



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2017 ANNO II N.4.

# La crisi della divisione dei poteri



**2017 ANNO II NUMERO 4**

di Mario Bassani pp. 149-153 articolo rivisto



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA ANNO 2017, II, N.4

## LA CRISI DELLA DIVISIONE DEI POTERI

---

di Mario Bassani

### **Abstract**

*The author draws attention to the crisis of the principle of divisions of powers and in particular the supply of judicial power or the difficulty of judges in the face of legislation not only confused but also fragmented when introducing a variety of special rites into judgment.*

Key words: Rule of Law, Judiciary, Society;

### **Riassunto**

L'autore richiama l'attenzione sulla crisi del principio di divisione dei poteri ed in particolare la supplezza del potere giudiziario o la difficoltà dei giudici di fronte a una legislazione non solo confusa, ma anche frammentata quando introduce nel giudizio una molteplicità di riti speciali.

Parole chiave: Stato di diritto, Potere giudiziario, Società.

Università degli studi di Milano.

I nostri padri costituenti avevano impostato la struttura dell'ordinamento repubblicano su una base di divisione dei poteri, ma con strumenti che impedissero che fossero assoluti nel loro esercizio. Quindi Rousseau e Montesquieu temperati.

Muovendo da questa impostazione, il Presidente della Repubblica può sciogliere le Camere, ma le Camere stesse possono metterlo in stato di accusa; le leggi delle Camere trovano un limite nelle norme e nei principi della Costituzione con il vaglio della Corte Costituzionale che trae legittimazione da una multiforme base elettorale. La sovranità è attribuita al popolo, che però la esercita in forma mediata e, quando è diretta con gli strumenti del referendum e dell'iniziativa legislativa popolare, con limitazioni e filtri che ne limitano l'efficacia.

Lo stesso governo della Nazione risultava nel progetto dei costituenti condizionato dalla successione temporale nella formazione ed elezione degli organi dello Stato (Presidente della Repubblica, giudici della Corte Costituzionale, Senato all'origine, e Camera dei Deputati) che determinava per via di questo sfasamento un impatto attenuato dei nuovi indirizzi politici sorti dalle elezioni generali.

Ora non sembra che questo equilibrio sia attuale.

Innanzitutto con la scomparsa dei partiti politici nella loro originaria configurazione e struttura, tranne uno di essi, sono apparsi movimenti unipersonali, privi delle forme e dei contenuti che l'articolo 49 della Costituzione imporrebbe, quale il metodo democratico attraverso il quale i cittadini concorrono alla determinazione della politica nazionale. Ne sono segno significativo la mancanza di congressi, quali assemblee ove discutere e deliberare sugli indirizzi e sulle scelte degli organi dirigenti. e il sorgere di forme di democrazia diretta con l'utilizzo talvolta improprio dello strumento referendario. E 'quanto recentemente accaduto con il referendum che avrebbe dovuto essere confermativo della revisione della Costituzione, che si è invece svolto sul gradimento del Presidente del Consiglio in carica.

Questa forma di democrazia partecipativa ha quindi finito con l'essere intesa come strumento di rappresentazione di desideri e aspirazioni individuali che non sempre coincidono con l'interesse collettivo, secondo la formula uno vale uno. Per questo sono stati saggi i padri costituenti a non consentire il referendum per le materie che avrebbero raccolto ampia adesione perché troppo esposte a soddisfacimento e tutela di interessi personali. Il nuovo assetto di democrazia diretta ha invece condotto alla frammentazione degli interessi non più generali, e al venire meno di quel tessuto connettivo della Nazione rappresentato dall'*idem sentire de republica*.

Anche la celebrata democrazia di Atene non era così diretta quale viene solitamente rappresentata. Muovendo dalle categorie di cittadini, assai ristrette, aventi diritto al voto, si finiva con la articolazione dell'esercizio del potere politico, amministrativo, e giudiziario. Ci aiuta nella individuazione la lettura de La Costituzione degli Ateniesi, di Aristotele, che nei capitoli da XLII a LXVIII enumera organi e uffici e ne illustra le funzioni: magistrati ordinari, pritani, consiglio, re, arconti, polemachi, tesmoteti, giudici, oltre che riferire di norme procedurali e processuali puntuali e articolate. Quindi esercizio del potere delegato dai cittadini elettori e non in via diretta dei medesimi.

Occorre anche annotare che all'attenuazione della separazione dei poteri ora concorrono le istituzioni medesime.

L'inerzia del Parlamento su alcune questioni particolarmente sensibili, e che a detta dei più richiedono una regolamentazione normativa perché non più portati a soluzione da regole morali riferite a valori religiosi o culturali, induce la magistratura a elaborare diritto pretorio, talvolta spinta da suggestioni. Voltaire, nel Trattato sulla Tolleranza, invitava i giudici ad essere cauti ed evitare sentenze sospinti dal vociare di una folla insensata, come più tardi il rumore della ghigliottina di Place Vendome era accompagnato dallo sferruzzare delle tricoteuses.

Ci si trova allora di fronte a iniziative di supplenza, come è dato di leggere nell'ordinanza 7/8 marzo 2017 del Tribunale dei Minori di Firenze in materia di adozione di minori da parte di coppie omosessuali, nella quale si afferma il principio secondo cui la legge nazionale cede di fronte a diritti che meritano più incisiva tutela. Così scrivono i giudici minorili fiorentini: “-(...) *Non si può ricorrere alla nozione di ordine pubblico per giustificare discriminazioni nei confronti dei minori quando fosse disconosciuto il loro legittimo status di figli dei ricorrenti solo in quanto in una situazione (omosessualità) che ne inibisce la possibilità di unirsi in matrimonio in Italia e quindi poter legittimamente adottare nel nostro Paese (...).* Pure la Prima Sezione Civile della Cassazione enuncia un analogo principio di diritto nella sentenza 30 settembre 2016 n. 19599 così redatto : *Il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile in Italia di un atto straniero (...) nel quale risulti la nascita di un figlio di due donne – in particolare di una donna (...) che ha donato un ovulo ad altra donna (...) che l'ha partorito, nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato da una coppia coniugata in quel paese – non contrastano con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o non vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, nell'interesse supremo del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello status filiationis validamente acquisito(nella specie in altro paese della UE)”.*

Restando in episodi invasivi, una forma di controllo del potere esecutivo da parte della magistratura, anche se sotto il profilo di legittimità, si trova nei principi che devono essere osservati nell'esercizio dell'azione amministrativa se al giudice è dato di verificare se l'azione medesima viene condotta secondo i principi dell'articolo 1 della legge 241 del 1990, va a dire di efficacia, economicità, proporzionalità, e trasparenza, dove il confine fra discrezionalità tecnica e scelte di opportunità è assai labile come labili sono i criteri di valutazione.

Quanto alle interferenze del legislatore, si aggiungono le modifiche apportate al processo amministrativo dopo che già la giurisprudenza le aveva elaborate. Si ricordano la tutela cautelare anticipata e il regime probatorio, il principio di un unico processo con l'onere di immediata impugnazione di una particolare categoria di atti endoprocedimentali nel contenzioso sui contratti pubblici, e altri istituti per i quali la trattazione si amplierebbe.

Ancora nella commistione di ruoli significativa è stata l'attesa, quasi messianica, della pronuncia della Corte Costituzionale sulla legittimità di una legge elettorale, dalla quale il Parlamento confidava di avere spinta e ispirazione per elaborarne una nuova. Ma neppure i suggerimenti che potevano trarsi dalla sentenza sono stati sufficienti per legiferare, con attestazione di inerzia del Parlamento nello svolgere anche un ruolo politico.

Ma non è il solo ordine giudiziario a colmare vuoti di altri organi costituzionali o a interferire con l'esercizio dei relativi poteri.

Altre situazioni richiamano interferenze nella funzione giurisdizionale, quando ne condizionano l'esercizio. E' ben vero che secondo il precetto costituzionale il giudice è soggetto alla legge, e quindi alla volontà espressa da Parlamento, ma quando questa è un precetto generale e astratto e non puntuale per la decisione di una particolare controversia. E' quanto si verifica, ad esempio, per effetto dell'inserimento di norme processuali nel codice degli appalti pubblici che attribuiscono al giudice del potere di decidere sulla sorte di contratti stipulati in esito ad aggiudicazioni poi risultate illegittime, per alcuni aspetti vincolato, e per altri discrezionale, quando il giudice stesso deve valutare quale sia l'interesse di maggior tutela fra il ripristino della legalità lesa o l'esigenza di porre ugualmente in esecuzione il contratto (quanto alla prima delle due soluzioni, il legislatore ha usato pudicamente il termine inefficacia in luogo di annullamento per non affidare al giudice amministrativo competenza che appartiene al giudice ordinario). Oppure quando viene adottata una legge per l'inasprimento di pene per alcuni reati quando già può decidere il giudice con l'applicazione delle aggravanti, o con una più puntuale qualificazione del reato.

Un discorso particolare merita la giurisdizione amministrativa, per la delicatezza del suo ruolo volto a dirimere i conflitti fra i cittadini e la pubblica amministrazione, e quindi incidere nel rapporto dei cittadini medesimi con le istituzioni. Ne traggono spunto le relazioni di

inaugurazione di questo anno giudiziario 2017. In quella del Presidente del Consiglio di Stato si legge che si vanno modificando i rapporti fra giudice amministrativo e legislatore, e troppo spesso si innova nella natura e gerarchia delle fonti, quando la legge tende a farsi provvedimento amministrativo in una regolamentazione minuta che fa venir meno generalità e astrattezza. Viene anche annotato, nella relazione, che si rileva la preoccupazione di decidere della pubblica amministrazione che finisce con l'affidare al giudice un ruolo di amministrazione attiva perché attende le sue pronunce per uniformarsi e deliberare di conseguenza. Viene pure rilevato l'imbarazzo del giudice amministrativo di fronte a una legislazione non solo confusa, ma anche frammentata quando introduce nel giudizio una molteplicità di riti speciali, accelerati, abbreviati, semplificati, in funzione di materie che poco hanno di organico e che sono solo espressione della esigenza di tutelare in modo più incisivo situazioni che nel tempo presente sono contingenti. Tanto da leggere, quasi un auspicio, nella relazione del Presidente del TAR per la Lombardia, quanto Dante nel Canto VI del Paradiso fa dire a Giustiniano: *Cesare fui e son Giustiniano, che per volere del primo amor ch'io sento trassi dentro le leggi il troppo e il vano.*

Tocca ora al giurista fornire al legislatore gli strumenti perché possa correttamente operare in un quadro di equilibrio nella separazione dei poteri perché ciascuno di essi operi come l'ordinamento costituzionale indica.