



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

LUCA PIETRO VANONI

**«NEVER LET A GOOD CRISIS GO TO WASTE»
IL PRINCIPIO DELLA SEPARAZIONE DEI POTERI
PRIMA E DOPO LA PANDEMIA**



G. Giappichelli Editore

INTRODUZIONE

«Never Let a Good Crisis go to Waste». Questa frase, attribuita a Winston Churchill e che sarebbe stata pronunciata durante l'ora più buia sotto le bombe della Luftwaffe, descrive l'audacia e la tenacia di chi intende volgere a proprio vantaggio una terribile sciagura trasformandola nell'insperata occasione di rinascita di un popolo piegato dalla furia della guerra.

L'idea non è nuova e, in formulazioni diverse, è stata usata da numerosi intellettuali o leader politici nel corso del tempo: secondo alcuni, essa originerebbe persino dal pensiero di Nicolò Machiavelli che – alle prese con la crisi dei principati italiani – aveva pragmaticamente invitato il principe a volgere in positivo i tumultuosi eventi, perché «bisogna stare ora ad vedere quello che el tempo porti e consigliarsi con quello»¹. Molto più tardi, il un concetto è stato espresso da Albert Einstein, secondo cui la crisi sarebbe «la più grande benedizione per le persone e le nazioni» dal momento che fa «sorgere l'inventiva, le scoperte, le grandi strategie»². Più di recente, infine, la frase è stata riutilizzata nel 2008 da Rahm Emanuel, allora capo di Gabinetto di Barack Obama, per spronare l'amministrazione (e il Paese) a non perdere l'occasione di «cambiare le cose» ed evitare il ripetersi della disastrosa crisi finanziaria dei mutui *subprime*³ nonché – da

¹ N. MACHIAVELLI, riportato da A. FUNICELLO, *Machiavelli. Dalla crisi italiana alla crisi europea*, Machiavelli. Dalla crisi italiana alla crisi europea, il Mulino, Bologna, 1, 2020, p. 128.

² A. EINSTEIN, *Il significato della relatività e il mondo come lo vedo*, 1931, ed. it. a cura di E. Vinassa De Regny, W. Mauro, Newton Compton Editori, Pisa, 2014, p. 196.

³ G.F. SEIB, *In Crisis, Opportunity for Obama*, in Wall Street Journal, 19 novembre 2008, <https://www.wsj> «You never want a serious crisis to go to waste (...) Things that we had postponed for too long, that were long-term, are now immediate and must be dealt with. This crisis provides the opportunity for us to do things that you could not do before».

ultimo – da Papa Francesco quando, nel momento più tragico della pandemica, ha ricordato al mondo che «peggio di questa crisi c'è solo il dramma di sprecarla»⁴.

Ma cosa significa non sprecare una crisi? Come raccogliere la sfida di un evento tanto doloroso come quello della pandemia appena vissuta?

Le domande non sono peregrine se si considera che il primo ventennio del nuovo secolo è stato dominato da molteplici crisi sistemiche che hanno via via assunto le dimensioni di vere e proprie emergenze globali. Il XXI secolo si è aperto infatti con la minaccia terroristica esplosa dopo gli attentati dell'11 settembre 2001 alle Torri Gemelle di New York e al Pentagono, che hanno intaccato quel senso di invulnerabilità dell'occidente che durava dalla fine della guerra fredda, facendo irrompere nelle nostre società il timore del conflitto globale. A partire dal 2008 e per quasi tutto il decennio successivo, le economie maggiormente sviluppate al mondo hanno convissuto con la più grave crisi finanziaria dai tempi della Grande Depressione, che ha definitivamente spazzato via l'ottimismo economico del secolo precedente lasciandoci in eredità generazioni afflitte dalla disuguaglianza e dalla angoscia per il futuro.

La pandemia, infine, ha minato alla radice le nostre più intime certezze, mettendoci di fronte ad un nemico invisibile che ci ha costretto a rinunciare per anni alle nostre relazioni e abitudini umane e sociali. E così, mentre il conflitto in Ucraina ancora divampa minacciando la fragile stabilità degli equilibri geopolitici mondiali, già all'orizzonte si profila la crisi ambientale, «a lungo sottovalutata ed oggi non più prorogabile»⁵, i cui effetti già si mostrano nei costanti e drammatici flussi migratori che,

⁴ Cfr. Papa Francesco, omelia della Solennità di Pentecoste, 31 maggio 2020, <https://www.vaticannews.va>.

⁵ Come da ultimo ricordato da D. AMIRANTE, *Il costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'antropocene*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 7 «parlare di diritto ambientale oggi equivale ad addentrarsi nella più profonda, anche se a lungo sottovalutata, crisi di civiltà dell'epoca contemporanea». Secondo l'A., peraltro, il compito dei giuristi (e in particolare dei costituzionalisti) è guardare alla sfida ambientale per ridisegnare il sistema tenendo conto del mutato contesto nel tentativo di «di stabilizzare il livello della tutela ambientale, escludendo ormai la possibilità di eccessive oscillazioni giurisprudenziali in sede di bilanciamento con altri valori e interessi» (p. 267) evitando però il rischio «di cristallizzare la nozione di costituzionalismo ambientale in un insieme chiuso di precetti» (p. 48).

quasi sullo sfondo, affliggono da almeno un ventennio un secolo in perenne subbuglio.

A questi traumatici eventi globali, si sommano problemi forse meno rilevanti a livello macro-sistemico ma non certo meno profondi che riguardano un modello, quello liberal-democratico, che solo trent'anni fa sembrava destinato a conquistare il mondo mentre oggi stenta a ritrovare la strada: da decenni, ormai, i politologi si interrogano sulla polarizzazione politica, sull'impatto delle nuove tecnologie sul voto, sull'ingresso nella scena politica dei populismi, sul ritorno degli autoritarismi, sul crollo delle identità, sulla ascesa delle *identity politics* e così via. Tutti questi elementi, insieme a molti altri, sembrano dar ragione a chi ha descritto il XXI secolo come il tempo «delle incertezze»⁶, della «post-democrazia»⁷, della «post-verità»⁸. Un tempo in cui domina, per la prima volta da generazioni, l'incertezza per il futuro economico, sociale, energetico, ambientale, democratico.

Viviamo ormai nell'epoca delle «crisi ininterrotte», come l'ha definita Bauman, «che si intensificano e si alimentano»⁹ generando un paradosso sistemico in cui l'emergenza «non [è] più configurabile come rottura episodica dell'usuale, ma come dato costante dell'esperienza, aspetto ineliminabile della nostra quotidianità»¹⁰. L'uomo post-moderno, si trova così a dover trovare sempre nuove forme di resilienza ad una crisi costante, nel vano tentativo di ripristinare un equilibrio ormai perennemente instabile: in tal modo, la post-modernità sembra punirci con una novella fatica di Sisifo in cui siamo costretti a spingere un grosso masso sulla sommità del monte solo per vederlo ruzzolare inesorabilmente a valle una volta raggiunta la cima.

⁶ E. HOBSBAWM, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991*, Michael Joseph, Chicago, 1994.

⁷ C. CROUCH, *Post-democracy*, Polity Press, Londra, 2004.

⁸ R. KEYES, *The Post-Truth Era: Dishonesty and Deception in Contemporary Life*, Mcmilan, Londra, 2004.

⁹ Z. BAUMAN, *Questo non è un diario*, La Terza, Roma-Bari, 2012, p. 11: «Viviamo in un'epoca di crisi ininterrotta, crisi che si intensificano e si autoalimentano, sfidando la nostra capacità di resistere e di trovare soluzioni efficaci».

¹⁰ M. LONGO, G. PREITE, *Governo e immaginario delle emergenze. Una introduzione*, in *Iconocrazia*, 20(2), 2021, p. 6.

Ecco allora che i quesiti sopra posti impongono una riflessione anche alla scienza del diritto, chiamata ad interrogarsi su come offrire un valido contributo per rispondere alle costanti sfide di un secolo tanto travagliato. In tempo di crisi, insomma, il compito dei giuristi è quello di «trarre dalla emergenza in corso» i «punti di forza» che sorreggono «il corretto funzionamento degli Stati», per preservare «il valore» capace di «far fronte ai diversi rischi che minacceranno il nostro orizzonte»¹¹. Questa prospettiva è certamente corretta; come saggiamente ricordato, infatti, la pandemia ha costituito «l'ultimo stress-test per gli ordinamenti democratici»¹², e le emergenze invitano quindi i giuristi, e in special modo i comparatisti, a saggiare la tenuta dei sistemi, evidenziando le diverse soluzioni adottate per verificare, nelle similitudini come nelle differenze, elementi positivi da poter eventualmente proporre o replicare in futuro.

Un primo alleato, i giuristi possono trovarlo nella storia. Proprio in passato, infatti, le crisi sistemiche hanno costituito momenti di “rottura” dell'ordine costituito capaci di innescare cambiamenti tanto profondi da ridefinire le fondamenta del costituzionalismo moderno, perché traducendo in un patto politico-costituzionale le grandi idee dell'illuminismo, le rivoluzioni liberali del XVIII secolo hanno disegnato il primo abbozzo di democrazia liberale per come la conosciamo. E sono, ancora una volta, le trasformazioni (formali ed informali) delle Costituzioni innescate da emergenze globali che hanno portato a ridefinire regole e principi quali l'uguaglianza sostanziale e la dignità umana che sorreggono lo Stato democratico-sociale. Seguendo questa medesima strada Wiston Churchill e i padri dell'Europa Unita non hanno preso l'occasione di costruire, sulle ceneri di uno dei più grandi drammi della storia, un sistema politico-giuridico di relazioni interstatali e sovranazionali che ha inaugurato un periodo di pace, ricchezza e prosperità così vasto e duraturo come mai avvenuto prima.

Guardare la storia con occhi del comparatista consente così di indivi-

¹¹ G. D'IGNAZIO, *L'impatto del Covid-19 sui federalizing process degli Stati composti. Riflessioni comparate*, in *DPCE on line*, Sezione monografica: Diritto e pandemia tra rotture e continuità, 1, 2023, p. 498.

¹² A. VEDASCHI, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE on line*, 43, 2020, p. 1453 ss.

duare i punti di snodo della evoluzione del costituzionalismo, o – per usare una famosa espressione di Bruce Ackerman – quei *constitutional moments* che hanno trasformato i patti politico-costituzionali che è sono base delle nostre attuali democrazie. Se osserviamo alle crisi passate, tuttavia, l'impressione è che, per la maggior parte dei giuristi, il tema della “tenuta” delle democrazie stabilizzate abbia riguardato soprattutto il bilanciamento tra diritti e/o valori fondamentali. Così è accaduto, ad esempio, durante la crisi terroristica, quando lo sguardo dei costituzionalisti si è concentrato sulla pericolosità di certe misure riguardanti la detenzione preventiva dei (sospetti) terroristi e sulle invasive limitazioni della libertà dei cittadini disposte dalle misure del *Patriot Act* statunitense. Analogamente, durante la crisi economica, molte delle riflessioni giuridiche si sono concentrate sugli effetti che le misure di austerità europee hanno avuto su paesi già in grave difficoltà economica e, quindi, sulla tenuta dei diritti sociali. E ancora, da ultimo, durante la pandemia, nel corso della quale il dibattito dottrinale è stato fortemente influenzato dal tentativo giustificare il corretto bilanciamento tra le limitazioni dei diritti personalissimi inevitabilmente causate dalle misure emergenziali, e l'interesse della collettività alla salvaguardia della salute pubblica gravemente minacciata dalla furia del virus.

Si tratta di un approccio del tutto comprensibile. Sempre, e soprattutto in periodi di emergenza, aleggia sopra le teste dei giuristi il fantasma di Carl Schmitt e della sua discutibile teoria per cui «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione», il quale sta, dunque, «al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente»¹³. Una affermazione, questa, che ha già mostrato tutta la sua equivoca pericolosità in passato e che spinge a guardare con sospetto scelte pubbliche che, animate da un afflato eccessivamente securitario, possano costituire minacce per le libertà. Allo stesso modo, appare ragionevole l'affermazione per cui, nel momento più cupo della pandemia, «la bilancia [possa] pend[ere] di più a favore del diritto alla salute», perché – si sa – «la vita, prima di tutto»¹⁴.

¹³ C. SCHMITT, *Teologia politica*, in G. MIGLIO, P. SCHIERA (a cura di), *C. Schmitt, Le categorie del “politico”*, Il Mulino, Bologna, 1972, rispettivamente pp. 33 e 34.

¹⁴ E. FROSINI, *Le Regioni nella pandemia costituzionale*, in *DPCE on line*, n. Sp, nov. 2022, p. 95.

Vi è però un altro angolo prospettico da cui si può analizzare l'epoca delle emergenze e, in particolar modo, l'ultima crisi pandemica. Come acutamente rilevato da Rolando Tarchi, il rischio di «qualsiasi situazione di crisi» è che «innesc[hi] delle tensioni sulla regolarità democratica del funzionamento delle istituzioni (...) che possono consolidarsi anche *pro futuro*»; le emergenze, infatti, «spingono gli ordinamenti giuridici verso le loro “colonne d'ercole”: gli scenari imprevedibili che si palesano entrano in conflitto con i principi del *rule of law*, che incontra enormi difficoltà nel disciplinare queste situazioni in via preventiva e in maniera sufficientemente predeterminata». Se questo è vero in generale, ancora di più lo è nella recente crisi, durante la quale proprio l'eccezionale importanza attribuita al «principio *salus populi suprema lex esto*» rischia potenzialmente di sovvertire «qualsiasi forma di regolarità costituzionale»¹⁵.

È questa suggestione a costituire l'ipotesi di ricerca del presente lavoro. Questo libro non è un tentativo di ricostruire le modalità con cui i sistemi costituzionali comparati hanno affrontato la pandemia facendo ricorso, o meno, alle proprie misure (o clausole) emergenziali; già altri, in passato, hanno provveduto a fornire una ricca comparazione sul punto¹⁶. Lo scopo non è nemmeno quello di studiare tali tentativi per rispondere alla domanda di quale sia, in prospettiva comparata, il *giusto* e *corretto* bilanciamento tra tutela della salute pubblica e libertà individuali.

Piuttosto, questo lavoro intende usare la crisi pandemica come un punto di osservazione privilegiato per studiare le torsioni subite dai poteri costituzionali durante la pandemia, nel tentativo di verificare se gli ordinamenti costituzionali abbiano o meno varcato le “colonne d'ercole” del *rule of law*. Nel far ciò, ci si concentrerà pertanto sulla tenuta e sugli svi-

¹⁵R. TARCHI, in *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato. Riflessioni a margine di un seminario pisano*, in *Rivista Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, Numero Speciale, 1, 2020, pp. 4-5.

¹⁶Tra i moltissimi contributi, sia consentito di rinviare ai numeri speciali della Rivista «Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale» – *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, allegato al n. 2/2020, a cura di R. Tarchi, e con H. Frazão, V. Fredianelli, A. Gatti, V. de Oliveira Mazzuoli, F. Spagnoli, R. Tarchi, e di *DPCE on line*, vol. 54 No Sp (2022) *I Federalizing Process europei nella democrazia d'emergenza. Riflessioni comparate a partire dai 'primi' 20 anni della riforma del Titolo V della Costituzione italiana*, a cura di G. D'Ignazio, A.M. Russo.

luppi del principio della separazione dei poteri che se un tempo costituiva un solido pilastro posto a sostegno delle nostre democrazie liberali, oggi sembra essere, almeno in parte, un elemento dimenticato.

Si tratta di una dimenticanza che non affonda le sue radici nel percorso innescato dal secolo delle emergenze né tantomeno nella recente pandemia; siamo, al contrario, di fronte ad una crisi più radicale e profonda, figlia delle trasformazioni del costituzionalismo (e soprattutto del neo-costituzionalismo), che ha fatto dubitare autorevole dottrina della attuale utilità di una formula ormai troppo fragile per reggere il peso dello Stato costituzionale post-moderno. Come vedremo, infatti, molti hanno in passato giudicato tale principio come obsoleto, inconsistente, utile solo come slogan; altri ne hanno apprezzato esclusivamente una versione minimale (quella che, dopo Henry De Bracton, impone la separazione tra *gubernaculus* e *iurisdictio*) mentre altri ancora hanno celebrato l'importanza della sacra trinità di Montesquieu solo per salutarla definitivamente¹⁷.

Eppure, la separazione dei poteri continua ad interessare gli studiosi di diritto e di filosofia politica di tutto il mondo, e la fortunata formula di Montesquieu secondo cui le *pouvoir arrête le pouvoir* continua ad essere insegnata nelle facoltà di diritto. Siamo forse di fronte a sentimenti nostalgici nei confronti di un vecchio principio ormai superato dagli eventi? O è forse rimasto qualcosa in quelle idee che possa aiutarci a comprendere il costituzionalismo contemporaneo?

Lo scopo di questa ricerca è verificare se e come durante la pandemia il sistema della separazione dei poteri abbia garantito un corretto equili-

¹⁷ Cfr. *infra*, Cap. I, par. 1 e 2. Sotto questo profilo, è interessante notare che (per le ragioni che proveremo in parte a spiegare nel corso del lavoro) mentre i sistemi europei hanno enfatizzato il principio della separazione dei poteri soprattutto in relazione al problema della indipendenza del potere giudiziario, nel costituzionalismo americano (ma anche in parte in quello australiano) tale principio ha una dimensione più ampia, e costituisce un meccanismo che informa la struttura costituzionale di entrambi i sistemi. Questo spiega ad esempio perché, nel famoso Opening Statement on American Exceptionalism to a Senate Judiciary Committee – 5 ottobre 2011 – (cfr. <https://www.americanrhetoric.com>) il giudice Antonin Scalia ha spiegato «the distinctiveness of America» ricordando che “Sometimes I go to Europe to talk about separation of powers, and when I get there I find that all I’m talking about is independence of the judiciary, because the Europeans don’t even try to divide the two political powers, the two political branches – the legislature and the chief executive».

brio e un reciproco controllo tra i poteri capace di frenare le spinte dei sistemi in emergenza. Nella prima parte del lavoro (Cap. I) proveremo quindi a riscoprire, sul piano storico e comparato, le ragioni per cui il principio è diventato un cardine del costituzionalismo occidentale, per capire, seguendo le trasformazioni che esso ha subito nel corso dei secoli, se esso può essere ancora utile alla comparazione dei nostri ordinamenti.

Questa prima parte del percorso è necessaria per comprendere e impostare la comparazione giuridica riguardante il funzionamento e l'effettività delle norme costituzionali che sorreggono i due sistemi costituzionali presi a riferimento: Australia e Stati Uniti¹⁸. La scelta di comparare questi Paesi dipende dagli elementi di uniformità e differenziazione che informano i due sistemi: come noto, entrambi nascono dalla Common Law inglese ma se ne distaccano tramite l'approvazione di Costituzioni lunghe e rigide che poggiano su una robusta architettura federale e sul principio della separazione dei poteri. Essi, tuttavia, si differenziano circa i meccanismi di *checks and balances* introdotti per regolare l'equilibrio tra organi (che è diretta conseguenza delle diverse forme di governo adottate), e rispetto le modalità concrete di funzionamento dei rispettivi meccanismi di divisione verticale dei poteri.

Inoltre, contestualizzando un ulteriore elemento di differenziazione rispetto alla peculiare situazione, entrambi i sistemi presi in esame hanno risposto all'emergenza pandemica elaborando due strategie di contenimento del virus che sembrano agli antipodi. L'Australia è riuscita a perseguire una risposta pandemica tutto sommato unitaria attraverso l'adozione di lockdown lunghi e generalizzati, mentre negli Stati Uniti l'approccio libertario, tipico della cultura americana, unitamente alle profonde divergenze esistenti all'interno dei vari Stati, hanno condotto ad un approccio disorganico e difforme sul territorio nazionale.

Ed è proprio quest'ultima considerazione, in particolare, a rendere

¹⁸Cfr. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padova, 2007, p. 106: «gli studi di dottrine politiche si rivelano quasi sempre utili, spesso indispensabili, per la miglior comprensione dei fenomeni giuridici. (...) anche [questo] studio non può però esaurire la ricerca comparatistica che resta saldamente ancorata al diritto positivo».

estremamente interessante la comparazione; come vedremo (Capp. II e III), indipendentemente dalla riuscita o meno delle strategie utilizzate da ciascun ordinamento, entrambi i sistemi hanno dovuto far fronte a torsioni verticali ed orizzontali che non solo ci consentono di studiare il principio della separazione dei poteri prima e dopo la pandemia ma anche di comprendere se la crisi pandemica abbia o meno favorito una disarticolazione degli equilibri tra gli stessi in grado di costituire, in futuro, un nuovo *constitutional moment* di entrambi i Paesi.

Questo approccio metodologico consente, allora, di rispondere alle domande poste al principio di questa introduzione: non sprecare una crisi significa utilizzarla come una lente di ingrandimento capace di rivelare, più nel dettaglio, il funzionamento dei principi che informano le nostre democrazie liberal-democratiche, la loro tenuta, il loro sviluppo futuro.

CAPITOLO I

LA SEPARAZIONE DEI POTERI:
BREVE STORIA DI UN PRINCIPIO IN CRISI

SOMMARIO: 1. La separazione dei poteri: l'ascesa di un principio. – 2. (*Segue*): e il suo (apparente?) declino. – 3. Alle origini di un'idea: profili storici dello spirito della separazione dei poteri sulle due sponde dell'Atlantico. – 4. Lo spirito della separazione dei poteri e «*La Democrazia in America*». – 5. Due facce della stessa medaglia: la separazione dei poteri come regola e come principio. – 6. «*Goodbye Montesquieu!*». I vestiti nuovi dell'imperatore. – 7. Dal dorico al barocco: la nuova architettura della separazione dei poteri. – 8. Le caratteristiche dello spirito della separazione dei poteri democratico-sociale. – 8.1. «*Unelected branches*»: l'ascesa delle Corti costituzionali. – 8.2. (*Segue*): e l'avvento dello Stato amministrativo. – 9. Nuovi poteri, vecchi problemi? La separazione dei poteri nel XXI secolo. – 10. La separazione dei poteri nella «società globale del rischio»: profili ricostruttivi di un problema persistente. – 11. Prima e dopo la pandemia: metodologia della ricerca comparata. – 12. Australia e Stati Uniti: criteri di classificazione.

1. *La separazione dei poteri: l'ascesa di un principio.*

Fin dal principio, la teoria della separazione dei poteri ha costituito un'idea centrale per lo sviluppo dello Stato di diritto negli ordinamenti occidentali. Come provocatoriamente osservato da Christoph Moellers in *The Three Branches*, «even the Vatican shares the idea of separated powers» quando statuisce, all'art. 1 della sua Costituzione, che «il Sommo Pontefice, Sovrano dello Stato della Città del Vaticano, ha la pienezza dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario». Pur nelle molteplici e significative differenze con i sistemi democratici – a partire dall'ovvia considerazione per cui in questi ultimi la sovranità appartiene al popolo mentre il

potere del Papa discende da Dio ed è esercitato in modo monarchico – il linguaggio usato dalla Costituzione vaticana «have something in common with democratic constitutions: it connects the unity of the state with a trinity of powers»¹. L'art. 1 della Costituzione vaticana, in realtà, nulla ha a che fare con la divisione dei poteri, perché si limita ad elencare le funzioni esercitate da un sovrano. Ma la provocazione di Moellers è comunque interessante perché svela, anche solo dal punto di vista linguistico, la straordinaria rilevanza assegnata dalla storia alla fortunata formula della tripartizione dei poteri: pare quasi che per parlare di potere sovrano occorra distinguere le tre funzioni attraverso cui esso si esercita, dal momento che, persino in sistemi che non possono certo essere definiti democratici, è presente «a conceptual distinction of powers (...) even if all of these remain under the control of one person»².

L'avvento della dottrina moderna del principio della separazione dei poteri deve essere certamente ricondotto alla formidabile opera di Montesquieu *Lo spirito delle leggi*³, in cui il filosofo francese enuncia «la tesi fondamentale» per cui «l'unica garanzia» contro l'abuso «del potere governante è che “il potere arresti il potere”, cioè la divisione dei poteri»⁴. In realtà, l'intuizione di fondare un sistema politico che dividesse i poteri

¹ C. MOELLERS, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 16.

² *Ibidem*.

³ Come osservato da J.MC. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2 ed., Liberty Fund, Indianapolis, 1998, pp. 94-99: «The name most associated with the doctrine of the separation of powers is (...) Montesquieu. His influence upon later thought and upon the development of institutions far outstrips, in this connection, that of any of the earlier writers we have considered. It is clear, however, that Montesquieu did not invent the doctrine of the separation of powers, and that much of what he had to say in Book XI, Chapter 6 of the *De l'Esprit des Loix* was taken over from contemporary English writers, and from John Locke». La ricostruzione storica del principio può considerarsi ben più ampia, tanto che alcuni autori, nel delineare la teoria moderna della separazione dei poteri, invece che a Montesquieu o a Locke risalgono al pensiero di Marsilio da Padova. Cfr. ad esempio A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enciclopedia giuridica vol. XXIII*, Istituto Poligrafico Zecca di Stato, Roma, 1990, p. 1 ss. F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Unione Tipografica Editrice, Torino, 1966, p. 474 ss.

⁴ J. STAROBINSKI, *Montesquieu*, Marietti, Genova, 1989, p. 66.

ha attraversato tutta la storia del pensiero filosofico giuridico, partendo dalla Grecia antica⁵ (quando Aristotele aveva lucidamente osservato che in tutte le forme di governo – *politia* – si possono riconoscere tre elementi politici)⁶, giungendo fino a Locke (per cui «nello Stato dovrebbero distinguersi tre poteri: il legislativo, l'esecutivo ed il federativo, ossia il potere di dichiarare la guerra e fare la pace»⁷) e poi, in seguito, a Kant⁸, solo per citarne alcuni dei massimi pensatori che si sono occupati del tema.

⁵ Sullo sviluppo storico del concetto a partire dalla Grecia antica, e in particolare dalla idea del Mixed government proposta da Aristotele e ripresa durante l'epoca romana v. J.M.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., 1998; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1984; S.G. CALABRESI, M.E. BERGHAUSEN, S. ALBERTSON, *The Rise And Fall Of The Separation Of Powers*, in *106 Nor. U. L. Rev.*, 2012, p. 527 ss.; A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in Enciclopedia giuridica, cit.; F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo digesto italiano*, cit.

⁶ M. RICCI, *Trattato della politica di Aristotele, volgarizzamento dal Greco con note e discorso preliminare*, Le Monnier, Firenze, 1853, pp. 309-310: «per definire ciò che meglio ad ognuna di quelle convenga (...): il primo è l'autorità deliberante sui comuni negozi; il secondo le varie magistrature (...); il terzo elemento politico è finalmente la potestà giudiziaria».

⁷ Così G. CORPORALI, (voce) *La Separazione dei Poteri*, in *Enciclopedia Treccani online*, 2018. L'idea della tripartizione dei poteri di Locke in *Two Treatises of Government* è parzialmente diversa da quella che poi è stata recepita secondo la nota definizione di Montesquieu, anche se in realtà le idee che stanno alla base della teoria sono simili. Cfr. J. LOCKE, *Secondo Trattato sul Governo*, Feltrinelli, Milano, 1998, parr. 313-316: «Per le persone che hanno il potere di fare le leggi può essere una tentazione troppo grande, rispetto alla fragilità umana, così pronta a impadronirsi del potere, avere nelle mani anche il potere di eseguirle (...). Perciò in una comunità politica bene ordinata, nella quale il bene del tutto è considerato nella misura dovuta, il potere legislativo è posto nelle mani di persone diverse (...). Sebbene, come ho detto, il potere esecutivo e il potere federativo di ogni comunità siano realmente distinti in se stessi, tuttavia essi possono difficilmente essere separati, e collocati, nello stesso tempo, nelle mani di persone distinte. Infatti entrambi, nel loro esercizio, richiedono la forza della società, ed è quasi praticamente impossibile collocare la forza della comunità politica in mani distinte e non subordinate l'una all'altra, o collocare il potere esecutivo e quello federativo in persone che possono agire separatamente, sicché la forza del pubblico sarebbe collocata sotto comandi diversi; il che potrebbe condurre un giorno o l'altro a causare disordine e rovina».

⁸ E. KANT, *Principes Métaphysiques du Droit*, in ID., *Principes Métaphysiques du Droit au quels ont été ajoutés le projet de paix perpetuelle et l'analyse très détaillée de ceux deux ouvrages par Mellin*, trad. francese di J. Tissot, Paris, 1837, pp. 168-169 e p. 175, ripor-

Il successo di Montesquieu si deve probabilmente, oltre che alla efficacia dei suoi scritti, anche alla loro tempistica: pubblicato nel 1748, *Lo spirito delle leggi* è divenuto uno dei testi che maggiormente ha ispirato il pensiero politico delle grandi rivoluzioni della fine del XVIII secolo che, come noto, segnarono la nascita dello Stato di diritto⁹. Non è insomma un caso che l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 statuisse che «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione», né che, dall'altra parte dell'oceano, i *Framers* costruissero attorno tale principio l'intera architettura costituzionale degli Stati Uniti d'America¹⁰.

La fortuna della separazione dei poteri è pertanto legata ai moti di rivolta contro l'assolutismo che si sono svolti con tempi e modalità diverse da paese a paese; in Inghilterra, la istaurazione del *mixed government* è datata 1668, mentre in altri sistemi europei «la divisione dei poteri si attuò pienamente solo dopo la metà del secolo XIX». Tuttavia, proprio il fatto

tato da G. CORPORALI, (voce) *La Separazione dei Poteri*, cit.: «la volontà universalmente congeniata in una tripla persona (*trias politica*): il potere sovrano (sovranità) nella persona del legislatore, il potere esecutivo (dopo la legge) nella persona del governo, ed il potere giudiziario (come riconoscimento del mio di ciascuno secondo la legge) nella persona del giudice (*potestas legislatoria, rectoria et judiciaria*). Colui che comanda il popolo (il legislatore) non può dunque essere allo stesso tempo colui che lo governa; perché questo secondo è sottomesso alla legge, è obbligato da essa, in conseguenza della virtù di un altro, del sovrano. (...) Infine colui che comanda e colui che governa non possono giudicare, ma solamente istituire dei giudici, come magistrati. Il popolo si giudica da se stesso per mezzo di quelli tra i suoi concittadini che sono eletti liberamente e che sono come i suoi rappresentanti, ma solamente per ciascun atto particolare relativo all'oggetto per il quale sono stati nominati».

⁹ Cfr. A.S. DIAMOND, *The Zenith of Separation of Powers Theory: The Federal Convention of 1787*, in *Publius*, 8(3), 1978, p. 45 ss.

¹⁰ Da questo discende la caratteristica pratica della teoria moderna della separazione dei poteri: come osservato da G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 670, «la teoria moderna della separazione dei poteri – quella per intenderci che comincia con Locke e Montesquieu – ha tentato di rendere possibile la pensabilità delle varie forme di articolazione e di differenziazione dei poteri pubblici (...). In questa prospettiva la teoria moderna – ma non contemporanea – costituisce una delle risposte storiche al problema fondamentale del rapporto [tra unità e pluralità dei centri di potere]». Cfr. anche G.U. RESCIGNO, *Divisione dei poteri*, in C. DONATI (a cura di) *Dizionario critico del diritto*, Savelli, Roma, 1980, p. 95 ss.

che questo principio abbia ispirato «nel lungo corso» le rivoluzioni costituzionali «di ordinamenti tanto differenti» costituisce una prova inconfutabile del suo successo¹¹.

Nonostante pensatori del calibro di Kelsen abbiano in seguito provato a criticare l'idea, sostenendo che «una “divisione dei poteri” comportante vera indipendenza dell'amministrazione e del giudiziario da un legislativo eletto dal popolo sarebbe contraria alla “democrazia”»¹², il principio ha continuato a essere al centro della riflessione da parte di giuristi, filosofi e scienziati politici di tutto il mondo e, quel che più conta, costituisce ancora oggi un pilastro strutturale delle democrazie moderne e un cardine del costituzionalismo occidentale. Del resto, la stessa parabola ascendente che a livello globale ha avuto la democrazia mostra come diffusa sia l'idea secondo cui un elemento indispensabile per il mantenimento della libertà sia la costruzione di un sistema costituzionale caratterizzato dalla distinzione delle diverse funzioni fondamentali, nonché dalla moltiplicazione delle strutture e dei processi di governo¹³.

2. (Segue): e il suo (apparente?) declino.

Tuttavia, oggi, il principio appare in crisi. In primo luogo, sotto il profilo teorico, la separazione dei poteri *pura* pare irrealizzabile¹⁴, e il

¹¹ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 13.

¹² ID., (*Scheda Bibliografica introduttiva*), pp. 2-3. Analogamente, v. anche G. GRASSO, R. MANFRELLOTTI, *Poteri e funzioni dello stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, in *Historia Constitucional (revista electrónica)*, n. 8, 2007, p.to 29: «nella ricostruzione Kelseniana ogni atto giuridico dello Stato risulta produttivo di norme per il livello inferiore che deve eseguire rispetto alla fattispecie regolata dalla norma superiore, 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”». Secondo Bognetti, tuttavia, «in tal modo il formalismo giuridico kelseniano preclude l'intelligenza del ruolo essenziale svolto dalla formula della divisione dei poteri nella genesi e nello sviluppo dello stato moderno: sostituisce alcune astratte ed esteriori notazioni concettuali» (G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 3).

¹³ Cfr. J.M.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. *passim*.

¹⁴ Va però ricordato quanto sostenuto da G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione*

modello montesqueviano sarebbe quindi da studiare come un semplice costruito teorico-ideale composto da «a set of standards to which the legal and constitutional arrangements of a modern state ought to conform»¹⁵. Del resto, anche la Costituzione degli Stati Uniti che, storicamente, più di ogni altra a tale principio si ispira, non si regge unicamente sulla semplice tripartizione rigida tra poteri distinti, ma sul controllo reciproco tra essi sorretto dai meccanismi di *checks and balances* costituzionali. Si è così sostenuto, non esistendo nella Costituzione statunitense una clausola che a tale principio faccia espresso riferimento, come essa «adopts no freestanding principle of separation of powers»¹⁶ e che quello istituito debba essere pertanto qualificato come un sistema di «separate institutions sharing powers»¹⁷.

dei), cit., pp. 670-671 secondo cui «la “dottrina pura” della separazione dei poteri è stata molto spesso usata come bersaglio di comodo, creato al solo scopo di essere colpito, per riaffermare l’unità e l’indivisibilità dello Stato sovrano». Come ben sintetizzato da N.W. BARBER, *Prelude to the Separation of Powers*, in 60 *Cambridge L.J.*, 59, 2001, p. 60: «Vile distinguishes between “pure” and “partial” versions of the doctrine. The pure theory calls for complete separation of the three branches of the state; a strict delineation of functions between the executive, the legislature and the judiciary. The division of power acts as a restraint on the power of the state. An alternative vision of the doctrine, the “partial” version, instead emphasises the significance of checks and balances within the constitution. Each of the institutions of state is given some power over the others, their functions are deliberately constructed so that they overlap. Friction is consequently created between the branches of state; no one institution has absolute autonomy».

¹⁵ A. KAVANAGH, *The Constitutional Separation of Powers*, in D. DYZENHAUS, M. THORBURN (a cura di), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2016, p. 221.

¹⁶ Pertanto, «The idea of separated powers unmistakably lies behind the Constitution, but it was not adopted wholesale» J.F. MANNING, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, in 124 *Harv. L. Rev.*, 1939, 2011, p. 1944. In realtà come osservato da J. WALDRON, *Separation of Powers in Thought and Practice*, in 54 *B.C.L. Rev.*, 433, 2013, p. 436: «There is no explicit textual principle of democracy in the U.S. Constitution.13 Nevertheless democracy is an indispensable part of our best theory of government, and it would be wrong to forego any interest in it simply on account of its lacking any explicit textual home. The same is true, also, of the rule of law (...) These examples suggest that, even when a principle lacks specific legal status, it still may be an indispensable part of our constitutionalism, an indispensable touchstone for evaluating the operation of and any change in our constitutional arrangements».

¹⁷ Per usare la famosa definizione di R. NEUSTADT, *Presidential Power and the Mod-*

In secondo luogo, il fatto che l'origine della dottrina sia piuttosto risalente ha fatto sì che quest'ultima subisse gli effetti del tempo, non fosse altro a motivo della sua interrelazione con altri principi fondamentali del costituzionalismo (come il pluralismo sociale, l'uguaglianza sostanziale, il controllo di costituzionalità e molti altri ancora) introdotti dal passaggio dallo Stato liberale a quello a democratico-sociale. Tale trasformazione (formale od informale) ha investito lo Stato di nuovi compiti e funzioni che mal si prestano ad essere rigidamente attribuiti ad organi del tutto distinti, e che chiedono invece la fattiva collaborazione tra essi per il perseguimento del bene comune.

L'avvento dello Stato interventista sembra pertanto aver sconvolto l'impianto della separazione dei poteri su cui si reggeva l'ordinamento liberale, sostituendo il tradizionale modello di divisione tra poteri costituzionali con una dinamica relazionale improntata sul continuo scambio di funzioni e di collaborazione tra organi¹⁸. L'estensione del potere esecutivo, così come la diffusione della funzione normativa anche al di fuori dell'atto tipico della legge, è ormai necessaria alla realizzazione di programmi politici/costituzionali, e ha spinto i poteri a condividere funzioni un tempo chiaramente distinte, inaugurando una crisi del rapporto tra forma e sostanza che ha portato alla sovrapposizione tra le tipologie di fonti destinate alla produzione di norme¹⁹. L'ordinamento giuridico contemporaneo è andato quindi man mano assumendo le sembianze di «un complesso unitario», le cui funzioni possono anche essere distinte ed isolate dal punto di vista teorico ma che in realtà «nella dinamica concreta si muovono e appaiono solo come unità istituzionali già formate dall'incontro del

ern Presidents: The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan, Free Press, New York, 1990, p. 29.

¹⁸ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 15.

¹⁹ In questo senso, la crisi del sistema delle fonti nel nostro ordinamento sarebbe un corollario della diversa concezione della separazione dei poteri oggi vigente. Sul punto, v. (da ultimo) R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, San Giuliano Milanese, 2021, p. 215: «il sistema delle fonti viene chiuso proprio laddove esso è sottoposto a maggior attacco: sul terreno della separazione dei poteri». Per una riflessione del nesso tra sistema delle fonti anche in senso della separazione dei poteri durante l'emergenza pandemica in Italia, v. A. MANGIA, *Emergenza, fonti fatte e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, 2/2021, p. 143 ss.

coagulo di più funzioni elementari interagenti»²⁰.

In terzo luogo, dal momento che la separazione dei poteri nasce e si sviluppa come una teoria di esercizio della sovranità, il principio ha seguito la crisi di quest'ultima, innescata dalla esponenziale crescita di centri di potere non sempre tra loro stabilmente e giuridicamente collegati, che è a sua volta figlia della interconnessione giuridica dei nostri ordinamenti. Il fenomeno è noto: la globalizzazione ha rafforzato l'interazione reciproca tra i sistemi democratici e promosso l'ascesa di strutture sovranazionali di *governance without government* che hanno eroso la sovranità statale e messo in discussione la classica dottrina della separazione dei poteri.

Si pensi, ad esempio, alla forma di governo dell'Unione europea che è solo vagamente ispirata a tale principio: gli organi comunitari sono stati istituiti «prendendo a prestito» una idea «derivante dal bagaglio di esperienza organizzativa dello Stato liberale» che sembra essere però poi rimasta «unicamente sullo sfondo»²¹. Per queste ragioni, è stato autorevolmente sostenuto che «Montesquieu never visited Bruxelles»²², dal momento che «nella UE non vige in senso proprio il principio di separazione ma quello dell'equilibrio dei poteri» ovvero «un bilanciamento fra i vari centri istituzionali, che assicura una limitazione in senso garantista e quindi una sorta di *check and balances* di stampo liberale»²³.

Gli effetti di questa architettura giuridica sui generis sono molteplici: la costruzione di un multilevel government ha avviato processi di ripensamento dei modelli di federalismo/regionalismo²⁴ incidendo sui fenomeni di partecipazione alle decisioni politiche²⁵, mentre il moltiplicarsi di Corti

²⁰ G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 710.

²¹ G. DE VERGOTTINI, (voce) *Forma di governo dell'Unione Europea – XXI Secolo*, in *Treccani on line*, 2009.

²² La frase, pronunciata da Giuliano Amato nella dichiarazione di apertura della European Convention nel 2002, è riportata da P. PONZANO, *Democracy and European Governance*, in <https://graspe.eu/document/Ponzano201209.pdf>, 2012.

²³ G. DE VERGOTTINI, (voce) *Forma di governo dell'Unione Europea – XXI Secolo*, cit.

²⁴ V. L. VIOLINI, *Federalismo, regionalismo e sussidiarietà come principi organizzativi fondamentali del diritto costituzionale comune europeo*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Diritto costituzionale comune europeo*, Jovene, Napoli, 2002, p. 95 ss.

²⁵ B. VIMERCATI, *Natura e strumenti della better regulation: Un contributo allo studio dell'integrazione tra i diversi livelli di governo*, Giappichelli, Torino, 2018.

sovrannazionali dei diritti ha favorito l'ascesa del neo-costituzionalismo e, con esso, del fenomeno della *judicialization of politics*. Già mezzo secolo fa Mauro Cappelletti aveva sollevato «the mighty problem of the legitimacy of judge-made-law»²⁶, nato dalla crescente importanza riservata ai giudici dei diritti nel corso del XX secolo. Ma con l'avvento delle Corti transnazionali, tale fenomeno ha assunto proporzioni continentali²⁷, al punto che, come affermato da Alec Stone Sweet ormai più di vent'anni fa, «in today multi-tiered European polity, the sovereignty of the legislature, and the primacy of the national executives are dead. In concert or in rivalry, European legislators govern with judges»²⁸.

Queste ragioni, tra le altre, hanno indotto parte della dottrina a giudicare la separazione dei poteri come «un'idea-mito»²⁹, «insostenibile»³⁰, «poco utile»³¹, che finisce per essere utilizzata come «mero slogan

²⁶ M. CAPPELLETTI, *The Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis*, in 53 *Cal. L. Rev.*, 409, 1979, p. 411. Tali riflessioni sono poi riportate (e sviluppate in modo più compiuto), in M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989: «paradoxically (...) the expansion of legislation has brought about a parallel expansion of judge-made-law. (...) and the mighty problem of such law-making» (pp. 3-4).

²⁷ ID., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, cit., p. 163: «the emergence of transdimensional dimension of judicial review, a phenomenon that we have already seen reflected in landmark judgment of the Cour de Cassation of France is in fact becoming a development of continental proportions».

²⁸ A. STONE SWEET, *Governing with Judges*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2002, p. 94.

²⁹ L'espressione è di M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Jandi Sapi, Roma, 1960, p. 57 riportato da F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, cit., p. 478.

³⁰ F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, cit., p. 478 che critica la «teoria giuridica tradizionale assolutistica o formale-sostanziale, della divisione dei poteri» giudicandola «per un duplice verso insostenibile: da un lato non riesce ad assimilare la funzione politica, o di governo, che in realtà rende possibile il coordinamento del potere legislativo (...) dall'altro presume di operare una distinzione contenutistica delle funzioni che, per più versi, non regge e che ci sembra oggi completamente relativizzata». L'A. prosegue, peraltro, osservando come sul piano della realizzazione storica del principio, anche in USA «in seguito alla evoluzione storica del sistema i poteri non sono risultati poi così separati (...) come la previsione teorica avrebbe lasciato credere» (p. 480), per concludere che, in ogni caso, «la nostra Costituzione non sembra contenere, se non per qualche remini-

politico»³², al di qua e al di là dell'Atlantico: se da tempo nell'Europa continentale «traditional separation of power doctrines are in deep crisis»³³, anche in America, ormai, «it is suffering through an enfeebled old age»³⁴. Si tratterebbe, in sostanza, di una teoria che parla ad un'epoca lontana, superata dal tempo e dagli eventi, perché oggi la complessità policentrica delle nostre società giuridiche non può più essere spiegata con la fortunata formula di Montesquieu: da qui la necessità di «ripudiarla»³⁵ o quanto meno di «dirle addio»³⁶.

Nonostante queste autorevoli valutazioni, l'idea della separazione dei poteri continua a suscitare un certo interesse tra gli studiosi di tutto il

scenza sporadica e soprattutto avulsa dal contesto e dalle implicazioni della teoria tradizionale, il principio organizzativo della divisione dei poteri». Giudica superato il principio anche F. BASSI, *il principio della separazione dei poteri (evoluzione e problematiche)*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1965, p. 17 ss.

³¹ N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1983, p. 252: «il principio della divisione dei poteri, nella versione di Montesquieu (...), sembra assai poco utile per comprendere il funzionamento dei nostri sistemi parlamentari nei quali è venuta meno ogni distinzione fra esecutivo e legislativo e vi è, invece, una continuità di potere o un processo politico che ha il suo momento iniziale nelle elezioni e il suo momento terminale nell'azione di governo».

³² C. ROSSANO, *La divisione dei poteri nella attuale struttura costituzionale dello stato di diritto e sociale*, in *Studi in memoria di Domenico Pettiti*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1973, p. 1300 riportato da G. GRASSO, R. MANFRELLOTTI, *Poteri e funzioni dello stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, cit., nota 7, secondo cui condivide il giudizio «anche F. CUOCOLO, *Gli atti dello Stato aventi "forza di legge"*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1961, p. 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».

³³ A. STONE SWEET, *Governing with Judges*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2002, p. 130.

³⁴ E. POSNER, A. VERMEULE, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010, p. 208.

³⁵ M. CAPPELLETTI, *Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of "Constitutional Justice"*, in 35 *Cath. U. L. Rev.*, 1, 1986, p. 1 ss.

³⁶ B. ACKERMAN, *Good-bye, Montesquieu*, in S.R. ACKERMAN, P.L. LINDSETH (a cura di), *Administrative Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham UK-Northampton USA, 2010, p. 129.