SEPARAZIONE DEI POTERI

Lo Stato moderno si atteggia come un’organizzazione preordinata alla realizzazione di fini.

Prima di preordinarsi a determinati fini concreti, si pone come instauratore del diritto, ovvero della disciplina che regola i rapporti tra i vari soggetti, e come garante e tutore del diritto instaurato.

Tre sono dunque le funzioni nelle quali si articola e si sviluppa la vita dell’organizzazione considerata: *funzione legislativa* (con la quale instaura il diritto) *funzione giurisdizionale* (con la quale garantisce l’efficacia delle norme stabilite) e la *funzione amministrativa.*

Accanto alla funzione legislativa e giurisdizionale, lo Stato tende, nell’ambito e nei limiti consentiti dall’ordinamento, a realizzare concretamente i fini che si propone, attraverso la funzione amministrativa. (Cfr. A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo,* Napoli, 1989, pp. 6-7).

Dopo aver delineato le tre funzioni, occorre ora considerare la forma del loro esercizio.

Retaggio che deriva dallo Stato Moderno è che la distinzione delle funzioni dello Stato si traduce nella *separazione dei poteri.*

Separando i poteri, e di conseguenza impedendo che l’uno eserciti le funzioni all’altro affidate, si vuole istituzionalizzare un sistema di limiti permanenti ed automatici operanti nei confronti degli organi titolari del potere sovrano.

Circa l’origine storica del principio della separazione dei poteri, essa si trova in germe nell’ordinamento inglese, che nella sua evoluzione attraversò due stadi: Il primo, immediatamente precedente alla fase parlamentare, in cui si stabilisce un compromesso tra il re e le assemblee rappresentative (cui viene affidato il potere legislativo, mentre al re rimane quello esecutivo), il secondo stadio, quello “parlamentare”, in cui si concreta la supremazia delle assemblee rappresentative sul monarca (supremazia risultante dal fatto che tali assemblee riescono ad assumere l’effettiva direzione politica dello Stato).

Gli ordinamenti costituzionali degli Stati europei (ed anche quelli dello Stato nord-americano) si ispirano e derivano dall’esperienza costituzionale inglese. Così, ad esempio la formula adottata nel sistema nord-americano riprende lo stadio dell’esperienza inglese immediatamente antecedente alla fase “parlamentare”; si riferisce cioè allo stadio in cui si stabilisce un compromesso tra le assemblee rappresentative, che ottengono l’esercizio del potere legislativo ed il re, cui rimane il potere di governo. La netta separazione dei due poteri che ne risulta, viene riprodotta nell’ordinamento americano per quello che riguarda i rapporti tra presiedente e Congresso.

Gli Stati del continente europeo invece si ispirano alla successiva fase dell’esperienza inglese, cioè a quella “parlamentare”, in cui si concreta la supremazia delle assemblee rappresentative sul monarca.

Accanto all’esperienza e alla prassi degli ordinamenti, occorre accennare anche alle principali concezioni teoriche che stanno alla base del sorgere dello Stato Moderno.

LOCKE (1632-1704): la sua teoria si inserisce nell’esperienza costituzionale inglese; fu il primo teorizzatore del principio della separazione del potere. Il suo pensiero si inserisce nel passaggio tra la prima e la seconda fase attraversata dall’esperienza inglese: prima: limitazione del potere monarchico ad opera del Parlamento; SECONDA: supremazia del parlamento sul monarca.

Il LOCKE si preoccupa innanzitutto di distinguere le diverse funzioni dello Stato, individuandone tre: ***legislativa***, ***esecutiva***, ***federativa*** (potere di agire in nome dello stato in campo internazionale.

FUNZIONE FEDERATIVA funzione autonoma, perché l’azione in campo internazionale ha natura tale da non poter essere predeterminata e circoscritta da norme giuridiche. Perciò l’organo titolare della funzione federativa deve necessariamente godere di un ampio margine di autonomia e discrezionalità, e quindi indipendente rispetto all’organo titolare della funzione legislativa. L’attribuzione, da parte del Locke della funzione federativa e di quella esecutiva al re, implica l’affermazione di una sostanziale analogia delle due funzioni sotto il profilo della loro posizione e natura: da ciò è possibile dedurre che il pensiero inglese non considera la funzione esecutiva come attività di mera esecuzione dei precetti legislativi posti in essere dal Parlamento; l’analogia tra le due funzioni fa presumere che la funzione esecutiva rappresenti, almeno nel suo aspetto generale- lo svolgimento di un’attività di decisione autonoma rivolta all’esterno dell’ordinamento.

Ciò che stupisce è la mancanza di qualsiasi riferimento alla funzione giurisdizionale.

Tale omissione si spiega in considerazione della particolare esperienza inglese, segnato dall’importanza delle fonti consuetudinarie inglesi, dal ruolo creativo di regole giuridiche svolto dal giudice anglosassone.

Nell’ESPERIENZA FRANCESE il principio enunciato della separazione dei poteri subisce qualche mutamento che ne modifica in parte il significato. Ciò dipende dalla maggiore influenza della filosofia razionalistica e dalla diversa situazione politica e sociale. Questo è evidente nella teoria del **MONTESQUIEU** (1689-1755) che, pur prendendo le mosse dall’esperienza inglese, ne altera il significato.

Tre funzioni sono viste come separate ed incomunicabili: legislativa, amministrativa e giuridisizionale.

**ROUSSEU** (1712-1778) attribuisce valore assoluto al principio democratico, che lo porta ad identificare il sovrano con la volontà generale della collettività, e ad affermare che la sovranità non è né delegabile né divisibile. Dunque adatta alla sua teoria il principio della divisione dei poteri: al popolo riunito in assemblea spetta il potere legislativo; agli organi di governo spetta la funzione esecutiva; quest’ultima è intesa nel senso stretto e rigoroso del termine in quanto attraverso di essa “si esegue sempre la legge e nient’altro che la legge”. I tal modo gli organi esecutivi sono concepiti come semplici commissari del soggetto sovrano (il popolo). Altrettanto può dirsi dei rapporti tra potere legislativo ed esecutivo. (cfr. C. Mortati, *Le forme di Governo. Lezioni,* Padova, 1978).

L’atto amministrativo dunque, nell’ambito del diritto statuale è un atto emesso dall’autorità amministrativa che costituisce effetti giuridici (ovvero la costituzione, modificazione o estinzione di situazioni giuridiche) in casi particolari o in riferimento a singoli individui. Rispetto agli atti propri del diritto privato, caratterizzati dall bilateralità e dalla consensualità, esso si atteggia per la unilateralità ed imperatività. (Cfr. L. Mozzarelli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca a cura di, *Diritto amministrativo 1,* Bologna 1993, p. 3).