

POTERI E FUNZIONI DELLO STATO: UNA VOCE PER UN DIZIONARIO DI STORIA COSTITUZIONALE*

Giorgio Grasso, Raffaele Manfrellotti

Sommario: 1. Introduzione e obiettivi della voce. – 2. Costituzionalismo e separazione dei poteri. Una rilettura (giuridico-formale) di alcune posizioni critiche alla teoria (politica) della divisione dei poteri. In particolare: la dottrina formale-sostanziale e l'emergere della funzione di indirizzo politico. L'approccio Kelseniano: cenni. Separazione dei poteri, indirizzo politico, costituzione in senso materiale: le ragioni di un'apparente contraddizione. – 3. (*Segue*): teoria politica e teoria giuridica della divisione dei poteri in un possibile quadro d'insieme. Serve ancora la divisione dei poteri nello Stato democratico contemporaneo? Osservazioni preliminari e rinvio. – 4. Il potere pubblico: potere come potestà e potere come centro di imputazione delle funzioni statali. Potere libero nel fine, potere discrezionale, potere vincolato. Sovranità popolare, funzioni pubbliche e cura delle posizioni giuridiche soggettive e dei diritti dell'uomo: il potere come potestà coincide sostanzialmente con la funzione (e con il servizio pubblico)? Che cosa sono oggi i poteri dello Stato? Prime indicazioni e rinvio. – 5. La funzione pubblica e la legittimazione attraverso i diritti umani. Il ruolo del procedimento. – 6. (*Segue*): l'amministrazione come funzione primigenia e residuale tra diritto costituzionale nazionale e diritto comunitario. – 7. (*Segue*): le funzioni amministrative del Governo ed il problema dell'atto politico nell'ordinamento costituzionale italiano. – 8. Poteri e funzioni nello Stato contemporaneo. "Vecchia" e "nuova" divisione dei poteri. Il costituzionalismo del nuovo Millennio e le sfide del diritto pubblico della globalizzazione. Alcune conclusioni.

Sintesi: Il lavoro si propone di studiare le nozioni di potere e di funzione dello Stato, mediante una ricostruzione storico dottrinale che parte dal pensiero politico di Locke e di Montesquieu per giungere sino alle sfide del costituzionalismo del Novecento. Esso accoglie, in particolare, una concezione oggettiva di funzione ed una concezione soggettiva di potere, ricostruendo poi, in chiave critica, i caratteri della teoria politica e giuridica della separazione dei poteri, per verificarne la perdurante validità in funzione di tutela delle libertà fondamentali dei cittadini.

Abstract: The aim of this paper is the study of the State's powers and functions, by considering the evolution of the powers division theory from Locke and Montesquieu's thought to the constitutionalism of twentieth-century. It

* Il lavoro, concepito in collaborazione tra i due autori, è da imputarsi materialmente a Giorgio Grasso per i paragrafi 1, 2, 3 e 8, e a Raffaele Manfrellotti, per i paragrafi 4, 5, 6 e 7, ed è destinato alla pubblicazione nel Volume *Costituzionalismo e Storia* a cura di C. Ghisalberti e G. Bianco, Torino, Giappichelli, 2007.

shows that the powers division theory is again very useful to defend the fundamental rights of citizens.

Parole chiave: Potere - Funzione - Teoria della separazione dei poteri - Stato

Key words: Power - Function - powers division theory - State

1. Introduzione e obiettivi della voce

1. La compresenza nella medesima voce delle nozioni di *potere* e di *funzione* comporta la necessità di precisare, in via preliminare, il significato e gli obiettivi del lavoro, rispetto ad altre voci enciclopediche ed ai numerosi contributi dottrinali sul tema, che già nel titolo mantengono generalmente separati i due concetti, pur considerandone le reciproche correlazioni, e che costituiscono il riferimento bibliografico essenziale delle osservazioni che si andranno a svolgere (ragioni editoriali ed indicazioni dei curatori costringono, infatti, a citare in bibliografia soltanto i lavori materialmente utilizzati per la stesura di questo scritto).
2. In questo senso, ancor prima di individuare i confini della “primazia logico-concettuale delle possibili potestà o funzioni, rispetto agli organi”¹, o, viceversa, degli organi rispetto alle funzioni², ci si dovrà chiedere se il potere, che nella sua valenza oggettiva viene inteso come quella “entità astratta, obiettiva”, libera nel fine, che deve essere concretizzata per assumere “una effettività reale”³, conservi margini di autonomia rispetto al concetto di funzione, o se, invece, nello Stato costituzionale contemporaneo ci sia spazio solo per una dimensione soggettiva del potere, come centro di imputazione di responsabilità (di un organo, ma anche di un soggetto o di un’istituzione).
3. Al contempo, poiché ci si riferisce a poteri e funzioni dello Stato, il discorso conduce ad occuparsi della teoria della separazione e/o divisione dei poteri, nella sua originaria e tradizionale impostazione e nella sua odierna connotazione, con l’esigenza quindi di fissare convenzionalmente, sotto il profilo della teoria generale e sotto il profilo storico-dommatico, il momento iniziale della voce e le sue cesure temporali, sia per ragioni di economia della medesima, sia soprattutto per ragioni sistematiche e di metodo.

¹ Così F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo digesto italiano*, UTET, Torino, 1966, vol. XIII, 474, anche richiamando il pensiero di G. Jellinek.

² Cfr. F. Bassi, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1965, 110 e 111, e G. Cugurra, *Considerazioni sull’attuale sistema degli atti pubblici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, 53.

³ Le due citazioni sono di F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 121 e *passim*.

4. E, se sembra agevole situare la voce all'interno della teoria moderna della separazione dei poteri, quella che per intenderci parte da Locke e da Montesquieu⁴, quando non addirittura all'interno di una teoria contemporanea basata sull'avvento delle Costituzioni rigide e del sistema di costituzionalità⁵, collocandone ragionevolmente il punto iniziale di snodo, in corrispondenza delle rivoluzioni francese e americana, più insidioso è cogliere l'attuale significato del principio, rispetto a quello che potremmo chiamare il diritto pubblico della globalizzazione, e a quelli che ne potranno essere i suoi futuri sviluppi.
5. Per riprendere una bella metafora, che Massimo Severo Giannini riferiva all'istituto parlamentare, questa indagine ci porterà a misurare quanto vale oggi il principio della divisione dei poteri, in guisa di quegli edifici, chiamati basiliche, che “nel periodo dell'Impero romano ... servivano a raccogliere persone, per scopi commerciali”, e che poi “furono ripresi dai cristiani, per scopi di culto. Strutturalmente erano la stessa cosa, ma funzionalmente ciò che avevano in comune era solo il poter raccogliere entro sé molte persone”⁶.
6. Forse anche strutturalmente la divisione dei poteri ha modificato la sua natura, rispetto alla sua primitiva formulazione teorica, tanto da ridursi, secondo qualcuno, “a mero *slogan* politico”, che dal punto di vista giuridico conserverebbe “valore eminentemente sul piano organizzativo”⁷.
7. Proprio quest'ultimo cenno introduce ad uno dei profili essenziali che accompagneranno lo sviluppo della voce, e cioè definire il grado di politicità e/o di giuridicità del principio della separazione dei poteri. Secondo l'opzione prescelta, infatti, di concetto politico-ideologico, “misto” o schiettamente giuridico⁸, viene a modificarsi gran parte

⁴ Così anche G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1985, vol. XXXIV, 670, che pure nel primo volume del suo ampio studio monografico (G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 1979) compie una ricostruzione storica e teorica che parte dal mondo greco, nonché G.U. Rescigno, *Divisione dei poteri*, in C. Donati (cur.), *Dizionario critico del diritto*, Savelli, Roma, 1980, 95. E. De Marco, *Valore attuale del principio della divisione dei poteri*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. I, 409 ss. ed A. Vignudelli, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Diritto e società*, 2006, 658-659, nota n. 3; diversa, invece, è l'impostazione di A. Cerri, *Poteri (divisione dei)*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1990, vol. XXIII, 1 ss. e specie di F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, cit., 474 ss., che risalgono almeno al pensiero di Marsilio da Padova.

⁵ Sulla quale vedi ancora G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., 686-687 ss. e G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 1984, Volume II, 147.

⁶ Cfr. M.S. Giannini, *Prefazione* a G. Burdeau, *Il regime parlamentare nelle Costituzioni europee del dopoguerra*, traduzione di S. Cotta, Edizioni di Comunità, Milano, 1950, XXII.

⁷ Così C. Rossano, *La divisione dei poteri nella attuale struttura costituzionale dello stato di diritto e sociale*, in *Studi in memoria di Domenico Pettiti*, Giuffrè, Milano, 1973, vol. III, 1300; vedi anche F. Cuocolo, *Gli atti dello Stato aventi “forza di legge”*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1961, 105, che, citando un'affermazione di G. Chiovenda in merito alla nozione di sentenza, sostiene che la dottrina della separazione dei poteri fa parte di quelle concezioni che “rimangono campate in aria dopo che le circostanze da cui nacquero sono ormai dileguate”.

⁸ Sulla base di un'impostazione parzialmente diversa da quella seguita nella voce, cfr. ora anche A. Vignudelli, *Sulla separazione dei poteri*, cit., 661 e 661-662, che distingue tra una

dell'armamentario teorico a disposizione dell'interprete e cambiano, come si vedrà, gli effetti stessi della teoria sul modo di intendere i poteri e le funzioni dello Stato.

8. Con tali premesse, la voce avrà il seguente percorso logico.
9. In un primo momento (paragrafi 2 e 3) si affronterà il problema dei rapporti tra costituzionalismo e teoria (politica e giuridica) della separazione dei poteri. Se il costituzionalismo rappresentò una reazione culturale e politica all'assolutismo, certamente il principio della separazione dei poteri fu, almeno prima dell'avvento del principio democratico, un decisivo grimaldello per scardinare le fondamenta dello Stato assoluto e poi le tentazioni reazionarie dei fautori dell'*Ancien régime* e per limitare il potere dell'autorità pubblica.
10. Attraverso una ricognizione di alcuni conosciuti filoni dottrinali che hanno contestato i fondamenti della teoria della divisione dei poteri, nel nome della salvaguardia dell'unitarietà della persona giuridica statale (guardando in modo specifico alla letteratura tedesca dell'Ottocento), la voce giunge ad esaminare i problemi posti dalla potenziale contraddizione tra la nozione della divisione dei poteri e la funzione di indirizzo politico.
11. In particolare questa parte si conclude con il tentativo di misurare la perdurante utilità del principio della divisione dei poteri con finalità di tutela delle libertà dei cittadini, sondando peraltro la diversa ipotesi per cui il costituzionalismo del Novecento e le sfide dell'integrazione europea sarebbero riusciti a garantire la limitazione dell'autorità politica e quindi a valorizzare la centralità della persona umana, riducendo invece la portata del principio della separazione dei poteri, ed utilizzando in alternativa altri strumenti d'azione.
12. Nel prosieguo della voce (paragrafi 4, 5, 6 e 7), si esaminano le nozioni di potere e di funzione, per fornire una loro sintetica definizione, in relazione ai diversi significati che la dottrina ha assegnato ad esse.
13. Come si è già anticipato, verranno in particolare rilievo in questo frangente due differenti connotazioni di potere, l'una delle quali (quella oggettiva) in tendenziale sovrapposizione con quella di funzione.
14. Il rischio che pone tale prospettiva pare evidente già da questi primi accenni: se potere e funzione si avvicinano così tanto da far diluire le loro differenze l'uno nell'altra, quanto serve ancora sostenere, come pure si fa abitualmente da parte di numerosi autori, che la funzione è il "modo tipico di svolgimento del potere statale secondo determinate fattispecie

teoria conoscitiva della separazione dei poteri, "che non svolge alcuna funzione propriamente giuridica", limitandosi "a descrivere un fenomeno (una regolarità, un *Sein*)", e le dottrine giuridiche della separazione dei poteri, di carattere prescrittivo, che, invece, "aspirano a orientare la realtà verso certi sviluppi piuttosto che altri (regole e quindi *Sollen*)".

normative”⁹ o che esprime “il concretarsi del potere o della potestà, attraverso gli atti formalizzati dal diritto, nella realizzazione del fine o nel soddisfacimento dell’interesse perseguito”¹⁰, e, soprattutto, che il procedimento è “la strada attraverso cui passa il potere per concretarsi in un atto”¹¹

15. Partendo, poi, dalla nozione soggettiva di potere e dall’idea largamente condivisa per cui non è “concepibile una funzione che non venga attribuita, ricollegata o, come più esattamente si deve dire, imputata ad un soggetto o ad un organo”¹², nel paragrafo 8, si affronterà ancora il problema del significato dei poteri e delle funzioni nell’ambito dello Stato contemporaneo.
16. Al centro della discussione si porrà la questione della tenuta complessiva dell’apparato concettuale che si è venuto a proporre, di fronte ad un ordinamento che mostra, allo stesso tempo e senza apparenti contraddizioni, segnali di una sorta di parcellizzazione di funzioni, tra una pluralità di poteri pubblici non solo statali (e spesso sempre meno statali), ipotesi di commistione e di concentrazione di funzioni in capo a nuovi e vecchi poteri, politici e non, ancora sintomi di un superamento di consuete e antiche partizioni, se non di una fuga in avanti verso assetti istituzionali incerti e ancora tutti da inventare.

2. Costituzionalismo e separazione dei poteri. Una rilettura (giuridico-formale) di alcune posizioni critiche alla teoria (politica) della divisione dei poteri. In particolare: la dottrina formale-sostanziale e l’emergere della funzione di indirizzo politico. L’approccio Kelseniano: cenni. Separazione dei poteri, indirizzo politico, costituzione in senso materiale: le ragioni di un’apparente contraddizione

17. Il nesso tra teoria della separazione dei poteri e costituzionalismo è emblematicamente rappresentato da quella notissima disposizione della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, l’art. 16, in base alla quale “Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione”.

⁹ Così C. Rossano, *La divisione dei poteri*, cit., 1304, nota n. 25.

¹⁰ Vedi F. Modugno, *Funzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1969, vol. XVIII, 311.

¹¹ Cfr. F. Benvenuti, *Funzione amministrativa*, cit., 128.

¹² Vedi F. Modugno, *Funzione*, cit., 304, nonché F. Sorrentino, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1967, 682, che fa discendere “l’uso promiscuo ... dei termini potere (complesso di organi) e funzione” dalla circostanza per cui Locke e Montesquieu, di cui si parlerà tra breve, “ritengono che la divisione dei poteri fosse da effettuare secondo una distinzione materiale delle funzioni, in modo che a ciascun organo o gruppo di organi fosse attribuita una distinta funzione”; sulla natura “anfibia” dell’espressione poteri dello Stato, “per causa del riferimento contemporaneo ai profili obiettivi e soggettivi”, cfr. pure P.G. Grasso, *Poteri dello Stato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1966, vol. XIII, 493.

18. Su questa affermazione, che contiene in sé una nozione contenutistica e non meramente formale di Costituzione¹³, si può dire che si sia appoggiato un po' tutto il costituzionalismo ottocentesco, di matrice liberale, basato sul primato della legge, espressione della volontà generale, e sulla concessione da parte dei sovrani del tempo di Costituzioni flessibili, con un debito, peraltro, che rimane molto forte anche per le Costituzioni del Novecento, del primo e del secondo dopo guerra, rigide e votate dal popolo o da assemblee costituenti appositamente elette.
19. Dietro ad essa si pone l'enunciazione del principio della separazione e/o divisione dei poteri, in funzione di salvaguardia delle libertà e dei diritti dei cittadini.
20. Ciò emerge sia dalla riflessione di Locke, che pure aveva riconosciuto solo indirettamente l'autonomia del potere giudiziario¹⁴, già presente invece in uno scrittore antecedente come George Buchanan¹⁵, sia più limpidamente dal pensiero di Montesquieu, di cui non possono non menzionarsi in questa sede quei passi dell'*Esprit des lois* (tratti dal libro XI, capitolo IV e capitolo VI), che rappresentano probabilmente il punto di sintesi dell'intera sistemazione teorica dell'autore francese: "Perché non si possa abusare del potere, bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere" e "Tutto sarebbe perduto se lo stesso uomo, o lo stesso corpo di maggiorenti, o di nobili, o di popolo, esercitassero questi tre poteri: quello di fare le leggi, quello di eseguire le decisioni pubbliche, e quello di giudicare i delitti o le controversie dei privati".
21. Tuttavia il principio della separazione dei poteri è stato oggetto, sin dal suo sorgere, di una serie di obiezioni e di critiche che hanno portato a dubitare della sua utilità ed ammissibilità pratica all'interno di un dato ordinamento positivo, anche alla luce della centralità politica sempre più netta assunta dagli esecutivi e del ruolo "dominante" della funzione di indirizzo politico di cui essi sono titolari ed insistendo, in particolare, sulla sua presunta incompatibilità con la nozione di sovranità, quale attributo necessario ed indivisibile dello Stato.
22. Si pensi soltanto a quel brano del *Leviatano* di Hobbes, pur antecedente ai lavori di Locke e di Montesquieu, dove si recita che "Vi è [...] una dottrina apertamente e direttamente in contrasto con l'essenza dello Stato, ed è quella secondo cui *il potere sovrano può essere diviso*. Infatti,

¹³ Così in ultimo V. Onida, *Prolusione* all'Inaugurazione dell'Anno Accademico 2004-2005, Università degli Studi di Roma Tre, Roma 19 gennaio 2005, *paper*, 2.

¹⁴ Nei *Due Trattati sul Governo* si parla, infatti, soltanto di potere legislativo, esecutivo e federativo, all'interno della società politica, anche se risulta ben presente il problema dell'imparzialità e dell'integrità dei giudici, in rapporto al potere legislativo ed al potere esecutivo: v. J. Locke, *Two treatises of Government*, 1690, trad. it. *Due Trattati sul Governo*, UTET, Torino, 1982, rispettivamente capitolo XII e capitolo IX, del *Secondo Trattato*.

¹⁵ Ma sul punto v. F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, cit., 474-475.

dato che i poteri separati si distruggono reciprocamente l'un l'altro, che cos'altro è dividere il potere dello Stato se non dissolverlo?"¹⁶.

23. Inoltre, secondo qualcuno la finalità prettamente politica della teoria, che aveva portato ad attribuire a ciascuno degli organi dello Stato una funzione determinata ed un fattore sociale di legittimazione, diverso per ognuno di essi, sarebbe nel tempo venuta a cadere in ragione dell'affermarsi dell'unità sociale, scopo ultimo del potere pubblico, specie dopo l'introduzione del suffragio universale¹⁷.

24. Più di tutte, comunque, è stata la dottrina tedesca dell'Ottocento, ispirata alla filosofia politica Hegeliana dello Stato etico ed impregnata di polemica nei confronti della Francia, per via della situazione politico-istituzionale germanica, a ribadire l'istanza di unitarietà e di indivisibilità del complesso statale¹⁸, disconoscendo di conseguenza, pur con qualche variante significativa¹⁹, di poter assegnare al principio in esame qualunque valenza diversa da quella meramente politica²⁰.

25. La qualificazione formale-sostanziale di ciascuna funzione statale, che viene individuata, formalmente in riferimento al potere che la esercita in via principale, e sostanzialmente in ragione del suo contenuto, porta a sostenere che la tripartizione Montesquieuiana costituisce "articolazione interna di momenti dell'unica *Staatsgewalt*, sul presupposto di una visione organicistica (quasi antropomorfa) dello Stato"²¹.

¹⁶ Vedi T. Hobbes, *Leviathan*, 1651, trad. it. *Leviatano*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1989, seconda parte, capitolo XXIX. Ma cfr. in N. Bobbio, *Il modello giusnaturalistico*, in N. Bobbio, M. Bovero, *Società e Stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano*, Il Saggiatore, Milano, 1979, 75 ss. e 77, la diversa impostazione che contesta la contrapposizione tra i fautori dell'indivisibilità del potere sovrano, come Hobbes e Rousseau, ed i fautori della divisione dei poteri, come Locke, Montesquieu e Kant, e che ad esempio, nel caso del primo autore citato, porta a sostenere che "la teoria della separazione dei poteri non mette mai in questione l'unità del potere sovrano, come invece poteva metterla in questione la teoria del governo misto che era stato il principale bersaglio di Hobbes"

¹⁷ Per questa ricostruzione v. ad esempio G. Cugurra, *Considerazioni sull'attuale sistema degli atti pubblici*, cit., 50 ss.; ma sull'argomento v. tra breve ulteriori osservazioni.

¹⁸ Vedi in particolare P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1895, 3^a ed., trad. fr., *Le droit public de l'Empire Allemand*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1901, Tome II, 268, nota n. 2, 362, e *passim*, nonché R. Gneist, *Gesetz und Budget*, 1879, tr. it., *Legge e bilancio*, Giuffrè, Milano, 1997, 79 ss. e spec. 87 e G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, tr. it., *Legge e decreto*, Giuffrè, Milano, 1997, 169 ss. e spec. 188 e 191.

¹⁹ Ci si riferisce in particolare alla critica di O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895, trad. fr. *Le droit administratif allemand*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1903, Tome I, 84 ss., anche nei confronti di Laband, quando si afferma la sussistenza della separazione dei poteri, in una prospettiva di politica del diritto volta a dimostrare la pericolosità della concentrazione del potere in un solo organo e le finalità eminentemente pratiche della teoria, più che il fondamento giuridico della sua tripartizione.

²⁰ Vedi G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, cit., Volume II, 117 ss.; ma v. in F. Bassi, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., 84 e 85, anche citando O. Mayer, la tesi per la quale sarebbe "erroneo riportare il Laband nel novero dei drastici detrattori della teorica del Montesquieu"; vero è che lo stesso P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, cit., Tome II, 504, riconosce un'importanza politica alla dottrina della separazione dei poteri.

²¹ La citazione è di G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, cit., Volume II, 141.

26. In questo contesto, emerge una quarta funzione coordinatrice, consistente nella predeterminazione dei fini ultimi e più generali cui deve tendere, di volta in volta, l'azione statale ed eventualmente nella scelta dei mezzi ritenuti più idonei per il conseguimento dei fini stessi²², cioè la funzione di indirizzo politico, che nell'evoluzione di questa corrente di pensiero finisce per assorbire le tre funzioni tradizionali.
27. L'attività di indirizzo politico, infatti, è considerata logicamente precedente le (altre) funzioni statali giuridicamente disciplinate, non solo nel senso che essa impegna immediatamente lo Stato nella sua interezza ed unità, ma anche che essa presiede a tutte le altre innumerevoli e diverse manifestazioni della volontà statale, che ne costituiscono gradazioni diverse²³.
28. Anche da altro versante, peraltro, la "classica" tripartizione dei poteri è stata contestata, venendosi ad individuare una bipartizione delle modalità di esplicazione del pubblico potere, la quale costituisce il divenire dell'unitaria attività statale tesa al compimento della scelta politica e, successivamente, alla sua realizzazione: nella ricostruzione Kelseniana, infatti, ogni atto giuridico dello Stato risulta produttivo di norme per il livello inferiore che deve eseguire ed esecutivo rispetto alla fattispecie regolata dalla norma superiore²⁴, mentre il principio della divisione dei poteri, oltre a basarsi "sopra una erronea valutazione pratica e politica dell'importanza del potere legislativo", implicherebbe anche un "errore teorico sull'essenza della formazione del diritto"²⁵.
29. Non molto lontana da questa posizione è, poi, l'idea per la quale spetterebbe, in concreto, ad ogni specifico ordinamento positivo disciplinare ed identificare le sue funzioni ed imprimere alle singole attività costituzionali ed ai relativi poteri "una propria fisionomia giuridica e una propria autonomia concettuale", innestando così le funzioni su un unitario sistema di norme e su un "unico inscindibile fenomeno normativo, ancorché complesso e variabile", tale che la distinzione in legislazione, giurisdizione ed amministrazione apparirebbe assolutamente priva di fondamento giuridico positivo e comunque

²² Cfr. diversi brani, con citazione non testuale, di V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939, 58, 59, 82, 91 169 e *passim*.

²³ Così ancora V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica*, cit., *passim*, con citazioni non letterali.

²⁴ Vedi H. Kelsen, *Lineamenti di teoria generale dello Stato*, 1926, trad. it. a cura di A. Carrino, Giappichelli, Torino, 2004, 80-81.

²⁵ Vedi H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, 1920, trad. it. a cura di A. Carrino, Giappichelli, Torino, 2004, 29, dove si contesta anche che la divisione dei poteri possa rappresentare una garanzia della libertà. Rimangono, peraltro, controversi i rapporti tra Kelsen e la teoria formale-sostanziale, di cui prima si è discusso, sia rilevandosi nella concezione Kelseniana una "perentoria" negazione della dottrina tedesca, "anzi la sua dissoluzione... naturale e spontanea", con il recupero del valore politico della separazione dei poteri, intesa come "funzione preminente di non cumulo" (vedi F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, cit., 483, di cui è la prima citazione, e G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, cit., Volume II, 142, e G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., 683, di cui è la seconda citazione), sia considerandosi la dottrina pura del diritto come "una proiezione della teoria formale-sostanziale", come sostiene invece F. Bassi, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., 98.

arricchita da altre funzioni, come quella politica, quella elettorale, quella di controllo²⁶.

30. Soprattutto, però, è il concetto di indirizzo politico che, partendo dal postulato teorico della *reductio ad unum* delle attività pubbliche, perseguite attraverso il suo dispiegarsi, rischia di diventare l'antitesi della separazione dei poteri, fino a sostenersi che "la separazione dei poteri, senza relazioni tra le autorità, è inconciliabile con la nozione stessa di potere"²⁷.
31. Invero questa tesi finisce per dimostrare troppo²⁸, perché Montesquieu verso cui si rivolgono le obiezioni di Carré de Malberg affronta ripetutamente il problema delle relazioni e dei rapporti tra i diversi poteri dello Stato, definendo numerose ipotesi nelle quali ad essi spettano le note *faculté d'empêcher* e *faculté de statuer* nei confronti degli altri poteri, in base ad una visione elastica e non rigida della separazione²⁹, e sottolineando conclusivamente che, poiché i tre poteri, "per il necessario movimento delle cose, sono costretti ad andare avanti, saranno costretti ad andare avanti di concerto"³⁰.
32. Si capisce allora da questi cenni quanto sia insidioso sovrapporre la distinzione di poteri soggettivamente intesi, volta ad evitare l'eccessivo rafforzamento di un dato organo e, pertanto, ad assicurare la difesa del principio democratico contro l'autocrazia, e la pretesa di individuare più funzioni dello Stato prive di una matrice unitaria che offra razionalità al sistema³¹.

²⁶ Le citazioni e l'impostazione del tema sono di C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Sesta Edizione, UTET, Torino, 1986, 526.

²⁷ Vedi R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, 1920 e 1922, Réédition présentée par E. Maulin, Dalloz, Paris, 2004, *Tome II*, 44, nonché 23 ss. e 110 ss.; molto significativo, tra i tanti, è il passo, a pag. 110, dove si rileva che "la théorie de Montesquieu implique une division des pouvoirs, qui non seulement paralyserait la puissance de l'État, mais encore ruinerait son unité".

²⁸ Come è stato ben rilevato, tra gli altri, da C. Eisenmann, *L'«Esprit des lois» et la séparation des pouvoirs*, in *Mélanges R. Carré de Malberg*, 1933, rist., Topos Verlag AG, Vaduz (Liechtenstein), Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977, 165 ss.

²⁹ Così F. Sorrentino, *I conflitti di attribuzione*, cit., 680, nota n. 26.

³⁰ Vedi C.L. de Secondat de Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, 1748, trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Rizzoli Editore, Milano, 1989, Libro XI, Capitolo VI; l'importanza di questo brano è però sminuita da R. Carré de Malberg, *Contribution*, cit., *Tome II*, 21, per il quale Montesquieu "n'offre, pour la réalisation, toujours délicate et difficile, d'un tel concert, qu'une garantie bien vague et insuffisante"; anche F. Sorrentino, *I conflitti di attribuzione*, cit., 679, ritiene "generica" questa previsione, ma poi esamina i correttivi apportati dallo stesso Montesquieu ad una rigida separazione dei poteri, rilevando conclusivamente, contro l'impostazione di Carré de Malberg, la non contraddittorietà tra unità della sovranità statale e principio della divisione dei poteri.

³¹ Vedi in proposito la conosciuta metafora di Rousseau che paragona la divisione del potere sovrano a ciò che fanno i "ciarlatani del Giappone", che dopo aver squartato "un bambino davanti agli spettatori, poi, gettando in aria le sue membra una dopo l'altra, [fanno] ricadere il bambino vivo e tutto riunito": cfr. J.J. Rousseau, *Du Contrat social, ou Principes du Droit politique*, 1762, trad. it. *Il contratto sociale*, Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano, 2003, Libro II, capitolo II, e la cui polemica peraltro non era rivolta verso Montesquieu, ma nei confronti di altri autori francesi coevi che consideravano la divisione dei poteri una frammentazione della sovranità; vedi anche G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., 674.

33. D'altra parte, l'istanza di unitarietà, forse più sfumata in Montesquieu, ma comunque in esso presente³², esce fuori bene nel pensiero di Locke, che non solo afferma la natura suprema del potere legislativo, rispetto agli altri poteri, ma anche la possibilità estrema, nel nome del diritto di resistenza, che il popolo rimuova od alteri lo stesso potere legislativo, colpevole di "concepire e perseguire intenzioni contrarie alle libertà e proprietà dei sudditi"³³.
34. Se tutto il potere, cioè la decisione di ultima istanza, può tornare al popolo, pure in situazioni che evidenziano la dissoluzione del governo, questo significa che il popolo è in grado di assicurare una sintesi finale di poteri altrimenti divisi³⁴.
35. Ma gli spunti che si sono finiti di ricordare sono stati spesso trascurati nella successiva riflessione sul tema, dove si sono "assolutizzate" e forse in parte banalizzate le più conosciute conclusioni di due tra gli autori che hanno fissato le coordinate essenziali della teorica della divisione dei poteri, sino a trasformare la tripartizione dei poteri in una sorta di dogma immutabile, tra sostenitori di una separazione rigida piuttosto che "souple", ed a realizzare un "glissement sémantique" della nozione, già a partire dalle intenzioni delle Assemblee costituenti francesi che, approvando i rispettivi testi, diedero per prime un fondamento costituzionale al concetto³⁵.
36. Gioco di forza ha, quindi, prevalso la già ricordata "frattura" tra principio della separazione dei poteri, momento dell'unitarietà del potere statale (e del potere sovrano) e sviluppo della funzione unificante di indirizzo politico, anche quando le ragioni di contraddizione tra questi diversi elementi non erano così evidenti.
37. E, dalle risultanze del dibattito che ne è conseguito, si deve quindi necessariamente ripartire.
38. Così il momento dell'unitarietà assume particolare valore guardando al rapporto tra Stato e Costituzione, in regime di rigidità della seconda.
39. Lo Stato, infatti, esiste per perseguire i fini cui lo obbliga la sua Costituzione, in modo che è la scelta politica volta all'attuazione di quei fini generalissimi che costituisce il *proprium* dell'attività statale; in altre parole, sono la posizione di tale scelta politica e la sua realizzazione

³² Vedi C. Eisenmann, *L'«Esprit des lois» et la séparation des pouvoirs*, cit., 179 e *passim*, che rileva che "l'idée de séparer les autorités étatiques est complètement absente de l'Esprit des lois", e più recentemente, G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., 674.

³³ Vedi J. Locke, *Two treatises of Government*, 1690, trad. it. *Due Trattati sul Governo*, cit., *Secondo Trattato*, Capitolo XIII.

³⁴ Con ciò testimoniando, come rilevato in particolare da F. Sorrentino, *I conflitti di attribuzione*, cit., 677, una significativa attenzione per le istanze democratiche della sovranità popolare, non presente invece in Montesquieu.

³⁵ Cfr. sul punto M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris, 1980, 12, 107 e *passim*.

concreta (che, del resto, costituisce una forma di partecipazione alla scelta) che risolvono in ultima istanza le funzioni dello Stato.

40. Per questa ragione, la funzione di indirizzo politico non può essere identificata con nessuna delle funzioni statali generalmente note, come il tutto non può essere identificato con la sua parte³⁶.
41. Essa sembra presentare, per questo aspetto, tratti di somiglianza con la nozione di costituzione in senso materiale, in quanto riducibile all'interpretazione che le forze politiche dominanti ed i gruppi sociali, espressi dalla società civile rendono della formula politica dello Stato, quale "presupposto politico essenziale e irriducibile di ogni Costituzione, ossia quel complesso di idee, di tendenze e di principi politici che stanno alla base di un determinato Stato in quel suo concreto modo di essere"³⁷.

3. (Segue): teoria politica e teoria giuridica della divisione dei poteri in un possibile quadro d'insieme. Serve ancora la divisione dei poteri nello Stato democratico contemporaneo? Osservazioni preliminari e rinvio

42. Con questo modo di procedere, il discorso sulla teorizzazione della funzione di indirizzo politico, come funzione unificante, giunge ai limiti tra il ragionamento giuridico e quello politico.
43. L'indirizzo politico, infatti, deve essere inteso come l'attività che anticipa e prepara l'adozione di una serie di atti, cioè come un processo di formazione della scelta, di cui l'atto costituisce il punto finale, e che precede, in quanto tale, il procedimento di formazione dell'atto, ossia la sfera del "giuridico", ed è, pertanto, irriducibile all'esercizio delle funzioni statali, all'attività dello Stato³⁸.
44. L'indirizzo politico nasce, in altri termini, dall'interazione dell'apparato pubblico con le forze sociali, nell'ambito di un corpo sociale in continuo ed incessante movimento, "in cui si confrontano, operano e interagiscono apparati pubblici e forze e poteri della società"³⁹.

³⁶ Cfr. V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., 164 ss. e spec. 168; è intuitivo notare una certa vicinanza di tale conclusione con la concezione tipica delle teorie positivistiche, per le quali l'unica delle funzioni dello Stato consisterebbe nella produzione del diritto, latamente intesa. Tale impostazione, che nell'ambito della dottrina italiana ha avuto l'autorevole sostegno di C. Esposito, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Ristampa inalterata dell'edizione del 1934, Giuffrè, Milano, 1964, 77 ss., per il quale non vi sarebbe "atto dello Stato valido e giuridicamente rilevante che non crei diritto", rischia, tuttavia, di lasciare in secondo piano il procedimento di formazione della volontà politica, per sua natura al di fuori della sfera del giuridicamente regolato, esaltando eccessivamente il momento del diritto positivo e, pertanto, offrendo una visione forse non globale del fenomeno oggetto di studio

³⁷ V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., 118, nota n. 45.

³⁸ Cfr. M. Dogliani, *Indirizzo politico*, Jovene, Napoli, 1985, 70 ss.

³⁹ Così E. De Marco, *Valore attuale del principio della divisione dei poteri*, cit., 424.

45. Ma questa contiguità dell'indirizzo politico con la sfera della politica⁴⁰, lungi da rappresentare un elemento di debolezza nell'approccio al tema, permette di tirare le fila del discorso e di precisare il significato di quanto finora si è venuto a sostenere.
46. Come si è accennato nell'introduzione, infatti, non è indifferente una considerazione *politica* piuttosto che *giuridica* della teoria della divisione dei poteri.
47. In modo molto provocatorio, si potrebbe sostenere, ad esempio, che sul piano giuridico-formale la divisione dei poteri coinciderebbe con una mera divisione organizzativa del lavoro tra gli organi ed i poteri dello Stato⁴¹.
48. Di conseguenza anche nei regimi totalitari più assoluti potrebbe configurarsi una forma di diversificazione delle funzioni pubbliche; in fondo nella Germania del Terzo *Reich*, i giudici e la Banca centrale potevano applicare, in modo indipendente, le norme stabilite dal *Führer*. Ciò che determinò l'avvento dello Stato totalitario non fu, in quel caso, la mancanza della divisione dei poteri (in senso politico questa volta), ma l'esistenza di una decisione politica completamente libera nel fine, rimessa in modo esclusivo alla volontà di una sola persona. A smorzare tale opinione si potrebbe sostenere, però, che la divisione di poteri e funzioni (politica e giuridica) contribuisce in realtà a circoscrivere i margini della decisione politica e quindi a ridurre l'assolutezza dello Stato in cui si manifesta quella decisione politica⁴².
49. Ma al di là di questo punto, pare certo che molte obiezioni mosse alla teoria della separazione dei poteri siano sorte scambiando per giuridica quella che era appunto una teoria squisitamente politica, anche distorcendo parzialmente il pensiero di chi la formulò inizialmente, ed in particolare di Montesquieu⁴³.

⁴⁰ Vedi anche C. Rossano, *La divisione dei poteri*, cit., 1325 ss., che parla di una riunificazione sostanziale del potere da parte dei partiti politici e dei gruppi sociali, e G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, cit., Volume II, 257 ss., che valorizza il ruolo fondamentale di coordinamento extraistituzionale dei medesimi partiti politici.

⁴¹ Così anche F. Bassi, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., 91 e 108.

⁴² Vedi anche F. Sorrentino, *I conflitti di attribuzione*, cit., 681 e 681-682, che, dopo aver rilevato che "in ogni Stato, anche nel più assoluto, evidenti necessità di carattere organizzativo impongono una certa distribuzione del lavoro ed una specializzazione di soggetti che devono eseguirlo, quindi una ripartizione di funzioni", osserva che, "perché sia garantita la libertà dei cittadini, questo non è sufficiente: occorre che gli organi supremi esercitino le loro attribuzioni in regime di parità così da poter contrapporsi gli uni agli altri"; v. inoltre C. Dell'Acqua, *Il principio della divisione dei poteri e lo stato totalitario: l'esperienza fascista e nazionalsocialista*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, CEDAM, Padova, 1995, vol. I, 390 e 395 ss., che, dopo aver sottolineato che solo nello Stato nazista, ma non nel regime fascista, la divisione dei poteri fu "definitivamente superata e assorbita dal postulato indefettibile dell'unità del potere statale", analizza il problema della giustizia in tale forma di Stato e, contestando interpretazioni formalistiche, correnti nella dottrina tedesca del tempo, rileva la mancanza di qualsiasi separazione tra Governo e direzione politica del *Führer* ed esercizio dell'attività giurisdizionale.

⁴³ Così anche G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, cit., Volume II, 156, che evidenzia nella dottrina tedesca e italiana la contrapposizione tra la natura politica della separazione dei poteri e la natura giuridica della distinzione delle funzioni, e F. Bassi, *Il principio della separazione dei*

50. Sotto il profilo giuridico-formale, la divisione dei poteri avrebbe quindi, in verità, una bassa carica garantista, se calibrata esclusivamente sul numero delle funzioni tra le quali si riparte il potere (nelle mani di uno solo, di pochi o di molti), mentre la forza della concezione di Montesquieu risiederebbe nella necessità di limitare il potere decisionale, cioè l'indirizzo politico.
51. La sovranità sarebbe allora unitaria, ma in uno Stato di diritto (a differenza che in uno Stato assoluto) essa, intesa come decisione politica o come indirizzo politico, si baserebbe sulla funzionalizzazione di tutti i procedimenti decisionali. L'ordinamento giuridico di uno Stato prevede, infatti, una pluralità di procedimenti e di funzioni (intese al plurale), normative, amministrative, giurisdizionali, di garanzia. Sono funzioni e non poteri (come si vedrà meglio nei paragrafi che seguono), perché in presenza di una Costituzione rigida l'indirizzo politico non può essere libero; il solo potere libero è quello costituente, che nel costituzionalismo occidentale pone al centro del sistema la persona umana (non la razza ariana o il *Reich*, continuando nel confronto col regime nazista), che costituisce il vincolo fondamentale ed ineliminabile per l'indirizzo politico.
52. Sotto il profilo politico, non c'è dubbio che il fondamento della teoria della separazione dei poteri sia stata la scissione tra sovranità e potere coercitivo dello Stato. Ciò rispondeva anche alla già ricordata connotazione storico-politica del principio, finalizzato ad assicurare una "ripartizione di poteri fra *soggetti*, non solo giuridicamente, ma anche *politicamente e socialmente diversi* e spesso opposti", Monarchia e Parlamento, e quindi un equilibrio tra forze politiche e sociali distinte⁴⁴.
53. Tuttavia, anche sul piano politico, la suddivisione delle funzioni dello Stato e la separazione degli organi che le esercitano, se rispondono ad "un'esigenza logica e pratica insieme, di specificazione e differenziazione nella unità"⁴⁵, non possono pregiudicare la già ricordata unitarietà della *Staatsgewalt*, di cui queste diverse funzioni sono espressioni e manifestazioni diverse⁴⁶, sempre che, ovviamente, tutto ciò non mascheri

poteri, cit., 33, che rileva in Montesquieu "il carattere strumentale del principio giuridico della distinzione delle funzioni sovrane rispetto al principio politico della separazione del potere statale".

⁴⁴ Vedi C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 524, corsivo dell'A.; ma v. anche la sottile polemica di H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 26-27, per il quale il vero significato del principio della divisione dei poteri sarebbe stato, "molto probabilmente, quello di assicurare al monarca, che dall'assolutismo è stato respinto nelle strette del costituzionalismo, un'ultima possibilità di prevalere sulla volontà del popolo concentrata nel Parlamento", il quale "non può mai farsi valere come organo supremo".

⁴⁵ Così V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica*, cit., 67.

⁴⁶ Così già G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1903, trad. fr. *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1913, 157 ss. e 161, dove si sottolinea, peraltro, che Montesquieu "n'examine pas la question générale de l'unité de l'État et des rapports des différents pouvoirs de l'État avec cette unité".

altro, come il tentativo di fornire una “giustificazione *post factum* ai regimi totalitari”⁴⁷.

54. Ed è l'unitario potere dello Stato, almeno in tempo di Costituzioni flessibili, a porre, in base alle finalità che intende perseguire, tutte le funzioni che vuole⁴⁸, con un condizionamento che aumenta in seguito con le Costituzioni rigide del Novecento, che predetermineranno, invece, le statuizioni del potere statale.

55. Ne consegue che, all'interno di ogni singolo ordinamento positivo, perché “il diritto..., le sue distinzioni e i suoi istituti si foggiano sulla storia e sui valori pratici”⁴⁹, verrà individuata di volta in volta una pluralità di funzioni, qualificate in base ad elementi materiali, ma i cui atti di esercizio sembrano rispondere ad “una valutazione essenzialmente formale”⁵⁰.

56. E' chiaro, infine, che proprio l'esistenza di Costituzioni rigide, frutto dell'elaborazione di patti costituenti tra forze politiche sempre più omogenee dal punto di vista politico e sociale, anche se spesso distanti ideologicamente, impone di riconsiderare sia il significato di un indirizzo politico che deve svolgersi lungo i binari tracciati da quelle Costituzioni, “nelle forme e nelle sedi stabilite dal diritto”⁵¹, e non al di fuori di essi, sia la validità della teoria della divisione dei poteri, giuridica e politica insieme.

57. Dal punto di vista politico, lo si ripete, essa si contrapponeva idealmente ad un indirizzo politico assolutamente monolitico, assumendo quindi quella dimensione mitologica, di cui parlava in modo critico George Burdeau, la cui creazione ricorderebbe il contenuto delle teorie dei primi fisici e filosofi, per spiegare la natura e le sue origini: si pensi a credenze come quella dell'acqua, principio di tutte le cose, o del fuoco, o di *polemos*, o dell'*ápeiron*, o ancora a teorie come quella del flogisto o dell'*horror vacui*, di cui l'attuale fisica ha fatto giustizia, ma che segnarono, almeno sul piano metodologico, il sorgere di questa scienza⁵².

⁴⁷ Così C. Cereti, *Separazione ed integrazione dei poteri dello Stato*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, Vallecchi, Firenze, 1969, vol. IV, *Aspetti del sistema costituzionale*, 127.

⁴⁸ Vedi anche A. Tesaro, *Le funzioni fondamentali dello Stato*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1957, 545, che propone poi (pag. 549) di distinguere il potere, di cui ciascuna funzione è espressione, in “giuridico costituzionale” e “giuridico ordinario”.

⁴⁹ Così G. Ballardore Pallieri, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 822.

⁵⁰ Così F. Cuocolo, *Gli atti dello Stato aventi “forza di legge”*, cit., 114-115 e 115.

⁵¹ Così M. Dogliani, *L'indirizzo politico nei moderni ordinamenti policentrici*, in G. Rolla (cur.), *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici: tendenze e prospettive nell'esperienza costituzionale italiana e spagnola*, Giuffrè, Milano, 1991, 21, 16 e *passim*.

⁵² E sempre che, ribaltando tutta questa impostazione, i miti e le “credenze fuori moda” non siano invece scienza in senso proprio, in quanto ineliminabili momenti di passaggio tra “ciò che lo storico potrebbe chiamare la preistoria del campo [di studio], considerato come scienza, e la sua storia propriamente detta”, come sostiene in particolare T.S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche. Come mutano le idee della scienza*, Einaudi, Torino, 1969 e 1978, 21, 41 e *passim*.

58. Per quanto forse errato, dal punto di vista del suo fondamento scientifico (di chi ha ritenuto giuridica una nozione eminentemente politica), tale approccio teorico ha determinato il sorgere del costituzionalismo contemporaneo e ne ha segnato il tratto caratterizzante, nel nome della salvaguardia della libertà dei cittadini contro l'indirizzo politico, inteso qui come mero accentramento del potere sovrano.
59. Tale ultima finalità è stata confermata nel passaggio dalle Costituzioni flessibili alle Costituzioni rigide del secondo dopoguerra, anche se, di fronte ad esse e di fronte al loro successivo stadio di sviluppo, rappresentato ad esempio, nel contesto europeo, dal fenomeno dell'integrazione comunitaria, vi è stata una torsione irreversibile dell'istanza di limitazione del potere.
60. Alla divisione dell'indirizzo politico, ontologicamente unitario, si è sostituita l'idea che le Costituzioni vincolino, con le loro norme, il potere, rispetto ad obiettivi prefissati che non possono essere oggetto di decisione, perché indisponibili alle scelte della politica partitica e partigiana: in primo luogo, la già ricordata realizzazione della persona e della dignità umana.
61. Il tentativo di limitare il potere pubblico è, così, perseguito non più costringendo ed ingabbiando il medesimo all'interno di una data ripartizione organizzativa o di uno schema predefinito (la vecchia divisione giuridica dei poteri), ma bensì ponendo un robusto nucleo di fonti normative al vertice dell'ordinamento giuridico (la Costituzione, al livello interno; i Trattati comunitari ed una Costituzione europea che non c'è ancora, al livello sovranazionale), in grado di funzionalizzare, di disciplinare giuridicamente, per lo meno con norme "ricognitive" dell'indirizzo politico⁵³, e, infine, di rendere strumentale il suo esercizio all'attuazione di un sistema di valori, incentrato sulle libertà fondamentali dei cittadini e per questo intangibile ed imm modificabile.

4. Il potere pubblico: potere come potestà e potere come centro di imputazione delle funzioni statali. Potere libero nel fine, potere discrezionale, potere vincolato. Sovranità popolare, funzioni pubbliche e cura delle posizioni giuridiche soggettive e dei diritti dell'uomo: il potere come potestà coincide sostanzialmente con la funzione (e con il servizio pubblico)? Che cosa sono oggi i poteri dello Stato? Prime indicazioni e rinvio

62. La conseguenza principale sull'attività pubblica dell'affermarsi delle Costituzioni rigide, dunque, è stata quella di condizionare nel fine e

⁵³ Cfr. M. Dogliani, *L'indirizzo politico nei moderni ordinamenti policentrici*, cit., 20 e 20-21, che nega, infatti, che l'indirizzo politico sia fondato da norme costitutive e parla di "evidenti resistenze culturali" alla completa acquisizione della politica all'interno del giuridicamente rilevante, in modo che si scioglia del tutto l'ambivalenza "tra politica come attività costituita e politica come attività extragiuridica".

nell'esercizio l'attività medesima e, pertanto, di ridurla ad un complesso di funzioni. Su questa linea di pensiero, è bene approfondire ulteriormente la già ricordata distinzione tra il concetto di potere e quello di funzione.

63. In merito al primo, inteso, secondo la ricostruzione che appare qui più persuasiva, come "energia giuridica"⁵⁴, astrattamente considerata e capace di determinare modificazioni giuridiche nell'ambito dell'ordinamento di riferimento, rilevano i suoi livelli di esplicazione, sotto il profilo dei vincoli che esso incontra.
64. Tuttavia la potestà di produrre modificazioni all'ordinamento statale, in grado di essere ricondotte coattivamente ad effettività, oltre ad attenere esclusivamente allo Stato, si configura diversamente a seconda degli organi che producono, sul piano concreto, tali modificazioni, sulla base di più o meno libere modalità di estrinsecazione. In tal senso viene, allora, in rilievo il rapporto tra il potere e la funzione procedimentalizzata in cui esso si manifesta, perché in conformità al modello normativo in cui quest'ultima si struttura è ipotizzabile, altresì, una differente configurazione del potere.
65. In particolare, in questo contesto, la fattispecie normativa potrà determinare un maggiore o minore ambito di discrezionalità, in ragione della disciplina che essa detti delle finalità da perseguirsi mediante l'esercizio della funzione medesima, ovvero dei mezzi per conseguire tali finalità.
66. Il potere potrà essere, così, libero nel fine, senza incontrare altre costrizioni se non i principi costituzionali delle Carte moderne, e si connoterà come potere *politico* in senso stretto⁵⁵.
67. Oppure, potrà essere vincolato nel fine, secondo le prescrizioni di una norma diversa da quelle di carattere costituzionale, qualificandosi cioè come *discrezionale*, e con la sottolineatura che la differenziazione del potere politico da quello discrezionale, che tiene conto anche del rango della norma vincolante nel fine (costituzionale o non costituzionale), sembra necessaria, per consentire la permanenza della nozione classica di potere politico all'interno degli strumenti concettuali del costituzionalismo contemporaneo.

⁵⁴ Cfr. F. Benvenuti, *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1989, vol. XIV, 3, nonché G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1992, 170 ss. e soprattutto G. Cugurra, *Considerazioni sull'attuale sistema degli atti pubblici*, cit., 66 ss., al quale si deve l'approccio che si andrà subito a seguire; ma v. almeno, tra le altre tesi sul potere, S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, 202, che parla di "manifestazione diretta e primaria della capacità giuridica", nonché G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1949, 249 ss., che considera il potere come "fattispecie normativa di un comportamento libero", ovvero come "fattispecie dinamica che contempla un comportamento".

⁵⁵ Per questa classificazione v. in particolare G. Cugurra, *Considerazioni sull'attuale sistema degli atti pubblici*, cit., 74.

68. Invero, se il potere politico venisse inteso nella sua accezione comune, scevro da qualsivoglia vincolo giuridico⁵⁶, si dovrebbe concludere che, nell'età delle Costituzioni rigide, non vi sarebbe altra forma "pura" di potere politico all'infuori del potere costituente, rendendo, di fatto, privo di utilità il concetto medesimo⁵⁷. Viceversa, lo si ripete, ogni volta che si è di fronte ad un potere di esecuzione di norme non costituzionali, anche in via normativa, il potere sarebbe da qualificarsi come discrezionale.
69. Infine, il potere potrà manifestarsi anche come vincolato in ogni sua nota strutturale (in ragione dei limiti posti dalla stessa norma che lo attribuisce), connotandosi allora con il corrispondente aggettivo (appunto potere *vincolato*).
70. Il rapporto tra poteri, così abitualmente ricostruiti, e funzioni pubbliche, come tutte le questioni giuridiche, deve dunque risolversi sulla base del diritto positivo.
71. Come si è già accennato, quest'ultimo prevede una forma di legittimazione dell'attività pubblica che prescinde dalla volontà del soggetto legittimato ad esercitare l'attività medesima (per il momento, non è necessario qualificarla come potere, piuttosto che come funzione), e che riposa, di converso, sulla sua idoneità ad attuare il sistema di valori che sono alla base della Costituzione.
72. In altri termini, alla volontà parlamentare di stampo liberale, l'ordinamento costituzionale italiano ha sostituito un'altra misura della legittimità complessiva dell'attività pubblica: l'uomo ed i suoi bisogni. Il rapporto tra la funzione pubblica e la persona umana, cui la prima è strumentale, trova la sua soluzione giuridica sin dalle norme con cui si apre la Carta. L'appartenenza al popolo della sovranità (art. 1), la preesistenza delle posizioni soggettive (art. 2) ed il riconoscimento della pari dignità sociale dei cittadini (art. 3) sono espressioni del medesimo principio: in tanto la funzione pubblica (qualsiasi funzione pubblica) può dirsi legittimamente esercitata, in quanto tramite della valorizzazione della persona e della cura dei suoi interessi riconosciuti meritevoli di tutela.
73. L'affermazione della sovranità popolare acquista, nella Costituzione del 1948, un significato assai più ampio di quello che aveva nell'ordinamento liberale previgente: essa non si esaurisce, infatti, nella designazione dei legittimi rappresentanti, titolari della potestà di decisione, che si ribadisce, è decisione discrezionale, funzionalizzata al perseguimento degli interessi costituzionalmente tutelati e non assolutamente libera nel

⁵⁶ Così ad esempio C. Lavagna, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e Ministri*, Edizioni italiane, Roma, 1942, 41 ss. e 54 ss.

⁵⁷ V. anche G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., 180, dove si sottolinea che "[t]ramite il concetto di funzione è possibile ... azzerrare il problema del rapporto tra potere politico (o di fatto) e potere giuridico, all'interno dell'organizzazione e nei rapporti organizzativi", e che, quindi, non ci sarebbe "più immanenza di un potere politico potenzialmente arbitrario nella sfera interna", con "l'esclusione del "politico" dall'ordinamento ed il suo depotenziamento in termini di attività pregiuridica".

fine⁵⁸, ma richiede un ruolo attivo della collettività popolare, “nelle forme e nei limiti della Costituzione”, alla stessa decisione⁵⁹. La sovranità popolare, in altre parole, determina la necessaria immissione degli interessi sociali all’interno delle forme di organizzazione delle funzioni pubbliche, proprio al fine di assicurare l’esercizio di quelle funzioni nella maniera più conforme alla cura dei precitati interessi. E’ un principio che favorisce le forme di auto-organizzazione della società civile, anche al di fuori degli schemi normativi, con una partecipazione all’esercizio della funzione pubblica che avviene “o indirizzando a fini di politica generale organizzazioni associative predisposte per la tutela di interessi non direttamente politici, oppure con la formazione spontanea di nuovi appositi raggruppamenti aventi un analogo compito di auto-assunzione di poteri di decisione politica, in luogo degli organi cui competerebbero, ma che questi trascurano o malamente esercitano”⁶⁰. Si può anche dire che il significato ultimo dell’affermazione della sovranità popolare da parte dell’art. 1 Cost. sia il “controllo dal basso” della società civile sull’attività pubblica e sulle autorità politiche supreme⁶¹.

74. Nello schema normativo menzionato, lo Stato viene in rilievo come una soltanto tra le possibili formazioni sociali, strumentali allo svolgimento della personalità dell’uomo, e con la stessa dignità giuridica di tutte le altre⁶², per quanto concerne la funzione di realizzare il sistema di valori alla base della Costituzione e, particolarmente, la cura delle posizioni giuridiche soggettive, se necessario anche attraverso la reazione alla loro eventuale violazione: questo è, infatti, il significato che la sovranità ha acquistato nell’ordinamento costituzionale del 1948⁶³. Ecco che, allora, il principio di sovranità popolare ex art. 1 Cost. si fonde con l’enunciazione della preesistenza delle posizioni soggettive ai sensi del successivo art. 2 Cost.: la sovranità si identifica, cioè, con il servire i cittadini ed i loro diritti, che precedono, sul piano logico, il titolare della sovranità medesima. O meglio, in tanto quest’ultimo ha la sua ragion d’essere, in quanto sussistono quelli.

75. Hans Kelsen⁶⁴ aveva inteso lo Stato come una sorta di proiezione di Dio nel mondo giuridico. Di Dio esso possedeva, ad avviso del Maestro viennese, la potenza e la volontà, ossia la capacità di portare ad

⁵⁸ Vedi G. Amato, *La sovranità popolare nell’ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1962, 94 ss.

⁵⁹ Così C. Mortati, *Art. 1*, in *Commentario alla Costituzione*, I, *Principi fondamentali*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, 26 ss.

⁶⁰ Cfr. ancora C. Mortati, *Art. 1*, cit., 32.

⁶¹ Così anche G. Bianco, *Metodo ed analisi nello studio giuridico-costituzionale del potere politico*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2003, 41, riprendendo spunti di C. Lavagna.

⁶² Vedi E. Tosato, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, 19 ss.

⁶³ Vedi sul punto almeno V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Scritti giuridici in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, CEDAM, Padova, 1957, vol. I, 443 ss. e G. Ferrara, *Alcune osservazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1965, 274 ss.

⁶⁴ Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1990, 350 ss.

esecuzione le manifestazioni del proprio (illimitato) volere. La similitudine spiega bene la mutata concezione dell'autorità pubblica nella Carta costituzionale. Come "il Figlio dell'uomo, infatti, non è venuto per essere servito, ma per servire e dare la propria vita in riscatto per molti" (Matt., 10, 45), così il *servire* è l'essenza del pubblico potere, quale previsto nella Costituzione repubblicana. Anzi, lo stesso concetto di potere deve considerarsi errato, alla luce della decisione costituyente, che mai si riferisce allo Stato o a qualunque autorità pubblica, descrivendone l'attività in termini di potere. Lo Stato, così come qualunque autorità prevista dalla Carta, è una formazione sociale strumentale alla realizzazione della personalità dei singoli, ed ogni manifestazione del suo volere non può avere altro legittimo scopo che questo; sicché, funzioni e servizi (e non liberi poteri) sono le uniche forme giuridiche attraverso cui l'ordinamento può operare. La stessa sovranità si esaurisce nel servire il popolo, in nome del quale è esercitata⁶⁵.

76. La sovranità non può più essere legata al *dominium*, alla volontà cogente del sovrano, perché anche a quest'ultimo è tolta la facoltà di liberamente volere: la volontà del soggetto pubblico è irrilevante o, meglio, giuridicamente inesistente, perché le sue azioni sono vincolate al perseguimento di obiettivi sociali già indicati dalla Costituzione, così che, come si è acutamente osservato, "la nozione di servizio pubblico sostituisce il concetto di sovranità quale fondamento del diritto pubblico"⁶⁶.

77. Ne consegue, allora, che l'unico concetto giuridicamente significativo di potere rimane quello di centro soggettivo di imputazione di funzioni statali. E' una terminologia forse antiquata ed imprecisa (meglio sarebbe parlare, probabilmente, di organi o di soggetti), ma è quella che consegna il dato positivo costituzionale (vedi l'art. 134), ed è la ragione principale per cui vale la pena di continuare ad usarla.

78. Cos'è, dunque, un potere dello Stato nel nostro ordinamento? In prima battuta (altre considerazioni saranno svolte nel paragrafo conclusivo della voce), la nozione appartiene soprattutto al diritto processuale costituzionale e serve ad individuare i titolari legittimati ad adire la Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni interorganico, ai sensi del citato art. 134 Cost. Ma l'art. 37 della l. 11 marzo 1953, n. 87, al di là dei suoi profili squisitamente processuali, definisce in sostanza il potere come un complesso istituzionale funzionalmente collegato e preordinato alla cura di determinati interessi pubblici, di matrice e tono costituzionale, in riferimento al quale gli organi possono poi essere ordinati in maniera gerarchica (come nel caso delle amministrazioni dicasteriali) o paritaria (come, tipicamente, avviene nel caso del potere giudiziario), e ciò rileva per identificare l'organo che, all'interno del potere, è concretamente legittimato a sollevare il conflitto.

⁶⁵ Cfr. V. Crisafulli, *La sovranità popolare*, cit., 450.

⁶⁶ Così L. Duguit, *Il servizio pubblico: perché scompare il sistema di diritto pubblico fondato sulla nozione di puissance publique?*, in L. Duguit, *Le trasformazioni dello Stato: antologia di scritti*, a cura di A. Barbera, C. Faralli e M. Panarari, Giappichelli, Torino, 2003, 249 ss.

79. Come si vedrà più avanti (vedi il paragrafo 8 della voce), tra le conseguenze della concezione della sovranità popolare accolta nella nostra Costituzione, cui si è fatto prima qualche cenno, vi è anche un'articolazione dei poteri dello Stato (o per meglio dire dei poteri costituzionali) che il mondo liberale non conosceva e che negli anni, anche grazie alla giurisprudenza della Corte costituzionale, ha subito una profonda evoluzione, forse impensabile per gli stessi estensori della Carta.

5. La funzione pubblica e la legittimazione attraverso i diritti umani. Il ruolo del procedimento

80. A differenza del potere, di cui si è finito di parlare, la funzione viene intesa, in una delle sue definizioni più convincenti, come "attività globalmente rilevante ... attribuita ad un *munus*, ad un *officium*, ad un ente pubblico o privato, prefigurata nel contenuto e nello scopo, vertente su un certo effetto, anche se liberamente prescelta, alla quale acceda una potestà"⁶⁷. Essa, dal punto di vista soggettivo, è basata, quindi, sulla presenza di tre momenti o caratteri o accezioni (funzione come ufficio, come compito e come scopo), mentre, sul piano oggettivo, esprime un'attività "caratterizzata dall'agire discrezionale", per il perseguimento di interessi direttamente estranei al titolare e normativamente qualificati come pubblici⁶⁸.

81. Nell'ordinamento italiano, parallelamente ad altre esperienze giuridiche contemporanee, tale qualificazione essenziale è contenuta nella Costituzione e da essa tutto il sistema trae la propria fonte di legittimazione, così che pubblici sono da ritenersi tutti i bisogni connaturati alla persona umana, ossia i c. d. diritti fondamentali. L'ordinamento, in questa prospettiva, legittima se stesso, non più soltanto con le procedure decisionali democratiche tipiche dello Stato di diritto, ma anche con l'aderenza dei contenuti della decisione alle posizioni soggettive dei cittadini; parafrasando note conclusioni di Luhmann si è parlato, in proposito, di legittimazione attraverso i diritti umani⁶⁹.

82. Questa tesi, peraltro, è stata ritenuta troppo astratta, perché svincolerebbe l'affermazione dei diritti dal riconoscimento di adeguati meccanismi di tutela, la cui assenza è stata vista, in ipotesi, come fisiologica in ragione della naturale esistenza di lacune all'interno di un qualsiasi ordinamento giuridico positivo⁷⁰.

⁶⁷ Così F. Modugno, *Funzione*, cit., 303, seguendo il pensiero di M.S. Giannini.

⁶⁸ Vedi ancora F. Modugno, *Funzione*, cit., 309, per il quale il termine discrezionale indica, peraltro, "soltanto uno fra i gradi intermedi in cui può presentarsi l'attività, fra gli estremi della vincolatezza e della libertà-arbitrio, e in particolare quello in cui il vincolo è dato dalla determinazione normativa dell'interesse primario specifico".

⁶⁹ Così F. Riccobono, *I diritti e lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2004, 45 ss.

⁷⁰ Così L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 1998, 21 ss.

83. In realtà, il momento della tutela sembra talmente legato, sul piano logico, a quello dell'affermazione della posizione soggettiva, da rendere superfluo il riconoscimento delle garanzie, perché, una volta riconosciuto un diritto o un interesse, ad esso si applicheranno, in maniera automatica, tutti gli strumenti di salvaguardia previsti dall'ordinamento e, in primo luogo, la possibilità di difendere il diritto stesso in sede di processo⁷¹.
84. La preesistenza delle posizioni giuridico soggettive costituisce una chiave di lettura anche delle norme costituzionali sulla pari dignità sociale dei cittadini, in particolare per quanto concerne il rapporto tra la realizzazione di siffatto principio e l'intermediazione parlamentare.
85. Il tipo di eguaglianza, sancito da parte della Costituzione del 1948, segna, infatti, la scissione tra il principio in esame e la legge, secondo la classica impostazione illuministica, fatta propria dal costituzionalismo ottocentesco. La Carta ha rovesciato radicalmente la prospettiva di un'uguaglianza, vista dal lato del potere e tradottasi nella generalità del comando, emanato attraverso la più autorevole delle manifestazioni di volontà dello Stato, ossia la legge dei rappresentanti del popolo, per recuperare integralmente la dimensione personale (si vorrebbe dire: umana) dell'eguaglianza medesima: "tale che il valore ad esso sotteso si collegasse immediatamente ed inscindibilmente al soggetto titolare del diritto"⁷².
86. Sicché l'uguaglianza è riferita, nella disposizione dell'art. 3 Cost., alla *dignità umana*; è un valore che si gioca tutto sulla persona, perché umanamente degni possono essere soltanto i cittadini, non anche, come sembra evidente, le generali ed astratte leggi del Parlamento. Sotto altro profilo, il carattere della socialità riconosciuto alla dignità del cittadino impone di non astrarlo dal contesto civile, economico e culturale in cui egli svolge la propria esistenza. Il concetto costituzionale di uguaglianza trascende, allora, il piano normativo per riferirsi ai singoli rapporti sociali, in modo che essi si sviluppino su di un piano di parità, tale che venga preservata la dignità dei cittadini⁷³.
87. Il principio di pari dignità sociale sottrae, dunque, alla discussione parlamentare la tutela di determinati interessi giuridici, che devono necessariamente essere oggetto di considerazione da parte della funzione pubblica. Esso realizza la positivizzazione del precetto *suum cuique tribuere*, laddove il *suum* viene individuato sulla base delle esigenze concrete legate alla dignità della persona per come essa è percepita nella coscienza sociale, ed in considerazione delle peculiarità del fatto; in quanto dato essenzialmente culturale, espresso dalla

⁷¹ Cfr. in termini solo parzialmente coincidenti A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, 2000, 13 ss.

⁷² Così G. Ferrara, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Giuffrè, Milano, 1974, vol. II, 1093 ss.

⁷³ Così A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, 355 ss.

coscienza sociale, il *suum* può essere oggetto, inoltre, di disposizione normativa solo entro determinati limiti, al di là dei quali la norma non trova legittima applicazione⁷⁴. Da un concetto di funzione pubblica, legittima secondo legge, la traduzione positiva del principio di pari dignità sociale esprime un concetto di legittimazione pubblica, secondo giustizia (e senza qui dover risolvere il punto se sia, poi, il legislatore o piuttosto il giudice a decidere che cosa sia la giustizia).

88. Il concetto di funzione si collega allora inscindibilmente, come già accennato, a quello di procedimento: esisteranno, all'interno di un dato ordinamento, tante funzioni quanti sono i procedimenti che esso prevede. La funzione è l'elemento qualificante, sul piano giuridico, l'atto espressione di un determinato potere, definendone la posizione nell'ordinamento di riferimento e, in definitiva, il "grado di resistenza", ove la strutturazione del potere non rileva che ai fini dell'estensione del sindacato di validità sull'atto considerato⁷⁵. Tuttavia, a ben vedere, il procedimento non rileva autonomamente in quanto tale, bensì quale momento istituzionalizzato di selezione e componimento degli interessi sociali giuridicamente significativi, alla cui cura la funzione è preordinata. Il procedimento è, per meglio dire, la sede istituzionale in cui la funzione pubblica riceve la propria legittimazione, perché è nel procedimento che essa entra in contatto con gli interessi sociali che la legittimano; interessi che devono, poi, avere la possibilità di proseguire il loro dialogo con l'autorità pubblica in un'altra sede, quella giurisdizionale, al cospetto di un giudice terzo ed imparziale, qualora il procedimento non basti.

6. (Segue): l'amministrazione come funzione primigenia e residuale tra diritto costituzionale nazionale e diritto comunitario

89. Se ciò è vero per tutte le funzioni dello Stato contemporaneo, ci si potrebbe interrogare sul senso finale della distinzione giuridica tra le funzioni stesse. L'esigenza di provvedere in maniera individuale e concreta, conformemente alle posizioni soggettive riconosciute dal "programma" costituzionale, non costituisce che una singola espressione della generale limitazione dell'indirizzo politico e del vincolo, da parte delle manifestazioni di volontà del potere pubblico, al perseguimento degli obiettivi fissati dalla Costituzione. Il destinatario del vincolo costituzionale, in quest'ottica, deve essere preso in considerazione nella sua unitarietà, non rilevando la partizione territoriale della Repubblica, perché tutti gli enti di cui all'art. 114 soggiacciono all'attuazione della Carta ed alla cura delle posizioni soggettive da essa riconosciute, né la distinzione tra le diverse funzioni costituzionali attraverso cui si esplica il

⁷⁴ Vedi A. Ross, *Diritto e giustizia*, tr. it. a cura di G. Gavazzi, Einaudi, Torino, 1965, 95 ss.

⁷⁵ Così G. Cugurra, *Considerazioni*, cit., 75 ss., che, peraltro, conclude (pagg. 106 e 109), ritenendo regressivo il profilo funzionale della conformazione del regime giuridico di ciascun provvedimento e collocando, invece, sulla struttura del potere "il centro di gravità dell'atto".

pubblico potere. Legge ed amministrazione, in particolare, sono entrambe strumentali all'esecuzione della Costituzione⁷⁶.

90. Nello Stato assoluto, tutta l'attività pubblica era riconducibile all'amministrazione, ossia al compimento della volontà del sovrano. Solo successivamente, dalla primigenia attività amministrativa, si distaccarono dapprima la funzione giurisdizionale, quindi quella legislativa e, infine, molto più recentemente, le funzioni di garanzia (quali quelle svolte dal Capo dello Stato, in regime parlamentare, dai tribunali costituzionali, dalle Autorità amministrative indipendenti, ecc.); così che giuridicamente amministrativa restava (e bisogna intendere, resta tutt'oggi) qualsivoglia attività pubblica non diversamente qualificata⁷⁷. Nello Stato costituzionale contemporaneo, la legislazione e l'amministrazione recuperano tale matrice unitaria, in quanto entrambe strumentali, non più all'attuazione dell'indiscutibile volontà soggettiva del sovrano, ma alla concretizzazione della (parimenti indiscutibile) volontà obiettiva che il Costituente, unico titolare della sovranità, ha trasposto nel Patto.

91. La circostanza che la sovranità non risieda negli organi costituzionali ha fatto venir meno l'istanza garantista di frazionarla, di limitarla, di dividerne i titolari, ancorandoli a "centri distinti di forza sociale", affinché *le pouvoir arrête le pouvoir*. Il potere di indirizzo politico, di cui si è già detto in precedenza (vedi in modo specifico i paragrafi 2 e 3), ritrova, nelle Costituzioni rigide, la sua sintesi unitaria, perché è espresso dall'Atto Costituente e, attraverso le forme giuridiche, da questo stabilite per le singole funzioni costituzionali, le legittima e le vincola alla propria realizzazione. In particolare, la legge e l'atto amministrativo trovano, entrambi, la loro causa nella Costituzione e nei valori che essa esprime; e si legittimano in ragione della loro corrispondenza a tali valori ed agli obiettivi strumentali alla loro realizzazione.

92. L'omogeneità tra la legislazione e l'amministrazione pare presupposta, del resto, anche dall'ordinamento comunitario, che offre probabilmente i dati positivi più significativi nel senso di un "affievolimento" della legge verso modelli operativi non dissimili dalle forme di esercizio delle funzioni amministrative. Al riguardo, è interessante la ricostruzione della funzione legislativa all'interno delle direttive 85/337/CEE, in materia di v.i.a., e 2001/42/CE, concernente la v.i.a. strategica. Questi due atti riferiscono al procedimento legislativo una serie di obblighi procedurali (in primo luogo, quello di trasparenza e quello di integrazione del contraddittorio tra gli interessi sociali contrastanti: si confrontino l'art. 1 della direttiva del 1985 e l'art. 6 di quella del 2001) identici a quelli stabiliti in merito ai procedimenti amministrativi.

93. Il procedimento, inteso come luogo del contraddittorio tra gli interessi sociali, viene ad essere, nella previsione comunitaria, la fonte di

⁷⁶ Così F. Pugliese, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, ESI, Napoli, 1989, 29 ss.

⁷⁷ Cfr. O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., *Tome I*, 2 ss.; più recentemente E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961, 18 ss.

legittimazione dell'atto, la cui derivazione dall'organo rappresentativo costituisce un dato secondario, se non irrilevante. La legge, non diversamente che qualunque autorizzazione amministrativa, si legittima in riferimento alla fattispecie che va a regolare, quale ricostruita in sede di procedimento; e sulla base di tale congruità può e deve essere sindacata dalle autorità giudiziarie nazionali (da tutte: non soltanto dai tribunali costituzionali eventualmente previsti), in ipotesi determinando il sorgere di una responsabilità aquiliana a carico del legislatore per aver male deciso o per non avere deciso affatto⁷⁸.

94. La Corte di Giustizia (sent. 19 settembre 2000, causa C – 287/98, *Linster*) si è spinta ben oltre, affermando la sussistenza di un obbligo giuridico in capo al Parlamento a che la procedura legislativa offra garanzie di trasparenza e di contraddittorio equivalenti a quelle previste per le procedure amministrative di autorizzazione, ma anche l'obbligo delle autorità nazionali di disapplicare le autorizzazioni prestate in via legislativa, quando contrastanti con prescrizioni comunitarie: se necessario, mediante la sanzione del comportamento che il cittadino aveva tenuto, confidando nella norma di legge contrastante con l'ordinamento europeo (sent. 9 settembre 2003, causa C – 198/01, *CIF*).
95. Rispetto all'ordinamento comunitario, semmai, alla luce del rapporto tra potere costituente e sovranità, di cui prima si è detto, rimane la grande fragilità di un insieme di Trattati che non sono ancora una Costituzione, in grado di disegnare con i suoi valori il perimetro di intervento della legge e dell'atto amministrativo.
96. Dalle considerazioni che precedono, ritornando a considerare più da vicino il diritto costituzionale nazionale, consegue, tra l'altro, che l'attività di governo e quella amministrativa debbano essere considerate in rapporto di assoluta continuità, tale da configurare la decisione e la sua esecuzione come momenti differenti di un'unica attività – *lato sensu* – amministrativa: se infatti l'apparato burocratico esegue la decisione politica, quest'ultima risulta vincolata dalle prescrizioni costituzionali e dalle indicazioni dell'organo politico in ordine alla possibile realizzazione amministrativa della scelta. Ciò è testimoniato, sul piano organizzativo, dalla riconduzione ad un unico complesso istituzionale del momento della decisione politica e di quello dell'esecuzione, poiché il Governo e l'amministrazione risultano fusi in una struttura inscindibile, di cui il primo rappresenta il vertice e la seconda la base. Potrà variare il rapporto tra i due livelli decisionali, quello politico-partitico dell'art. 95 e quello politico-amministrativo dell'art. 97 (quest'ultimo riferito alla sola gestione), i quali potranno diversamente atteggiarsi a seconda dell'esperienza storica e del contesto socio-culturale, senza che ciò ne metta in discussione la matrice sostanzialmente unitaria, tanto sul piano organizzativo che su quello fenomenico, e ferma restando l'acquisizione dell'assenza di funzioni gestionali in capo al Governo e l'autonomia decisionale degli uffici dei ministeri.

⁷⁸ Vedi R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, CEDAM, Padova, 1999, 11 ss.

97. Sicché, la nozione costituzionalmente rilevante di attività amministrativa (si ripete, l'attività pubblica residuale, che comprende tutte le funzioni non differenziate dall'ordinamento giuridico) non è soggettiva, ma oggettiva, e si fonda sull'attività di esecuzione della scelta costituente, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del soggetto che la pone in essere. Ne deriva che la qualifica di organo amministrativo è applicabile, tendenzialmente, a qualunque struttura costituzionale che operi l'esecuzione di tale scelta. E, segnatamente, oltre ad altri modelli di amministrazione che la realtà conosce, quali gli enti territoriali e le Autorità amministrative indipendenti, evidentemente per chi le considera amministrazione (ma vedi qualche spunto nel paragrafo 8 di questa voce), il Governo stesso, organo che esprime al massimo grado la funzione di scelta politica (entro i ridotti limiti, come si è visto, in cui lo consenta il "programma" costituzionale), è tuttavia anche organo amministrativo, nel momento in cui pone in essere tutte le funzioni che ritiene necessarie all'esecuzione di quella scelta.

98. Governo ed amministrazione rappresentano, nel modello della Carta, due realtà che si diluiscono l'una nell'altra. Il Governo è vertice della pubblica amministrazione; ma questo vuol dire che il Governo è pubblica amministrazione, perché il vertice è una parte della piramide e non diverso, nella sua sostanza, da essa. L'art. 95 Cost. individua un complesso istituzionale unitario ed omogeneo, costituito dal Ministro e dall'organizzazione centrale e periferica che compone il dicastero, all'interno del quale è distribuita la funzione amministrativa⁷⁹. Il Ministro costituisce la figura rappresentativa e, in quanto tale, politicamente responsabile dell'amministrazione dicasteriale cui è preposto e della sua attività, e ciò è, evidentemente, possibile poiché esso rientra in quella struttura amministrativa. La stessa attività di Governo non è che parte della funzione amministrativa, e atti amministrativi sono gli atti adottati dal Governo, per quanto elevato possa essere il livello decisionale in cui essi si esplicano. Ecco perché la responsabilità ministeriale individuale per gli atti dei singoli ministeri può essere pacificamente interpretata come responsabilità (anche) amministrativa; e la matrice unitaria dell'attività politica e di quella amministrativa è testimoniata proprio dalla previsione costituzionale dell'unitarietà della medesima responsabilità.

7. (Segue): le funzioni amministrative del Governo ed il problema dell'atto politico nell'ordinamento costituzionale italiano

99. In realtà, rispetto alla tesi che qui si sostiene, la natura amministrativa degli atti del Governo è stata negata sulla base della considerazione che alcuni di essi non discenderebbero dall'esercizio di una funzione amministrativa, bensì si legherebbero alla funzione di indirizzo politico del Governo⁸⁰.

⁷⁹ Vedi A.M. Sandulli, *Governo e amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1966, 738 ss.

⁸⁰ Per tutti, vedi E. Cheli, *Atto politico*, cit., 188 ss.

100. Tale impostazione, che troverebbe un appiglio testuale nell'art. 31 del Testo Unico sul Consiglio di Stato (norma, peraltro, antecedente alla Costituzione repubblicana e la cui compatibilità con quest'ultima è assai discussa), che esclude l'impugnabilità dei provvedimenti governativi emanati "nell'esercizio del potere politico", non appare, tuttavia, condivisibile, tanto sul piano dommatico, che su quello della ricostruzione del diritto positivo.
101. Sotto il primo profilo, già si è insistito sulla circostanza che la Costituzione circoscrive le manifestazioni della volontà politica, vincolando l'azione pubblica al perseguimento di obiettivi dati e, pertanto, rendendo irrilevante l'attività di predeterminazione dei fini che costituisce il *proprium* dell'attività politica. Tuttavia, anche a voler contestare questo argomento ed a sostenere che l'indirizzo politico trovi ancora una significativa possibilità di esplicitarsi nel vigente ordinamento costituzionale, esso rileva a monte dell'esercizio delle funzioni pubbliche ed opera su un piano diverso da quello del diritto (vedi anche i paragrafi 2 e 3 di questa voce).
102. La determinazione dei fini (ove, si ripete, la si volesse ritenere ancora possibile in un regime costituzionale rigido) è operata, infatti, *a priori*, e necessita di essere tradotta in forme giuridiche attraverso attività disciplinate dall'ordinamento.
103. L'efficacia giuridica dell'indirizzo politico non deriva, quindi, da quest'ultimo *ex se*, bensì dipende dalla sua realizzazione nelle diverse funzioni dell'ordinamento⁸¹. La sua forza, il suo grado di vincolatività e di cogenza, derivano, in altre parole, dalla funzione attraverso cui esso si esprime. Si comprende, dunque, come la distinzione tra atti politici ed atti amministrativi risulti inconfigurabile, perché la qualifica di un provvedimento come amministrativo discende *ipso jure* dalla sua derivazione da un'autorità amministrativa o dall'esercizio di una funzione qualificata dall'ordinamento come amministrativa. Può essere che l'atto sia emanato in esecuzione di scelte politiche, determinate al di fuori del diritto, ma le forme giuridiche attraverso cui tali scelte si concretano sono forme amministrative ed amministrativo è l'atto che risulta dall'esercizio della funzione. Ora, la provenienza dell'atto da un'autorità preposta ad una funzione amministrativa, ossia ad una funzione pubblica non altrimenti qualificata dall'ordinamento giuridico, rende per ciò solo l'atto impugnabile ai sensi dell'art. 113 Cost., e questo indipendentemente da presunte finalità politiche connesse all'atto stesso: la mera riconducibilità di un provvedimento all'amministrazione basta a qualificarlo come amministrativo e ad assoggettarlo ad un regime tipico, la cui caratteristica saliente ed imprescindibile è costituita dall'impugnabilità.
104. Sul piano del diritto positivo, la qualifica di un atto come politico non è necessariamente legata ad una presunta funzione di indirizzo

⁸¹ Vedi anche il già menzionato M. Dogliani, *L'indirizzo politico nei moderni ordinamenti policentrici*, cit., *passim*.

politico che, come si è detto, ove anche esistente, sarebbe preliminare all'adozione dell'atto stesso. In realtà, la norma ex art. 31 del Testo Unico sul Consiglio di Stato lega la qualifica di atto politico alla sottrazione al sindacato del giudice amministrativo (non anche a quello del giudice ordinario, che non rientra nell'ambito di applicazione di tale articolo e che, pertanto, potrà sempre disapplicare il provvedimento ove lo ritenga illegittimo), ma non in ragione della natura dell'atto medesimo: se così fosse, la norma citata sarebbe illegittima per contrasto con l'art. 113 Cost., nella parte in cui esclude che il ricorso al giudice amministrativo possa essere limitato per determinate categorie di atti. Un'interpretazione *secundum Constitutionem* della disposizione (che, tuttavia, ne riduce molto la portata precettiva, e in definitiva la stessa utilità sistemica) spinge a considerarla nel senso che la qualifica di politici sia riferita, con una terminologia in verità poco felice, a tutti i provvedimenti per cui manchino le caratteristiche dell'impugnabilità e, principalmente, ma forse non esclusivamente (perché rileva anche l'individuazione della situazione giuridica tutelata), l'interesse attuale e concreto all'impugnazione. In altri termini, un determinato atto del Governo non è non impugnabile perché politico, ma è politico *in quanto* non impugnabile. Sono le caratteristiche del provvedimento, e non il suo legame con l'indirizzo politico del Governo, che ne escludono la possibilità di ricorso.

105. In verità, anche chi afferma la natura politica degli atti del Governo in ragione di una presunta libertà nel fine, che impedirebbe di qualificarli come atti amministrativi, si trova nella necessità di considerarli un *numerus clausus* tipizzato dalla Costituzione, al fine di non ledere le garanzie del sistema di giustizia amministrativa che sono ancora più necessarie, una volta riferite al Governo: il quale più difficilmente è portato a rispettare l'obbligo di imparzialità che grava su tutte le amministrazioni pubbliche, in quanto legato a contingenti maggioranze politiche⁸². Così che atti politici, tra gli altri, sarebbero quelli inerenti alla formazione, alla modificazione e allo scioglimento del Governo, alle fasi endoprocedimentali del procedimento legislativo (quali, ad esempio, la deliberazione dei disegni di legge), quelli relativi alla stipula ed alla ratifica dei trattati internazionali, quelli relativi ai rapporti con gli altri organi costituzionali (quali, tra gli altri, la deliberazione del programma di Governo e la deliberazione di porre la questione di fiducia); ossia, tutte fattispecie relative all'organizzazione costituzionale pubblica, rispetto a cui il cittadino non sembra avere un interesse attuale e concreto all'impugnazione.

106. La contrapposizione tra l'affermata natura politica e quella amministrativa, in tutte le ipotesi testé trascorse, risulta in definitiva puramente accademica.

107. Per iniziare a tirare le fila del ragionamento, allora, l'ordinamento costituzionale italiano prevede una serie di funzioni, diversamente

⁸² Vedi A.M. Sandulli, *Governo e amministrazione*, cit., 741 ss.

denominate, esercitate ciascuna da uno o più poteri (in senso soggettivo). Nessuna di queste funzioni inerisce alla sfera dell'indirizzo politico, che per definizione opera sul piano pre-giuridico. Infine, tutte le funzioni che non sono altrimenti qualificate devono intendersi come amministrative, anche in ragione del loro legame con organi della pubblica amministrazione (quale, ad esempio, il Governo; ma la sistematica proposta, senza poter dimostrare fino in fondo tale assunto, sembra potersi applicare anche agli organi di vertice delle amministrazioni locali e regionali, in virtù del combinato disposto degli artt. 5, 114, 118 e 97 Cost.).

8. Poteri e funzioni nello Stato contemporaneo. “Vecchia” e “nuova” divisione dei poteri. Il costituzionalismo del nuovo Millennio e le sfide del diritto pubblico della globalizzazione. Alcune conclusioni

108. Alla luce della ricostruzione delle nozioni di potere e di funzione compiuta finora, rimane ancora da indagare ulteriormente la natura (soggettiva a questo punto) dei poteri dello Stato, per poi misurare il significato attuale del principio della divisione dei poteri, rispetto a quelle che, senza timore di enfasi, si possono chiamare le “sfide” del diritto costituzionale della globalizzazione.
109. I due profili, peraltro, risultano strettamente collegati, perché l'idea della tripartizione soggettiva dei poteri dello Stato, che nemmeno Montesquieu aveva ritenuto imm modificabile, ha condizionato a lungo la modellistica delle forme di governo ed il pensiero politico che ha accompagnato il loro sorgere e, quando il ventaglio dei poteri si è allargato e le funzioni si sono disseminate in ogni parte dell'ordinamento, in modo quasi “molecolare”⁸³, ci si è dovuti interrogare sulla stessa utilità pratica di una concezione risalente nel tempo e che poteva apparire superata.
110. In tale prospettiva il problema è stato impostato, in un primo e per certi versi riassuntivo orientamento dottrinale, insistendo sulla contrapposizione tra “vecchia” e “nuova” divisione dei poteri.
111. L'una, tipica dello Stato liberale, “tollera[va] in via d'eccezione che un Potere esercit[asse] spicchi di una funzione per principio appartenente ad un altro Potere” ed “esaltando il ruolo della legge assegnava al Legislativo una posizione centrale nella costellazione dei Poteri dello Stato”⁸⁴; la seconda, figlia delle Costituzioni del Novecento, di impronta democratico-sociale, non ha ripudiato la divisione dei poteri, “che in effetti deve rimanere affinché una totale o anche solo eccessiva concentrazione dei poteri non metta a repentaglio le libertà civili e politiche e i diritti sociali dei cittadini, nonché un governo corretto e efficiente dell'economia e della società”, ma ha accantonato l'idea della

⁸³ Così G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, cit., Volume II, 230.

⁸⁴ Così G. Bognetti, *Poteri (divisione dei)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, UTET, Torino, 1996, vol. XI, 373 e 374, che impiega la parola potere con la lettera maiuscola.

sua divisione trilatera, affermando l'esistenza di un numero più ampio di poteri, almeno cinque, "titolari (da capo, tendenzialmente esclusivi) ciascuno di una funzione fondamentale per lo Stato di tipo interventista: ... Potere governante, Potere legislativo, Pubblica Amministrazione come Potere a parte, Potere giudiziario, Corte costituzionale"⁸⁵.

112. Il Potere governante rappresenterebbe, allora, il "motore" della macchina dello Stato, pur dovendo subire, a differenza delle esperienze di Stato assoluto ed autoritario, tutti i vincoli ed i limiti imposti dalla Costituzione e dall'esistenza di numerosi Poteri di freno e di integrazione, mentre le tradizionali funzioni normativa, esecutiva e giurisdizionale risulterebbero "variamente distribuite tra i nuovi Poteri, senza che esistano le rigide regole di distribuzione di una volta"⁸⁶.

113. La validità della teoria (liberale) della separazione dei poteri è affermata anche nel pensiero di altri autori, venendo intesa soprattutto, nel suo significato politico, già ricordato, di "formula di non cumulo" delle funzioni statali⁸⁷, che aiuta a proteggere la libertà degli individui e che tenacemente tiene insieme il costituzionalismo di almeno tre Secoli di storia.

114. E se, anche all'inizio, "[l]o scopo di attuare nell'ordinamento costituzionale un sistema di divisione e di contrapposizione dei poteri è stato determinato da puri intenti politici, la salvaguardia della libertà, e non da necessità organizzative né tanto meno dall'esigenza giuridica di separare l'esercizio di funzioni differenti"⁸⁸, ai nostri giorni, al posto dell'originaria tripartizione dei poteri e delle funzioni, è emerso "un meccanismo molto più complesso, fondato su una pluralità di centri di potere statuali ed extrastatali, i quali collaborano e si contrappongono l'uno all'altro, non in quanto a ognuno di essi sia assegnata una specifica funzione fondamentale, ma perché, anche nell'ambito delle stesse funzioni, essi si trovano in rapporto di concorrenza o di complementarità di competenza, così che le determinazioni fondamentali della pubblica autorità scaturiscono dalla cooperazione di due o più volontà"⁸⁹.

115. Per gli ordinamenti costituzionali, come quello italiano, nel quale le attribuzioni dei poteri dello Stato sono giustiziabili davanti alla Corte

⁸⁵ Cfr. ancora G. Bognetti, *Poteri (divisione dei)*, cit., 375.

⁸⁶ Così sempre G. Bognetti, *Poteri (divisione dei)*, cit., 376, 377 e 376, che rileva anche che, in alcune esperienze costituzionali, come quella italiana, il Potere governante non si sarebbe, per lungo tempo, pienamente sviluppato.

⁸⁷ Così ancora G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., 711 e 713, e *La separazione dei poteri*, cit., Volume II, 250; v. anche F. Sorrentino, *I conflitti di attribuzione*, cit., nota n. 32, 684-685, citando G. Burdeau e M.S. Giannini.

⁸⁸ Così F. Sorrentino, *I conflitti di attribuzione*, cit., 681; ma vedi anche quanto sostenuto nel paragrafo 2 di questa voce.

⁸⁹ Così sempre F. Sorrentino, *I conflitti di attribuzione*, cit., 696; ma v. anche G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., 710, per il quale il significato odierno della separazione dei poteri si riassume nell'indicare "la tutela rafforzata di ogni concrezione funzionale fornita di autonoma capacità di determinazione politica-costituzionale", assistendosi alla "disseminazione delle funzioni a tutti i livelli dell'ordinamento" ed alla moltiplicazione dei "centri istituzionali essenziali per l'equilibrio del sistema politico costituzionale".

costituzionale, in mancanza di una loro elencazione nell'art. 134 Cost. e nella l. n. 87/1953, è stata poi la stessa giurisprudenza costituzionale a rappresentare (nel senso di determinare e/o semplicemente di "ratificare") l'allargamento dei poteri che si è (era) venuto concretamente a realizzare.

116. Nati come generose utopie, infatti, i conflitti sono penetrati nel cuore della forma di governo (come nella c.d. sentenza Mancuso, la n. 7 del 1996); hanno segnato passo a passo le competenze tra i poteri tradizionali, giudiziario ed esecutivo, giudiziario e legislativo (con le numerosissime decisioni sull'art. 68 Cost.) e tra di essi ed altri poteri (Presidente della Repubblica, CSM, Corte dei conti...); hanno sancito l'articolazione di più organi all'interno del medesimo potere (Consiglio dei ministri e ministro di grazia e giustizia, ad esempio); hanno oltrepassato i confini della stessa statualità, con il riconoscimento della qualità di potere ai comitati promotori dei *referendum* abrogativi (sent. n. 69 del 1978)...

117. Pur con qualche prudenza eccessiva da parte del Giudice costituzionale, che ha negato l'ammissibilità al conflitto alle Autorità amministrative indipendenti, di cui si parlerà subito (ordd. nn. 118 e 226 del 1995 e 137 del 2000), ed ai partiti politici (ord. n. 79 del 2006), è certo che, "molto oltre l'immaginazione dei Costituenti", la Corte è stata "progressivamente chiamata a dirimere controversie, di tono costituzionale, tra titolari di interessi differenziati, anche se comunque formalmente o solo sostanzialmente "pubblici", impegnandosi in una continua ridefinizione, non già soltanto, in senso stretto, di competenze, bensì propriamente di rapporti, in una catena ininterrotta di risonanze e di connessioni", che rende sempre più "difficile continuare ad adoperare, con plausibile efficacia espressiva, il sintagma poteri dello Stato"⁹⁰ e che, forse, fa preferire, come si è già accennato, la formula più ampia di poteri costituzionali.

118. In base a tutto ciò, ha ancora senso, quindi, ragionare sulla distinzione tra poteri e funzioni, rivitalizzando quella che solo in apparenza è una "categoria storicamente determinata"⁹¹, perché risultano centrali le "stesse istanze di garanzia e di libertà che erano proprie della dottrina montesquieuiana"⁹², permanendo integro il "nocciolo duro" della teoria e cioè "l'esigenza di distribuire le competenze tra più organi che si controllano a vicenda proprio in ragione del collegamento funzionale, onde evitare l'irrazionalità del dispotismo"⁹³. E a ben riflettere (v. pure il paragrafo 5 della voce), anche le conclusioni di chi cerca strumenti alternativi alla divisione dei poteri non sono così lontane, come nella tesi che valorizza il principio di partecipazione delle forze sociali intermedie e dei cittadini al procedimento di formazione degli

⁹⁰ Le citazioni sono di C. Ruperto, *La giustizia costituzionale nel 2000*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, 4259.

⁹¹ Così peraltro G.U. Rescigno, *Divisione dei poteri*, cit., 95.

⁹² Così G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., 710; vedi anche pag. 720.

⁹³ Così rispettivamente G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, 710 e G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, Volume II, cit., 231.

atti pubblici, così che “la necessità di garantire le forze politiche intermedie (ed i cittadini), contro l'utilizzazione arbitraria del potere pubblico da parte delle forze detentrici di esso, si [perseguirebbe] ... assicurando l'accentuata presenza di quelle (e di quelli) nei procedimenti di formazione degli atti pubblici, ottenendo cioè che l'esigenza garantistica ... sia trasferita dall'esterno della funzione (ove risiedeva sulla base del principio della divisione dei poteri) all'interno di essa”⁹⁴.

119. Tuttavia, il volgere del Millennio ha evidenziato, sempre di più, l'insufficienza di considerare i poteri esclusivamente dal punto di vista dell'organizzazione statale, non solo perché si assiste alla “moltiplicazione dei centri di potere entro e fuori le cerchia di mura dello Stato”, mura che “vanno progressivamente scomparendo per dar luogo ad un *continuum* società-istituzioni, che pone in modo del tutto nuovo il tradizionale rapporto autorità-libertà”⁹⁵, ma soprattutto perché la dimensione dei poteri oltrepassa i confini nazionali e si incrocia con i fenomeni dell'internazionalizzazione dei rapporti politici ed economici.

120. E' vero, infatti, che una tendenza degli Stati di capitalismo maturo è il già rilevato “progressivo spostamento di potere politico verso l'esecutivo-pubblica amministrazione”⁹⁶, ma contemporaneamente lo stesso potere governante è “insidiato” dalle organizzazioni sovranazionali, come l'Unione europea, e più debolmente da quelle internazionali, come l'ONU, e dai pesanti condizionamenti che i rapporti economici vengono ad avere sulla sovranità degli Stati.

121. Due esempi, in particolare, spiccano su altri: le regole del patto di stabilità ed i vincoli stringenti per l'indirizzo politico economico dei Paesi membri dell'Unione e per le loro manovre di bilancio; la constatazione che il prodotto interno lordo di molti Paesi, non solo del Sud del Mondo, sia inferiore ai bilanci delle società multinazionali che “dettano” sostanzialmente le scelte di politica economica di quei Paesi.

122. Un discorso a parte merita, poi, il trasferimento di funzioni pubbliche, a lungo esercitate dai tradizionali poteri “politici”, a poteri prevalentemente tecnici, vera e propria cerniera tra i diritti nazionali (e il diritto comunitario) e quello delle organizzazioni internazionali. Il riferimento corre, in particolare, alle Autorità amministrative indipendenti, che dal loro sorgere tra fine Ottocento ed inizio del Novecento, nel prototipo statunitense delle *Independent Regulatory Commissions*, hanno evidenziato quel cumulo di poteri e di funzioni (normative, quasi giurisdizionali, di controllo, amministrative in senso stretto...) che la teoria della separazione dei poteri vorrebbe evitare. Invero, dietro all'istituzione di queste Autorità, stanno probabilmente le medesime ragioni che hanno

⁹⁴ Così G. Cugurra, *Considerazioni*, cit., 107.

⁹⁵ Cfr. ancora G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., 711; in questo contesto assume rilevanza anche la c.d. divisione verticale del potere, propria degli Stati federali e regionali, ma anche di Stati unitari che “concedono” forme sempre più avanzate di decentramento territoriale.

⁹⁶ Così sempre G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., 719, che condensa in un solo potere due poteri, che come si è visto, G. Bognetti teneva separati.

portato a creare le Corti costituzionali, e cioè il tentativo di porre un freno agli organi titolari dell'indirizzo politico (e all'onnipotenza dei Parlamenti ed oggi dei Governi), mediante la previsione di organi di garanzia, variamente modulati e strutturati.

123. Nessuna contraddizione, allora, con le istanze più profonde del principio della separazione dei poteri. Semmai, rispetto a quanto si è venuto a sostenere in precedenza (vedi il paragrafo 6), non c'è in tal caso, probabilmente, funzione amministrativa indifferenziata, ma appunto una peculiare e qualificata funzione di garanzia, che dovrebbe spostare anche sul piano del diritto costituzionale le dinamiche di tali poteri, a partire dal regime giuridico dei loro atti⁹⁷.

124. Ma, in presenza di una crisi dello Stato, determinata dall'internazionalizzazione dei mercati, che sembra rimettere in discussione la bontà del principio della separazione dei poteri, con il suo corollario, generalmente accettato, di una poli-partizione e di una pluralizzazione dei medesimi, anche le più raffinate elaborazioni della dottrina su questo argomento trovano un inedito banco di prova.

125. Si è già detto, in precedenza, della partizione tra vecchia e nuova separazione dei poteri; si deve ricordare ora l'importante tesi che fa confluire la dinamica del potere pubblico all'interno di una classificazione di "diversi cicli funzionali", ognuno dei quali "può essere attivato solo dall'esercizio della funzione normativa", che non può mai mancare⁹⁸.

126. Alla luce di tale opinione, è necessario chiedersi se esiste davvero un ciclo funzionale in grado di adattarsi ai caratteri del villaggio globale, così che il principio della divisione dei poteri possa continuare a dispiegare "la sua forza propulsiva nel diritto costituzionale positivo, coll'imporre la differenziazione ... dei soggetti che esercitano ciascuna funzione", e presupponendo l'incompatibilità di cumulare più funzioni in uno stesso organo o soggetto, all'interno del medesimo ciclo⁹⁹.

127. La risposta a tale domanda involge numerose questioni che esulano dai compiti di questa voce e che rimandano, in fondo, ad un ulteriore sintetico quesito: può servire la teoria della separazione dei poteri per difendere il primato della politica e del diritto sull'economia?

128. In prima battuta, deve risponderci che la riflessione non potrà che muovere da una vigorosa difesa del contenuto valoriale delle Costituzioni nazionali che, in quanto "massima manifestazione della funzione normativa", darebbero l'avvio ad un ciclo funzionale fondamentale, anzi al ciclo funzionale fondamentale per antonomasia¹⁰⁰, ma che sempre più

⁹⁷ Vedi sul punto G. Grasso, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006, *passim*, spec. 255 ss.

⁹⁸ Così G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., 714 e 715.

⁹⁹ Cfr. ancora G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., 714 e 713.

¹⁰⁰ Vedi sempre G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., 714.

sono svilite dal dominio del mercato e da una *lex mercatoria* spesso completamente sganciata dal rispetto dei più elementari principi etici.

129. Con la consapevolezza, peraltro, che ai principi di queste Costituzioni, impernati, già lo si è detto, sulla centralità della persona umana, dovranno necessariamente ispirarsi, sia un rinnovato processo di costituzionalizzazione del diritto comunitario, capace di superare le debolezze e le ambiguità del testo del Trattato del 2004 (e l'*impasse* politica provocata dai *referendum* francese e olandese), sia il tentativo, senza dubbio ancora più complesso, di creare un diverso (e più efficace) ordine politico e giuridico mondiale.