

Separazione dei poteri e classificazione delle pubbliche funzioni (a partire dal pensiero di Gaetano Silvestri)*

di

Antonio Ignazio Arena**

Sommario: 1. La teoria della separazione dei poteri in Gaetano Silvestri: considerazioni introduttive. – 2. Divieto di cumulo, casi-limite e complessità delle valutazioni in ordine al rispetto o alla violazione del principio della separazione dei poteri. – 3. Rifiuto di un'interpretazione formalistica della separazione dei poteri. – 4. Discussione critica della possibile obiezione tratta dalla teoria delle forme di Stato. – 5. Dalla separazione dei poteri alla classificazione delle funzioni pubbliche. – 6. Classificazione delle funzioni pubbliche e costituzionalismo. – 7. Conclusioni.

La teoria della separazione dei poteri in Gaetano Silvestri: considerazioni introduttive

Nel presente contributo si prende in esame la teoria della separazione dei poteri elaborata dal prof. Silvestri¹. Si confrontano differenti letture della stessa e si sostiene che essa riposa su una classificazione previa delle pubbliche funzioni, dalla quale risulta inseparabile.

Come si cercherà di argomentare, tale connessione tra separazione dei poteri e classificazione delle funzioni ha precise e rilevanti implicazioni sul piano dell'interpretazione costituzionale.

* Questo scritto è destinato agli atti del convegno “Separazione dei poteri, indirizzo politico e garanzie costituzionali”, tenutosi presso l'Università degli Studi di Messina il 27 e 28 giugno 2024.

** Professore associato di Diritto costituzionale e pubblico. Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina.

¹ In particolare, si farà riferimento a G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I e II, Milano, 1979 e 1984, nonché alla voce *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enc. dir., I tematici, Potere e Costituzione*, V, Milano, 2023.

In sintesi, estrema, secondo l'insegnamento del prof. Silvestri, un assetto istituzionale non si conforma al principio della separazione dei poteri ogni volta in cui all'interno di un ciclo funzionale uno stesso potere cumula due o più funzioni².

In tal senso, la separazione dei poteri non deve essere intesa secondo le coordinate soggettivistiche od oggettivistiche tipiche delle elaborazioni dottrinali precedenti. Le prime erano tipiche delle impostazioni per le quali la separazione dei poteri implicava, puramente e semplicemente, la contrapposizione tra centri di potere distinti, indipendentemente dalle funzioni a essi assegnate³. Le seconde erano proprie delle concezioni per le quali la separazione dei poteri non si realizzava soltanto nella contrapposizione tra soggetti, ma anche in una corrispondente distinzione delle funzioni⁴. Entrambe queste vie ricostruttive si rivelarono, però, inadatte a cogliere l'essenza del principio della separazione dei poteri e inadeguate a esprimere la complessità delle realtà istituzionali tipiche degli ordinamenti moderni.

Esse sono accomunate da una visione statica della separazione – rispettivamente, dei poteri in senso soggettivo od oggettivo. Il concetto di separazione è tuttavia fuorviante se inteso in modo statico. Piuttosto è necessario offrirne una lettura

² G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, cit., p. 247.

³ Le radici di questa impostazione possono rinvenirsi nell'antico diritto pubblico romano (cfr. J. ELLUL, *Storia delle istituzioni*, I, *L'antichità*, trad. it. a cura di G. Ancarani, E. Nicolini, Milano, 2011, pp. 185 ss.). In epoca moderna, l'esigenza di individuare le funzioni solo a partire dal potere, in senso soggettivo, cui appartengono è stata espressa, per esempio, da R. CARRÉ DE MALBERG (*La legge espressione della volontà generale*, trad. it. a cura di M. Calamo Specchia, Milano, 2008, pp. 25 ss.) per il quale la Rivoluzione francese ha sostituito a una distinzione delle funzioni – intese come attività identificate sulla scorta del loro oggetto, o per meglio dire di quello degli atti che le integrano – una distinzione dei poteri in senso soggettivo, con la conseguente contrapposizione – ritenuta fondamentale – tra *représentants* e *agents*. Cfr. art. 6, Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, 1789, e art. 2, sez. 2, cap. IV, tit. III, Cost. francese del 1791.

⁴ Sposa la tesi obiettivistica, per esempio, L. DUGUIT (*Manuel de Droit constitutionnel, Théorie générale de l'État. Le Droit e l'État – Les Libertés publiques. Organisation politique*, Parigi, 1918, pp. 157 ss.), per il quale la distinzione delle funzioni va realizzata senza tener conto degli organi o dei funzionari nella cui sfera di competenze rientra l'attività: impostazione, questa, che lo conduce, fra l'altro, a criticare l'idea di una autonoma funzione di governo; anche H. Kelsen, per questo aspetto, si orienta allo stesso modo, anche se la distinzione delle funzioni assume in H. KELSEN (cfr. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. a cura di S. Cotta, G. Treves, Milano, 1952, pp. 135 ss.) un valore puramente relativo e il principio della separazione dei poteri una connotazione più ideologica, che propriamente "scientifica".

dinamica, tale da consentire di evidenziare l'inestricabile nesso tra la separazione e la reciprocità dei controlli. Solo così la prima si rivela quale strumento mediante il quale ricercare l'equilibrio tra i poteri, in funzione – come già nelle intenzioni di Montesquieu⁵ o, più tardi, dei costituenti americani⁶ – della salvaguardia delle libertà fondamentali.

Pertanto, se si vuole realizzare (o intendere) il principio della separazione dei poteri, occorre considerare tanto il versante soggettivo dei poteri quanto quello oggettivo delle funzioni, ma non perseguendo l'obiettivo (peraltro, forse utopistico) di un'astratta separazione dei poteri e delle funzioni, quale ingenuamente potrebbe essere immaginata assegnando a ciascun potere una – e una sola – funzione⁷. Piuttosto è necessario soffermarsi sull'assetto istituzionale nel suo divenire: aver quindi riguardo ai procedimenti atti a integrare un ciclo funzionale caratterizzato dalla separazione per soggetto delle differenti funzioni. L'inveramento o la comprensione del principio della separazione dei poteri richiedono dunque all'interprete l'assunzione di un punto di vista dinamico.

2. Divieto di cumulo, casi-limite e complessità delle valutazioni in ordine al rispetto o alla violazione del principio della separazione dei poteri

Orbene, l'assunzione di un punto di vista dinamico sulle dinamiche istituzionali può condurre a una visione più completa ed esatta del principio della separazione dei poteri. Tuttavia, è necessario evitare di intendere in modo riduttivo tale principio, cioè di ridurlo alla meccanica (e apparentemente semplice) applicazione di una regola di non cumulo.

Nella ormai classica ricostruzione offerta da Dworkin, i principi si distinguono dalle regole per la loro struttura logica: i primi, infatti, hanno una struttura

⁵ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, trad. it. a cura di B. Boffito Serra, I, Milano, 2004, pp. 307 ss.

⁶ J. MADISON, *Il Federalista n. 48*, in A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il Federalista (Commento alla Costituzione degli Stati Uniti)*, trad. it. a cura di B.M. Tedeschini Lalli, Pisa, 1955, pp. 334 ss.

⁷ L'impossibilità di una corrispondenza tra poteri in senso oggettivo e soggettivo fu rilevata già dalla dottrina tedesca di fine Ottocento: v. part. G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, con introd. di V.E. Orlando, trad. it. a cura di M. Petrozziello, Milano, 1949, pp. 169 ss.

“aperta”, del tipo “se x allora y, a meno che z...”, mentre le seconde rispondono a una struttura logica “chiusa”, del tipo “se x allora y”⁸. Sarebbe quantomeno curioso che uno dei principi cardine del costituzionalismo possa essere tradotto in una mera regola implicante il divieto di cumulo (se una o più funzioni sono cumulate entro lo stesso ciclo funzionale dal medesimo soggetto, allora il principio della separazione dei poteri è violato). Già richiamare l’attenzione sulla natura – comunemente riconosciuta⁹ – della separazione dei poteri come principio dovrebbe indurre a una riflessione in proposito.

Perdipiù, in tal senso militano ragioni non solo di teoria generale, ma anche di tipo squisitamente dogmatico: l’esperienza degli ordinamenti costituzionali liberaldemocratici suggerisce infatti, in primo luogo, l’impossibilità di prescindere dalla considerazione dei principi fondamentali per sviluppare un’interpretazione giuridica corretta¹⁰; in secondo luogo, l’inesistenza di una gerarchia in astratto tra i principi, i quali sono suscettibili dunque di essere bilanciati¹¹. Pertanto, anche la separazione dei poteri deve essere inserita entro le coordinate di un’interpretazione sistematica: essa si realizza – è chiamata a realizzarsi – entro il singolo ordinamento, in modo armonico rispetto agli altri principi fondamentali che lo contraddistinguono.

Su questa esigenza di connessione sistematica si dovrà, tra breve, ritornare. Quel che adesso conta sottolineare è quanto segue: la definizione dinamica del principio della separazione dei poteri non dovrebbe ingenerare la convinzione – erronea, come si cercherà di mostrare – che il rispetto del principio in parola, nel valutare un determinato ordinamento, possa essere verificato con estrema facilità,

⁸ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), 1977, pp. 24 ss.

⁹ *Ex plurimis*, cfr. A. BARBERA (*Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in AA.VV., *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, a cura di A. Barbera, G. Zanetti, Roma-Bari, 2012, p. 4) che lo include tra i “caratteri” (“valori” e “tecniche”) del costituzionalismo. Sul debito del costituzionalismo con la teoria di Montesquieu v., per tutti, G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006, pp. 51 ss.

¹⁰ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, II, Milano, 1990, part. pp. 849 ss.

¹¹ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, pp. 114 ss.

identificandosi la non coerenza con il principio solo e soltanto con i casi più evidenti, macroscopici, di cumulo.

In realtà non è così, il discorso è più complesso. Di ciò si ha palmare dimostrazione in alcuni “casi limite”, sui quali, non a caso, è stata richiamata l’attenzione da parte del Prof. Silvestri: anzitutto «la mancanza di uno dei momenti del ciclo funzionale», che talvolta si può riscontrare senza che questo implichi, di per sé, una violazione del principio della separazione dei poteri¹²; e, ancora, «l’esercizio contestuale di funzioni diverse» da parte del medesimo organo, che neppure è sempre e necessariamente violazione del principio della separazione dei poteri¹³. Sono ipotesi queste che dimostrano che non sempre in un ordinamento liberaldemocratico l’articolazione dei cicli funzionali è uguale a sé stessa e che consentono di sottolineare che un medesimo atto o una data attività sono suscettibili di duplice qualificazione in ragione della prospettiva assunta dall’osservatore, e cioè in funzione del ciclo funzionale considerato¹⁴. Si tratta, insomma, di casi limite rispetto ai quali può concludersi: «L’anomalia di queste ipotesi non consiste nella mancata applicazione del principio della separazione dei poteri»¹⁵.

Pertanto, deve osservarsi come la verifica relativa al rispetto ovvero alla violazione del principio della separazione dei poteri sia particolarmente complessa e non possa essere ridotta alla meccanica applicazione di un divieto di cumulo di differenti funzioni in capo al medesimo organo.

¹² G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, cit., p. 265 (l’A. indica come esempi i seguenti: «legge-provvedimento interamente applicabile senza una attività autonoma di attuazione; atto politico di governo di carattere non normativo del tutto svincolato da una disciplina precedente; sentenza normativa della Corte costituzionale»).

¹³ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, cit., p. 265. In questo caso, tra gli esempi riportati dall’A., possono ricordarsi la conversione in legge di un decreto-legge e le direttive parlamentari.

¹⁴ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, cit., p. 268, laddove ad esempio, con riferimento alla conversione del decreto-legge, si osserva che il Parlamento «quando converte in legge un decreto-legge, esercita contemporaneamente una funzione di controllo e una funzione normativa. La prima chiude il ciclo funzionale aperto dal decreto-legge, la cui fase intermedia ha già avuto luogo a causa della sua efficacia immediata; la seconda costituisce il momento iniziale di un nuovo ciclo funzionale».

¹⁵ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, cit., p. 265.

3. Rifiuto di un'interpretazione formalistica della separazione dei poteri

Indubbiamente, una concezione della separazione dei poteri come quella in esame comporta un superamento degli schematismi che, in verità attraverso una semplificata lettura del suo pensiero, sono stati non di rado tratti dalla classica tripartizione delle funzioni e dalla teorica della divisione del potere in Montesquieu¹⁶.

L'accento posto sui singoli cicli funzionali di volta in volta considerati potrebbe allora essere inteso come il tentativo di "scarnificare" la teoria della separazione dei poteri. Il che, da un certo punto di vista, potrebbe significare: coglierne l'essenza, al di là dei vari modi in cui la si è concepita e si è tentato di realizzarla storicamente.

In verità, però, bisogna intendersi sulle parole. Se con questo riferimento alla "scarnificazione" si vuol suggerire che l'obiettivo perseguito sia quello di una teoria "pura" della separazione dei poteri, l'affermazione sembra piuttosto problematica¹⁷. L'essenza della separazione dei poteri, se così si vuol dire, non è colta sul piano di una astratta costruzione che pretende di valere a prescindere dai contesti storici di riferimento e quindi anche dagli interessi e dai valori di volta in

¹⁶ Sull'interpretazione del pensiero di Montesquieu v. lo stesso G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, cit., part. pp. 284 ss. *Ex plurimis* v., poi, R. ARON, *Montesquieu*, in ID., *Main Currents in Sociological Thought*, I, *Montesquieu, Comte, Marx, De Tocqueville: The Sociologists and the Revolution of 1848*, Londra-New York, 2019, pp. 45 ss. e D. LOWENTHAL, *Montesquieu*, in *Storia della filosofia politica*, a cura di L. Strauss, J. Cropsey, trad. it. a cura di C. Nubiani, Genova, 1995, pp. 308 ss.

¹⁷ In definitiva, una concezione formalistica della separazione dei poteri finirebbe per privare il principio di quella che, per riprendere un'espressione derivata dalla filosofia di J. HABERMAS (*Conoscenza e interesse*, trad. it. a cura di G.E. Rusconi, Roma-Bari, 2012, pp. 315 ss.), si potrebbe definire la sua portata "emancipativa". Per il teorico "puro" del diritto, per eccellenza, «il concetto di "separazione dei poteri" designa un principio di organizzazione politica. Esso presuppone che i tre cosiddetti poteri possano venir determinati quali tre distinte funzioni dello Stato coordinate fra loro, e che sia possibile tracciare una linea di confine che separi ciascuna di queste tre funzioni dalle altre. Ma questo presupposto non trova conferma nei fatti» (cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 274 s.). Anche se, indubbiamente, esistono ragioni per riflettere sul modo più appropriato di intendere la classificazione delle pubbliche funzioni, può notarsi come l'approccio kelseniano finisca per condurre alla conclusione che, da un punto di vista rigorosamente "scientifico", il concetto della separazione dei poteri riposi su premesse errate.

volta preminenti all'interno della comunità politica, interessi e valori poi tradotti in norme giuridiche e, in ultima analisi, costituzionali.

Se così fosse, il superamento delle più ingenuie letture della separazione dei poteri si risolverebbe in un'interpretazione formalistica per la quale la separazione dei poteri è niente altro che una tecnica. "Scarnificare" vorrebbe allora dire "ridurre all'osso", nel senso di presentare soltanto lo scheletro della teoria della separazione dei poteri.

Al contrario, bisogna orientarsi a una lettura della separazione dei poteri che consenta di cogliere a pieno le dinamiche degli ordinamenti costituzionali da essa permeati: cioè la vita – non le spoglie – degli ordinamenti costituzionali.

Fuor di metafora, l'elaborazione teorica del prof. Silvestri si colloca dunque sì su un piano di teoria generale del diritto costituzionale, ma non implica – salvo errore – alcuna ricostruzione pura, nel senso di prescindente dalla connessione con i contesti storici e di valore.

Anzi, essa sembra fittamente intrecciata a questi ultimi e quindi potersi ricondurre, tra l'altro, alla lezione metodologica di Salvatore Pugliatti, sulla quale brevemente conviene insistere.

Come noto, Pugliatti invitava i giuristi a coniugare metodo sistematico e storia, a immergere il sistema giuridico astratto nel concreto divenire dei processi sociali (culturali, economici, politici), così consentendo all'interpretazione giuridica di risultare idonea a raggiungere lo scopo che le è proprio: vale a dire, offrire risposta ai bisogni maggiormente avvertiti dal corpo sociale, resolvendo problemi pratici¹⁸.

A questo fine sembra doversi rivolgere, secondo Pugliatti, anche la costruzione degli stessi concetti giuridici, atti a comporre il sistema. Tali concetti, infatti, non possono essere mera espressione di un esercizio di logica: essi stessi sono il prodotto della storia¹⁹.

¹⁸ Cfr. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, n. 4/1950, pp. 60 e 75: «Funzione della scienza giuridica, come sorgente luminosa che rischiara, è quella di determinare la portata della norma [...] Il testo della legge non è tasto sacro, trascendente, immutabile e rivelato. Esso è, anzitutto, nella contingenza storica».

¹⁹ Cfr. S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in ID., *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica. Saggi*, Milano, 1951, pp. 685 s.

Ebbene, ciò è particolarmente evidente nel caso della separazione dei poteri, la cui portata concettuale non potrebbe mai essere colta a prescindere dalle vicende del costituzionalismo, inteso quale movimento storico e di pensiero. E, infatti, i due volumi del Prof. Silvestri sono dedicati alla storia della separazione dei poteri; essi, non a caso, culminano in una lettura dell'ordinamento costituzionale italiano e nella formulazione di implicazioni pratiche conseguenti alla elaborazione dottrinale proposta²⁰.

4. Discussione critica della possibile obiezione tratta dalla teoria delle forme di Stato

In vero, un elemento a sostegno di un'interpretazione restrittiva della portata del principio di separazione dei poteri, come concepito nell'elaborazione del prof. Silvestri, potrebbe forse trarsi dall'affermazione (molto interessante e sulla quale forse non si insiste adeguatamente) per la quale la separazione dei poteri è rinvenibile anche in ordinamenti segnati dall'assenza del principio di legalità.

È questo il caso dello Stato assoluto: «Nell'ordinamento assolutistico non mancava la separazione dei poteri, ma il principio di legalità»²¹.

Questa notazione si spiega in quanto l'esercizio delle pubbliche funzioni, nello Stato assoluto (in particolare, nell'esperienza francese), vedeva i *parlamenta* controllare (e quindi bilanciare) le prerogative della corona e della sua amministrazione²².

Occorre, anzitutto, sottolineare la correttezza di questa constatazione e poi anche la sua portata innovativa rispetto alla semplicistica e ricorrente osservazione per la quale nello Stato assoluto si ha concentrazione del potere e nello Stato di diritto

²⁰ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, cit., pp. 233 ss.

²¹ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, cit., p. 128.

²² G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, cit., p. 126: «La lunga storia delle lotte tra i parlamenti e il monarca francese è in realtà la storia della progressiva evoluzione di uno Stato nel quale avvenne la prima grande scissione nell'organizzazione del potere: quella tra esecutivo e giudiziario». Cfr. altresì *ivi*, p. 131, dove si legge: «È interessante notare che questo potere [quello dei *parlamenta*], nato in funzione ausiliaria e servente, nonché di tutela del monarca nei confronti dei suoi stessi collaboratori, si sia trasformato in un potere esercitato a tutela di un preteso interesse generale del regno contro la volontà dello stesso sovrano».

divisione del potere. Questa presentazione schematica della distinzione, quanto alla distribuzione del potere, tra le due forme di Stato è inadeguata e non consente di cogliere la complessità del reale. Essa lascia in ombra, per l'appunto, il vero tratto distintivo, cioè rispettivamente l'assenza o la presenza del principio di legalità²³.

In verità, l'impossibilità di considerare il principio della separazione dei poteri come caratteristico dei soli Stati di diritto (o liberali) era stata in precedenza sostenuta in dottrina. In particolare, già V.E. Orlando aveva notato che, anche in ordinamenti illiberali, si ha una divisione dei poteri²⁴. Tuttavia, nella ricostruzione orlandiana la divisione dei poteri deve armonizzarsi con una nozione organicistica dello Stato (anzi, proprio dall'organicismo discende la conclusione per la quale la divisione dei poteri si rinviene in tutti i "tipi storici" di Stato)²⁵. Per questo Orlando mostra di considerare l'idea stessa della divisione dei poteri come inadeguata a esprimere la realtà dello Stato. Quest'ultimo – concepito come macro-antropo – non è, infatti, in grado di operare senza che le sue membra (i diversi poteri) operino in modo coordinato²⁶.

²³ Cfr. J. ELLUL, *Storia delle istituzioni*, III, *L'età moderna e contemporanea: dal XVI al XIX secolo*, trad. it. a cura di G. Ancarani, Milano, 2014, pp. 46 ss.

²⁴ Cfr. V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1890, p. 62, che scrive di «un primo errore nella teoria dominante, il quale è di aver creduto che la distinzione dei poteri, assolutamente intesa, fosse propria dei soli governi liberi ed in ispecie rappresentativi. Invece l'osservazione di tutti i tipi storici di Stati ci mostra, sia pure allo stato primordiale, una diversità di funzioni e di organi».

²⁵ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., pp. 61 s. («Nella nozione organica di Stato sta implicita una conseguenza la quale del resto sarebbe ad evidenza provata dalla semplice osservazione: in primo luogo, che nello Stato si distinguono funzioni diverse; in secondo luogo, che appena uno Stato sia uscito dalle condizioni di primitiva barbarie, l'esercizio di tali funzioni viene distribuendosi fra organi diversi. Abbiamo, dunque, diversità di funzioni e diversità di organi, le une e gli altri riassunti nel principio dell'unità dello Stato»).

²⁶ Occorre sottolineare che nell'impostazione di V.E. ORLANDO (*Principii di diritto costituzionale*, cit., pp. 64 s.) risulta raggiunta altresì raggiunta la consapevolezza che la separazione dei poteri non si attua necessariamente «facendo corrispondere ad ogni funzione uno o più organi». Ciò conduce alla conclusione per la quale «per noi caratteristica dello Stato rappresentativo moderno non è la distinzione dei poteri per sé sola considerata, dacché essa è generale ad ogni forma di Stato; non l'equilibrio e l'esclusione reciproca tra i vari poteri, perché ciò è contrario alla nozione organica dello Stato; non l'appropriazione di organi distinti alle funzioni diverse, dappoiché questo nel fatto non avviene; ma bensì che questa distinzione di funzioni, lungi dall'essere un'implicita qualità dello Stato e una verità teorica della scienza, è invece concretata e garantita per via di norme dal diritto pubblico sancite».

La novità della ricostruzione offerta dal prof. Silvestri risiede proprio nell'emancipazione da questo paradigma organicistico (che per lungo tempo ha condizionato, e per alcuni versi continua a condizionare, la riflessione giuspubblicistica): non è, infatti, la fuorviante antropomorfizzazione dello Stato a determinare (o comunque influenzare) la conclusione circa la possibilità di rinvenire una qualche forma di separazione dei poteri anche in ordinamenti non liberali.

Il fatto che, in effetti, la separazione dei poteri possa realizzarsi in misura "maggiore" o "minore" a seconda del rapporto intrattenuto tra istituzioni e società, "autorità" e "libertà" – può dirsi, infatti, che la separazione dei poteri si possa realizzare, in qualche misura (minima), anche in contesti nei quali l'"autorità" si afferma a scapito della "libertà" – non implica certo una concezione organicistica dello Stato né tantomeno, come *infra* si cercherà di mostrare, una visione "riduzionistica" della separazione dei poteri (cioè una concezione meramente astratta, sconnessa dalla particolare caratterizzazione degli ordinamenti costituzionali liberaldemocratici dal punto di vista dei loro principi fondamentali)²⁷.

5. Dalla separazione dei poteri alla classificazione delle funzioni pubbliche

Che una visione riduzionistica della separazione dei poteri non possa essere accolta, secondo quanto si è osservato nel paragrafo precedente, dipende anzitutto dal fatto che il principio in parola presuppone una *precisa* (non una qualsiasi!) classificazione delle funzioni pubbliche.

Tale classificazione delle funzioni non nasce da astratte né tantomeno da precostituite formule, ma – com'è stato ricordato – da un percorso storico-teorico del quale si deve tener conto nell'impiegare il concetto di ciclo funzionale e nel far riferimento, correlativamente, al divieto di cumulo²⁸. La distinzione delle funzioni –

²⁷ Cfr. part. G. SILVESTRI, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, cit., pp. 1122 ss.

²⁸ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, cit., pp. 153 ss. L'A. rileva come «la cognizione del livello propriamente funzionale può essere trascurata nella pratica solo fino a quando si ha a che fare con atti che, per tradizione culturale ormai indiscussa o per inequivoca previsione

e la conseguente classificazione – affiora dalla considerazione dello sviluppo storico degli ordinamenti costituzionali e dall’acquisizione di una consapevolezza sul piano culturale in ordine al funzionamento degli stessi. Tale conoscenza non ha una portata meramente descrittiva, né tantomeno si limita a rispondere a interessi di natura strumentale. Essa è esemplare, invece, del nesso che può intercorrere tra elaborazione teorica e finalità “emancipative”²⁹. Ancora una volta, le fortunate (almeno nel lungo periodo) parole dell’art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino* (1789) possono essere richiamate per ricordare il nesso tra separazione dei poteri e lotta contro l’assolutismo, contro gli arbitri da parte dei potenti di turno, con l’obiettivo di assicurare a tutti gli uomini il godimento più pieno ed effettivo possibile della libertà³⁰. In tal senso, la separazione dei poteri lungi dall’essere relegata a mero principio borghese, tipico dello Stato di diritto, che ha ormai smarrito la sua ragion d’essere e perduto la sua storica utilità (nell’orizzonte di un ordinamento nel quale è giuridicamente sancita – e al massimo livello della giuridicità – l’insufficienza di una sfera pubblica «con funzioni politiche» solo formalmente aperta al contributo di tutti i componenti della comunità³¹), è riscoperta e riletta cogliendone il tratto essenziale, così ben espresso già da Montesquieu: per evitare che chi abbia il potere ne abusi occorre che il potere freni il potere³².

Alla distinzione e alla classificazione delle funzioni pubbliche, non a caso, il Prof. Silvestri dedica il penultimo capitolo del volume del 1984³³. Ivi si rinvencono le

normativa, sono assoggettati ad un certo regime. La conoscenza del principio (o dei principi) di distinzione funzionale è invece necessaria per i casi dubbi [...] Una chiara distinzione delle funzioni è inoltre necessaria per verificare nelle singole fattispecie il grado di osservanza del principio della separazione dei poteri [...] con rilevanti conseguenze pratiche in ordine all’illegittimità di atti che si pongono in violazione di detto principio» (ivi, p. 162 s.).

²⁹ Cfr. ancora J. HABERMAS, *Conoscenza e interesse*, cit., pp. 194 s.

³⁰ G. SILVESTRI, *Separazione poteri e indirizzo politico*, cit., p. 1122.

³¹ Sulle contraddizioni insite nella «sfera pubblica borghese» v. J. HABERMAS, *Storia e critica dell’opinione pubblica*, trad. it. a cura di A. Illuminati, F. Masini, W. Perretta, Roma-Bari, 2005, pp. 101 ss.

³² MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, I, cit., p. 309 («È una esperienza eterna che qualunque uomo che ha un certo potere è portato ad abusarne; va avanti finché trova dei limiti. Chi lo direbbe! Perfino la virtù ha bisogno di limiti. Perché non si possa abusare del potere bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere»).

³³ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, cit., pp. 164 ss.

pagine forse maggiormente importanti e impegnative sul piano teorico, ancor più di quelle dedicate all'idea dei cicli funzionali e al divieto di cumulo. La realtà del diritto si presenta – tanto più alla luce di un'indagine non limitata a un singolo ordinamento, ma espressione di una comparazione diacronica – refrattaria alle classificazioni: almeno in prima battuta, non si può far a meno di constatare le peculiarità delle singole esperienze giuridiche e quindi anche delle funzioni assolte dai detentori del potere. Il modo di concepire tali funzioni risponde a coordinate culturali e materiali (economiche) che variano nel tempo. Non è agevole offrire dunque un criterio per sistematizzare e assimilare la complessità delle dinamiche che hanno condotto all'affermazione del principio della separazione dei poteri.

La considerazione testé fatta in ordine al carattere cruciale della distinzione e classificazione delle funzioni pubbliche nasce poi ancora dalla constatazione che segue.

Senza la “premessa” (la distinzione e classificazione delle funzioni) non si può pervenire alla “conclusione”, cioè al divieto di cumulo, almeno non nei termini del Prof. Silvestri. Non sembra infatti si possa sfuggire, sul piano squisitamente logico, alla conclusione per la quale sarebbe impossibile concepire una separazione che prescindendo dalla previa individuazione di parti separabili. Se il potere pubblico venisse considerato monoliticamente e indistintamente, la separazione non potrebbe attuarsi se non nei termini di una partizione casuale e quindi, verosimilmente, priva di coerenza sotto il profilo teleologico³⁴.

E la “premessa” della separazione dei poteri – questo interessa sottolineare particolarmente – è carica di teoria. In altre parole, essa non è neutrale rispetto alla “sostanza di valore”, se così si può dire in modo a-tecnico, degli ordinamenti³⁵.

³⁴ Sull'inattendibilità di una ricostruzione dello Stato (e quindi del potere dello Stato) come tutto indifferenziato, espressione di «una struttura organizzativa unitaria, una volontà unitaria, un'azione unitaria» cfr. spec. M.S. GIANNINI (*Il potere pubblico. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 78), per il quale «il costruito dato allo Stato, soprattutto dalla dottrina tedesca, e poi recepito ovunque in Europa continentale non rispondeva e non risponde alla realtà, perché lo Stato non agisce mai unitariamente.

³⁵ Cfr. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., p. 41 («L'autoritarismo si lega sempre alla finta neutralità della scienza giuridica. Il costituzionalismo contemporaneo deve saper vigilare con attenzione su questi “ritorni di fiamma”»).

Concentrarsi sulla premessa è particolarmente utile al costituzionalista oggi, perché consente di sottolineare il nesso tra la distinzione delle funzioni e il modo in cui storicamente (cioè nel costituzionalismo inteso come movimento storico e di pensiero) si è concepita l'organizzazione dei poteri pubblici, l'allocazione delle competenze e il modo di formazione degli organi fondamentali dello Stato.

6. Classificazione delle funzioni pubbliche e costituzionalismo

Non è affatto agevole sciogliere il nodo della classificazione delle pubbliche funzioni. Sono molteplici le teorie proposte in proposito dalla dottrina e ancora oggi non esiste accordo tra gli studiosi sul modo di intenderle: due o tre, e quali, o più di tre e quante³⁶. Di sicuro, però, l'operazione teorica in questione ha un'importanza cruciale, denota il modo di concepire l'intero sistema istituzionale e – per quanto adesso maggiormente interessa – è premessa per cogliere la portata del principio della separazione dei poteri.

Non è possibile assumere una posizione intransigente in fatto di classificazione delle pubbliche funzioni. Dopotutto bisogna essere consapevoli che una stessa realtà oggettiva è suscettibile di essere variamente intesa. Al tempo stesso, è necessario che la classificazione delle pubbliche funzioni si accordi con il dato positivo ed eviti di perdere, per l'appunto, il nesso con il principio della separazione dei poteri. Come osservato da Martines, infatti, occorre evitare di considerare una stessa attività, simultaneamente (vale a dire, entro lo stesso ciclo funzionale, come chiarito da Silvestri), come espressione di due funzioni (doppia *deputatio ad finem*)³⁷. A ciò sembra doversi aggiungere un'ulteriore precisazione relativa alla possibilità che il potere pubblico si presenti anche in forma atipica, cioè non compiutamente disciplinata dal diritto scritto. Le forme atipiche di

³⁶ M.A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, I, Padova, 1969, pp. 33 ss.

³⁷ T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, ora in *Opere*, I, Milano, 2000, pp. 421 s. («Se, infatti, è ormai comunemente riconosciuto che un potere può esercitare funzioni diverse, non si vede, però, come un atto o una serie di atti possano, allo stesso tempo, adempiere a funzioni distinte o, il che è lo stesso, avere una doppia *deputatio ad finem* ed essere, non di meno, considerati espressione di una funzione autonoma»).

rappresentazione del potere pubblico sfuggono alla classificazione delle pubbliche funzioni tradizionalmente intesa³⁸.

Restringendo il campo dell'indagine, dunque, alle forme tipiche di manifestazione del potere pubblico, va rilevata la persistente utilità e capacità esplicativa della tripartizione proposta dal Prof. Silvestri: le funzioni pubbliche, secondo la tesi che pare da preferire, possono essere distinte in normativa, esecutivo-attuativa e di controllo³⁹.

Ebbene, pare di poter osservare che più un ordinamento si allontana da quanto – in termini di allocazione delle competenze e in generale di complessiva conformazione dell'assetto istituzionale – è a questa tripartizione (storicamente e concettualmente) sotteso, meno in esso si realizza, si inverte, il principio della separazione dei poteri.

Alcuni esempi possono forse servire a far luce sull'importanza della classificazione in parola.

Il principio della separazione dei poteri è violato non solo quando all'interno di un medesimo ciclo funzionale uno stesso potere (in senso soggettivo) cumula due (o più) funzioni, ma anche quando all'interno di quel ciclo l'allocazione di una funzione non è piena, così da renderne l'attribuzione vana e da determinare uno squilibrio nei poteri. Si consideri il caso del Parlamento: nel ciclo relativo all'atto "legge ordinaria", il Parlamento detiene la funzione normativa (art. 70 Cost.). Nella prospettiva del costituzionalismo, però, l'attribuzione di tale funzione implica non semplicemente che il Parlamento possa approvare o respingere la proposta di legge, ma anche che possa modificarla. Ove al Parlamento si rimettesse unicamente il potere di approvare, ma non anche quello di modificare la proposta di legge, il principio della separazione dei poteri sarebbe violato. Verrebbe, infatti, meno l'autonomia del Parlamento, che è insita nel modo stesso di intendere l'attribuzione della funzione normativa in relazione alla formazione dell'atto legge. Similmente, ove le modifiche potessero essere proposte solamente da soggetti esterni al

³⁸ Sia consentito, per brevità, rinviare a A.I. ARENA, *L'esternazione del pubblico potere*, Napoli, 2019, pp. 97 ss.

³⁹ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, cit., pp. 165 ss., 218 ss.

Parlamento, l'autonomia di quest'ultimo sarebbe compromessa. Anzi, secondo la Costituzione italiana, il potere di presentare proposte di emendamento (come il potere di presentare proposte di legge) non può che spettare al singolo parlamentare e non è possibile immaginare che tale prerogativa sia sottratta al singolo parlamentare perché questo sarebbe in contrasto con i principi fondamentali (tra i quali, quello della separazione dei poteri)⁴⁰.

Similmente può rinvenirsi una violazione del principio della separazione dei poteri quando l'organo cui spetta, entro un determinato ciclo funzionale, l'esercizio di una funzione si è formato così da non poterla credibilmente esercitare nel modo che, per la sua stessa ragion d'essere, storicamente determinata, sarebbe più appropriato. Si pensi al classico esempio di un giudice investito sì pienamente della funzione esecutivo-attuativa della legge, ma nominato dal legislatore medesimo dopo che il fatto si è verificato. In molteplici scritti il Prof. Silvestri ha sottolineato l'esigenza che i giudici siano e appaiano imparziali oltreché pienamente garantiti nella loro indipendenza⁴¹: sempre con riferimento al ciclo relativo all'atto "legge ordinaria", l'assegnazione al giudice della funzione attuativa porta con sé – perché questo è il senso dell'attribuzione nel costituzionalismo contemporaneo – l'autonomia della magistratura⁴².

O, ancora, violato può dirsi il principio della separazione dei poteri allorché l'attribuzione di una funzione non risulti coerente con la forma di governo, e quindi con organizzazione e modo di formazione degli organi fondamentali dello Stato: si pensi a come i costituenti americani, avendo ritenuto di optare per l'elezione popolare (sebbene formalmente di secondo grado) del capo dell'esecutivo, abbiano ritenuto – proprio per assicurare l'equilibrio tra i poteri – di

⁴⁰ Ancora una volta, per brevità, sia consentito rinviare a A.I. ARENA, *L'iniziativa parlamentare delle leggi*, Torino, 2023.

⁴¹ G. SILVESTRI, *Organizzazione giudiziaria e indipendenza della magistratura*, in ID., *Le garanzie della Repubblica*, Torino, 2009, pp. 77 ss.

⁴² Naturalmente, tale autonomia può poi essere declinata diversamente nei vari ordinamenti: cfr. L. SPADACINI, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. L'esperienza nordamericana e il divergente approccio delle democrazie europee*, Brescia, 2012, part. pp. 300 ss.

dover limitare al massimo le interferenze nell'esercizio della funzione legislativa⁴³ (interferenze, invece, tollerabili, e anzi necessarie, in un sistema di tipo parlamentare). Ebbene, laddove si modificasse la Costituzione così da allontanare, per intensità, la funzione di controllo attribuita al Parlamento sul Governo dagli *standard* propri della forma parlamentare⁴⁴, e si mantenessero però in capo all'esecutivo le prerogative tipiche di questa forma, il principio della separazione dei poteri risulterebbe violato. La funzione di controllo assegnata al Parlamento nei cicli funzionali relativi agli atti normativi del Governo (e segnatamente, in relazione al decreto-legge) implica una stretta correlazione (e dipendenza) dell'azione dell'esecutivo dal legislativo, senza la quale il controllo medesimo non potrebbe autenticamente definirsi tale.

7. Conclusioni

In definitiva, se il modo in cui sembra da intendere la lezione del Prof. Silvestri non è errato, la teoria della separazione dei poteri è anzitutto una teoria della distinzione (della classificazione) delle funzioni pubbliche. Una teoria che rimane cruciale non solo per la comprensione delle dinamiche dell'ordinamento vigente, ma anche per valutare procedimenti di revisione della Costituzione che "sfidano" la separazione dei poteri, che ambiscono problematicamente a rimettere in discussione, per l'appunto, l'allocazione delle competenze, il modo di formazione degli organi fondamentali, insomma la forma di governo o finanche la forma di Stato. Ciò consente di ricordare, conclusivamente, che la carica emancipativa del principio della separazione dei poteri continua a essere indispensabile per

⁴³ A. HAMILTON, *Il Federalista* n. 71, in A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il Federalista* (Commento alla Costituzione degli Stati Uniti), cit., pp. 487 ss.

⁴⁴ Questo, unitamente a una contrazione delle prerogative del Capo dello Stato, con il conseguente rafforzamento del Governo (e, particolarmente, del suo "vertice") sembra l'obiettivo della proposta di legge costituzionale A.C. 1921 ("Modifiche alla parte seconda della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica"), non a caso oggetto di numerose critiche in dottrina. In questa sede, basti rinviare a quanto osservato dallo stesso G. SILVESTRI in occasione delle audizioni presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica (28 novembre 2023), che rileva l'«impronta cesaristica» della proposta.

contrastare, in qualsiasi forma e da chiunque provengano, i tentativi di affermare o ri-affermare concezioni assolutistiche del pubblico potere.

dirittifondamentali.it