

Prof. Gustavo Zagrebelsky – Relazione 10.4.2015
Il delicato equilibrio tra i poteri dello Stato

(*unità o separazione dei poteri*) Se una costituzione proclama un principio, è per difenderlo da pericoli incombenti. La separazione dei poteri è uno dei due principi proclamati dal costituzionalismo moderno, fin da uno dei suoi atti fondativi, la Dichiarazione dei diritti del 1789, precisamente perché la tendenza naturale d'ogni organizzazione politica è la concentrazione del potere. Esattamente come i diritti dei singoli, minacciati dal potere che è portato ad abbattere i limiti, così la pluralità dei poteri è minacciata dal potere che è portato a concentrarsi in uno solo dominante. Per questo, le costituzioni della tradizione del costituzionalismo si preoccupano di stabilire norme e garanzie che sarebbero inutili se le tendenze naturali fossero quelle opposte. Non c'è bisogno di ricordare Montesquieu.

Cercherò di argomentare l'idea che, nel momento costituzionale che stiamo attraversando, la separazione dei poteri – questo pilastro del costituzionalismo moderno – soffre d'una crisi dovuta all'affermarsi dell'opposto principio dell'unità. Se questo è vero, è in crisi il concetto di costituzione che viene dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell' '89 e che ha informato i nostri pensieri per più di due secoli. Unità è parola che suona bene in generale; nel diritto costituzionale non altrettanto bene, a meno di precisazioni. Le considerazioni che seguono si concentrano su alcune importanti decisioni recenti della Corte costituzionale. In esse si può trovare come racchiuso, fissato e, in certo senso, santificato questo spirito dei tempi. Tempi difficili per la Costituzione, ma tanto più difficili se nemmeno l'organo posto a sua garanzia ne avverte l'affanno. È come un'onda montante. Essendone dentro, facciamo fatica ad accorgercene.

Le decisioni della Corte costituzionale che prenderò in considerazione sono le sentenze nn. 1 del 2013, 1 e 24 del 2014 e 10 del 2015. Delle difficoltà che la Corte ha dovuto superare per giungere alla risoluzione dei casi da decidere, e degli impacci nelle linee argomentative sono spie le espressioni che costellano le motivazioni, quasi come strumenti linguistici per darsi coraggio e respingere in limine i possibili dubbi, le possibili obiezioni: è appena il caso di osservare; vale appena ricordare; naturalmente, ovviamente, necessariamente, logicamente; con ogni evidenza; non occorre dare particolare dimostrazione; nessuno potrebbe dubitare; fuori di ogni ragionevole dubbio; esigenze del tutto evidenti; pare arduo negare, non occorrono molte parole per dimostrare che..., ecc. Non ricordo, in altri casi, l'uso così ridondante di simili formule che, più che a motivare, sembrano finalizzate a rassicurare se stessi, prima ancora che gli altri.

(*1 del 2013*) Più che il *decisum* riguardante il dovere di distruzione immediata delle conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica, oggetto d'intercettazione casuale, ciò che qui più interessa è il quadro concettuale che dà forza alla soluzione del conflitto tra la Presidenza della Repubblica e gli uffici giudiziari inquirenti nella cosiddetta "trattativa Stato-mafia". Leggiamo, innanzitutto, come è definita la funzione

presidenziale di garanzia dell'unità nazionale: non si tratta soltanto dell'unità territoriale dello Stato, ma anche, e soprattutto “della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l'assetto costituzionale della Repubblica”. Coesione e armonia sono parole cariche di significato e di conseguenze. Sono parole belle, ma non innocenti. Esse introducono a una visione organica della vita costituzionale, l'esatto contrario della democrazia che si è sviluppata nel quadro della storia del costituzionalismo, che si basa non sull'armonia e sulla coesione, ma sulla dissonanza delle voci e sulla divisione. Le regole costituzionali servono a inquadrare dissonanze e divisioni, per evitare implosioni e conflitti irriducibili. Ma la garanzia essenziale a questo tipo di democrazia riguarda la difesa delle diversità e delle posizioni di ciascun elemento che configura il quadro composito. L'organicismo non è la filosofia della concezione della democrazia propria del costituzionalismo.

Naturalmente, nelle parole della Corte, resta la titolarità dei poteri decisori cui spetta assumere le decisioni di merito, ai quali il Presidente non può sostituirsi. Ma a lui spetta “indirizzare gli appropriati impulsi”, “avviando e assecondando il loro funzionamento, oppure, in ipotesi di stasi o di blocco, adottando provvedimenti intesi a riavviare il normale ciclo di svolgimento delle funzioni costituzionali”. Di nuovo: l'assetto costituzionale è configurato come un organismo in grande, che funziona attraverso “impulsi”, come quelli che provengono da un centro di controllo del sistema nervoso: un'idea che sarebbe piaciuta, senza venire a tempi a noi più vicini, alla pubblicistica antiliberalista dell'Ottocento o al sociologismo di Durkheim.

Non si tratta solo di echi di lontane teorie politiche e sociali, più o meno consapevolmente operanti nelle menti dei giudici costituzionali. Si tratta di premesse per molto concrete conseguenze. Quella più immediata è la configurazione del Presidente della Repubblica come “magistratura d'influenza” e la costituzionalizzazione del suo “potere di persuasione”, un potere informale, inestricabilmente connesso alle sue attività formali. Potere “informale” (formula strana, nel campo del diritto!) significa esercitabile “in qualunque forma”, con qualunque mezzo? Formula ambigua, pericolosa, che supera d'un colpo le preoccupazioni che stanno dietro l'art. 89 della Costituzione. Si vuol prescindere dalla controfirma? Allora si usa un potere “informale”. Sarà un potere che non dà luogo, di per sé, ad atti giuridici “formali”. Questi rientrano pur sempre nei “poteri formali” di altri organi, ma l'adozione o non adozione e il loro contenuto, mediamente, sarà determinato in tutto o in parte dalla “persuasione” esercitata dal Presidente.

Si configura così un centro di potere – di “potere” parla infatti la sentenza e il potere si ha quando si è nella condizione di poter condizionare i comportamenti altrui – che non si presta a essere definito riduttivamente soltanto come possibilità di “incontri, comunicazioni e raffronti dialettici” (eufemismo?), poiché i contenuti voluti dal Presidente possono dar luogo a misure formali della massima efficacia persuasiva, fino allo scioglimento delle Camere, minacciato o attuato.

In tal modo, al Presidente è assegnato il compito di “tessere costantemente una rete di

raccordi allo scopo di armonizzare eventuali posizioni in conflitto ed asprezze polemiche, indicare ai vari titolari di organi costituzionali i principi in base ai quali possono e devono essere ricercate soluzioni il più possibile condivise dei diversi problemi che via via si pongono”. A tal fine le attività del Presidente devono potersi integrare con quelle degli organi titolari dei poteri formali: possono “precedere o seguire l’adozione di specifici provvedimenti, sia per valutare, in via preventiva, la loro opportunità istituzionale, sia per saggiarne, in via successiva, l’impatto sul sistema delle relazioni tra i poteri dello Stato”. Nessun ambito della vita costituzionale è immune dagli “impulsi” presidenziali, impulsi che, per di più, a detta della Corte, devono essere protetti dalla più stringente riservatezza, “coessenziale” all’efficacia di tali impulsi.

Con tutto il rispetto possibile per la Corte costituzionale, sospetto che non ci si sia resi conto della portata di queste affermazioni, prospettate come auto-evidenti. Quelle che precedono sono illazioni che vanno al di là delle intenzioni di chi quelle affermazioni ha steso in una sentenza costituzionale? Può darsi. Ma, l’inconsapevolezza che pesca nelle convinzioni profonde e irriflesse è ancora più significativa e pericolosa della consapevolezza che può sempre essere sottoposta a riconsiderazione critica. La conseguenza, per venire al tema di questa conversazione, è che la separazione dei poteri viene scossa nei suoi fondamenti, poiché esiste un super-potere che può ingerirsi in qualunque momento per promuovere “condivisione”, per di più senza che nessuno, fuori del cerchio, ne sappia nulla. Il timore delle divisioni, del conflitto, della “disarmonia” è la nota dominante di ogni concezione organicistica della vita costituzionale. E l’organicismo è la dottrina non della libertà politica, ma dell’illibertà, della chiusura del potere su se stesso.

(1 del 2014) Della sentenza che ha dichiarato l’incostituzionalità della legge elettorale in base alla quale sono state elette le Camere attualmente in funzione, interessa qui, specificamente, l’ultima parte della motivazione, quella in cui si prende posizione, al di là della soluzione delle singole questioni d’incostituzionalità prospettate, sugli effetti della pronuncia. Nelle ultime proposizioni della sentenza, la Corte lancia prospetticamente una serie di *dicta* sugli effetti della sua decisione con l’intento palese di assumere su di sé la responsabilità di evitare un temuto tracollo istituzionale. Tali effetti – secondo la Corte – si produrranno *evidentemente* solo in occasione delle successive elezioni. L’evidenza, evidentemente, non c’è, poiché, se così fosse, non ci sarebbe stato motivo di esprimersi sul punto, così come accade nella generalità delle decisioni d’incostituzionalità, il cui seguito si dispiega pacificamente secondo norme e principi riconosciuti.

L’esito delle elezioni svoltesi in base alla legge incostituzionale – dice la Corte, senza che ciò rientrasse nell’ambito della materia controversa, sottoposta al suo giudizio – e gli atti compiuti dal Parlamento così eletto non sono “toccati”. Varrebbe, con riguardo al passato, il limite dei “rapporti esauriti” o del “fatto concluso”. Per il futuro, varrebbe, invece, il “principio fondamentale della continuità dello Stato”, principio che riguarda tutti i suoi organi e, per quel che qui interessa, il Parlamento. Così, gli atti, legislativi e non legislativi (come le elezioni di titolari d’altre cariche dello Stato), da questo compiuti

in passato o da compiere in avvenire, non sarebbero invalidi per il fatto di provenire da un Parlamento eletto incostituzionalmente.

Fino a ora – e ancor più chiaramente, fino alla sentenza n. 10 di quest’anno, su cui più avanti – gli effetti delle dichiarazioni d’incostituzionalità si sono fatti dipendere non dalla volontà della Corte, ma dall’invalidità della legge, come è definita dall’art. 136 della Costituzione e dall’art. 30 della legge n. 87. In altri termini, alla Corte – si diceva – spetta solo dichiarare l’incostituzionalità. L’effetto della dichiarazione ha natura necessaria e obbiettiva, che sfugge alle sue determinazioni: a parte il divieto di “riproduzione”, l’effetto è la perdita di efficacia, cioè l’inapplicabilità della legge, con il limite dei cosiddetti rapporti esauriti. La determinazione dell’ampiezza della categoria dei rapporti esauriti spetta – si diceva – all’interpretazione aperta a tutti gli interpreti del diritto, massimamente alla Corte di cassazione, come quest’ultima (sentenza n. 8878/14) non ha mancato di rilevare, proprio in relazione al caso specifico.

A parte la questione del “a chi spetti” trarre le conseguenze delle decisioni d’incostituzionalità e scendendo nel merito delle proposizioni della sentenza della Corte, esiste un accordo generale nel ritenere che le Camere elette con la legge dichiarata incostituzionale non siano spazzate via ora per allora, e con queste tutti gli atti da esse compiuti. A parte il buon senso, ci si può richiamare alle categorie del “rapporto esaurito” o “del fatto concluso”; alla figura dei funzionari di fatto o al generale principio della continuità degli organi costituzionali rappresentativi, di cui l’istituto della *prorogatio* può considerarsi espressione. Per gli atti da compiere nel tempo successivo alla dichiarazione d’incostituzionalità, il riferimento al “supremo principio” della continuità dello Stato, principio che avrebbe la virtù di giustificare ciò che è contrario alla legalità costituzionale, è stato sommerso da voci critiche che, con toni anche aspri, si sono levate dalla dottrina. Qualcuno, abituato a parlare schietto, ha usato l’espressione “mostruosità giuridica”, indignandosi che proprio la Corte abbia voluto avallare una simile idea e non si sia, quanto meno, limitata a tacere, lasciando ai politici la responsabilità di difendere (eventualmente) la sopravvivenza d’un parlamento non solo illegale ma anche antidemocratico: è la stessa Corte che, nella sentenza, afferma che l’elezione delle Camere in base alla legge elettorale incostituzionale era stato rotto il rapporto di rappresentanza, si era rotto il circuito democratico e si era espropriata la sovranità del popolo elettore. Insomma: non cose da poco. Dopo cotali affermazioni, ci si sarebbe aspettati che si andasse rapidamente al voto, per sostituire Camere illegittime con Camere legittime (applicando la legge elettorale come emendata dalla Corte, oppure una nuova legge elettorale approvata in tempi rapidi). Invece, nulla di tutto ciò: il Parlamento, così com’è, continua tranquillamente il suo lavoro, approva leggi, cambia la Costituzione, elegge i titolari di elevatissime cariche istituzionali. Ciò avviene – sembra – col consenso della Corte che ha tirato in ballo l’esigenza della continuità dello Stato: un’esigenza evidentemente giustificata ma, altrettanto evidentemente, tale da dover essere soddisfatta per altre vie che non quella di vanificare la dichiarazione d’incostituzionalità, sospendendone *sine die* la portata.

All'evidenza, ci deve essere stato qualche disagio nello scrivere questa motivazione nella quale le parole d'autosostentamento di cui s'è detto all'inizio abbondano più del consueto. Forse, si è stati sfiorati dal dubbio che si stavano dicendo parole d'inconsueta portata, che contraddicono il principio in base al quale possiamo dire di vivere in uno "Stato costituzionale" e non, semplicemente, in uno "Stato che ha una costituzione". Con linguaggio preciso: *Verfassungsstaat* contro *Staatsverfassung*. Lo "Stato che ha una costituzione" è quello cui si attribuisce una sostanza politica, un'esistenza reale e autonoma che precede e, dunque, condiziona la costituzione. L'esistenza d'una costituzione è soltanto un'eventualità: importante ma non essenziale. L'essenziale è lo Stato. Se tra la Costituzione e lo Stato si crea una contraddizione, allora la costituzione cede allo Stato e lo Stato può scrollarsela di dosso, quando occorre. Chi è il sovrano? È lo Stato, come dice implicitamente la Corte, o è la Costituzione (o il popolo che agisce nelle forme e nei limiti della Costituzione), come dice l'art. 1, secondo comma della Costituzione e come pretende la tradizione del costituzionalismo alla quale diciamo di appartenere? Schmitt o Kelsen? Quando poi si guarda dietro alle parole, si vede che dietro lo Stato stanno forze politiche e si può concludere con l'inquietante constatazione che la sentenza della Corte, liberandole dal vincolo alla Costituzione, ne ha legittimato la nuda forza, priva di diritto, e ha de-costituzionalizzato la politica.

La dottrina medievale e poi i padri del costituzionalismo moderno distinguevano due tipi di tirannia: *ex defectu tituli* e *quoad exercitium*. La distinzione è perenne e vale anche nel nostro caso. Nel diritto monarchico, il *titulus* legittimo stava nell'accertata discendenza regale; nel diritto democratico, sta nella regolare investitura elettiva. Quando l'azione dei governanti (*l'exercitium*) è benefica, si passa facilmente sopra la questione dell'origine del loro potere (il *titulus*). Ma, quando benefica non è più, è inevitabile che i cittadini che credono di vivere secondo una costituzione che legittima il potere si domandino il perché dell'obbligazione politica, cioè si chiedano quale ragione c'è di ubbidire a qualcuno che, oltre che non benefico, è anche abusivo. In epoca monarchica, le controversie sulla legittima successione erano la fonte dei contrasti politici più acuti. La stessa cosa, cambiati gli addendi, non c'è motivo perché non si possa riprodurre in epoca democratica.

(24 del 2014) La sentenza di cui si è or ora discussa la motivazione, nella sua parte conclusiva, avrebbe potuto concludersi coerentemente con l'argomento addotto – la continuità dello Stato – invocando la massima *salus rei publicae suprema lex*. Sarebbe stato in linea. Ma, ciò non è avvenuto. È avvenuto poco dopo, nella sentenza (ennesima) riguardante il sequestro di Abu Omar, nella quale i servizi segreti statunitensi e italiani avevano collaborato per la cattura e il trasferimento illegale di costui dall'Italia all'Egitto. Si trattava, per la Corte, di determinare l'ampiezza del segreto di Stato e di renderlo in qualche accettabile misura compatibile con i principi dello Stato di diritto. Leggiamo. L'apposizione del segreto da parte del Presidente del Consiglio dei ministri è "afferente la tutela della *salus rei publicae*, e, dunque, tale da coinvolgere un interesse preminente su qualunque altro, perché riguardante la esistenza stessa dello Stato". Nell'ambito di tale tutela, "il Presidente del Consiglio dei ministri gode di un ampio potere discrezionale, sul cui esercizio è escluso qualsiasi sindacato dei giudici comuni, poiché il giudizio sui mezzi

idonei a garantire la sicurezza dello Stato ha natura politica”. Anzi: è escluso qualsiasi margine di controllo anche da parte della Corte costituzionale, quale giudice dei conflitti tra i poteri. A questa posizione la Corte di cassazione ha dovuto piegarsi, non rinunciando, però, ad esprimere il suo dissenso. Siamo, in effetti, alla rinascita della teoria dell’atto politico, teoria radicalmente in contrasto con i principi dello Stato costituzionale, teoria che, come tale, la dottrina e la giurisprudenza hanno in passato demolito, come retaggio di concezioni superate.

Il segreto di Stato ha da sempre dato filo da torcere alla Corte costituzionale, e se ne comprende facilmente il motivo. Essa, però, fin dal 1977, aveva cercato contemperamenti, procedurali e sostanziali tra le ragioni della sicurezza e le ragioni del diritto. Aveva sì indulto all’impiego della *salus rei publicae* come argomento definitivo, ma l’aveva fatto con ritrosia, quasi come ricorso a un mezzo straordinario per superare una pietra d’inciampo sulla via dello Stato costituzionale. Da qualche tempo, sembra a partire dal 2012 (sent. n. 40), il contesto anche psicologico è cambiato: la *salus rei publicae* è il benvenuto passe-partout per togliersi dagli impicci e fornire facile supporto alle pretese del governo. Tra questa *salus* e la “ragion di Stato”, il confine è diventato sottilissimo. Lo sconfinamento ci porta su un terreno opposto a quello, si potrebbe dire, della “costituzione di Stato”.

(10 del 2015) In fine, qualche parola deve dirsi a proposito d’una recente decisione in cui la Corte proclama a tutte lettere il proprio potere di modulare nel tempo gli effetti delle proprie pronunce d’incostituzionalità, nella specie per spostarli in avanti, in un giudizio incidentale. La novità è grande, i problemi sono numerosi e i commenti lo sono stati e lo saranno altrettanto. Qui, dal punto di vista di queste note, si possono avanzare queste sommarie considerazioni.

Il punto di partenza – che qui si assume come un dato - è la dichiarazione d’incostituzionalità, per irragionevolezza del mezzo rispetto al fine, della maggiorazione di un’aliquota tributaria per le imprese operanti nel settore petrolifero ed energetico. L’ordinario effetto retroattivo avrebbe comportato, come conseguenza, un minore gettito tributario, da un lato, e avrebbe aperto un contenzioso di difficile gestione per la ripetizione dell’indebito, tra i consumatori e le imprese che avessero trasferito su di loro il peso dell’aumento della pressione fiscale, ora dichiarato illegittimo.

Con una decisione che la Corte, alquanto arditamente, definisce di “bilanciamento” costituzionale, ma che è in realtà un mero compromesso tra aspettative divergenti, si stabilisce che la maggiorazione è incostituzionale, ma che gli effetti della dichiarazione si producono dal momento della pubblicazione della sentenza, trasformando l’annullamento della legge in abrogazione. Così, le somme incamerate dall’erario non vengono toccate, evitando di determinare squilibri nei conti dello Stato. Per conseguenza, la legge, pur riconosciuta essere incostituzionale, permane a regolare i rapporti nel frattempo venuti in essere, tra le imprese e l’erario stesso e tra i consumatori e le imprese.

Si lascino da parte i numerosi problemi di procedura costituzionale e, in primo luogo, i molti dubbi circa la compatibilità tra il differimento degli effetti dell'incostituzionalità e il sistema incidentale d'instaurazione del giudizio di costituzionalità. La Corte ha palesemente "instaurato" un nuovo modello di questione di costituzionalità, ha configurato il giudizio a quo come mera occasione del controllo di costituzionalità e ha trasformato la rilevanza-incidentalità da requisito necessario a carattere normale ma non necessario. Così facendo ha rivitalizzato vecchie concezioni ch'essa stessa, in passato, ha seccamente respinto. Di questo, si potrà parlare diffusamente in altra sede.

Ciò che preme qui sottolineare, nel merito, è il valore assoluto e prevalente sui diritti, assegnato al principio dell'equilibrio di bilancio. L'art. 81 della Costituzione, nella sua nuova formulazione, è assunto a super-norma, capace di modellare le relazioni giuridiche e le procedure costituzionali. L'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma tributaria, con effetti *ex tunc*, avrebbe determinato – dice la Corte – “uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale [parametri che la Corte “costituzionalizza” tramite il passaggio attraverso gli articoli 11 e 117 Cost.] e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime”. Non si tratta di valutare le buone o le cattive “ragioni sociali” della limitazione al futuro della portata dell'incostituzionalità (la Corte si preoccupa delle “fasce più deboli” della popolazione, nella prospettiva di uno spostamento – che viene dato per certo, mentre è solo un'eventualità - su di loro delle conseguenze necessarie al riequilibrio del bilancio, tramite l'aumento della pressione fiscale). Si tratta di illuminare l'effetto “di sistema” di tale pronuncia: il gestore responsabile della finanza pubblica è il governo. Alle sue esigenze si finisce per offrire una “zona franca” rappresentata dal fatto compiuto, quando il ripristino della legalità costituzionale possa determinare un “rilevante squilibrio di bilancio”. In questa zona franca, i giudici comuni non possono entrare e i diritti dei contribuenti non possono trovare tutela rispetto ai prelievi (illegittimi) cui siano stati sottoposti tra l'entrata in vigore della legge incostituzionale e la relativa dichiarazione d'incostituzionalità.

(*nota conclusiva*) Le quattro vicende costituzionali cui s'è fatto cenno sono molto diverse tra loro, ma hanno un aspetto in comune: la difesa del *gubernaculum* a discapito della *iurisdictio*. Nel caso della sent. n. 1 del 2013, alla giurisdizione è stata preclusa la disponibilità di materiale probatorio, ipoteticamente utile nella conduzione di indagini penali. Nel caso della sent. n. 1 del 2014, alla giurisdizione è stato sottratto il compito di valutare gli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità della legge elettorale sulla vita della legislatura in corso e sulla validità degli atti in essa compiuti. Con la sent. n. 24 del 2014, s'è riconosciuta un'area di segreto, protetta rispetto alle indagini giudiziarie, a totale disposizione del potere esecutivo. Con la sent. n. 10 del 2015, s'è costruito un ambito d'irresponsabilità nella politica tributaria, insensibile agli interventi della giurisdizione.

In tali casi, al depotenziamento della funzione giudiziaria è corrisposto il potenziamento

della funzione di governo, addirittura identificata *tout court* con la tenuta dello Stato e con la difesa della sua *salus*. Il depotenziamento della funzione giudiziaria non è solo questione di dialettica tra i poteri: sullo sfondo c'è la tutela dei diritti. In tutti e quattro i casi citati, i diritti sono passati in secondo piano.

Si può azzardare l'idea che questo è il tempo dell'esecutivo piglia-tutto e che la giustizia costituzionale, da giurisdizione costituzionale dei diritti (secondo una nota definizione risalente a diversi decenni fa) e dei poteri si stia trasformando, sia pure inavvertitamente, in giurisdizione del potere.