

## **Democrazia e divisione dei poteri**

*Giovanni De Sio Cesari*

**Spesso nella polemica politica si identifica la democrazia con la divisione dei poteri. Il problema viene sollevato comunemente a proposito dell'operato e della funzione della magistratura. Da parte dei così detti giustizialisti ogni provvedimento che miri in qualche modo a contenere il potere straripante della magistratura (soprattutto inquirente) viene considerato come un attentato alla democrazia e si richiama a Montesquieu come teorico della divisione dei poteri considerata l'essenza della democrazia. D'altra parte i così detti garantisti, quelli "contro", ribattono che è la magistratura, almeno alcuni magistrati, che agisce secondo logiche politiche o almeno ideologiche e che quindi travalica dalle proprie funzioni invadendo quelle politiche**

**Non intendiamo in questo lavoro affrontare però questo pure interessante problema (rimandiamo a: La sfiducia nella giustizia) : vogliamo invece esaminare l'idea che democrazia e divisione dei poteri possano essere identificati o che almeno la seconda presupponga necessariamente la prima**

**Ripartiamo quindi da Montesquieu**

**Nella sua famosa opera *L'esprit des lois* Montesquieu parlava astrattamente, come nello spirito dell'illuminismo: parte dalla idea che il potere corrompe e che quindi il potere assoluto corrompe in modo assoluto e ne deduceva la necessità che il potere andava limitato**

**Nasceva così la teoria dei tre poteri: legislativo che fa le leggi, esecutivo che le applica e giudiziario che giudica quelli che le infrangono. Si poneva anche il problema che noi definiremmo di governabilità: 'c'è il pericolo (molto presente nell'Italia di oggi) che i poteri finiscano con il paralizzarsi a vicenda rendendo ingovernabile il paese. Riteneva però che era un limite, un pericolo da accettare per scongiurare la tirannia**

**Montesquieu faceva un discorso teorico ma in effetti pensava e si rifaceva esplicitamente al sistema medioevale in cui il re non ha, teoricamente almeno, il potere di fare leggi: le leggi esistono già, sono quelle etiche, religiose o quelle consuetudinarie. Il re le deve solo applicare (stessa idea espressa dai Fratelli Mussulmani). Infatti fino alla Rivoluzione Francese le autorità non emanano leggi, ma disposizioni, sanzioni, editti**

**Nella monarchia inglese che ammirava e alla quale si ispirava un punto essenziale era che solo le assemblee possono stabilire imposte (la Rivoluzione Americana nasce da questo punto). Quando la Francia entrò in crisi finanziaria, infatti, nel 1789 tutti pensarono a convocare gli Stati Generali, assemblee medioevali che non erano più convocate da secoli dopo la affermazione dell'assolutismo monarchico che era nato appunto dalla esigenza di governabilità. Il re**

**medioevale aveva un potere più teorico che reale perchè ogni suo atto in pratica era sottoposto al gradimento e approvazione più o meno formale dei vari parlamenti. In Polonia si giunse perfino al “libero veto”, una istituzione secondo la quale anche un singolo componente poteva bloccare qualunque deliberazione. Il potere effettivo del sovrano dipendeva soprattutto dal suo prestigio personale e doveva sempre guadagnarsi comunque la approvazione dei nobili, della Chiesa, dei comuni**

**Montesquieu pensava a quella che poi fu detta monarchia costituzionale : il re governa ma secondo leggi fatte dal parlamento**

**In realtà la teorizzazione di Montesquieu per limitare il potere del re non ha mai funzionato ne poteva mai funzionare : infatti il re, dovunque, perse quasi subito il suo potere passando a un governo che aveva la fiducia del parlamento ( praticamente una sua emanazione ). Il re ha mantenuto soprattutto una funzione di simbolo dell'unita nazionale, di tutta la nazione al di sopra dei governi che rappresentano la maggioranza passando rapidamente ad assumere più che altrouna funziona simbolica. Attualmente sono monarchie, oltre alla Spagna, l'Inghilterra e altri paesi del nord ( Belgio, Olanda, Danimarca, Svezia Norvegia ) nei quali appunto il re non ha alcun potere effettivo , poco più di una rappresentazione teatrale o folcloristica.**

**In effetti la divisione dei tre poteri non funziona e non ha mai funzionato veramente nei paesi democratici ma resta solo una questione di principio. Se esaminiamo tutti gli ordinamenti occidentali vediamo che i tre poteri interferiscono fra di loro in modo molto complesso , non sono affatto autonomi**

**gli uni dall'altro Ma al di al dei formalismi. in realtà. il potere nelle democrazie moderne risiede nei partiti che sono gli organismi che raccolgono il consenso popolare e nei rispettivi leader. Infatti noi attribuiamo al governo le leggi ( e a piena ragione): diciamo che Renzi ( il governo da lui diretto) ha abolito l art. 18 ( e non diciamo il parlamento) e d'altronde il governo è diretta emanazione del parlamento ( se c'è disaccordo si fanno elezioni)**

**La dialettica è fra i partiti , maggioranza e minoranza non fra potere esecutivo e potere legislativo- Possiamo dire pero che in alcuni ordinamenti e non solo quelli democratici il potere è in qualche modo controllato da una serie di persone e istituzioni e non accentrato in una sola persona**

**Non si può giudicare se uno stato sia o meno democratico prendendo come criterio le opinioni, per altro del tutto teoriche, di qualcuno come Montesquieu che visse 250 anni fa in un contesto del tutto diverso. Nella realtà gli stati democratici , quelli effettivamente storicamente realizzati, non hanno affatto seguito al divisione dei poteri come prima mostrato , ma solo un certo bilanciamento della varie autorità. Nelle repubbliche presidenziali come gli USA il maggior potere spetta al presidente eletto direttamente dai cittadini controbilanciato dal parlamento : tuttavia gli uni e gli altri sono pur sempre una emanazione dei partiti: chiaramente i rappresentanti democratici appoggeranno un presidente democratico e ostacoleranno uno repubblicano e viceversa. Nelle repubbliche parlamentari invece esiste, come in Italia, il presidente che ha un potere detto di coordinamento degli altri tre**

**poteri che non sempre risulta poi chiaro oscillando fra la pura rappresentazione simbolica e la ingerenza in tutti gli altri**

**Bisogna poi considerare a parte il potere giudiziario: per i giudici non si può parlare di un potere perchè essi non sono chiamati a prendere decisioni discrezionali come il governo o il parlamento: si parla quindi di una funzione tecnica (NON di un potere) di accertare se la legge sia stata violata o meno in casi specifici. Il giudice non può decidere della moralità o opportunità di una certa azione ma solo se essa è permessa, conforme a meno a quello che i poteri (parlamento, governo) hanno deciso che sia giusto e/o opportuno**

**E vero senza altro vero che nelle democrazie la sua indipendenza dal potere deve essere garantita  
In realtà però l'autonomia spetta ad essi in qualunque ordinamento altrimenti non avrebbe senso la loro presenza ; presso i Romani, come presso i Cinesi, non esistevano giudici come corpo separato. La autorità o il popolo riunito stabiliva la colpevolezza e la entità delle pene ( si pensa al governatore Pilato che condanna Gesù)  
Dal medio evo in occidente nasce invece una categoria di funzionari a cui spetta il compito di giudicare e il cui giudizio deve essere rispettato da tutti, anche dal sovrano stesso. Ovviamente tutto ciò in linea teorica: il contesto**

**politico . sociale condizionava pesantemente la autonomia dei giudici. Spesso si ricorreva al giudizio dei pari per evitare interferenze e scontri fra classi e gruppi sociali ( si pensi ai tribunali ecclesiastici per il clero)**

**D'altra parte anche nella nostra epoca non possiamo pensare che i magistrati non possano essere condizionati dai fatti politici. Anche nella URSS di Stalin i giudici erano formalmente autonomi: eppure ci furono le tremende purghe staliniane formalmente sanzionate da giudici teoricamente autonomi**

**Anche nel mondo moderno non possiamo pensare che ai magistrati come persone che applicano solo e semplicemente le leggi al di fuori di ogni convincimento personale politico e culturale**

**Possiamo discutere della opportunità o meno di certi ordinamenti come la divisione di magistratura inquirente e giudicante, della composizione degli organismi di governo della magistratura, della responsabilità civile e penale dei magistrati nell'esercizio delle loro funzioni ma non possiamo dire che qualunque controllo sulla loro attività sia un attentato alla divisione dei poteri e quindi alla democrazia**

## La séparation des pouvoirs

[www.vie-publique.fr](http://www.vie-publique.fr)

Si cette théorie est souvent invoquée dans les régimes démocratiques, elle a été plus ou moins rigoureusement mise en pratique. La France a, pour sa part, développé sa propre conception de la séparation des pouvoirs, fondée sur la limitation des attributions de l'autorité judiciaire à l'égard de la puissance publique.

### La théorie classique

La théorie classique de la séparation des pouvoirs distingue trois fonctions principales au sein des différents régimes politiques :

- la fonction d'édiction des règles générales constitue la fonction législative ;
- la fonction d'exécution de ces règles relève de la fonction exécutive ;
- la fonction de règlement des litiges constitue la fonction juridictionnelle.

Partant du constat que, dans le régime de la monarchie absolue, ces trois fonctions sont le plus souvent confondues et détenues par une seule et même personne, la théorie de séparation des pouvoirs plaide pour que chacune d'entre elles soit exercée par des organes distincts, indépendants les uns des autres, tant par leur mode de désignation que par leur fonctionnement. Chacun de ces organes devient ainsi l'un des trois pouvoirs : le pouvoir législatif est exercé par des assemblées représentatives, le pouvoir exécutif est détenu par le chef de l'État et les membres du Gouvernement, le pouvoir judiciaire, enfin, revient aux juridictions.

L'objectif assigné par Montesquieu à cette théorie est d'aboutir à l'équilibre des différents pouvoirs : "Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir."

### La doctrine des checks and balances

Cette théorie a fortement inspiré les rédacteurs de la Constitution américaine, qui ont institué en 1787 un régime présidentiel organisé selon une séparation stricte des trois pouvoirs, tempérée par l'existence de moyens de contrôle et d'action réciproques conçus conformément à la doctrine des "*checks and balances*" (que l'on peut traduire par l'existence de procédures de contrôles et de contrepoids).

Afin d'éviter que chacun des pouvoirs n'abuse de ses prérogatives, les constituants américains ont ainsi prévu un strict partage des compétences entre organes fédéraux et États fédérés. Ils ont également réparti le pouvoir législatif entre deux assemblées, donné au Président un droit de veto sur les textes législatifs, et reconnu parallèlement au Sénat la faculté de s'opposer aux nominations relevant du Président ou encore aux traités internationaux négociés par l'administration.

### La séparation des pouvoirs et la protection des droits de l'homme

L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 se réfère également à cette théorie en disposant que "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des

**pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution". La séparation des pouvoirs apparaît ainsi comme le corollaire indispensable de la protection des droits naturels de l'homme : le contrôle mutuel qu'exercent les trois pouvoirs les uns envers les autres préserve l'individu des atteintes à ses droits fondamentaux. Dans le même temps, la séparation des pouvoirs constitue un obstacle au despotisme et à la tentation du pouvoir personnel, puisqu'aucune personne ne peut concentrer entre ses mains la totalité des attributs de la souveraineté.**

**De la séparation stricte à la collaboration des pouvoirs**

**Toutefois, cette théorie n'a pas toujours été strictement mise en œuvre par les différents régimes démocratiques. En effet, une séparation trop stricte des pouvoirs peut aboutir à la paralysie des institutions : tel fut le cas en France sous le Directoire (1795-1799) et sous la IIe République (1848-1851), où le conflit entre l'exécutif et le législatif s'est à chaque fois soldé par un coup d'État.**

**Aussi de nombreux régimes préfèrent-ils le principe de la collaboration des différents pouvoirs à celui de leur stricte séparation : la distinction entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire demeure, mais ces pouvoirs disposent de moyens d'action les uns à l'égard des autres. La faculté pour le chef de l'État de dissoudre l'une des chambres composant le Parlement, la possibilité pour le pouvoir législatif de renverser le Gouvernement, la soumission des magistrats du parquet à l'autorité hiérarchique du Gouvernement en sont autant d'exemples.**

**La conception française de la séparation des pouvoirs**

**En outre, la théorie de la séparation des pouvoirs a pris, en France, une signification particulière, que le Conseil constitutionnel a qualifiée, dans une décision du 23 janvier 1987, de "conception française de la séparation des pouvoirs". Celle-ci se distingue de la théorie classique, puisqu'elle trouve son origine dans les lois des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III (2 septembre 1795) qui interdisent aux tribunaux de l'ordre judiciaire de connaître des litiges intéressant l'administration. Par ces textes, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ont été soustraits au contrôle des juridictions judiciaires, au motif que celles-ci ne disposaient pas d'une légitimité suffisante pour juger des actes émanant d'autorités procédant du suffrage universel et agissant au nom de l'intérêt général. L'institution d'une juridiction administrative à compter de l'an VIII (1799) devait partiellement modifier cette situation : depuis cette date, les actes de l'administration ont pu être contestés, mais devant une juridiction, distincte de l'autorité judiciaire. Au sommet de l'ordre administratif se trouve le Conseil d'État, créé en 1799, qui outre ses fonctions juridictionnelles exerce un rôle de conseil du Gouvernement.**

**La « conception française de la séparation des pouvoirs » est donc aujourd'hui associée à l'existence d'une dualité de juridictions dans notre système institutionnel**