società e nell'economia, lo stato non può comunque procedere ad arbitrio. Affinché lo sviluppo ordinato e, indirettamente, i diritti delle persone non vengano alla lunga frustrati, lo stato dovrà commisurare il suo intervento alle concrete possibilità del sistema economico; dovrà operare in base a bilanci equilibrati; e dovrà provvedere a un governo non inflazionistico della moneta.

Come è ovvio, di questo modello del rapporto stato-società civile si possono dare diverse attuazioni. E in effetti, storicamente, esso si è attuato sia in forme che mantenevano l'« interventismo » statale a livelli moderati (forme « neo-liberali »: a tutt'oggi, Stati Uniti, Svizzera, Giappone) sia in forme in cui la presenza della componente « pubblica » nel sistema era molto accentuata (forme « socialdemocratiche »: in genere, tutti gli ordinamenti dell'Europa occidentale).

Ma anche negli ordinamenti attuali in cui l'incidenza dell'interventismo statale è minore, le sue dimensioni sono pur sempre così superiori alle poche interferenze che lo stato liberale si permetteva nelle operazioni della società « separata » da aver prodotto una completa trasformazione rispetto al sistema dei Poteri e delle funzioni divise, ereditato dall'età precedente. Tale trasformazione è in genere anche più accentuata negli ordinamenti ove la compenetrazione cooperativa tra stato e società civile ha assunto tinte socialdemocratiche. Insomma: come al modello della « separatezza » tra stato e società corrispondeva all'ingrosso una certa divisione dei poteri, così *al modello della « coo-*

Termine estratto capitolo