

ALJS VIGNUDELLI*

Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente

SOMMARIO: 1. Definizione del concetto e limitazione dell'oggetto dell'indagine alle sole "dottrine" della separazione dei poteri.– 2. Separazione non specializzata e separazione specializzata: due modelli a confronto.– 3. Le principali critiche mosse alle dottrine della separazione dei poteri.– 3.1. Critiche logiche: a) arbitrarietà dell'individuazione di tre funzioni.– 3.1.1. (*Segue*) b) Inconciliabilità tra separazione dei poteri e sovranità popolare. – 3.2. Critiche di diritto positivo: a) ancora l'inconciliabilità tra separazione dei poteri e sovranità popolare. – 3.2.1. (*Segue*) b) Sovrapposizioni funzionali. – 4. Intermezzo: la "questione" delle leggi provvedimento. – 5. Ancora sulle critiche di diritto positivo: (*segue*) c) emersione di nuove funzioni (indirizzo politico). – 5.1. (*Segue*) d) Divisione "verticale" dei poteri. – 5.2. (*Segue*) e) Asimmetria tra "funzioni" ed "apparati". – 6. La separazione dei poteri oggi: un modello "a geometria variabile"? – 7. Ostacoli apparenti alla tenuta del modello "a geometria variabile": a) leggi d'interpretazione autentica. – 7.1. (*Segue*) b) La "questione" dell'attività creativa del giudice (ed in particolare della Corte costituzionale). – 7.2 (*Segue*) c) La "questione" dell'autodichia e quella della volontaria giurisdizione. – 8. Tenuta del modello "a geometria variabile" alla luce dei dati testuali sistematicamente letti: la dottrina della separazione dei poteri tra bilanciamento e specializzazione.

1. *Definizione del concetto e limitazione dell'oggetto dell'indagine alle sole "dottrine" della separazione dei poteri*

La locuzione "separazione dei poteri", od altre equivalenti che parlano di "divisione" in luogo di "separazione" e/o di "funzioni" in luogo di "poteri", designa, banalmente, una formula organizzativa, un modello di spiegazione, attinente all'articolazione ed al funzionamento degli apparati pubblici titolari del potere legale¹.

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ In questa sede ci si riferisce, evidentemente, alla separazione (o divisione) c.d. orizzontale (o funzionale) dei poteri, con ciò intendendosi la divisione (o separazione) dei poteri *sovrani* (e quindi *originari*). Altra cosa è, invece, la divisione (o separazione) c.d. verticale (o territoriale) dei poteri, seguendo la quale l'*esercizio* dei poteri viene distribuito su più *livelli territoriali* (cfr. sul punto G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2001, spec. 11 ss.). La dimensione verticale della suddivisione dei poteri è stata, come si vedrà a suo

La suddetta formula, al di là delle ambiguità che in essa allignano², risponde comunque, in una qualsiasi delle sue declinazioni, alla fondamentale *ratio* che il potere legale in questione, se frazionato, meno facilmente degenera in autoritarismo e/o dispotismo rispetto a quando risulti *concentrato* in un'unica persona e/o in un unico apparato (confusione dei poteri)³.

tempo, uno degli argomenti maggiormente utilizzati per affermare la *crisi e/o il superamento* della tradizionale tripartizione funzionale (cfr. tra gli altri, F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, voce in *N.ss. Dig. It.*, Utet, Torino, 1966, 472 ss. e G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, voce in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1985, 670 ss.). Tuttavia, senza anticipare le conclusioni cui si perverrà in chiusura, può rilevarsi che profilo funzionale e profilo territoriale non sono necessariamente incompatibili, ben potendo immaginarsi una funzione sovrana "condivisa" tra diversi enti territoriali, per cui la tripartizione continuerebbe ad operare sempre allo stesso modo tra funzioni *sovrane*, seppure individuate *pro quota*, sulla base di *competenze* (legislative, amministrative, giurisdizionali) stabilite da un *atto superiore* (la Costituzione).

² A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, voce in *Enc. Giur.*, Istituto Poligrafico Zecca di Stato, Roma, 1990, 1 ss. (*ad vocem*).

³ Senza pretendere di rifare, nemmeno *in brevis*, la storia del concetto, possono peraltro isolarsi, in prospettiva diacronica, alcuni nodi significativi che risulteranno utili per inquadrare i ragionamenti di diritto positivo che si svilupperanno nelle prossime pagine. Ed allora può innanzitutto ricordarsi che la "separazione dei poteri" è il risultato delle più varie riflessioni di studiosi e pensatori che avevano in comune la *diffidenza* verso le organizzazioni politiche autoritarie. Già nell'età classica uno dei *tópoi* della riflessione filosofica era costituito dal tema della *degenerazione* delle forme di governo (comportanti la persecuzione dell'avversario politico e la minaccia alla proprietà privata), con conseguente opzione per il c.d. governo misto, il quale garantiva ora l'*indipendenza del giudice dal potere politico* (PLATONE, *La Repubblica*), ora la distinzione tra momento deliberativo, esecutivo e giudiziario (ARISTOTELE, *Il Politico*), ora il parallelismo tra funzione ed organo titolare della stessa (POLIBIO, *Storie*). Risale all'epoca medievale, invece, la *distinzione tra gubernaculum e iurisdictio* (H. BRACON, *De legibus et consuetudinibus Anglie*), sebbene con un significato diverso da quello odierno, dato che, allora, non serviva a separare il potere "legislativo" da quello "giudiziario", ma il momento "politico" della scelta di governo ed il momento "giuridico" della sua formulazione in regola scritta con conseguente applicazione di essa (regola) all'interno dei tribunali. È solo con MARSILIO DA PADOVA che s'introduce l'opposizione tra *ius condere* e *ius dicere* modernamente intesa (*Defensor pacis*), con una priorità *assiologia* del primo sul secondo, in virtù della considerazione che la funzione (che oggi diremmo) "legislativa" spetta al popolo, mentre quella (che oggi diremmo) "esecutiva" viene collocata in capo ad *organi eletti dal popolo* (F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, voce in *N.ss. Dig. It.*, cit., 474).

Soltanto con la riflessione di J. LOCKE (nei *Due trattati sul governo*, tr. it., Utet, Torino, 1948), però, fa capolino per la prima volta il concetto moderno di separazione dei Poteri, distinguendosi quattro funzioni fondamentali dello Stato (legislativa, esecutiva, politica estera, provvedimenti d'urgenza), ciascuna delle quali farebbe capo ad un preciso *apparato* (il Parlamento per la funzione legislativa, il Re per le restanti tre), sebbene l'articolazione tradizionale della formula – riportata nel testo – sia dovuta a C.L. MONTESQUIEU (*L'esprit des lois*, Paris, 1748). In questa fase è assai evidente il *collegamento* tra la *formula politica* e la *diversa base sociale dei vari organi supremi statuali*, tale per cui ciascun "organo" rappresentava una

data classe sociale in concorrenza con gli altri organi (rappresentativi delle altre classi sociali), in un gioco di reciproco bilanciamento che finiva col garantire la composizione pacifica delle tensioni sociali.

A J.J. ROUSSEAU (*Contratto sociale*, in *Scritti politici*, a cura di P. Alatri, Utet, Torino, 1970) si deve, invece, l'introduzione nella formula in questione della *sovranità popolare*, identificata con la titolarità della funzione principale del sistema, quella *legislativa*, cui viene contrapposta la funzione di esecuzione, attribuita ad un governo, eletto ma distinto dal popolo sovrano. La sintesi del pensiero liberale di Montesquieu e di quello democratico di Rousseau è dovuta a I. KANT (*Principi metafisici della dottrina del diritto*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utet, Torino, 1956), il quale teorizza il perfetto parallelismo tra ciascun organo e ciascuna funzione, ed in più afferma (come Rousseau) la prevalenza del potere legislativo sugli altri due in ossequio al principio della *sovranità popolare*.

Nel XIX secolo la riflessione si sposta decisamente dal piano politico a quello giuridico – anche per reazione agli eventi rivoluzionari che avevano prodotto l'epopea napoleonica – rivalutando il ruolo del Re in contrapposizione al popolo (ed ai suoi tribuni). Si collocano in tale clima le riletture del principio di separazione rinvenibili in B. CONSTANT (*Principi di politica*, tr. it., Roma, 1970), che riconduce la funzione legislativa ad un Parlamento *bicamerale* ed attribuisce al Monarca una funzione “neutra” indipendente dalla vera e propria funzione *esecutiva* (attribuita al Governo).

Il cambiamento è ben più evidente nella riflessione di F. HEGEL (*Lineamenti di filosofia del diritto*, tr. it., Bari, 1974), nella quale i “poteri” divengono mere articolazioni funzionali dello Stato, titolare di un monopolio della forza legale che nasce e permane *unitario*, e giunge a compimento con P. LABAND (*Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Mohr, Tübingen, 1911), il quale perfeziona il transito dalle teorie soggettive del XVIII secolo (per cui “Potere” equivale ad “organo”) a quelle oggettive (per cui “potere” diviene sinonimo di “funzione”), in virtù delle quali l'analisi dei poteri. Statali va sviluppata a partire dai contrassegni formali che caratterizzano gli atti provenienti da un dato organo. La conseguenza di un simile cambio di prospettiva è nitidamente percepibile nella teoria di G. JELLINEK (*Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlin, 1929) sulla *centralità* e *supremazia* della funzione *amministrativa* sulle altre, essendo il governo primo “momento” di manifestazione dell'esistenza dello Stato. Ad H. KELSEN (*Teoria generale del diritto e dello stato*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 1967) si deve il superamento della teoria formale-sostanziale di Laband e Jellinek, mercè la riconduzione della funzione *giurisdizionale* nell'alveo di quella *esecutiva*, per cui i soggetti istituzionali (organi) necessari si riducono a due, l'uno incaricato della funzione di *legis latio* (potere legislativo), l'altro della *legis executio* (potere esecutivo, comprensivo della *iusdictio*, anch'essa rappresentante una forma di “esecuzione” della legge). La bipartizione kelseniana a differenza di quella di Marsilio da Padova *supra* ricordata, aveva un fondamento logico-analitico (una regola può soltanto essere posta -creata - ed applicata - eseguita -) e, conseguentemente, anche la *priorità* del potere legislativo su quello esecutivo finiva per avere un fondamento logico e non *assiologico*: si può applicare solo una regola esistente, quindi prima viene il momento della creazione della regola, e solo a quel punto “nasce” la possibilità di una sua “applicazione”: non è più il “governo” il primo momento di manifestazione del potere, bensì la posizione del comando. Alle medesime conclusioni perviene, seppure attraverso la diversa via del recupero della dimensione *soggettiva* a scapito di quella *oggettiva*, R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Sirey, Paris, 1931, nel quale la *supremazia* del potere legislativo viene desunta dal *principio di legalità*, il quale implica che gli

Ciò detto, peraltro, prima di procedere nell'analisi, conviene fare un po' d'ordine sui significati e sulla portata del concetto. Ed allora preme evidenziare, innanzi tutto, uno sforzo linguistico che, in quanto consistente in un'omissione, rischierebbe d'andare perduto se non denunciato: s'è volutamente omessa, per ora, la qualificazione della separazione dei poteri come *principio giuridico*, in quanto, pur essendo correntemente frequentato il sintagma "principio di separazione (o divisione)", il primo nodo da affrontare è se la suddetta formula organizzativa sia caratterizzata o no da una dimensione prescrittiva, se la "separazione", cioè, sia una vera e propria *regola* ovvero una mera *regolarità*.

Anche nell'arcinota *vulgata* montesquieuiana (secondo la quale le *funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale* – "poteri" con la minuscola – sono distribuite fra distinti apparati – "Poteri" con la maiuscola –, generalmente designati col nome di *Parlamento, Governo ed Ordine giudiziario*), in effetti, emerge talora una concezione meramente *teorica* della formula e, talaltra, è dato riscontrarne una più decisamente *dottrinale* (nel senso di prescrittiva)⁴.

In particolare, è dato individuare tre possibili significati della "separazione dei poteri":

- a) separazione-*distinzione*, ovvero pura constatazione del *fatto* che le organizzazioni politiche distribuiscono al loro interno il potere sovrano⁵;
- b) separazione-*bilanciamento* (o separazione "non specializzata"), nel senso generico di *tecnica* finalizzata a perseguire un tipo di distribuzione del potere sovrano, tale che nessun organo costituzionale sia mai in grado di prevalere *definitivamente* sugli altri⁶;
- c) separazione *in senso stretto* (o "specializzata"), alludendo con ciò alla *specificata* tecnica di distribuzione del potere consistente nell'attribuzione a ciascun organo costituzionale d'una ed una sola funzione (la specializzazione, appunto)⁷.

"sconfinamenti" del Parlamento sul terreno dell'amministrazione (leggi provvedimento: *amplius* § 4) abbiano rilevanza *politica*, mentre nell'ipotesi speculare ("incursioni" del potere Esecutivo nella sfera di competenza parlamentare) opera il criterio *giuridico* della *gerarchia*.

⁴ Cfr. M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto* 2004, Giappichelli, Torino, 2005, 1 ss.

⁵ "Vi sono, in ogni Stato, tre tipi di poteri: il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti [esecutivo *scil.*] e il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto civile [giudiziario *scil.*]" (C.L. MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle leggi*, Cap. VI, libro XI).

⁶ "Chiunque abbia potere è portato ad abusarne; egli arriva sin dove non trova limiti (...). Perché non si possa abusare del potere occorre che (...) il potere arresti il potere". (C.L. MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle leggi*, Cap. IV Libro XI).

⁷ Una "funzione" è detta rispettivamente "specializzata" o "non specializzata" se (R. GUASTINI, *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, 22 ss.):

– un solo organo può esercitare un dato potere o meno;

La separazione-distinzione si limita a descrivere un fenomeno (una regolarità, un *Sein*), a prendere atto, cioè, dell'effettivo assetto istituzionale di certi ordinamenti, senz'assumere alcun atteggiamento direttivo in proposito: è una *teoria*, utile (e non contestabile) sul piano conoscitivo, che non svolge alcuna funzione propriamente giuridica (ove per diritto s'intenda non tanto un "fatto" quanto uno strumento per la sua misurazione⁸). Viceversa la separazione negli altri due significati declinati *sub b*) e *c*) denuncia un'evidente attitudine a dirigere gli assetti di potere: sono, cioè, non semplici interpretazioni della realtà ma *dottrine giuridiche* che aspirano a orientare la realtà verso certi sviluppi piuttosto che altri (regole e quindi *Sollen*)⁹.

Di conseguenza, una prima conclusione alla quale è possibile pervenire, già in questa sede, è la seguente: dal momento che la separazione-distinzione è una *teoria conoscitiva*, e quindi attiene alla comprensione dell'*essere*, essa non può essere criticata sul piano del *dover essere*, per cui esula dall'oggetto della presente indagine. Non solo: proprio la circostanza che i varî diritti positivi si caratterizzano, sul piano *fattuale*, per la distinzione – e non per la confusione – dei poteri, rende incontestabile la *teoria* della separazione, potendosi

- nessun altro organo può ostacolare od inibire l'esercizio di quel potere o meno;
- nessun altro organo può incidere sull'efficacia degli atti esplicazione di quel potere o meno.

Tale accezione si desume da altrettanto famosi passi contenuti sempre nel capitolo settimo dell'undicesimo libro, in cui, l'autore, parlando in particolare del rapporto intercorrente tra potere giudiziario e potere legislativo, conia la fortunata metafora del giudice "*bouche de la lois*", nel senso che la funzione giurisdizionale avrebbe valenza puramente *dichiarativa*, nel concreto, del comando che la legge ha posto nell'astratto: "i giudici della nazione sono solo la bocca che pronuncia le parole della legge: esseri inanimati che non possono moderarne la forza né il rigore".

Si noti – onde non ingenerare confusioni terminologiche –, che il "giudice" di Montesquieu è molto diverso dal magistrato togato (che è un burocrate di professione), così come noi siamo abituati a pensarlo: i giudici cui alludeva l'autore dello *Spirito delle leggi* erano infatti privati cittadini sorteggiati di volta in volta per giudicare altri cittadini e che, dopo aver adempiuto al compito cui erano stati chiamati, tornavano alle proprie ordinarie occupazioni: appunto per questo Montesquieu poteva affermare, senza essere seriamente contraddetto, che non solo il potere giudiziario era *impersonale*, ma altresì che era un potere *nullo* (M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, cit., 7).

⁸ *Amplius* su questi temi sia consentito rinviare al nostro *Diritto costituzionale*, I, Giappichelli, Torino, 2005, 2 ss..

⁹ In altri termini, quando s'intenda la "separazione dei poteri" nei termini *sub a*), "separazione" significa "non-confusione" e "poteri" (significa) "funzioni": si dice che un dato sistema è strutturato in un certo modo, ma non si guarda ai motivi (*ratio*) per cui esso è costruito in tal guisa, né si spiega se tale strutturazione sia effettivamente in grado di soddisfare lo scopo per cui è stata concepita, oppure come dovrebbe altrimenti avvenire la distribuzione del potere per perseguire efficacemente la suddetta *ratio*.

al limite controvertere sulla *dottrina* della separazione-bilanciamento e/o su quella della separazione *stricto sensu*.

2. *Separazione non specializzata e separazione specializzata: due modelli a confronto*

Le discussioni, dunque, verteranno sulle *dottrine* della separazione, ovvero sulle *regole* che dovrebbero presiedere alla distribuzione dei compiti statali sulla base di determinati fini politici e/o criteri tecnico-giuridici, (regole) ricostruibili sulla base delle formule designate come “bilanciamento” e “separazione specializzata”.

Nello specifico, come anticipato, la *separazione-bilanciamento* (da molti detta anche “divisione”¹⁰) persegue l’equilibrio istituzionale attraverso una qualsiasi tecnica di frazionamento del potere legale che si ritenga e/o dimostri idonea allo scopo: in questa chiave “separazione” vale “indipendenza reciproca”¹¹ e “Potere” assume la connotazione *soggettiva* di “organo”¹². Il modello organizzativo in discorso, com’è noto, “spiega” sia gli assetti di potere tipici degli ordinamenti di *common law*, sia, più in generale, ogni sovrapposizione tra *Parlamento* e *Governo* allorché, ad esempio, il primo emani le c.d. leggi-provvedimento e, specularmente, il secondo (emani) atti normativi con forza di legge (su questo punto si tornerà *infra* nel § 4).

Nel modello di *separazione stricto sensu*, per contro, prevedendosi che l’equilibrio fra gli organi sovrani si realizzi *esclusivamente* attraverso la specializzazione funzionale, “separazione” assume la connotazione più rigida di “incomunicabilità” e “poteri” indica, ad un tempo, “organi” e “funzioni”. La separazione *stricto sensu* viene tradizionalmente invocata in quegli ordinamenti (di *civil law*) nei quali si ritiene che il giudice non possa in nessun modo creare norme giuridiche, ma debba limitarsi a svolgere una funzione dichiarativa (*dice-re*) del diritto oggettivo (*ius*) nel caso concreto¹³.

¹⁰ Ad esempio A. Cerri, G. Bogneri e G. Silvestri nelle opere citate *supra*.

¹¹ L’indipendenza reciproca implica l’assenza d’ogni interferenza in relazione alla *formazione*, al *funzionamento* ed alla *durata* dell’uno da parte dell’altro organo e viceversa, ma, giova ripetersi, non richiede che entrambi non possano essere titolari di poteri attinenti alla medesima funzione.

¹² Si ricorda che in quest’ottica qualunque *tecnica* garantisca questo risultato è accettabile, anche qualora i “poteri” (*oggettivamente* intesi) attribuiti a ciascun “organo” siano riconducibili a funzioni diverse, e si creino quindi delle *sovrapposizioni funzionali* (che nel modello *de quo* rappresentano, anzi, l’ipotesi normale).

¹³ Senz’avventurarsi in una tematica alquanto complessa (i cui profili rilevanti ai fini della presente analisi verranno peraltro ripresi al momento opportuno), non può non ricordarsi il dibattito intorno all’*attività interpretativa del giudice*. In particolare, sarà possibile dire che il giudice *non crea diritto* se e solo se, in teoria dell’interpretazione, si privilegia

In ambedue le declinazioni sopra riportate, peraltro, identica permane la *ratio* della dottrina della separazione – suddividere il potere legale – e, conseguentemente, intatto si manifesta il contenuto logico minimo d’una simile formula, consistente in una sorta di “divieto di cumulo” di tutte funzioni in un unico apparato. Ciò, si badi, non esclude, *logicamente*, che un ipotetico apparato possa aggregare più d’una funzione, essendo preclusa soltanto l’aggregazione *totale* di *ogni* funzione: del resto, lo stesso Locke, pur individuando quattro funzioni statali, attribuiva tre di esse al Re e solo quella legislativa veniva imputata al Parlamento¹⁴. Ciò non di meno, anche alla luce dell’evoluzione storica della riflessione sui poteri sovrani, il nucleo della dottrina *de qua* sembra implementabile, sul piano teorico-politico, arrivando a sostenere che essa comporti, al giorno d’oggi, il divieto d’attribuzione *integrale* di *più d’una* qualsiasi delle funzioni fondamentali in capo allo stesso organo¹⁵ (non potendosi, però, arrivare ad escludere *qualsiasi* reciproca interferenza, com’avviene, tipicamente, nelle ipotesi di divisione non specializzata).

Sembra discendere da ciò un preciso rapporto tra i due concetti di separazione-bilanciamento e separazione specializzata: l’uno non esclude e/o si oppone all’altro, bensì l’uno (bilanciamento) *contiene logicamente* l’altro (separazione specializzata), dato che la separazione *stricto sensu* altro non è che una forma *specifica d’equilibrio di Poteri* conseguita attraverso una (più) rigida “divisione del lavoro” (in cui si tende all’eliminazione delle sovrapposizioni funzionali) anziché attraverso una loro mutua interferenza (in cui l’equilibrio interorganico è cioè l’*esito* di varie azioni e reazioni).

3. *Le principali critiche mosse alle dottrine della separazione dei poteri*

un’impostazione *formalistica* o almeno *eclettica* (come sembra preferibile: cfr. H. HART, *Il concetto di diritto*, tr. it., Einaudi, Torino, 2002 e M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un’introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2003) del problema: infatti solo a condizione che tutte le (o parte delle) proposizioni normative abbiano un significato univoco (e quindi meramente “dichiarabile”) sarà possibile isolare concettualmente un’attività di “*ius dicere*” distinta dallo “*ius condere*”. In caso contrario d’adesione alla tesi *scettica* (estrema o moderata, poco rileva), tutte le proposizioni normative presenteranno un grado più o meno elevato d’*equivocità* risolubile solo in sede d’*applicazione* attraverso un’attività *creativa* di norme (cfr., rispettivamente, M. TROPER, *Cos’è la filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2003 e R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004).

¹⁴ J. LOCKE, *Due trattati sul Governo*. Sul tema cfr. anche F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1965, 17 ss., spec. 24 ss..

¹⁵ C. EISENMANN, *L’esprit des lois et la séparation des pouvoirs*, in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933.

Ciò non di meno, le dottrine della separazione dei poteri sono oggi, in diversa misura, ambedue considerate in crisi da parte significativa della dottrina, sia, talvolta, per ragioni di carattere *logico*, sia, più spesso, adducendo argomenti ricavati dal diritto positivo, quasi sempre nel suo *concreto divenire*. Ne discende che, a fronte della persistente validità della riflessione *teorica* sulla separazione, da più parti viene criticata con forza (pressoché da tutti) la separazione *stricto sensu* come formula antistorica ed addirittura arbitraria, ma non manca chi evidenzia altresì i limiti di tenuta della più blanda separazione-bilanciamento, anch'essa inidonea, nella sua astrattezza, a dare conto una volta per tutte delle complesse interazioni fra organi supremi, meglio attagliandosi in materia – secondo la versione più raffinata – una spiegazione in base a meri “cicli funzionali” in cui l'organo esercente una data funzione sia da individuarsi volta per volta, a seconda della concreta scaturigine della “vicenda” giuridica considerata (e così, un certo apparato potrà svolgere contemporaneamente un'attività decisoria ed un'attività di controllo purchè in relazione a “cicli” differenti)¹⁶.

Ciò posto, per ragioni di ordine converrà esporre e sottoporre a vaglio critico separatamente le argomentazioni di carattere logico e quelle di carattere giuridico-positivo.

3.1. Critiche logiche: a) arbitrarietà dell'individuazione di tre funzioni

La prima e fondamentale critica mossa alle dottrine della separazione dei poteri s'incentra sulla persistente attualità della *tripartizione* in *legislativo*, *esecutivo* e *giudiziario*, dei “poteri”, intesi in senso sia soggettivo (organi), sia oggettivo (funzioni).

Da un lato, si nota come gli ordinamenti *positivi* prevedano l'esistenza sia di *organi costituzionali*, sia di *funzioni statali* in numero superiore a tre, e s'interpreta tale “ipertrofia” – organica e funzionale – quale “metafora” della crescente complessità sociale contemporanea, analogamente a come la *tripartizione* del XVIII e XIX secolo aveva rappresentato la risposta alla (minore) complessità delle società dell'epoca.

Dall'altro lato, sul piano *concettuale*, si fa rilevare come tra i due estremi della *confusione assoluta* e della *specializzazione assoluta* (concernente un numero virtualmente illimitato di organi e/o funzioni) qualsiasi punto *intermedio* (ivi compresa la “classica” tripartizione), sia un semplice *precipitato storico*¹⁷: l'unica *differenziazione* pensabile ed ineliminabile in tale dimensione (logica), infatti, è quella tra *creazione (legis-latio)* ed *applicazione (legis-*

¹⁶ G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., spec. 714 ss.

¹⁷ Così, ad esempio, G.U. RESCIGNO, *Divisione dei poteri*, voce in AA. VV., *Dizionario critico del diritto*, a cura di C. Donati, Savelli, Milano, 1980, 94 ss..

executio) della norma giuridica¹⁸. In questa prospettiva, ogni ulteriore articolazione (ad iniziare da quella tra “amministrazione” e “giurisdizione”) ha una rilevanza puramente *teorica* (conoscitiva), nei termini d’una “risposta” concreta alle esigenze politiche di ciascuna comunità.

Si conclude, pertanto, per l’insostenibilità *logica* dell’impianto tripartito, (insostenibilità) di cui la concreta evoluzione degli ordinamenti giuridici rappresenta la certificazione sul piano pratico: la tradizionale articolazione dei poteri appare ad un tempo – sul piano concettuale – eccessivamente ampia (i “momenti” del potere sono solo due) e – sul piano *positivo* – troppo limitata (le funzioni e gli organi sono più di tre).

Ciò non di meno, può innanzitutto ritenersi condivisibile la constatazione che risulta difficile ragionare di separazione in termini diversi da quelli tradizionali¹⁹, dato che, come evidenziato anche da un’autorevole dottrina²⁰, il modo di pensare del giurista tende irresistibilmente a distinguere l’attuazione *concreta* d’un comando generale (l’atto amministrativo), dal *controllo* sull’idoneità di tale attuazione (la sentenza) e, più in generale, esistono specificità di ciascuna categoria di atti (leggi, provvedimenti, sentenze), tali da giustificare una loro autonoma considerazione: basti osservare che mentre la legge investe (almeno potenzialmente) in ugual maniera la generalità dei soggetti dell’ordinamento (sia i cittadini, sia i funzionari pubblici: cfr. ad esempio l’art. 3, comma 1, della Costituzione italiana), il provvedimento investe il concreto destinatario con effetti *opposti* rispetto a quelli che si realizzano in capo all’amministrazione (si pensi al procedimento espropriativo), mentre la sentenza, a sua volta ancora, produce effetti nella sfera giuridica del destinatario, rispetto ai quali il funzionario-giudice è totalmente indifferente²¹.

A questo punto, poi, cambia anche la percezione e la valutazione del fenomeno di “ipertrofia” funzionale ed organica che caratterizza gli odierni ordinamenti positivi: non si tratta della “prova” dell’erroneità delle dottrine della tripartizione, ma, semmai, l’at-testazione della loro perdurante validità, dato che i commentatori in discorso si limitano ad *integrare* la partizione montesquieuiana con ulteriori elementi (quale, ad esempio, la c.d. funzione d’indirizzo *politi-*

¹⁸ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, tr. it., Torino, Einaudi, 1966, spec. 217 ss. e 381 ss.. Del resto, spesso l’analisi teorica trova rispondenza nelle esigenze pratiche: Locke affermava la necessità di separare potere creativo e potere applicativo del diritto, rilevando come se chi avesse il potere di fare le leggi avesse anche il potere di eseguirle, molto probabilmente cederebbe alla tentazione di dispensare se stesso dalla loro osservanza, ovvero di crearsene di favorevoli. Egli sostiene questa precisa *ratio* nel § 148 del *Trattato sul Governo civile*. Sul tema cfr. anche F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1965, 25.

¹⁹ R. GUASTINI, *Lezioni di teoria costituzionale*, cit., 15 ss..

²⁰ F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1987, 30.

²¹ IDEM, voce *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, Ist. Enc. It., Roma, 1989, 3 (*ad vocem*).

co²², su cui si tornerà nel § 5), inserendoli, però, nell'intelaiatura preesistente²³. Tutto ciò sembra implicare che le ulteriori articolazioni – organiche e funzionali – dei poteri non riescono comunque a prescindere dal “nucleo originario” individuato dai pensatori del XVIII secolo.

Rispetto a questa prima critica mossa alle dottrine della separazione, dunque, sembra possibile concludere per la sua irricevibilità: se anche il profilo puramente logico sembra ammettere una mera bipartizione tra creazione ed applicazione del diritto, un approccio giuridico più stringente dimostra l'autonomia concettuale dei tre “momenti” legislativo, esecutivo e giurisdizionale. Quanto, poi, all'obiezione che il diritto positivo “conosce” oggi funzioni (ed organi) in numero ben superiore a tre, basti, per ora, rilevare che le c.d. funzioni ulteriori si aggiungono alle – e non sostituiscono le – tre originarie, che dunque non perdono, per ciò solo, di spessore e/o consistenza²⁴: il modello tradizionale potrà essere considerato oggi insufficiente, ma non risulterà in nessun caso totalmente falsificato.

3.1.1. (Segue) b) *Inconciliabilità tra separazione dei poteri e sovranità popolare*

Il secondo ordine d'obiezioni alle dottrine della separazione dei poteri sul piano concettuale poggia sull'asserita incompatibilità dell'idea di “equilibrio” tra entità soggettive che non possono non essere “uguali” (in caso contrario si determinerebbe per forza di cose uno “squilibrio” di Poteri) con quella per cui il potere *sovrano* proviene dal *popolo*: non ha senso, infatti, in presenza d'un simile concetto, porsi un problema d'equilibrio tra poteri “paritari” (nel senso che ciascuno di essi sarebbe “emanazione” d'un diverso centro d'interessi²⁵),

²² Cfr. ad es. E. CHELI, *La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico*, in Aa. Vv., *Manuale di diritto pubblico*, II, a cura di G. Amato ed A. Barbera, Il Mulino, Bologna, 1997, 7 ss..

²³ In questo senso, vedi, paradigmaticamente, G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, Utet, Torino, 1996, 372 ss., spec. 376. Le conclusioni di questa dottrina, non a caso, culminano in un progressivo “allontanamento” dal modello di *separazione specializzata* ma non rinnegano, ed anzi propendono per, il modello anglosassone del *bilanciamento* (A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, cit. e F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, cit., spec. 487 ss.); e persino se condotte alle loro estreme conseguenze (i c.d. *cicli funzionali*: G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., spec. 710 ss.), simili approcci al tema non riescono a prescindere dal modello mentale di tre secoli fa (infatti ciascun organo costituzionale svolge pur sempre una funzione di produzione, applicazione o controllo del diritto).

²⁴ Sull'assunto, invece, che le c.d. funzioni ulteriori debbano essere poste sullo stesso piano delle tre in discorso, si ragionerà nel successivo § 3.2.

²⁵ H. BOLINGBROKE, *The idea of a patriot king, 1738* (articolo apparso sul settimanale *Craftsman*: cfr. F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., 27, nt. 43). L'A. pone in evidenza come, sin dall'origine, l'assetto istituzionale inglese (in cui

dato che il principio democratico (*rectius*: la sovranità popolare), per definizione, instaura una *gerarchia* tra i diversi “Poteri”, (gerarchia) al cui vertice si colloca, per l'appunto, il popolo con le sue determinazioni, in grado di prevalere sulle volontà (eventualmente) contrastanti provenienti da altri “Poteri” non – o non altrettanto – democratici²⁶.

La suddetta critica è astrattamente corretta a condizione che i due concetti (separazione dei poteri e sovranità popolare) vengano posti sul medesimo piano e vantino la medesima estensione. In altri termini, il contrasto logico si crea nel momento in cui si vogliono utilizzare contemporaneamente la separazione dei poteri e la sovranità popolare, ad esempio, per “giustificare” l'uso del potere legale: la separazione “giustifica” il potere ricostruendolo come “prodotto”, “esito”, di spinte contrapposte; la sovranità popolare “giustifica” il potere riportandolo alla volontà del sovrano (il popolo). ~~Peraltro, se~~ ~~il~~ ~~popolo~~ ~~riappropria~~ ~~il~~ ~~potere~~ ~~potrebbe~~ ~~essere~~ ~~scinder~~ ~~le~~ ~~sfe~~ ~~re~~ ~~di~~ ~~operatività~~ ~~dei~~ ~~due~~ ~~concetti~~, verrebbe altresì meno la necessità d'instaurare un rapporto logico tra di essi e, conseguentemente, (verrebbe meno) la contraddittorietà insita nel loro contemporaneo utilizzo. Ma questo tipo di verifica va svolta sul piano del diritto positivo, e perciò si rinvia la trattazione sul punto al prossimo § 3.2 in cui, per l'appunto, s'affronteranno tali tematiche sotto il profilo giuspositivo.

3.2. Critiche di diritto positivo: a) ancóra l'inconciliabilità tra separazione dei poteri e sovranità popolare

Le considerazioni da ultimo effettuate ci portano dunque dal piano *logico* a quello *positivo* (per quanto qui interessa, quello dell'ordinamento italiano).

Come detto, sembrerebbe sussistere, in ultima analisi, un'incompatibilità tra dottrine della *separazione dei poteri* (in ambedue le varianti prospettate) e *sovranità popolare*. Quest'ultima, infatti, s'è visto, postula (o dovrebbe postulare), in generale, la prevalenza del *popolo* su qualsiasi potere costituito, e conseguentemente, sembrerebbe non poter non implicare

il concetto di separazione nacque ed ebbe il suo sviluppo) fosse nient'altro che la risultante dell'interazione tra organi diversi (in particolare, la Corona da una parte ed il Parlamento dall'altra) che in tanto potevano contrapporsi in quanto ciascuno di essi si facesse portatore, con uguale dignità e con uguale “peso”, di interessi provenienti da ceti diversi. E così, in particolare, il Parlamento poteva rivendicare verso il Re prerogative e pretese in quanto rappresentante del ceto nobiliare, che vantava interessi diversi da quelli della Corona.

²⁶ H. KELSEN, *La democrazia*, 5ª ed., tr. it., Il Mulino, Bologna, 1984, spec. il saggio *Essenza e valore della democrazia*, 35 ss.

altresì una primazia dell'organo rappresentativo del popolo, il Parlamento, su qualsiasi altro organo costituzionale²⁷.

Nel diritto italiano l'opzione in favore della sovranità popolare emerge dall'art. 1, comma 2, Cost., a mente del quale "la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione". A questo proposito, va però innanzitutto rimarcata la *varietà di significati* che può assumere la locuzione "sovranità popolare"²⁸: questa formula, infatti, può sottintendere, allo stesso modo, tanto la necessità che al popolo si riconoscano poteri *diretti* (tipo quelli referendarî *ex art. 75 Cost.*), quanto che debba esistere un sistema elettorale per la scelta dei governanti. Né può escludersi che in tale sintagma il riferimento alla "sovranità" sia *atecnico*, o meglio abbia valenza eminentemente *politica*, la sovranità in senso proprio spettando pur sempre al Governo, e cioè allo *Stato-apparato*.

Ove fosse vera quest'ultima ipotesi, evidentemente, la critica in discorso perderebbe di consistenza proprio per il venir meno del suo presupposto fondativo, ovvero l'operare i due concetti di separazione e sovranità popolare sul medesimo piano e con la medesima estensione. Ma anche ove non si volesse accogliere aprioristicamente tale significato esclusivamente politico della sovranità popolare (come peraltro suggerirebbe il canone dell'interpretazione *sistematica*), in un approccio alla tematica *de qua* che voglia essere giuspositivistico non possono trascurarsi le regolarità empiriche con cui i concetti debbono comunque fare i conti, pena il loro ridursi a vuote declamazioni di stile. In questa chiave, emerge come la sovranità intesa in senso giuridico si manifesti ricorrentemente con caratteristiche che la sovranità popolare non può vantare; in particolare, si allude alla stabilità ed alla continuità nell'esercizio del potere di decisione²⁹. E comunque, anche qualora si volesse perseverare nell'intendere la locuzione "sovranità popolare" in termini strettamente giuridici, esiste un'ipotesi interpretativa

²⁷ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella costituzione italiana (note preliminari)*, in IDEM, *Stato popolo governo*, Giuffrè, Milano, 1985, 91 ss.. Questa opinione ritiene che la sovranità popolare possa (debba?) – nell'ipotesi in cui venga formulata nei testi costituzionali – sostituirsi integralmente a quella dello Stato apparato, dato che il c.d. dogma della sovranità dello Stato non farebbe altro che perpetuare l'esperienza storica dell'assolutismo. Diametralmente opposta a questa è la linea dottrinale che riconduce la sovranità popolare dentro la cornice teorica dello Stato apparato, considerando il popolo (o meglio, il corpo elettorale) organo di quest'ultimo (E. TOSATO, *Sovranità popolare e sovranità dello Stato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, 1 ss.).

²⁸ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, I, Il Mulino, Bologna, 1991, spec. 93 ss..

²⁹ In proposito, s'è detto che il popolo ha solo il potere di scegliere i propri reggitori, sia il capo dello Stato, sia i rappresentanti parlamentari. Al massimo, in taluni ordinamenti più evoluti, il corpo elettorale viene coinvolto in *referendum* od iniziative legislative. La sovranità in senso propriamente giuridico, invece, comporta un ufficio continuativo, come solo lo Stato può avere: M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit..

in grado di far venir meno la (pretesa) incompatibilità tra questa e la separazione dei poteri, (ipotesi interpretativa) che ha base testuale proprio nell'art. 1, comma 2, della Costituzione, laddove si *distingue tra "titolarità" ed "esercizio" della sovranità*.

In base a quest'interpretazione, può cioè sostenersi che *titolare* della sovranità sia il *popolo*, ma che l'*esercizio* di essa sia dalla Costituzione demandato, in linea di principio, ai *Poteri costituiti* (cioè gli organi dello Stato-apparato, *in primis* il Parlamento), i quali opereranno "in regime" di *separazione* – piuttosto che di confusione – *funzionale*. A chi obiettasse che non possono esistere contemporaneamente due sovrani in senso *giuridico* (nel caso di specie, *popolo* e *Stato*, inteso quest'ultimo come somma dei Poteri costituiti), in quanto "sovrano" è chi "sta sopra"³⁰ a tutti gli altri (soggetti), può ribattersi che, nel nostro caso, *non un soggetto*, bensì un *atto* (la Costituzione), risulta formalmente posto al di sopra del popolo sovrano³¹, che, dunque, ben può essere al tempo stesso "sovrano" e sottoposto alla Costituzione.

Riprendendo, a questo punto, anche il filo del ragionamento lasciato in sospeso *sub* § 3.1.1., può estendersi la conclusione raggiunta sulla base delle notazioni di diritto positivo testé effettuate altresì al piano logico, dato che s'è dimostrato come i due concetti (separazione dei poteri e sovranità popolare) vengano positivamente collocati (e quindi non possano non essere anche *pensati*) su piani diversi, risultando, pertanto, compatibili.

3.2.1. (Segue) b) Sovrapposizioni funzionali

I ragionamenti sino ad ora effettuati sul filo del diritto positivo, quindi, dimostrerebbero la conciliabilità del principio della sovranità popolare con la separazione dei poteri (almeno se intesa in termini di mero *bilanciamento*), potendosi, al più, controvertere sul perdurante vigore della più ristretta formula della separazione specializzata.

La critica alla separazione *specializzata* muove dalle seguenti constatazioni:

³⁰ G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna, 2004-2005, 15.

³¹ S. FOIS, *Il principio di sovranità e la sua crisi*, in AA. VV. (Associazione italiana dei costituzionalisti), *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra* (Torino, 25-26 ottobre 1996), Cedam, Padova, 2000, 248 ss. Tale ragionamento spiega altresì come sia possibile parlare di "sovranità limitata" senza cadere in contraddizione: non è vero che il potere sovrano debba essere sempre e comunque "illimitato" e, quindi, *assoluto*. È il potere *costituente* ad essere *assoluto*, e quindi "illimitato", mentre la sovranità "costituita" può essere soggetta a limiti. Del resto, il potere *costituente* trova anch'esso una "naturale" limitazione nel rilievo che esso *si esaurisce con un solo atto d'esercizio*, ed ha quindi una dimensione *puntuale*, mentre il potere *costituito* ha per sua natura una dimensione *durevole* (*Ibidem*, 250).

1) la funzione *legislativa* (*rectius: normativa*) è *condivisa* tra Parlamento e Governo (si pensi ai decreti legge, ai decreti legislativi, ai regolamenti governativi), ed inoltre esiste un *organo di giustizia costituzionale* che può annullare le leggi del Parlamento³² (su quest'ultimo punto torneremo più avanti nel § 7: per il momento concentriamo l'attenzione sul binomio Parlamento-Governo);

2) la funzione *amministrativa* è in parte attribuita al potere giudiziario (c.d. volontaria giurisdizione ed esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero *ex art. 112 Cost.*), ed il Parlamento emana non di rado leggi c.d. provvedimento (su cui cfr. il successivo § 4);

3) la funzione *giurisdizionale* ordinaria deve fare i conti con casi di c.d. giurisdizione domestica – accordata agli organi costituzionali di vertice proprio per garantirne l'indipendenza dagli altri "Poteri" – ed inoltre è indirettamente influenzabile dal potere legislativo, quando questo emani leggi c.d. di *interpretazione autentica* (anche su quest'ultimo punto torneremo più avanti nel § 7).

Da queste constatazioni, basate tanto su dati formali quanto sull'osservazione empirica, discenderebbe *de plano* l'irricevibilità del modello della separazione *specializzata*, in quanto a nessun apparato costituzionale è associabile una funzione sovrana in via *esclusiva*, ma, al massimo, in via di *prevalenza*, proprio come avviene tipicamente nel modello del bilanciamento.

Tutti i rilievi riportati – pur indubbiamente corretti nella misura in cui descrivano un dato di realtà – non risultano però persuasivi, in quanto può obiettarsi che non necessariamente da essi deve desumersi un *totale* abbandono dello schema della tripartizione specializzata: se pure vi sia, ad esempio, "confusione" nelle relazioni tra *Parlamento* e *Governo* quanto alla funzione *normativa*, non si vede perché si debba fare di questa sovrapposizione funzionale la "regola generale" di tutte le relazioni interorganiche ed interfunzionali tra gli organi costituzionali.

Al contrario, guardando ai dati testuali, risulterà chiaro che sussistono forti elementi per concludere che la relazione tra *Potere legislativo* ed *Ordine giudiziario* sia di *separazione specializzata*: l'art. 70 Cost. dispone infatti che "la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere", mentre l'art. 102, comma 1, riserva la funzione giurisdizionale all'Ordine giudiziario. Se a ciò s'aggiunge che l'art. 104, comma 1, Cost. definisce quest'ultimo "ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere", può dedursi che lo

³² S'aggiungano, poi, l'evoluzione concreta di tali istituti, che attesta un ricorso massiccio alla decretazione d'urgenza ed alla delega legislativa (tali da spostare *de facto* l'esercizio della funzione normativa dal Parlamento al Governo), nonché l'impetuoso sviluppo della giurisprudenza costituzionale, ormai da tempo fuoriuscita dagli angusti limiti di un controllo di stretta legittimità.

schema del *bilanciamento* “spiega” con certezza le relazioni tra Governo e Parlamento quando svolgano le funzioni legislativa ed esecutivo-amministrativa, ed in parte – come si dirà nel § 7 –, quelle tra Governo ed Ordine giudiziario in tema di funzione esecutivo-amministrativa. Ma non dice nulla, per esempio, rispetto alle eventuali interferenze di Governo e Parlamento sul titolare della funzione giurisdizionale.

In definitiva, le osservazioni addotte da 1) a 3) dimostrano unicamente che la separazione specializzata *non* è un modello di spiegazione in grado di dare conto di tutte le interazioni tra organi costituzionali. Che, però, tali relazioni debbano trovare spiegazione in un modello teorico unitario è, logicamente, un fatto indimostrato, e, dogmaticamente, un’affermazione insostenibile proprio alla luce delle disposizioni costituzionali citate.

4. *Intermezzo: la “questione” delle leggi provvedimento*

Prima di proseguire nella disamina degli altri rilievi critici, sembra opportuna una riflessione più approfondita sulle sovrapposizioni funzionali tra Parlamento e Governo. Data al momento per pacifica l’*alterità* organico-funzionale della Magistratura, infatti, le interferenze possono svolgersi secondo una duplice direttrice: i) il Governo *crea* diritto in concorrenza col Parlamento; ii) il Parlamento *applica* il diritto (*rectius*: emana leggi autoapplicative) invadendo la sfera d’attribuzioni del Potere esecutivo.

In un approccio non puramente logico alle tematiche *de quibus*, la prima direttrice non crea grandi problemi ricostruttivi: a fronte di un’attribuzione “generale” della potestà legislativa all’organo direttamente rappresentativo del popolo, disposizioni di segno contrario sono infatti inquadrabili a sistema utilizzando o il criterio ermeneutico della *specialità* (così l’art. 77 Cost. è *lex specialis* rispetto all’art. 70 Cost.), col conseguente divieto d’interpretazione analogica e/o estensiva; ovvero (sono inquadrabili) ricorrendo al criterio di *gerarchia* (per cui il potere normativo secondario del Governo è “istituito” e “regolato” dalla legge stessa, mentre quello primario resta comunque soggetto ad un controllo preventivo o successivo del Parlamento in sede di delega o conversione).

Maggiori nodi problematici contiene invece la *seconda direttrice di sovrapposizioni funzionali*, quella che, sinteticamente, potremmo definire di “provvedimentalizzazione” o “amministrativizzazione” della legge. Con la locuzione “legge-provvedimento” s’intende infatti quell’atto formato e reso efficace dal Parlamento secondo le *procedure* prescritte dagli artt. 70 e ss. Cost. e dai regolamenti parlamentari, e tuttavia avente un contenuto *concreto* (*id est: non normativo*). E si dice: non sussiste separazione dei poteri (in senso stretto) in quanto attraverso tali atti il titolare della funzione legislativa (Parlamento) invade l’ambito delle competenze

di un altro apparato (Governo-pubblica amministrazione)³³.

Si noti bene: anche in alcune di tali ipotesi, ammessa e non concessa (come si vedrà di seguito) l'esistenza di una norma "generale" che attribuisca al Governo-pubblica amministrazione la funzione esecutivo-amministrativa, sarebbe in ogni caso possibile utilizzare il criterio ermeneutico della *lex specialis*, per cui sarebbero sicuri esempi (tra gli altri) di leggi aventi contenuto *non normativo*, sia quelle d'autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali *ex art. 80 Cost.*, sia quelle d'approvazione del rendiconto consuntivo e del bilancio preventivo dello Stato *ex art. 81, comma 1, Cost.* Il problema si porrebbe, invece, qualora – esistente la norma "generale" di cui sopra – venissero emanate leggi non normative "innominate" senza che nessuna esplicita disposizione costituzionale (come invece fanno gli artt. 80 e 81 Cost.) autorizzi simile contenuto (non normativo), cioè leggi-provvedimento *tout court*, che, pur vantando la *forma* di legge, sarebbero, in sostanza, *provvedimenti amministrativi*.

In altri termini, occorre rispondere a due interrogativi tra loro strettamente connessi:

- i) se la c.d. legge provvedimento sia costituzionalmente legittima;
- ii) se sia rinvenibile in Costituzione una c.d. riserva di funzione esecutivo-amministrativa in capo al Governo-pubblica amministrazione.

Bisogna in proposito brevemente ricordare che la contrapposizione tra "astrattezza" della legge e "concretezza" del provvedimento amministrativo risale ai sistemi giuridici liberali del XIX secolo: nello *stato di diritto* (*Rechtstaat*), infatti, la *suprema garanzia* contro gli abusi del potere Esecutivo (personificato nel Re) era costituita dalla *supremazia* della *legge ordinaria*, che si voleva formulata in modo *impersonale* (generale) e tendenzialmente *permanente* (astratta), così da vincolare stabilmente i concreti atti regî ad

³³ A tale interrogativo è evidentemente sottesa una *concezione sostanziale della legge* (e dell'attività legislativa): se, infatti, l'interprete guardasse esclusivamente al *nomen iuris*, al procedimento formativo, al regime di impugnabilità dell'atto (ovvero: alle *forme*), la risposta sarebbe immediata. L'atto normativo *chiamato* legge (che segue il *procedimento* formativo di cui agli artt. 70 e ss. della Costituzione e viene *impugnato* per illegittimità davanti alla Corte Costituzionale), *quale che ne sia il contenuto*, è *valido*. Diversamente potrebbe concludersi soltanto se fosse possibile rintracciare, nel diritto positivo, una *riserva d'amministrazione* che *vietasse* al Parlamento d'"invadere" coi suoi atti i campi d'intervento del Governo-pubblica amministrazione (*amplius, ultra* nel paragrafo). La domanda, cioè, implica che vi sono (vi possono essere) atti *formalmente ma non sostanzialmente* legislativi e, specularmente, che sono (almeno) immaginabili atti *sostanzialmente ma non formalmente* legislativi, in quanto alla parola «legge» va associato *non tanto un regime giuridico specifico* (*nomen*, procedimento di formazione, pubblicazione, collocazione gerarchica, attribuzione di competenza, impugnazione e caducazione), quanto piuttosto un *contenuto tipico* (comando *generale* ed *astratto*). Sull'impossibilità, tuttavia, di rinvenire nell'ordinamento una riserva d'amministrazione che funga da "base positiva" di una concezione sostanziale della legge che superi quella formale dell'art. 70 Cost. si dice nel paragrafo poco più avanti.

un'applicazione del diritto che fosse *imparziale* e *certa*.

La giustificazione della supremazia della legge veniva ancorata al suo essere espressione della volontà dell'organo *rappresentativo* del popolo, ladove gli atti esecutivo-amministrativi erano espressione della (sola) volontà del Re (sovrano). L'avvento dei regimi democratici del XX secolo ha potenziato questa vocazione "generalizzante" della legge, anche perché, con la traslazione della sovranità – pur se intesa in senso meramente *ideologico* – dal Re al popolo ha fatto venir meno anche la contrapposizione ottocentesca tra Sovrano e Parlamento. Non solo: il diffuso "irrigimento" delle costituzioni negli ordinamenti democratico-liberali del secondo dopoguerra ha altresì consentito di trasferire quella che era stata sino ad allora una costruzione meramente dottrinale sul piano giuridico formale, creando un livello normativo *più elevato* rispetto all'"ordinario" spiegarsi dell'attività legislativa.

Detto ciò, l'analisi del diritto positivo italiano attesta che dei due caratteri della legge individuati dalla scienza del diritto pubblico del XIX secolo – generalità ed astrattezza –, solo la generalità sembra aver ricevuto esplicito riconoscimento nell'art. 3, comma 1, Cost., a mente del quale "tutti i cittadini (...) sono uguali davanti alla legge (...)". Sarebbe a dire che non possono esservi cittadini sottratti all'efficacia della legge medesima, e, quindi, che la stessa *deve* essere formulata in termini *general*i. Se ciò è vero, la c.d. astrattezza, da intendersi come "ripetibilità nel tempo"³⁴ del comando legislativo, costituisce caratteristica "naturale" ma non necessaria della legge, che, dunque, purchè generale, ben può essere *non normativa*, ossia attinente ad un singolo ed individuato problema (la legge provvedimento, appunto)³⁵.

Neppure può ritenersi che al riconoscimento della legittimità delle leggi provvedimento "innominate" osti l'art. 97 Cost., il quale, secondo una certa interpretazione³⁶, nel prevedere una *riserva* di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici, implicitamente e specularmente *riserverebbe all'amministrazione* tutto ciò che non attenga all'"organizzazione" degli stessi. Questa linea interpretativa, infatti, trascura che l'imposizione della riserva

³⁴ Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Cedam, Padova, 1993, 29 ss..

³⁵ E del resto, che cosa sono, almeno nella maggior parte dei casi, le leggi di conversione dei decreti-legge, se non leggi-provvedimento che stabilizzano gli effetti di decreti governativi scaturiti dalla necessità di risolvere singoli e puntuali problemi? Né risulta che alcuno dubiti della loro (delle leggi di conversione) legittimità costituzionale.

³⁶ Il riferimento è di nuovo a V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, ed a M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzativa della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966; *contra*, però, la maggioritaria dottrina. Tra gli studi classici che negano la riserva d'amministrazione possono vedersi S. FOIS, *La riserva di legge*, Giuffrè, Milano, 1963 e C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano, 1968. Per una recente ed aggiornata rilettura del tema cfr. M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Dir. pubbl.* 2000, 673 ss..

mira ad evitare che il Parlamento si disinteressi totalmente (almeno) dell'organizzazione degli uffici pubblici, e quindi gli impone di disciplinarli con suo atto; ma, una volta acquisito quel *minimum*, non può certo avere il significato ulteriore d'impedire al Parlamento stesso di andare oltre, occupandosi a sua discrezione anche di altri profili. Il comando della Costituzione, in altri termini, è un *divieto di disimpegno totale*, non certamente un *divieto d'impegno totale* (o, il che è lo stesso, *obbligo* di rispettare gli "spazi" dell'Esecutivo-amministrazione)³⁷.

Deve pertanto concludersi che la potestà legislativa di cui parla l'art. 70 Cost. ha valore esclusivamente *formale*, nel senso d'attribuire al Parlamento il *potere di fare leggi formali*, senza stabilire nulla sul *contenuto* delle stesse (leggi)³⁸.

Ovviamente, poi, la suddetta conclusione presuppone una chiara presa di posizione in ordine alla *natura* dell'attività legislativa ordinaria, considerata *libera nel fine* (tranne i *divieti* espliciti ricavabili dalle fonti costituzionali) e non integralmente vincolata all'attuazione – in positivo – d'un ipotetico progetto normativo totalizzante contenuto nella Carta fondamentale. Segnatamente, in favore di quest'ultima ricostruzione s'è sostenuto³⁹ che l'irrigidimento della Costituzione avrebbe determinato un *nuovo tipo di rapporto tra la Costituzione e la legge (ordinaria)*, (rapporto) assimilabile a quello esistente tra *la legge ordinaria e gli atti dell'esecutivo-amministrazione*, e cioè un rapporto di mera *discrezionalità*.

Si noti: non si nega – per ora (ma vedi *infra* sub iii e iv) – che, laddove la Costituzione indichi degli obiettivi al legislatore (norme programmatiche), questi possa essere vincolato, almeno politicamente, a perseguire quello scopo; quello che è controverso è se, *al di là* delle ipotesi dettate dalle c.d. norme programmatiche – ed a maggior ragione a prescindere dalle prescrizioni dirette contenute nella stessa Costituzione, che "scavalcano" il legislatore ordinario: *Drittwirkung* – le fonti superprimarie abbiano una *generale attitudine* a vincolare la potestà normativa del Parlamento sino a degradarla da attribuzione libera nella scelta del fine a mero potere di scelta dei mezzi atti a perseguire un

³⁷ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, in AA. VV., *Manuale di diritto pubblico*, I, a cura di G. Amato e A. Barbera, Il Mulino, Bologna, 1997, 117 ss. il quale effettua anche alcuni pertinenti rilievi sull'elisione delle garanzie giurisdizionali per i cittadini che derivano dall'atto legislativo provvedimento rispetto a quanto non avverrebbe qualora il provvedimento fosse tale anche formalmente (e non solo sostanzialmente): si pensi ai limiti della cognizione della Corte costituzionale rispetto al Tribunale amministrativo (ed ancor più rispetto al giudice ordinario), dai poteri cautelari a quelli istruttori (cfr. spec. 136 ss.).

³⁸ Cfr. A. CERVATI, *Art. 70*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1985, I ss.. V. anche *retro* nt. 33.

³⁹ F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Giap-pichelli, Torino, 2002.

fine *aliunde* determinato.

Alla “amministrativizzazione” della potestà legislativa ordinaria sembrano però opponibili principalmente le seguenti considerazioni:

i) l'esistenza di una potestà normativa *praeter Constitutionem* è rintracciabile nella Costituzione stessa: *se*, infatti, l'art. 138 Cost. prevede, oltre alle leggi di *revisione* costituzionale, le *altre leggi costituzionali*; e *se*, come sostiene la dottrina prevalente, tale seconda categoria di leggi costituzionali svolgerebbe una *funzione estensiva dell'ordinamento costituzionale* (ampliando, cioè, il novero di rapporti disciplinati direttamente dalle fonti *superprimarie*); allora ciò significa (e non può non significare) che *esistono ambiti di rapporti non pre-occupati dalla Costituzione*, eppure giuridicamente rilevanti. Ed almeno rispetto a questi non può escludersi che la potestà normativa ordinaria *permanga libera* e non degradi a *potestà discrezionale*;

ii) una considerazione *storico-politica* della vicenda che ha portato alla promulgazione dell'attuale Carta costituzionale sembra dimostrare che s'è trattato d'un fatto *episodico* e *straordinario*, che ha determinato l'*inserimento una tantum* in un tessuto normativo per il resto *immutato* d'un documento “rinforzato” a garanzia di valori condivisi che la precedente esperienza autoritaria aveva dimostrato non sufficientemente assicurati dal presidio della legge ordinaria. In tal senso, la Costituzione rappresenta un *limite minimo invalicabile* dal legislatore ordinario, ma non un'ipoteca totalizzante sulle sue scelte future;

iii) del resto, nemmeno quando siasi in presenza di vere e proprie norme programmatiche è dato parlare, se non attecnicamente, di “discrezionalità” legislativa: v'è infatti una chiara *differenza qualitativa* tra la *discrezionalità amministrativa* e quella *legislativa*, che emerge se solo si prenda in considerazione il concetto d'*interesse pubblico*. In particolare, non esiste un interesse pubblico costituzionalmente definito, così come invece esiste un interesse pubblico legislativamente definito, perché lo stesso *pluralismo istituzionale* esclude in radice la *concepibilità di un interesse pubblico unitario di livello costituzionale*, l'unico che, in ipotesi, renderebbe plausibile la degradazione dell'attività legislativa⁴⁰. Viceversa, solo la legge ordinaria (e quindi l'attività legislativa) esprimendo le *combinazioni possibili dei principi (e dei programmi) costituzionali*⁴¹, individua il preciso interesse pubblico al cui perseguimento può essere funzionalizzata un'intera attività (quella dell'apparato amministrativo servente);

⁴⁰ A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1986, 794.

⁴¹ La legge non è quindi mera esecuzione della Costituzione ma atto libero creativo di diritto, anche se di un diritto particolare e contingente, frutto dell'interpretazione dell'ordinamento che, secondo il principio di maggioranza, riescono, di volta in volta, a darne i soggetti politici dominanti (G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti*, Eges, Torino, 1984).

iv) a riprova di quanto detto, infine, può rilevarsi come, essendo l'attività *discrezionale* propriamente detta *obbligata* in relazione all'*an* e *libera* solo in relazione al *quomodo*, è possibile *sanzionare l'inerzia* del titolare del potere di provvedere con la *costituzione in mora*. Viceversa, l'*impossibilità di sanzionare giuridicamente l'inerzia del Parlamento* (che non può essere messo in mora, se non politicamente dagli elettori) rappresenta l'ulteriore e finale riprova della natura libera anche rispetto all'*an* della potestà legislativa ordinaria.

In definitiva, la potestà legislativa del Parlamento, oltre che *formale*, è anche *libera nel fine*, il che dimostra, in assenza d'una esplicita norma costituzionale di "riserva d'amministrazione", la legittimità delle c.d. leggi provvedimento⁴², e, ai fini che ci riguardano, l'impossibilità di ricostruire i rapporti tra Governo e Parlamento nei termini di una separazione specializzata: tra i due organi vige infatti una separazione non specializzata, un *bilanciamento*, peraltro *asimmetrico*, nel senso che mentre le invasioni di campo del primo in materia legislativa sono *tassative* (artt. 76-77 Cost.), quelle del secondo in materia amministrativa sono virtualmente indeterminate.

5. *Ancóra sulle critiche di diritto positivo: (segue) c) emersione di nuove funzioni (indirizzo politico)*

Tornando adesso ai rilievi critici mossi alla formula della separazione dei poteri, residuano alcuni argomenti che coinvolgono la tenuta della stessa formula del *bilanciamento*, se inteso *in senso forte*, ovvero nei termini d'una formula che prescriva qualcosa in più della mera *alterità*, stabilita volta per volta (il già menzionato ciclo funzionale⁴³), tra organo decidente ed organo controllante (ovviamente tale critica coinvolge – a maggior ragione e nuovamente – anche la formula della separazione *specializzata*). In effetti, quest'autorevole linea dottrinale interpreta il "bilanciamento" in modo talmente evanescente da privarlo pressoché integralmente di una reale dimensione *prescrittiva* in quanto:

⁴² Ciò, d'altro canto, non significa che qualora le leggi-provvedimento contrastino con altre disposizioni costituzionali che non siano l'art. 70 non possano essere annullate: non è anzi improbabile che, proprio per le caratteristiche intrinseche d'una legge di tale tipo, una legge provvedimento *contrasti col principio d'uguaglianza formale* (art. 3, comma 1, Cost.), sebbene, in tali casi, l'illegittimità deriverà non tanto dal difetto d'astrattezza, quanto dal difetto di generalità. Così come, per altro verso, non di rado l'*autoapplicatività immediata* delle disposizioni-provvedimento finisce col realizzare una *lesione* della garanzia della tutelabilità giurisdizionale delle *situazioni giuridiche soggettive* (art. 113 Cost.) e del *diritto di difesa* (art. 24 Cost.), (lesione) che non verrebbe realizzata qualora la medesima disposizione-provvedimento fosse contenuta in un atto amministrativo (ancora F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, cit., 138).

⁴³ G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., 706 ss.

1) si registrano fenomeni significativi che alterano ulteriormente lo schema della tripartizione funzionale, quali, principalmente, la c.d. funzione d'indirizzo politico e la divisione *verticale* dei poteri (tipiche degli stato *federali* e, in minor misura, *regionali*)⁴⁴;

2) dal punto di vista *soggettivo*, andrebbe adeguatamente valutata la presenza, nel sistema costituzionale, di figure quali il *Presidente della Repubblica*, la *Corte Costituzionale* e le *Autonomie Locali*, che vanno ad aggiungersi a *Parlamento*, *Governo* ed *Ordine giudiziario*.

Quanto ai rilievi *sub* 1, coloro che criticano la perdurante validità della formula della separazione dei poteri (sia nella variante della specializzazione, sia in quella del bilanciamento) invocano a sostegno le “nuove funzioni”, quali, in particolare, la c.d. funzione d'indirizzo politico⁴⁵. In proposito, va innanzitutto precisato, se mai ve ne fosse bisogno, che in questa sede con la locuzione “indirizzo politico” si fa riferimento al c.d. indirizzo politico *di maggioranza*, che si concretizza nel compimento di una serie variegata di *atti* – quali elezioni, nomine, voto di fiducia del Parlamento e delibera di scioglimento dello stesso o di un suo ramo, statuizioni sul bilancio, e così seguitando – espressione di un determinato *programma politico*⁴⁶. Come noto, esso ha base testuale nell'art. 95 della nostra Costituzione, ove si legge che “il Presidente del Consiglio dei ministri (...) mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo (...)”. Prescindendo dalla polemica sulla natura normativa o meno dell'indirizzo politico, può essere sufficiente notare come la suddetta “funzione” sia tale in un *sensu diverso* da quello delle funzioni tradizionali. Si prenda il caso della legge: essa è senz'altro espressione di funzione *legislativa*, ma, secondo la teorica in esame, non potrebbe non dirsi, nel contempo, espressione della funzione d'*indirizzo politico*, ove per “indirizzo politico” (di maggioranza) s'intenda, appunto, “la manifestazione di

⁴⁴ Senza dimenticare la c.d. *funzione di comunicazione* (della pubblica amministrazione), quella di *regolazione*, e, prima ancora quella *presidenziale*.

⁴⁵ Il discorso, per la verità, potrebbe estendersi a numerose altre “funzioni”, ma dato che tradizionalmente s'è posto con riferimento alla problematica dell'indirizzo politico (la prima di queste “nuove funzioni” ad essere “venuta a galla”), converrà trattare il problema generale da questa prospettiva, ben sapendo, tuttavia, che le conclusioni raggiunte a questo proposito hanno portata più generale, estensibile alla totalità delle c.d. nuove funzioni. La c.d. funzione d'indirizzo politico venne isolata, come noto, nel XIX secolo dalla dottrina tedesca estrapolando da quella che era considerata la *funzione fondamentale* dello Stato (quella *amministrativa*), la (sub)funzione di *governo* (*Regierung*), definitivamente affrancatasi dalle attribuzioni schiettamente amministrative solo in corrispondenza dell'affermarsi del concetto di sovranità popolare.

⁴⁶ Non si tratta in questa sede, dunque, di concetti diversi dall'indirizzo politico di maggioranza (o *governativo*), quali (sarebbero) l'indirizzo politico *costituzionale*, o i c.d. indirizzi politici *regionali*, *locali* e così avanti.

volontà armonica e coerente di uno o più soggetti in funzione del conseguimento di un fine politico⁴⁷.

Che la legge sia l'atto d'indirizzo politico per eccellenza è cosa sin troppo ovvia, così come ovvia (se non banale) appare la sua riconduzione altresì alla *funzione legislativa*; altrettanto indubitabile, però, è che non vi sono nell'ordinamento atti contemporaneamente ascrivibili a due o tutte e tre le funzioni "tradizionali": che uno stesso atto sia contemporaneamente espressione di due "funzioni" presuppone che si utilizzi la medesima parola con significati non coincidenti, dato che una legge non è una sentenza, né questa è un provvedimento amministrativo. Segnatamente, a proposito delle funzioni legislativa, esecutivo-amministrativa e giurisdizionale, l'utilizzo del termine "funzione" è *tecnico-formale*, riferendosi all'*attività* di un dato *organo* (Parlamento, Governo-pubblica amministrazione, giudici) che si traduca in un *atto tipico* (legge, provvedimento e sentenza), senza considerazione degli *effetti* che l'atto concretamente produce; per converso, accomunare il termine "funzione" ad "indirizzo politico" – ma il discorso vale, a ben vedere, per ogni altra c.d. nuova funzione – sottintende un utilizzo *empirico-sostanziale* del termine⁴⁸, nel senso che si mira in tal modo ad accomunare *attività* (*rectius*: *atti* espressione di attività, cioè "funzioni" in senso proprio) *tecnicamente e formalmente diverse*, le quali però tendano a realizzare uno scopo e/o risultato unitario (l'indirizzo politico).

Segue a quanto esposto che la critica alla separazione dei poteri basata sul rilievo che vi sarebbero "nuove" funzioni nulla prova in merito, dato che le "funzioni" di cui s'interessa la formula in discorso sono tali in senso diverso e non sovrapponibile a quello proprio del medesimo termine quando riferito alla locuzione "indirizzo politico" *et similia*.

5.1. (Segue) d) Divisione "verticale" dei poteri

Non dissimili sono le conclusioni cui è dato pervenire a proposito della critica (cfr. *retro* § 5 sempre n. 1) secondo la quale la dottrina della separazione dei poteri non terrebbe nel dovuto conto il fenomeno della dislocazione del potere pubblico su più livelli territoriali⁴⁹ e che quindi, al massimo, essa (dottrina) potrebbe fornire una chiave di lettura parzialissima – ed in ogni caso insoddisfacente – dell'odierno assetto organizzativo dei Poteri nei Paesi come il nostro⁵⁰.

⁴⁷ T. MARTINES, *Indirizzo politico*, voce in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1971, 135.

⁴⁸ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., nonché dello stesso autore, *Funzione*, voce cit., 2 (*ad vocem*).

⁴⁹ Il tema era stato brevemente accennato e parzialmente chiarito nella nt. 1.

⁵⁰ In tal senso, v. per esempio F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, cit., 483.

In proposito può innanzitutto notarsi come il fenomeno della divisione “verticale” dei poteri non fosse sconosciuto neppure nell’epoca d’oro della separazione (già Constant, infatti, ragionava pacificamente di un “potere municipale”), e tuttavia nessuno avvertì mai che tale fatto potesse inficiare la bontà della formula. Né può dirsi che gli studiosi d’allora incorsero in una macroscopica svista: semplicemente fu loro chiaro che i “poteri municipali” (o, come forse è più esatto dire oggi, “territoriali”) non costituiscono una falsificazione della dottrina della separazione in quanto:

i) o esercitano attività (o, se si vuole, “funzioni”) collegate a poteri *non sovrani* (di cui non s’occupa la dottrina della separazione dei poteri);

ii) oppure esercitano *porzioni* di attività (o, se si vuole, “funzioni”) *sovrane* che, però, restano sempre le classiche tre, quand’anche frazionate.

Sarebbe a dire che mentre la divisione orizzontale (o funzionale) attiene (o sembra attenere) a funzioni *sovrane* (e quindi *originarie*), la divisione verticale (o territoriale) attiene (o sembra attenere), al massimo, a funzioni *autonome* (e quindi *derivate*). E la formula della separazione/divisione dei poteri non s’interessa se non marginalmente della suddetta dimensione verticale.

5.2. (Segue) e) Asimmetria tra “funzioni” ed “apparati”

Quest’ultima critica, per la verità, costituisce l’aspetto particolare di un più generale rilievo concernente l’aspetto *organizzativo* – e non quello funzionale – della formula: infatti, nell’ordinamento italiano, esisterebbe una più generale asimmetria tra *funzioni* (sovrane) ed *apparati supremi* (retro § 5 n. 2) che rende la formula in questione inadeguata. Il riferimento normativo più importante si trova, come noto, nella contrapposizione della “magistratura” ad “ogni altro potere” ex art. 104, comma 1, Cost.. Ebbene, secondo la critica in parola, dalla stessa struttura della Parte II della Costituzione (in cui si disciplinano, nell’ordine il Parlamento, il Presidente della Repubblica, il Governo, la Magistratura, le Regioni, le Province, i Comuni – più quelle entità ectoplasmatiche che sono le Città metropolitane –, la Corte Costituzionale) si ricava l’esistenza di *almeno sei apparati*, sei “Poteri”, a fronte di *tre sole funzioni*. Tale asserzione, però, non prova nulla ai nostri fini, dato che, una volta preso atto della *circo- stanza* che il testo costituzionale ha affiancato, a quelli tradizionali, altri “Poteri”, si sarà semplicemente constatato, al massimo, che la dottrina della separazione può articolarsi in molti modi, senza che ci sia un necessario parallelismo tra numero delle funzioni e numero degli apparati.

V’è di più: se, ricordando quanto detto in apertura (§ 1), si può convenire che la fondamentale *ratio* della dottrina della separazione dei poteri sia quella di dividere il potere legale tra più centri in modo da limitare il rischio di dispotismo, un numero di apparati superiore a quello delle fun-

zioni giuridiche avrà semplicemente realizzato in modo più compiuto quell'obbiettivo, in quanto ciascuna o qualcuna delle tre funzioni sovrane, anziché essere appannaggio d'un unico apparato, potrà risultare condivisa tra due o più apparati. Il ragionamento proposto, ovviamente, risulta valido a patto che le funzioni sovrane, come dimostrato, siano e restino tre; diversamente, la separazione perderebbe la sua capacità di giustificare gli assetti vigenti e si tornerebbe ai rilievi svolti *retro* a proposito nelle c.d. nuove funzioni (§ 5).

6. *La separazione dei poteri oggi: un modello "a geometria variabile"?*

Esaurita in tal modo l'esposizione delle più comuni *critiche* mosse alle dottrine della separazione dei poteri ed illustrate brevemente alcune possibili risposte, è opportuno trarre qualche riflessione di sintesi.

Estromessa dall'orizzonte dell'indagine la mera *distinzione teorica* degli apparati e delle funzioni, s'è concentrata l'attenzione sulle *dottrine* della separazione specializzata e del bilanciamento; l'evoluzione dei sistemi giuridici occidentali, ivi compreso quello italiano, ha reso evidente l'impraticabilità del modello di separazione specializzata in relazione a *tutte* le interazioni tra gli apparati supremi dell'ordinamento; trarre da ciò un generalizzato abbandono della formula, però, è sembrata, anche sul piano logico, conclusione ultronea ed in ogni caso non coerente coi dati testuali della Costituzione italiana.

In particolare, volendosi limitare a due esemplificazioni, se l'esistenza d'una potestà normativa primaria del Governo e la legittimità costituzionale delle c.d. leggi provvedimento inducono a ricostruire il rapporto tra Governo e Parlamento come "bilanciamento" (*amplius* § 4), altrettanto evidentemente il combinato disposto degli artt. 70, 102, comma 1, e 104, comma 1, Cost. fa propendere per l'esistenza d'una *riserva di funzione giurisdizionale* – e quindi di "separazione specializzata" – in favore dell'Ordine giudiziario.

A tal proposito, necessita però una precisazione: contro quest'ultima asserzione, infatti, si potrebbe addurre che – per quanto corretta – risulti, di fatto, *inapplicabile*, non fornendo alcuna definizione espressa né della funzione *legislativa*, né di quelle *giurisdizionale* ed *esecutivo-amministrativa*. E neppure sembrerebbe opportuno ricorrere a definizioni basate su parametri *contenutistici* – quali la *generalità* ed *astrattezza* della legge, in contrapposizione alla *concretezza* dell'atto amministrativo e della sentenza –, oltre che per quanto detto in precedenza (§ 4), in considerazione del fatto che varrebbe in ogni caso

la giusta critica che tali parametri sono, se non arbitrari⁵¹, comunque frutto d'argomentazione *non stringente* e dunque meramente *persuasiva*.

Rispetto a questa possibile obiezione, ed ancora una volta senza pretesa d'esautività, può brevemente notarsi:

1) una definizione della funzione esecutivo-amministrativa in questa sede non è necessaria, essendo ai nostri fini tuttora accettabile la tesi tradizionale che la ricostruisce quale *funzione residuale*: non a caso, anche la nostra Costituzione menziona la funzione legislativa (art. 70) e quella giurisdizionale (art. 102, comma 1), ma tace sulla funzione amministrativa;

2) sembra possa dirsi dimostrato (§ 4) che “funzione legislativa” indichi sinteticamente, nella sua accezione minima e generalmente condivisa, l'*attività consistente nel fare le leggi*;

3) sembra possa altresì dirsi “legge” l'atto (il prodotto dell'attività) proveniente “collettivamente dalle due Camere” (art. 70 Cost.), coerentemente con la concezione formale della stessa accolta nel presente scritto (*ibidem*);

4) inoltre, sembra possibile servirsi dell'art. 3, comma 1, Cost., per ricavarne un precetto utile a determinare il contenuto della legge; segnatamente, il disposto “tutti i cittadini (...) sono uguali davanti alla legge (...)” è un comando che la Costituzione rivolge al Parlamento, imponendogli d'adottare una ben precisa tecnica legislativa: le leggi non debbono realizzare disparità di trattamento tra i loro destinatari;

5) il che implica, *logicamente*, che il comando legislativo sia formulato in modo *generale*, sia, cioè, indirizzato a *tutti*, essendo questo l'unico modo immaginabile per non incorrere nelle suddette disparità;

6) se però la funzione legislativa è l'attività parlamentare attraverso cui si pongono comandi generali, può da ciò indursi, *a contrario*, una definizione *formale* della funzione giurisdizionale, identificabile con l'*attività giudiziaria* consistente nel porre comandi *non*-generali, ovvero *singolari*;

7) le differenze tra le due tipologie di atti verranno poi ulteriormente specificate guardando agli ulteriori contrassegni formali in senso stretto, quali il *procedimento formativo*, il *regime giuridico*, il *nomen iuris*, la presenza o meno di una motivazione, e via discorrendo.

Se così è, risulta dimostrata anche la praticabilità concreta dello schema *composito* di separazione che sembra essere stato accolto dalla vigente Costituzione, uno schema che potrebbe essere definito “a geometria variabile” od “a tasso differenziato di permeabilità”. Anche tale “variabilità” e/o “differenziazione”, d'altronde, sembra operare secondo una logica ben precisa, non esaurendosi *sic et simpliciter* nella “registrazione” di quanto previsto dalle varie disposizioni costituzionali senza alcun filo conduttore.

Segnatamente, sembra che, una volta divise le funzioni in due macro-categorie, quella dei poteri c.d. attivi (o politici) e quella dei poteri c.d. di controllo (o di garanzia), come propone un'attenta dottrina⁵², si possa con buon

⁵¹ *Ibidem*.

trollo (o di garanzia), come propone un'attenta dottrina⁵², si possa con buon grado di certezza sostenere che il bilanciamento è caratteristico delle relazioni tra Poteri attivi (Governo e Parlamento, c.d. *gubernaculum*), mentre la specializzazione rispecchia meglio le esigenze di disciplinare le interazioni tra Poteri attivi e Poteri di controllo (vale a dire, i rapporti tra giudici e Parlamento e quelli tra giudici e Governo-pubblica amministrazione).

A questa logica, del resto, non è estranea neppure l'opinione, cui s'è fatto cenno *supra*, che rigetta non solo il modello di separazione specializzata, ma anche quello di separazione non specializzata "in senso forte" in favore di una ricostruzione nei termini di semplici cicli funzionali (§ 5): sebbene, infatti, la posizione che emerge nel presente saggio assuma una volta per tutte chi siano i soggetti decidenti e chi quelli controllanti, mentre la teoria dei cicli funzionali postuli la *variabilità* del soggetto decidente e di quello controllante *a seconda dei casi*, anche quella formale adesione alla sola *teoria* della divisione dei poteri nasconde una tensione, più o meno nascosta, verso una certa qual dimensione *deontologica*⁵³, maggiormente soddisfatta peraltro nella prospettiva qui accolta.

Insomma, la tesi del presente saggio è che, sulla base dei dati testuali, sembra doversi optare per una *separazione "differenziata"*: *specializzata* (dal punto di vista funzionale), quando si guardi ai rapporti della *iurisdictio* con *executio* e *legislatio*, e *non specializzata*, quando, invece, si considerino le interazioni funzionali interne al *gubernaculum*. Il che, in altri termini, significa che il *nucleo prescrittivo essenziale* emergente dal diritto positivo vigente è che la separazione dei poteri non tollera una "confusione" tra funzione legislativa e funzione giurisdizionale⁵⁴, ovvero, trasportando il discorso dal profilo funzionale a quello soggettivo, che è *vietato* ai giudici fare leggi così come è *vietato* al Parlamento pronunciare sentenze.

7. *Ostacoli apparenti alla tenuta del modello "a geometria variabile":
a) leggi d'interpretazione autentica*

⁵² Cfr. ad esempio E. CHELI, *La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico*, cit., 24 e G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Indirizzo politico*, voce in *Enc. Giur.* Istituto Poligrafico Zecca di Stato, Roma, 1989, 1 ss. (*ad vocem*).

⁵³ Cfr. G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., 671: "indubbiamente si è sopravvalutato il ruolo della separazione dei poteri nella difesa delle libertà individuali e di gruppo contro le tendenze autoritarie degli apparati di dominio. È certo però che ogni qual volta il tanto criticato principio di separazione è stato radicalmente tolto di mezzo, anche se con opposte intenzioni (stati autoritari di tipo fascista, stati del socialismo cosiddetto reale, ecc.) i risultati non sono stati molto incoraggianti".

⁵⁴ R. GUASTINI, *Art. 101*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994, 140 ss., spec. 159 ss..

Tale nucleo prescrittivo essenziale, secondo taluni⁵⁵, entrerebbe in crisi di fronte alle c.d. leggi d'interpretazione autentica (con cui il Parlamento s'ingerirebbe nell'applicazione giudiziale del diritto), da un lato, ed all'attività c.d. *normativa* della Corte Costituzionale (che permetterebbe ad un giudice di creare diritto), dall'altro.

Rispetto alle leggi d'interpretazione autentica, il discorso da farsi è di pura semantica, stante il differente significato del termine interpretazione quando questa sia riferita all'attività giudiziale ovvero a quella legislativa. In effetti, si dice che attraverso tali leggi il Parlamento mirerebbe ad "orientare" l'interpretazione di determinate disposizioni, influenzando così, indirettamente, il "fare le sentenze".

La critica esposta contiene *in re* l'obiezione che la supera: una cosa, infatti, è l'interpretazione, come pure si dice, "in astratto", ovvero la generica ascrizione di significato ad un enunciato linguistico effettuata a prescindere dalla necessità di doverne fare applicazione *hinc et inde* (cosa significa "non uccidere"); altra cosa, invece, è l'interpretazione giudiziale in senso stretto, od "in concreto", la quale mira a qualificare giuridicamente dei fatti umani al fine d'individuare la regola astratta da applicarsi al caso portato all'attenzione del giudice (sussunzione: "Tizio ha ucciso Caio?"). Al Parlamento sono vietate le interpretazioni "in concreto", cioè le sussunzioni, non quelle "in astratto", cioè le mere ascrizioni di significato: anzi, a ben guardare, le leggi d'interpretazione autentica rappresentano l'unico strumento efficace di cui l'organo legislativo può servirsi per assicurarsi che la volontà espressa dalla legge ottenga fedele traduzione ad ogni livello ordinamentale⁵⁶.

In sintesi, rispetto alle conclusioni prospettate in ordine alla lettura giuridico-positiva del precetto della separazione dei poteri vigente in Italia quale modello "a geometria variabile" ma comunque dotato di un nucleo minimo di separazione-specializzazione afferente alle funzioni di *legislatio* e *iuris-dictio*, non sembra che il fenomeno menzionato possa rappresentare un fattore di crisi.

7.1. (Segue) b) La "questione" dell'attività creativa del giudice (ed in particolare della Corte costituzionale)

⁵⁵ In tema v. A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁵⁶ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 89 ss. Attraverso la legislazione d'interpretazione autentica, oltretutto, il Parlamento ha la possibilità di far prevalere la sua volontà su quella del giudice -ex art. 101, comma 2, Cost., infatti "il giudice è soggetto solo alla legge" -, coerentemente col principio della *sovranità popolare* stabilito nell'art. 1, comma 2, Cost., (principio di *sovranità popolare*) di cui la legge è la più diretta espressione.

La stessa conclusione sembra imporsi anche per l'altro corno di obiezioni, in quanto l'attività creativa di diritto del giudice –specialmente costituzionale – e del legislatore si svolge su due diversi piani di ragionamento.

Preliminarmente va però operata una riduzione delle fattispecie rilevanti, dato che, alla luce della ricostruzione del concetto formale di funzione legislativa (produzione di atti *generali*) e di quanto appena detto sull'interpretazione giudiziale, l'impianto "a geometria variabile" delineato non è toccato né dalle sentenze dei giudici comuni, né da quelle di *rigetto* della Corte costituzionale, poiché atti che spiegano effetti solo limitatamente al singolo caso (trattasi, cioè, d'interpretazioni "in concreto").

Le uniche fattispecie che potrebbero interferire con la ricostruzione proposta sono pertanto le sentenze c.d. di accoglimento della Corte costituzionale, ed in particolare quelle decisioni che, non limitandosi al semplice annullamento – totale o parziale – delle disposizioni impugnate, operino *in positivo* sull'ordinamento, con integrazioni e/o sostituzioni normative.

Si noti bene: la critica coinvolge *non* le pronunce d'accoglimento *tout court*, bensì esclusivamente quelle "normative". La differenza tra le une e le altre consiste in ciò, che mentre le prime determinano l'espunzione dall'ordinamento di *disposizioni* legislative il cui senso sia (almeno potenzialmente) contrario alle norme costituzionali, le seconde s'esercitano in vario modo sul *significato* delle disposizioni:

- i) selezionando tra i vari possibili (significati) quello/i compatibile/i con la Costituzione (sentenze interpretative);
- ii) elidendo porzioni in-significanti di un testo legislativo, facendogli così assumere un senso diverso da quello originario (sentenze manipolative);
- iii) aggiungendo o sostituendo al testo legislativo parole prima inesistenti (sentenze, rispettivamente, additive e sostitutive).

Evidentemente, tutte queste tipologie di pronunce, essendo contenute in un atto *erga omnes* qual è la sentenza d'accoglimento, hanno efficacia normativa, nel senso che modificano l'ordinamento giuridico; si potrebbe ribattere che anche le pronunce d'accoglimento "secco" ex art. 136 Cost. sono efficaci *erga omnes*, e quindi provviste della stessa forza delle sentenze interpretative, manipolative, additive e sostitutive, ma ciò non è esatto: la sentenza d'accoglimento "secco", infatti, si limita a modificare *in negativo* l'ordinamento, il quale, peraltro, non tollerando *vacua*, attuerà una "reazione automatica" che, tramite la riespansione di normative più generali (prima derogate dalla disposizione annullata con la sentenza) od al limite col ricorso ad *analogia legis* ed *analogia iuris*, riempirà quella lacuna (sarebbe a dire: l'effetto produttivo è collegato alla reazione dell'ordinamento al vuoto normativo, non direttamente alla sentenza); viceversa, nelle sentenze "normative", è direttamente la Corte, in vario modo, a prevenire la formazione di lacune, e quindi esercita essa stessa un potere creativo di diritto.

Chiarita in tal modo l'esatta fattispecie in discorso e senza dilungarsi ulteriormente sul punto, va rimarcato che s'è già in altra sede dimostrato come le sentenze "normative" della Corte costituzionale costituiscano un'ipotesi di *fatto normativo*. Il significato testuale dell'art. 136 Cost., infatti, non sembra lasciare spazio a pronunce che non siano di mero *accoglimento o rigetto* della questione⁵⁷, se non altro perché, trattandosi di *lex specialis* rispetto al generale precetto della separazione tra *legis-latio* e *iuris-dictio*, dovrebbe in ogni caso essere soggetto ad interpretazione restrittiva. Né può sostenersi che tale potere "legislativo" della Corte sia riconducibile all'esercizio – legittimo – della discrezionalità interpretativa giudiziale (*retro* in questo paragrafo *sub a*): sulla base di quanto già esposto, infatti, è agevole rilevare che, in presenza d'una sentenza d'accoglimento, l'interpretazione "in concreto" in un processo costituzionale s'esaurisce nella "scoperta" del significato incostituzionale, al quale dovrebbe seguire *de plano* l'annullamento della disposizione, *ex art.* 136. Ogni attività ulteriore spiegata dal Giudice costituzionale, esulando dalla specifica vicenda processuale dedotta nel giudizio e predisponendo una regola *pro futuro*, costituirà comunque – quando non creazione diretta di norme – per lo meno esercizio di una discrezionalità interpretativa "in astratto", che s'è vista essere di pertinenza del Parlamento.

Da quanto esposto discende che le sentenze d'accoglimento "secco" *ex art.* 136 Cost. con cui la Corte costituzionale si limiti ad annullare la disposizione impugnata non contraddicono lo schema di separazione differenziata delineato in queste note. Le sentenze d'accoglimento direttamente creative di diritto, invece, essendo qualificabili come *fatto normativo*, non rilevano rispetto all'oggetto di queste note, visto che una critica alla *regola* sulla separazione qui proposta basata su una *regolarità* la cui

⁵⁷ In proposito sia consentito rinviare al nostro *La Corte delle leggi*, Maggioli, Rimini, 1988, dove il punto centrale della questione viene per l'appunto individuato nel ruolo del procedimento interpretativo attuato dal giudice: sino a quando quest'ultimo (procedimento interpretativo) costituisca il *presupposto* strumentale per giungere alla decisione, s'è nell'alveo dell'applicazione giurisdizionale del diritto; viceversa, qualora esso procedimento divenga *oggetto stesso* della decisione, si sarebbe in presenza di un semplice *escamotage* finalizzato a mascherare da applicazione del diritto un'operazione di genuina creazione dello stesso. Prospettiva ripresa recentemente anche in IDEM, *Enigmistica interpretativa od interpretazione chiromantica?*, in *Nomos* n. 2/2004, 7 ss. e L' "ingeniosa" Corte di *Münchhausen*, in *Quad. Cost.* n. 4/2005, 864 ss. Questo anche a tacere del fatto che, recentemente (cfr., per tutte, sentt. 11 gennaio 2005, n 7 e 12 gennaio 2005, n.27), il Giudice delle leggi sembra aver rinunciato pure a un qualsivoglia aggancio col parametro costituzionale, limitandosi a una generica attività di "riordino" dell'ordinamento legislativo: si giunge così ad occuparsi nientemeno che di "coerenza interna della normativa", di "congruenza delle norme impuginate con altre presenti nel medesimo ordinamento", di "ratio legis", di "intentio legislatoris". Sul punto, cfr. ancora IDEM, *Sui chierici dell'isola di Balnibarbi*, in *Quad. Cost.*, n. 1, 2006, 132 ss.

“normatività” sia determinata *de facto* e non *de iure* non inficia la validità scientifica del discorso, stante il postulato di Hume⁵⁸.

7.2. (Segue) c) La “questione” dell’autodichia e quella della volontaria giurisdizione

Da ultimo, restano da chiarire rapidamente due aspetti: vi sono “quote” di funzione amministrativa attribuite all’Ordine giudiziario (c.d. volontaria giurisdizione ed esercizio dell’azione penale da parte del pubblico ministero *ex art.* 112 Cost.), e, correlativamente, “quote” di funzione giurisdizionale sottratte *per legge* al “naturale” titolare, la magistratura giudicante e rimesse alla volontà degli stessi apparati cui appartengono i soggetti coinvolti (c.d. giurisdizione domestica).

Riguardo al primo problema, sembra sufficiente rilevare che sia i casi di volontaria giurisdizione, sia il potere d’esercizio dell’azione penale sono autorizzati da atti comunque riconducibili alla volontà parlamentare (legge ordinaria, nei casi di volontaria giurisdizione, o Costituzione). Il che, stante il principio di legalità che sorregge l’azione (funzione) amministrativa permette agevolmente di considerare le suddette ipotesi mere “eccezioni alla regola”, riconducibili a sistema col ricorso al criterio della *lex specialis*.

Più semplice ancora è cogliere le ragioni (almeno) d’*opportunità politica* che sorreggono le fattispecie di giurisdizione domestica: proprio il dato letterale dell’art. 104, comma 1, Cost., per cui la Magistratura è “ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere” lascia intendere che la garanzia della reciproca indipendenza degli apparati supremi postula che nessuno di essi possa definitivamente far prevalere la sua volontà sugli altri. E siccome la sentenza, ogni sentenza, altro non è che l’“ultima parola” dell’ordinamento su una singola questione, va *de plano* che ciascun “Potere” deve essere in condizioni di dare “sentenza” sulle controversie che direttamente – ed esclusivamente – lo riguardano, pena la subordinazione alla Magistratura.

8. Tenuta del modello “a geometria variabile” alla luce dei dati testuali sistematicamente letti: la dottrina della separazione dei poteri tra bilanciamento e specializzazione

Tirando le fila di tutto il ragionamento, sembra doversi concludere che la formula della separazione dei poteri (intesa come *dottrina*), nel diritto italiano odierno,

⁵⁸ Il postulato di Hume, infatti, impedisce di trarre conseguenze sul piano del dover essere quando le premesse del discorso siano fattuali e, specularmente, impedisce di formulare giudizi di verità/falsità a partire da premesse deontologiche.

mantiene una sua validità, pur alla luce di fenomeni che *prima facie* sembrerebbero intaccarne la consistenza. Tuttavia, esaurita la fase delle (forse troppo) eroiche declamazioni unitarie di essa (formula), tendenti a farne una chiave di lettura “universale” delle interrelazioni presenti nell’ordinamento giuridico generale, sembra più congruo un approccio analitico alla tematica *de qua*, la quale porti a ragionare, più che di “separazione”, di “separazioni” al plurale. A queste condizioni, sembra possa dirsi:

I) le funzioni *giuridico-formali* restano *tre*, ma soltanto per una relazione (quella tra funzione giurisdizionale e funzione legislativa⁵⁹) è prescritta una separazione in termini tali da non consentire alcuna “confusione”;

II) la mancata menzione espressa in Costituzione della funzione amministrativa la fa ritenere una categoria residuale;

III) la separazione tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale può dedursi implicitamente dalla separazione tra quest’ultima e la legislazione quale effetto indiretto della subordinazione anche dei giudici alla legge (art.101, comma 2, Cost.), essendo l’azione amministrativa sostenuta dal principio di legalità;

IV) dal punto di vista *organizzativo*, la “magistratura” viene costituita in “ordine indipendente ed autonomo” dall’art. 104 Cost.; ciò determina che la separazione funzionale *sub I*, combinata con un’autonomia totale fra gli apparati titolari della rispettiva funzione, determini una vera e propria riserva di *funzione giurisdizionale*⁶⁰, e, quindi, di *separazione specializzata*;

V) la conclusione è diversa, invece, per le relazioni tra apparati *politici* (Parlamento e Governo-Pubblica amministrazione), per i quali sembra più congruo ragionare di *bilanciamento non specializzato*;

VI) tale bilanciamento non specializzato all’interno del *gubernaculum* non è peraltro paritetico, in quanto dall’art. 70 Cost. può ricavarsi che l’esercizio da parte del Governo della funzione legislativa sia un’ipotesi eccezionale, mentre, in assenza di disposizione analoga, è giocoforza affermare che il Parlamento può ingerirsi nella funzione esecutivo-amministrativa attraverso le leggi-provvedimento ogni qual volta lo ritenga opportuno;

VII) dalla Costituzione formale emerge che la *Magistratura* (cioè l’*Ordine giudiziario*) – in quanto svolga la *funzione giurisdizionale* – è in linea di principio insensibile a qualsiasi interferenza esterna, né, reciprocamente, può invadere gli ambiti di competenza degli altri poteri. Rispetto al Parlamento, la separazione è integrale sia sotto il profilo *organizzativo* sia sotto quello *funzionale*⁶¹; rispetto al Governo, invece, la separazione *organizzativa* è integrale, mentre le (rare) ipotesi in cui i due

⁵⁹ In particolare, con la lettura in combinato disposto degli artt. 3, comma 1, 70, 102, comma 1 e 104, comma 1, Cost.: cfr., diffusamente, *retro* § 6.

⁶⁰ F. BONIFACIO e G. GIACOBBE, *Art. 104*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1986, 1 ss..

⁶¹ Salvo quanto detto *retro* al § 7 a proposito delle leggi c.d. d’interpretazione autentica e delle sentenze “normative” della Corte Costituzionale.

poteri operano all'interno della medesima funzione (giurisdizione domestica e volontaria giurisdizione) sono *legislativamente* predeterminate, in modo da scongiurare le reciproche interferenze. Infine, non casualmente, a riprova della *contiguità* degli apparati politici che compongono il *gubernaculum*, una disposizione analoga all'art. 104, comma 1, Cost., non è rinvenibile né in riferimento al Governo, né riguardo al Parlamento;

VIII) gli apparati menzionati nella Parte II della Costituzione *ulteriori* rispetto a Governo-pubblica amministrazione, Parlamento e Ordine giudiziario (e cioè il Presidente della Repubblica, la Corte Costituzionale, le Regioni e gli Enti locali), concorrono a realizzare, a seconda dei casi, un'ulteriore frammentazione del potere pubblico (che continua però logicamente ad articolarsi intorno alle tre funzioni legislativa, esecutivo-amministrativa o giurisdizionale) tutt'altro che incompatibile con la *ratio* e la *storia* della formula *de qua*.