

Rivista N°: 2/2015
DATA PUBBLICAZIONE: 01/05/2015

AUTORE: Giorgio Grasso *

CRISI ECONOMICO-FINANZIARIA, GLOBALIZZAZIONE, TEORIA DEI CICLI FUNZIONALI (IN MARGINE A «LA SEPARAZIONE DEI POTERI» DI GAETANO SILVESTRI)**

1. Premessa: gli studi di Gaetano Silvestri sulla separazione dei poteri come formula di non-cumulo nei diversi cicli di svolgimento della vita politico-costituzionale dell'ordinamento. – 2. Il ciclo funzionale dell'indirizzo politico e la sostanza autoritaria dei fenomeni di globalizzazione. In particolare: la concentrazione delle funzioni in capo al Governo e la crisi economico-finanziaria ancora in atto. La revisione costituzionale al tempo della crisi. – 3. Separazione dei poteri, capitalismo maturo, capitalismo finanziario. Oltre le mura dello Stato: la teoria dei cicli funzionali e gli inediti poteri del villaggio globale. – 4. Qualche breve osservazione conclusiva.

1. Premessa: gli studi di Gaetano Silvestri sulla separazione dei poteri come formula di non-cumulo nei diversi cicli di svolgimento della vita politico-costituzionale dell'ordinamento

Tra le ricerche del Maestro che si onora con il presente contributo, quelle aventi ad oggetto il principio della separazione dei poteri¹ hanno rappresentato, anche per chi scrive, un costante punto di riferimento, sia per l'ampiezza della ricostruzione storica compiuta, che dall'antichità (il pensiero greco e l'esperienza della repubblica romana) giunge sino ai tempi nostri (quelli della realtà costituzionale contemporanea, successiva all'avvento della Costitu-

* Associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi dell'Insubria — giorgio.grasso@uninsubria.it

** Il presente contributo è destinato agli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*.

¹ Ci si riferisce, ovviamente, ai due volumi dal titolo *La separazione dei poteri*, I e II, Milano, 1979 e 1984, da cui saranno attinte tutte le citazioni del pensiero del Maestro messinese, nonché alla voce enciclopedica *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV (1985), 670 ss., che ne riprende largamente l'impostazione. Ma le conclusioni teoriche raggiunte in questi lavori sono state recuperate da Silvestri anche in contributi successivi, come nel saggio *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 72-74.

zione repubblicana), sia per la profondità della trattazione di un insieme di nodi teorici fondamentali, assai complessi, che il tema naturalmente richiama² e su cui il costituzionalista è destinato prima o poi a confrontarsi.

L'originalità della tesi sostenuta dal nostro Autore, che viene a profilarsi nella parte finale del secondo tomo del suo poderoso studio monografico, porta a innestare il significato attuale del principio della separazione dei poteri dentro i diversi cicli di svolgimento della vita politico-costituzionale dell'ordinamento (quello italiano, in particolare), definiti come cicli funzionali, affermandosi che «l'incompatibilità di più funzioni in capo allo stesso potere è tuttora vigente e valida, in modo abbastanza rigoroso, solo all'interno di ciascun ciclo funzionale»³. La solidità di questa nota proposizione viene dimostrata considerando diversi cicli di funzioni, «nei quali fluisce la dinamica del potere pubblico»⁴ e si realizza la differenziazione dei soggetti che esercitano rispettivamente le funzioni normativa, esecutivo-attuativa e di controllo, partendo dal ciclo riguardante la Costituzione e le leggi costituzionali, per poi esaminare le sequenze relative all'attuazione legislativa delle norme costituzionali, alla conversione in legge del decreto legge, all'adozione del decreto legislativo, alla fonte regolamentare inderogabile per il provvedimento amministrativo e per la competenza amministrativa che si esercita in atti singolari, alle sentenze normative della Corte costituzionale e così via.

La condizione che accomuna tutti questi tornanti di spiegamento della vita dell'ordinamento costituzionale è che solo l'esercizio della funzione normativa è in grado di attivare ciascuno di essi⁵; più raramente può accadere, come nel caso del ciclo funzionale dell'indirizzo politico, forse il più problematico ma anche il più interessante per il nostro discorso, come subito si dirà⁶, che siano norme di natura convenzionale, frutto di «accordi non ancora penetrati in modo stabile nel sistema giuridico»⁷, ad avviare la manifestazione della funzione normativa, identificandosi con essa.

In tale cornice, solo sommariamente tracciata, la teoria della separazione dei poteri continuerebbe a confermare tutta la sua persistente validità, riuscendo a indicare «la tutela rafforzata di ogni concrezione funzionale fornita di autonoma capacità di determinazione politico-costituzionale»⁸, anche al di là della dimensione rappresentata dalle istituzioni statali, visto che «la direzione delle società contemporanee di capitalismo maturo è irreversibilmente orientata verso la moltiplicazione dei centri di potere entro e fuori la cerchia di mura dello Stato»⁹.

² Per alcuni possibili sviluppi vedi per esempio G. GRASSO-R. MANFRELOTTI, *Poteri e funzioni dello Stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, in *Historia constitucional*, 2007, 1 ss. e spec. 28 ss., dove ci si interrogava, anche partendo dalle tesi di Silvestri, sul significato del principio della separazione dei poteri nel costituzionalismo del nuovo millennio e di fronte alle sfide del diritto pubblico della globalizzazione.

³ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, cit., 256.

⁴ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 262.

⁵ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 265.

⁶ Vedi il paragrafo 2.

⁷ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 266.

⁸ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 245.

⁹ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 249-250.

Proprio lo spunto da ultimo richiamato aiuta a spiegare il tentativo, delle presenti note, di riprendere i frutti di questa densa elaborazione concettuale, cercando di impiantare su di essi alcuni sviluppi che, nel momento in cui l'indagine fu compiuta, appena si lasciavano intravedere, senza che si potesse peraltro coglierne né il tragitto né l'esito finale.

Intuitivamente, a misurare la tenuta di una teoria che, già tre decenni fa, sembrava salvaguardare sostanzialmente «le stesse istanze di garanzia e di libertà che erano proprie della dottrina montesquieviana»¹⁰, saranno rispettivamente i fenomeni di mondializzazione, che hanno portato alla disseminazione di funzioni pubbliche nell'arena del mercato globale e alla diffusione di nuovi poteri, di incerta qualificazione dogmatica e comunque di difficile inquadramento sotto il profilo del diritto costituzionale (poteri economici privati che svolgono anche funzioni pubbliche; poteri economici privati *tout court*; poteri economici pubblico-privati; poteri economici tecnici e tecnocratici con finalità politiche ...), e le ricadute su un sistema costituzionale, imperniato su un tendenziale principio di separazione del potere, in funzione almeno di limitazione del medesimo, della crisi economico-finanziaria, iniziata nel 2007 e che ancora continua a non dare segni di volersi definitivamente concludere¹¹.

2. Il ciclo funzionale dell'indirizzo politico e la sostanza autoritaria dei fenomeni di globalizzazione. In particolare: la concentrazione delle funzioni in capo al Governo e la crisi economico-finanziaria. La revisione costituzionale al tempo della crisi

La sfera dell'indirizzo politico, nel contesto almeno del regime parlamentare italiano, rappresenta(va), nel pensiero dell'Autore a cui sono dedicate queste pagine, un ambito di relativa criticità, in cui si riflette(va) «in modo peculiare lo "spirito" della separazione dei poteri, che permea di sé tutto il sistema»¹².

Ciò in ragione in primo luogo della reversibilità e della modificabilità degli accordi di natura convenzionale, su cui è costruito «il programma di governo, posto alla base del rapporto fiduciario», la cui osservanza «è garantita dal mutuo controllo che i due soggetti politici principali, Governo e Parlamento, esercitano al fine di preservare l'omogeneità degli atti rivolti alla realizzazione delle finalità concordate»¹³. E solo dopo che è stata votata la fiducia iniziale, momento unificante dell'indirizzo politico, i due organi «tornano ad essere entità politiche e costituzionali separate, che attuano separatamente le linee programmatiche di indirizzo»¹⁴.

Ciò anche, però, a causa della fluidità dei rapporti politici tra Governo e Parlamento, tra Governo e maggioranza parlamentare che lo sostiene, che fa sì che la divaricazione tra «i momenti e i soggetti della normazione, dell'attuazione e del controllo» non riesca ad avere la

¹⁰ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 247.

¹¹ Vedi i paragrafi 2 e 3.

¹² G. SILVESTRI, *op. cit.*, 268.

¹³ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 266 e 267.

¹⁴ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 267.

stessa nitidezza presente in altri cicli funzionali che realizzano concretamente il principio di separazione dei poteri¹⁵. In più, il ruolo giocato dai partiti politici, come istanza di coordinamento, esterna rispetto alle istituzioni formali, se assicura l'unità politica, consentendo «il regolare svolgimento dei cicli funzionali, in special modo di quelli di vertice»¹⁶, finisce per intorbidire ulteriormente le manifestazioni funzionali formali degli organi coinvolti nel processo di formazione e poi di implementazione dell'indirizzo politico.

Soprattutto, proprio sul versante della determinazione e della successiva realizzazione dell'indirizzo politico, si assiste alla possibile alterazione del ciclo riguardante questa funzione fondamentale, all'interno di qualsiasi forma di governo, e al rischio che essa subisca una trasformazione in senso autoritario. L'ambito dell'indirizzo politico risulta particolarmente esposto a quest'eventualità, perché tocca il piano dei rapporti politici tra gli organi di vertice della forma di governo, e la deriva dispotica diventa inevitabile, se lo stesso organo «elabora e decide i contenuti programmatici dell'indirizzo politico, li attua con attività propria o da esso controllata, riserva a se stesso ogni giudizio sulla correttezza dell'attuazione»¹⁷. L'esperienza del fascismo, espressamente ricordata, ne fu un chiaro esempio, anche se essa si caratterizzò in realtà, paradossalmente, per la sopravvivenza, in molti settori dell'ordinamento, «di istanze garantiste, ispirate alla separazione dei poteri, nei cicli funzionali diversi dall'indirizzo politico»¹⁸.

Ma al di fuori di questo richiamo storico, si rinviene negli Stati contemporanei «una indubbia tendenza ad irrigidimenti autoritari, che si manifesta in modo macroscopico nel progressivo spostamento di potere politico verso l'esecutivo-pubblica amministrazione»¹⁹. La causa di tutto ciò, a parte il venir meno, almeno in Italia, della capacità rappresentativa dei partiti politici, si lega anche a vicende che si avvicinano molto ai fenomeni della globalizzazione dei mercati e della crisi economico-finanziaria, cui sopra si faceva cenno e verso i quali ora si orienterà il nostro ragionamento. Si sostiene, infatti, che sia la natura stessa del capitalismo avanzato, maturo, monopolista, a imporre «un controllo da parte dello Stato dei processi di regolazione economica e di socializzazione politica»²⁰, anche per la necessità di ricorrere a poteri tecnocratici che agiscono cumulando funzioni normative ed esecutive. L'autoritarismo, conclusivamente, viene visto come un carattere unificante delle esperienze politiche contemporanee²¹.

Tutta questa lunga riflessione, riportata per larghi stralci, appare di grandissima utilità, se l'indagine si sposta sull'evoluzione successiva degli eventi descritti, di un capitalismo industriale trainato da un capitalismo finanziario sempre più aggressivo, attento a salvaguardare interessi meramente speculativi, anche a scapito della difesa delle strutture portanti

¹⁵ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 267.

¹⁶ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 272.

¹⁷ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 274.

¹⁸ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 275.

¹⁹ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 275.

²⁰ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 275.

²¹ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 276.

dell'economia reale; di un'internazionalizzazione dei rapporti politici ed economici, nella quale gli Stati sovrani e le scelte di indirizzo politico compiute dai medesimi sono piegati alla volontà e al dominio dei mercati; di un assetto di poteri politici, fuori dai recinti tradizionali della statualità, dove prevalgono le disuguaglianze tra Stati, collocati nel nord e nel sud del mondo, in posizione di egemonia o di subordinazione, anche all'interno di organizzazioni regionali, quali la stessa Unione europea, ma altresì, in modo ancora più grave, dove aumenta la divaricazione tra classi sociali e tra categorie di persone, tra cittadini con pienezza di diritti e veri e propri paria, oggetto di sfruttamento e di discriminazione.

Il primato, sempre più incontrastato, dell'economia e dei suoi rapporti di forza, sulla politica, quella incanalata ovviamente nei confini del costituzionalismo come limite all'esercizio del potere e come strumento di giustificazione, di legittimazione, del medesimo potere²², ha ulteriormente aggravato questo stato di cose, e davvero risulta molto insidioso oggi rispondere a domande che possano riguardare il grado di effettiva consistenza del principio stesso della separazione dei poteri, opportunamente spogliato di qualsiasi possibile astrattezza, ma mai sradicato dalla sua più genuina e autentica finalità, quella di difendere ad ogni costo la libertà contro il tiranno.

Il tempo della globalizzazione è faticosamente, troppo faticosamente, tempo di democrazia, di rappresentanza politico-parlamentare, di partecipazione dal basso ai processi decisionali nazionali e sovranazionali, di tutela dei diritti e delle libertà, che pure la dimensione della universalità della rete di internet sembrerebbe falsamente aumentare, non solo perché i sistemi democratici restano minoritari rispetto ad altri regimi politici, perché è illusorio esporre acriticamente la democrazia, imbracciando le armi, come pure è stato fatto ripetutamente, o perché la democrazia è sotto l'attacco del terrorismo internazionale, almeno dagli attentati dell'undici settembre newyorkese e sino alla strage nella redazione parigina di Charlie Hebdo.

Anche nelle democrazie più consolidate, non sono mancate, infatti, chiare propensioni di accentramento del potere, con il rafforzamento sistematico degli esecutivi, con lo spostamento sostanziale di funzioni tipiche, quella legislativa ad esempio, dalle assemblee parlamentari ai governi e alle autorità indipendenti: ciò anche in risposta, si è detto, alla velocità, pretesa, delle dinamiche e dei meccanismi di decisione della globalizzazione.

Il tempo della globalizzazione, allora, è tempo di sostanza autoritaria, per citare ancora una frase di Gaetano Silvestri, tempo del prevalere di ideologie decisioniste²³, necessariamente negatrici della separazione dei poteri e di molto altro, insieme.

L'ultimo scorcio temporale, quello della crisi economico-finanziaria, ha amplificato ancora queste inesorabili linee tendenziali, trasformando semplici regolarità in vere e proprie regole convenzionali, piuttosto distanti però dal testo costituzionale vigente. È sufficiente dare conto del caso italiano. La decretazione d'urgenza che già aveva ampiamente eroso i vin-

²² Per una ricognizione di queste problematiche vedi per esempio G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012 e G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013.

²³ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 260.

coli dell'art. 77 Cost., nonostante i tentativi della giurisprudenza costituzionale di circoscrivere l'uso abnorme, e a cui è stato accompagnato l'impiego sistematico della questione di fiducia sulla legge di conversione, determinando un'intollerabile sovrapposizione tra organo titolare della funzione normativa e organo titolare della funzione di controllo, è diventata lo strumento quasi ordinario per affrontare la crisi economica-finanziaria, a partire dal Governo Monti, alla fine del 2011, in particolare. Non solo: la circostanza che corposi elementi dell'indirizzo politico nazionale vengano in realtà delineati in sede europea, prima che in ambito nazionale, ha reso il decreto legge un atto di legislazione ordinaria, con il quale il Governo agisce non perché vi siano ragioni di straordinaria necessità e urgenza, richieste dal disposto costituzionale, ma perché in un inedito ciclo funzionale, che certo pone almeno qualche sospetto di costituzionalità, esso diventa l'atto di attuazione delle politiche europee²⁴. Senza entrare nel merito poi di affermazioni secondo le quali, in spregio alle dinamiche dei rapporti tra Governo e Parlamento e alla diversità delle funzioni assegnate ai due organi, sempre a garanzia della divisione del potere, il decreto legge sarebbe uno strumento naturale contro l'ostruzionismo delle opposizioni, è di tutta evidenza la sovrapposizione accentratrice di poteri sia nel ciclo funzionale dell'indirizzo politico, sia in quello della conversione del decreto legge (e per analogia del decreto legislativo e della legge di delegazione).

Altri elementi, giuridici e fattuali, prodotti dalla crisi economico-finanziaria hanno fatto del Governo l'interlocutore solitario nei rapporti con l'Unione europea: basta riferirsi alle previsioni di Trattati come il *Fiscal Compact* e il *MES* (Meccanismo europeo di stabilità) che marginalizzano il ruolo parlamentare di controllo e indirizzo; oppure richiamare quella nota lettera dell'agosto del 2011 con la quale il Governatore uscente della Banca centrale europea Trichet e il Governatore entrante Draghi, allora Governatore della Banca d'Italia, dettavano al Governo e solo al Governo l'agenda delle misure da dovere adottare, degli strumenti da utilizzare, dei tempi da rispettare, come se il Parlamento fosse completamente emarginato dal concreto svolgersi della forma di governo e ancora il decreto legge, quale strumento d'azione concretamente individuato dai due Governatori, rappresentasse la fonte esclusiva di implementazione di un indirizzo politico nazionale etero-diretto e imposto all'Italia.

Del resto, anche altri cicli funzionali, accanto a quello della conversione in legge del decreto legge e dell'indirizzo politico, hanno risentito o stanno risentendo grandemente degli effetti ormai ordinari (e non più straordinari) della crisi economico-finanziaria, che hanno finito per affidare al Governo un potere immenso, che qualcuno ha anche cercato di giustificare sostenendo che gli esecutivi, in ragione della crisi economico-finanziaria, non potrebbero permettersi «il rischio e il pericolo di perdere la fiducia dei mercati e degli investitori», tanto che la loro stabilità diventerebbe un valore, anzi forse il «valore politico-istituzionale fondamentale, da salvaguardare a tutti i costi»²⁵.

²⁴ Questa opinione è stata in ultimo molto bene argomentata da C. DOMENICALI, *Il Governo legislatore. La decretazione d'urgenza tra crisi economico-finanziaria e vincoli europei*, Tesi di dottorato discussa il 10 aprile 2014 presso l'Università degli Studi di Ferrara, Dottorato di ricerca in Diritto costituzionale, inedita.

²⁵ Così peraltro G. PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisioni di governo*, in *Quad. cost.*, 2014, 45.

In altra sede²⁶, si è dimostrata l'infondatezza di questa posizione, rivolta ad affiancare al rapporto di fiducia previsto dall'art. 94 della Costituzione, un'altra fiducia, del tutto estranea alla logica della rappresentanza politico parlamentare e del costituzionalismo, che è la fiducia dei mercati e del presunto popolo del mercato.

Lo stesso ciclo funzionale della revisione costituzionale, così rilevante anche nella ricostruzione sulla separazione dei poteri da cui hanno preso mosse le presenti osservazioni, ha subito, in particolare, una qualche torsione in occasione dell'approvazione della legge costituzionale n. 1 del 2012, relativa all'introduzione in Costituzione del principio del pareggio di bilancio; in modo analogo, anche il procedimento di revisione costituzionale in corso, avviato dal Governo Renzi, con la presentazione del disegno di legge avente ad oggetto «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione», sta soffiando come un vento impetuoso sul procedimento dell'art. 138 del testo costituzionale.

Ma in che senso il sistema di garanzia della divisione dei poteri, che è sancito in presenza del procedimento aggravato di modifica del citato art. 138, ha sofferto i colpi della crisi economico-finanziaria e le spinte almeno decisioniste, se non autoritarie, che hanno contraddistinto la vita dei Governi nell'ultimo scorcio di tempo?

La revisione costituzionale dell'art. 81 (e di altre disposizioni costituzionali: gli articoli 97, 117, 119), fortemente suggerita ma non imposta giuridicamente dal *Fiscal Compact*, è stata approvata da un'ampissima maggioranza, ben superiore a quella dei due terzi prevista dall'art. 138 della Costituzione. Non si può dubitare quindi che, con l'appoggio di una maggioranza di larghe intese, come era quella che sosteneva il Governo Monti, si sia garantita la partecipazione di un più ampio novero di forze politico-parlamentari, per una volta coincidente con la stessa maggioranza di Governo, anche indipendentemente dalla carica maggioritaria insita nella legge 270 del 2005, in base alla quale erano stati eletti le due Camere. Però, se non ci si vuole accontentare del dato meramente formale (e la lettura degli studi sulla separazione dei poteri di Gaetano Silvestri dimostra quanto sia necessaria, in questo ambito almeno, una contaminazione con elementi fattuali, convenzionali, di rango più squisitamente politico), con una valutazione del resto condivisa, sia da parte di chi ha plaudito al contenuto della riforma, sia da parte di chi l'ha vigorosamente contestata, una revisione così ampiamente sostenuta nei numeri si è realizzata con un dibattito parlamentare avaro, fatto di corsa, quasi del tutto piegato alla logica degli eventi, dell'urgenza di intervenire, di provvedere, per placare le richieste dei partner europei, così come del mercato e dei suoi attori. La stessa rapidità, diventata fretta, ha contraddistinto le due leggi ordinarie di ratifica ed esecuzione, nel luglio del 2012, dei due già citati Trattati sul *Fiscal Compact* e sul *MES*²⁷. Il Governo e la sua vastissima maggioranza hanno chiuso la partita, senza concedere prigionieri.

²⁶ Si veda ora G. GRASSO, *Rating dei debiti sovrani e diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2015, 109-110.

²⁷ Rispettivamente la legge 23 luglio 2012, n. 114, e la legge 23 luglio 2012, n. 116.

Anche il processo di revisione costituzionale ancora in svolgimento, che, giungendo a conclusione, potrebbe modificare profondamente l'impianto della forma di governo del Paese, e pure la forma di Stato, per lo meno per quello che riguarda la distribuzione territoriale del potere, tra Stato centrale e autonomie regionali, sente molto l'onda d'urto della crisi economico-finanziaria, tanto la riforma, pure opportuna in alcuni dei suoi aspetti, viene dichiarata assolutamente necessaria dal Governo, senza forse la dovuta consapevolezza di dover distinguere tra un fascio di riforme oggetto dell'attività di indirizzo politico, che si regge sul rapporto fiduciario Governo-Parlamento, senza che si venga a toccare il quadro costituzionale, e altre riforme, quelle costituzionali appunto, che invece non possono né essere oggetto della lotta politica per il potere e neppure diventare, qualora non venga raggiunto almeno in un ramo del Parlamento il *quorum* dei due terzi dei componenti, evento molto probabile, il terreno su cui legittimare col voto referendario una sorta di fiducia in bianco, direttamente ottenuta dal popolo, sul Governo e sul presidente del Consiglio che lo guida.

La circostanza poi che a essa si accompagni un disegno di legge elettorale riferito alla sola Camera dei deputati, per il venire meno, nella riforma, dell'elettività del Senato, e basato su un meccanismo iper-maggioritario potrebbe determinare un forte sbilanciamento dei futuri processi di revisione costituzionale, nei quali, pur restando fermo l'intervento paritario del nuovo Senato, i *quorum* aggravati dell'art. 138 potrebbero agevolmente essere superati.

Non è questo un modo per favorire, piuttosto che evitare, il cumulo di poteri all'interno del ciclo funzionale della revisione costituzionale?

3. Separazione dei poteri, capitalismo maturo, capitalismo finanziario. Oltre le mura dello Stato: la teoria dei cicli funzionali e gli inediti poteri del villaggio globale

Ma la teoria dei cicli funzionali da cui hanno tratto spunto queste riflessioni apre, sempre nel solco dei profili posti dalla mondializzazione dei mercati e dalla crisi economico-finanziaria, ad altri due possibili quesiti, riguardanti, da un lato, il peso della dottrina della separazione dei poteri rispetto alla stessa trasformazione del modello capitalistico dei rapporti economico-sociali e alla sua influenza sul quadro costituzionale e, dall'altro, uscendo dal perimetro dei confini statuali, la possibilità di utilizzare le forme e le regole della divisione del potere nei confronti di tutto un insieme di poteri, istituzioni, organismi che con difficoltà si fanno ricondurre agli schemi propri della teoria contemporanea della separazione dei poteri, anche nella versione assai raffinata che vieta il cumulo delle diverse funzioni in capo allo stesso soggetto, dentro a una medesima sequenza funzionale.

Agevole è osservare, quanto al primo aspetto, che nella ricostruzione teorica più volte richiamata il nesso tra principio della separazione dei poteri e disciplina dei rapporti economici, tipici della forma di Stato, è adeguatamente esplorato: così esaminando, per esempio, l'esperienza dello Stato liberale classico, di diritto, si sottolinea che esso si caratterizzava per «il predominio della funzione tecnico-economica (la disciplina esterna del mercato) sulle fun-

zioni politico-amministrative»²⁸. In tale forma di Stato, la legge non aveva il compito di risolvere conflitti sociali, né di intervenire nei processi di produzione e distribuzione dei beni, ma veniva a porsi, in quanto fonte generale e astratta, «come forma della mediazione tra economia e politica, tra società civile e Stato, presupponendo il mercato e lo scambio di equivalenti come mediatori degli interessi privati in conflitto»²⁹. Di conseguenza, in tale scenario, la funzione amministrativa, rigorosamente separata dalla funzione legislativa, rappresentava il «mero strumento per la realizzazione di quei valori-fini stabiliti in via generale e astratta dalla legislazione»³⁰.

Nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato democratico-sociale, lo Stato penetra nella società civile e la organizza, e viceversa: ciò fa venire meno la nitida distinzione tra amministrazione e legislazione, propria dell'Ottocento liberale³¹, così che la normazione, «che non si identifica con la legislazione», diventa pervasiva in tutti i settori e cicli funzionale dell'ordinamento, con una dissociazione tra forma e contenuto degli atti, con leggi che provvedono, piuttosto che disporre, e atti amministrativi che dispongono, anziché provvedere³².

Ma lo Stato sociale è anche Stato che, come si è già accennato, trova nell'assetto capitalistico, di un capitalismo definito maturo, la spinta verso forme di regolazione del sistema economico che richiedono un rafforzamento degli organi di direzione politica (il Governo in una forma di governo come quella italiana, il Presidente nel modello statunitense), con una tendenza autoritaria che erode, nel nome della sovrapposizione politica e funzionale degli esecutivi alle assemblee elettive³³, la possibilità di continuare ad applicare efficacemente il principio della separazione dei poteri.

Eppure, almeno per quello che riguarda il nostro Paese, la disciplina costituzionale dei rapporti economici, orientando le disposizioni sull'iniziativa economica privata e sul diritto di proprietà al rispetto dei vincoli dell'art. 3, comma 2, avrebbe dovuto impedire, almeno in parte, un esito di questo tipo, perché la rimozione degli ostacoli di ordine economico sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana, è anche rimozione finalizzata a garantire una maggiore partecipazione di quei cittadini, lavoratori, all'organizzazione politica del Paese. Non vi è dubbio che corrisponda di più, a una piena valorizzazione di tale elemento partecipativo fondamentale, un regime politico che garantisce effettivamente un principio di separazione dei poteri, riconoscendo all'organo parlamentare politicamente rappresentativo funzioni sue proprie e un ruolo sostanziale nel funzionamento concreto della forma di governo, piuttosto che un regime ba-

²⁸ G. SILVESTRI, *op. cit.*, II, cit., 251.

²⁹ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 252.

³⁰ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 251.

³¹ Analogamente vedi altresì G. GRASSO-R. MANFRELLOTTI, *op. cit.*, 23, rammentando anche che, già nello Stato assoluto, «tutta l'attività pubblica era riconducibile all'amministrazione, ossia al compimento della volontà del sovrano. Solo successivamente, dalla primigenia attività amministrativa, si distaccarono dapprima la funzione giurisdizionale, quindi quella legislativa». Ma nello Stato costituzionale contemporaneo legislazione e amministrazione recuperano l'originaria matrice unitaria.

³² G. SILVESTRI, *op. cit.*, 252 e 253.

³³ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 278.

sato su un potere incontrollato del Governo, che disponendo del sostegno di una maggioranza parlamentare, che si identifica completamente con esso, finisce magari per calpestare le prerogative parlamentari, come se la dinamica Governo-Parlamento fosse solo un freno inutile dentro ai meccanismi di funzionamento della nostra forma di governo.

Ma una certa crisi del capitalismo avanzato ha mostrato, in tempi più recenti, una qualche resa dell'economia reale di fronte a meccanismi finanziari di mera speculazione, tipici del capitalismo di matrice finanziaria.

Ciò sembra implicare, però, l'esistenza di una paradossale antitesi, tra lo stesso capitalismo, come «modello che ha il suo perno nella gestione privata dei mezzi di produzione» e che produce ricchezza, grazie al sistema di produzione industriale su cui si basa, e il mondo della finanza e della speculazione dei mercati finanziari, «che genera o "brucia" ricchezza, invece, sulla sola base di negoziazioni aventi a oggetto titoli immateriali, nelle quali l'effettiva capacità produttiva delle imprese societarie, legate a quei titoli, costituisce un fattore secondario»³⁴.

Nel duello a distanza tra queste due dimensioni, pur strettamente collegate, il mercato globale dell'interdipendenza tra i diversi sistemi economici e la crisi economico-finanziaria in atto hanno consegnato, forse definitivamente, i segni della vittoria alla seconda³⁵, determinando il nascere di numerosi problemi, anche in relazione al rapporto del capitalismo finanziario con i principi fondamentali del costituzionalismo.

In fondo, la stessa, magistrale, sintesi compiuta dalla Costituzione italiana tra politica ed economia, anche mediante il principio dell'utilità sociale dell'art. 41, comma 2, e la funzionalizzazione appena ricordata dei rapporti economici al principio dell'uguaglianza sostanziale³⁶, avevano come loro interlocutore un capitalismo industriale che, in quel modo, veniva

³⁴ Le due citazioni sono di R. MANFRELOTTI, *Appunti per uno studio sui fondi sovrani*, in AA.VV., *I diversi volti della sicurezza*, a cura di G. Cocco, Milano, 2012, 178. L'esistenza della contrapposizione richiamata nel testo è, peraltro, radicalmente contestata da altri Autori, che ritengono che «la crisi odierna, pur essendosi estrinsecata nel settore finanziario in quanto innescata da operazioni speculative compiute in una fase di forte espansione del credito, costituisca una classica crisi da sovrapproduzione generata dalle difficoltà ultratrentennali di realizzazione del profitto, ossia dalle dinamiche dell'economia reale che hanno coinvolto, successivamente, la dimensione finanziaria» e che «le attività speculative costituiscono caratteristiche strutturali del sistema di accumulazione capitalistico e risultano essenziali per garantire la realizzazione del suo fine ultimo, ossia il profitto», risultando del tutto «vana la pretesa di separare il capitale finanziario da quello produttivo, l'economia "reale" da quella "finanziaria", la moneta dal credito e il commercio dalla speculazione»: così in particolare G. BUCCI, *Diritto e politica nella crisi della "globalizzazione"*, in *Dem. dir.*, 2/2009, 125, 129 e 131.

³⁵ Così anche C. PINELLI, *La dimensione internazionale della crisi finanziaria e i suoi riflessi nelle istituzioni di cooperazione sovranazionale e sui rapporti tra queste e gli ordinamenti nazionali*, Relazione al Convegno *La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale*, V Giornate Italo-Ispano-Brasiliane di diritto costituzionale, Lecce, 14-15 settembre 2012, in www.gruppodipisa.it, 1, secondo il quale «la prevalenza dell'attività strettamente finanziaria sulla produzione di beni e servizi costituisce un incontestato elemento di trasformazione del capitalismo contemporaneo, intervenuto con la globalizzazione degli anni Novanta».

³⁶ Per tutti vedi M. LUCIANI, in numerosi contributi e in modo specifico nel noto saggio *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno annuale AIC, *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Torino, 27-29 ottobre 2011, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 47 e *passim*, ora anche in *Dir. Soc.*, 2011, 635 ss. e spec. 684-685.

efficacemente “irreggimentato” nelle forme dell’economia mista, che avevano anche dimostrato di poter combattere gli eventuali rigurgiti del liberismo e del dirigismo, propri di altre esperienze costituzionali.

Ma il (nuovo) capitalismo finanziario, che ha trovato nella crisi economica il volano per prendere (per sempre?) il sopravvento, mette in grave difficoltà l’assetto costituzionale novecentesco, di Costituzioni come quella italiana che sapevano limitare efficacemente l’esercizio del potere delle forme capitalistiche di produzione della ricchezza³⁷, tanto da costringere ora l’interprete a doversi interrogare sulla perdurante capacità di quei testi costituzionali di tenere insieme sfera pubblica e interessi privati, politica e libertà d’impresa, solidarietà e sviluppo del sistema economico di un Paese³⁸.

Non è un caso, esemplarmente, che una delle conseguenze della crisi economico-finanziaria sia stata la parziale decostituzionalizzazione della portata dello stesso art. 41 Cost., nonostante non si sia realizzato il procedimento della sua revisione, avviato durante la XVI legislatura, da parte del Governo Berlusconi IV, che mirava ad affermare il principio per cui «l’iniziativa e l’attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge», ma si siano comunque approvate, da parte del Governo Monti in modo particolare, fonti legislative di grado primario che hanno finito per conformarsi sostanzialmente a tale principio³⁹.

Quanto al secondo aspetto, nella grande disseminazione di poteri e funzioni che caratterizza, come in un nuovo Medioevo⁴⁰, l’epoca che stiamo attraversando, la domanda da porre è se tutti i diversi poteri extrastatali, molti di matrice prettamente privata, situati in una zona grigia tra economia, politica e diritto, possano essere considerati, analogamente ai poteri inseriti nella dimensione dello Stato e riprendendo una citazione già utilizzata, «concrezioni funzionali fornite di autonoma capacità di determinazione politico-costituzionale», e se sia possibile adattare ad essi la teoria garantista dei cicli funzionali, che potrebbe esprimere, con la sua idea irrinunciabile di proteggere la libertà contro ogni forma di dispotismo, una

³⁷ Rispetto a quanto si viene ad accennare nel testo, non ci si dimentica certo dell’esistenza dell’art. 47 Cost., che pone tra i compiti della Repubblica quello di incoraggiare e tutelare il risparmio in tutte le sue forme, nonché di disciplinare, coordinare e controllare l’esercizio del credito, introducendo al più alto livello delle fonti normative finalità e obiettivi che, invero, erano già previsti dalla disciplina della legislazione bancaria degli anni 1936-1938. Tuttavia, l’impressione è che, anche se, con tale disposizione costituzionale, si offriva una possibile soluzione ai rischi insiti nel capitalismo finanziario, per cosa era accaduto almeno con la crisi economica del 1929, per un verso risulta, comunque, meno solido in essa il nesso con finalità di tipo sociali (anche guardando al suo secondo comma, quello riguardante la promozione del risparmio popolare), e per l’altro, soprattutto, il capitalismo finanziario odierno presenta caratteri e strumenti che lo differenziano da quello del passato, preso in esame dai Padri costituenti, ponendo maggiori insidie alla tenuta del sistema costituzionale complessivo.

³⁸ Il punto è già stato trattato in G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, cit., 91 e *passim*.

³⁹ Questo profilo è esaurientemente argomentato da F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi ...*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Volume IV, Napoli, 2013, 1847 ss.

⁴⁰ Per questa tesi in particolare I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli, 2010, 61, che parla di uno «scenario, nel quale convivono in uno spazio globale istituzioni sopranazionali, imprese multinazionali e istituzioni nazionali», con «assonanze con il Medioevo, dove più istituzioni si trovavano a coesistere in un medesimo territorio».

sorta di cerniera ideale tra vecchi Stati nazionali, disordine mondiale e strutture privatistiche dei rapporti di mercato.

Non è dubbio che una serie di questi inediti poteri del c.d. villaggio globale finisca per svolgere funzioni di vero e proprio rilievo costituzionale, in concorso e in concorrenza con i poteri tradizionali statuali; non meno dubbia e problematica è, tuttavia, la loro compatibilità con i dettati costituzionali nazionali. Due esempi su tutti possono qui essere segnalati: l'istituto della stretta condizionalità, mediante il quale la Banca centrale europea, la Commissione europea e il Fondo monetario internazionale, a lungo individuati con l'allusivo nome di troika, hanno pesantemente indirizzato le politiche pubbliche di Stati come la Grecia o il Portogallo, richiedendo l'adozione di gravosi programmi di riforme strutturali, che prevedevano anche tagli a prestazioni essenziali in campo sanitario, dell'assistenza sociale, dell'istruzione, assicurando in cambio un robusto sostegno finanziario; la crisi del debito sovrano di molti Stati dell'Eurozona, nella seconda fase della crisi economico-finanziaria, in parte pilotata da soggetti privati, del tutto irresponsabili e sganciati dai circuiti politico-democratici dello Stato costituzionale, le tre agenzie *Standard & Poor's*, *Moody's* e *Fitch Ratings*, che con i loro giudizi puntuali e prospettici (*rating* e *outlook*), sull'affidabilità degli Stati di fronte agli investitori istituzionali del mercato, hanno mostrato, senza alcuna finzione, di poter incidere drammaticamente sulla dimensione costituzionale di molte Nazioni, orientando la stessa capacità di queste ultime di compiere, per esempio, libere scelte di indirizzo politico, riferite alla spesa pubblica o alle politiche di welfare⁴¹.

Istituzioni, processi e poteri con le caratteristiche di quelli appena descritti, in modo esemplificativo, solo con un grande sforzo possono essere ricondotti dentro un relativo quadro di coerenza costituzionale, senza cedere nell'uso di facili giustificazioni del reale, sulla base di opinioni che, sembrando rinunciare a compiere qualsiasi efficace resistenza ai profondi cambiamenti intervenuti, finiscono per assecondare ogni corso degli eventi, *praeter* o *contra Constitutionem*. È lungo tale crinale che si situa, tra le altre, una certa polemica nei confronti di tutti quei costituzionalisti, che sarebbero contagiati da una sorta di «pessimismo della ragione», frutto addirittura di «un pregiudizio ideologico anti-economicista»⁴², vanamente rivolto a circoscrivere il modo di operare di poteri irresponsabili politicamente, magmatici e certo non abituati a muoversi tra le strette maglie del diritto costituzionale.

Una rivisitazione della vecchia concezione della separazione dei poteri, come quella realizzata con l'elaborazione della teoria dei cicli funzionali, potrebbe contribuire a rinsaldare gli argini, intervenendo dentro a flussi funzionali ormai del tutto sbilanciati, nei quali lo stesso esercizio della funzione normativa che dovrebbe avviare lo svolgimento del singolo ciclo funzionale è qualcosa di profondamente diverso da ciò che si è studiato sinora, nell'ambito delle stesse fonti di produzione del diritto: è la «proposta di accordo su un dispositivo di assistenza finanziaria contenente le modalità finanziarie e le condizioni e la scelta degli strumenti, che

⁴¹ Il tema è già stato sviluppato da chi scrive in *Rating dei debiti sovrani*, cit., 89 ss.

⁴² La tesi riportata nel testo è di A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, 79 e 99.

dovrà essere adottata dal consiglio dei governatori», secondo quanto previsto dall'art. 13 del Trattato sul MES, ovvero l'impiego indiscriminato del c.d. valore regolamentare del *rating* delle Agenzie, tale da dispiegare effetti diretti sulla normazione finanziaria, assegnandosi infatti un effetto automatico ai *rating* del credito, vincolante per enti creditizi, imprese di assicurazione, investitori istituzionali, che solo in tempi più recenti si è cercato opportunamente di ridurre nella legislazione statunitense, così come in quella europea⁴³.

Ciò, ovviamente, per riferirsi soltanto alle due vicende che sopra si sono riportate.

4. Qualche breve osservazione conclusiva

Rafforzare gli argini, come si diceva poco sopra, implica soprattutto costruire delle aree golenali capaci di assorbire gli eventi alluvionali che la globalizzazione e la crisi economico-finanziaria provocano di continuo sul diritto costituzionale.

Fuor di metafora, la teoria della separazione dei poteri, nel suo profilo giuridico-formale, ha dimostrato di possedere una assai ridotta carica garantista, venendo calibrata esclusivamente sul numero delle funzioni tra le quali si riparte il potere (nelle mani di uno solo, di pochi o di molti), così da prefigurare l'esistenza di una qualche forma di diversificazione delle funzioni pubbliche anche in presenza dei regimi politici più dispotici e autoritari, compreso lo stesso terzo *Reich* tedesco, nel quale in fondo i giudici e la banca centrale potevano applicare in modo indipendente le norme stabilite dal *Führer*⁴⁴.

Scambiando per giuridica quella che era, invece, una teoria squisitamente politica, si è venuto a distorcere parzialmente anche il pensiero di chi, come Montesquieu, l'aveva all'inizio formulata⁴⁵.

Tuttavia è la sua variante politica che, ancora una volta, è in grado di offrire allo studioso del diritto costituzionale elementi sostanziali utili a tutelare e garantire la dimensione della libertà, contro le nuove, sfuggenti, forme di esercizio del potere, di cui si è dato conto anche nelle pagine precedenti.

Lo studio di Gaetano Silvestri da cui hanno avuto origine queste riflessioni si concludeva sostenendosi che «nessun ordinamento positivo si presenta come rigorosa e coerente applicazione del principio della separazione dei poteri. Quest'ultimo deve però rappresentare il punto di riferimento e di attrazione per ogni ordinamento costituzionale che voglia mantenere un minimo di libertà concreta»⁴⁶. L'impressione, nondimeno, è che sia in corso proprio un superamento dello stesso ordinamento costituzionale, di quello almeno che trova(va) ancora nella sovranità statale, da qualcuno considerata poco più di un feticcio, la fonte in cui radicarsi.

⁴³ Per riferimenti G. GRASSO, *Rating dei debiti sovrani*, cit., spec. 98 ss.

⁴⁴ G. GRASSO-R. MANFRELLOTTI, *op. cit.*, 13 e 12.

⁴⁵ Si veda G. SILVESTRI, *op. cit.*, 156, che evidenzia, in modo critico, nella dottrina tedesca dell'Ottocento e in quella italiana successiva a Santi Romano, la contrapposizione tra la natura politica della separazione dei poteri e la natura giuridica della distinzione delle funzioni.

⁴⁶ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 280.

Il paradosso è che, di fronte alle alternative proposte, nella forma per esempio dell'allusivo linguaggio delle costituzioni civili alla Teubner, del tutto estraneo però alla logica più autentica del diritto costituzionale⁴⁷, piuttosto che nella prospettiva di un sempre maggior irrobustimento di organizzazioni regionali, come l'Unione europea, possa essere ancora lo Stato a risultare il miglior interprete del principio di separazione dei poteri.

Uno Stato che, nei regimi democratici, ha visto però comprimere lo spazio di azione dei Parlamenti nazionali, uno Stato che con enorme difficoltà riesce a dare voce alle istanze più forti della partecipazione politica dal basso, laddove lo stesso momento di maggior esercizio della sovranità popolare, rappresentato dalle elezioni politiche, finisce per essere svilito, se non del tutto neutralizzato, dai troppi condizionamenti che, nel nome della *realpolitik*, sono imposti dalle istituzioni globali (il caso greco, dopo le elezioni del gennaio 2015, ne è forse la migliore dimostrazione)⁴⁸.

Se si dovrà e/o si vorrà fare a meno dello Stato, di questo Stato nazionale che ha accompagnato tutta la storia degli ultimi sei Secoli, del mondo occidentale almeno, non si potrà non pensare di dare attuazione, in modo forte e chiaro, ancora al principio di separazione dei poteri, trapiantando il suo nucleo essenziale nelle nuove forme di organizzazione del potere, che si andranno a progettare, e ridando fiato al momento della politica, di una politica basata su meccanismi di responsabilità, sul primato della persona, sulla sua dignità, sulla fine del dominio della finanza sui popoli. Anche la (ri)costruzione del soggetto politico europeo dovrà tenerne conto, puntando sull'uguaglianza tra le entità territoriali che l'andranno a comporre; su un circuito decisionale capace di puntare risolutamente sulle istanze costituzionali della sovranazionalità, piuttosto che sulle ragioni del metodo intergovernativo e su innovazioni istituzionali largamente sperimentali⁴⁹; sull'effettiva capacità di rappresentanza politica dell'organo assembleare, davvero in grado di orientare le scelte di indirizzo politico del nuovo governo europeo, anche per resistere all'urto di tutti quei poteri che abitano il mercato e che sembrano assolutamente inarrestabili: e dove ci sarà troppo potere, di nuovo quel potere esorbitante e le sue funzioni dovranno essere suddivisi, circoscritti, limitati, perché solo così, una volta di più, come sempre è accaduto, la libertà troverà il modo di essere difesa.

⁴⁷ Molti sono i contributi del sociologo tedesco sul tema: vedi tra gli altri G. TEUBNER, *Costituzionalismo della società transnazionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 1 ss.

⁴⁸ Benché esso testimoni, come sottolineato da F. BILANCIA, *L'incognita Tsipras e la crisi dell'Austerità. Un ritorno in Europa della discrezionalità politica?*, in *www.eticaeconomia.it*, 2 febbraio 2015, 3, proprio «un ritorno della politica come strumento di governo dei processi di integrazione europea» e insieme, finalmente, «l'irrompere della questione democratica come variabile a difesa dei diritti irrinunciabili delle persone».

⁴⁹ Invero la direzione seguita, anche per affrontare la crisi economico-finanziaria, è stata diametralmente opposta, andando tra l'altro verso una sempre maggiore decostituzionalizzazione del diritto sovranazionale, come ben ricordato ora da M. BENVENUTI, *Le misure anticrisi adottate dall'Unione europea: uno sguardo d'insieme (tra continuità delle scelte istituzionali, integrazione negativa e decostituzionalizzazione del diritto sovranazionale)*, Relazione al Convegno «El impacto de la crisis económica en las instituciones de la Unión Europea y de los Estados miembros», Granada, 10-11 febbraio 2015, *paper*, spec. 31-32.