

Benoît Montay, *L'autorité perdue, Pour une théorie des fonctions de l'Exécutif*, PUF, Paris 2021, pp. 444, € 35.00, ISBN 9782130824800

Tom Brumelot
Università degli Studi di Padova

Questo saggio si propone di capire perché il potere esecutivo rimane sempre una “categoria residuale” nella teoria delle funzioni dello Stato, cioè definita per contrasto rispetto alle altre funzioni (legislativa e giudiziaria). La funzione esecutiva è spesso assimilata a quella amministrativa, rimanendo comunque una definizione negativa. Invece l'autore vuole “rinunciare al dogma della tripartizione” (p. 11), avendo come metodo un'analisi dei “modi d'agire” dello Stato.

Nella prima parte dell'introduzione, l'autore ripercorre in modo storico l'invenzione del mito della teoria dei tre poteri, partendo dalla divisione di Locke e della sua definizione del potere esecutivo come “potenza di esecuzione della legge”, passando per la separazione operata da Montesquieu fino alla tesi rousseauiana della centralità della legge. Ma l'autore, dopo Michel Troper, mostra anche il ruolo della scienza giuridica dell'Ottocento: tra 1830 e 1880 emerge una “falsa dottrina” della separazione dei poteri che riconosce al potere esecutivo una funzione di governo – legislazione, esecuzione, giurisdizione (p. 30).

L'autore cerca una terza via tra il carattere troppo generale della classificazione in tre funzioni – che crea la categoria eterogenea della funzione esecutiva – e il carattere troppo particolare di una classificazione che diventa soltanto descrizione delle istituzioni di un certo Stato, continuando il paradigma analitico degli atti ma applicandolo alle maniere d'agire dello Stato. Eppure questa prospettiva non rischia di nuovo di costruire una teoria delle funzioni dello Stato dipendente dallo Stato da cui sono estratti questi “modi di agire” (p. 56)?

Il riferimento maggiore che percorre tutto il saggio è Charles Eisenmann e la sua categorizzazione degli atti giuridici, in particolare dell'amministrazione, però allargata agli atti

materiali (effettivi) dello Stato. In questa maniera, tutti i “modi di agire” del potere esecutivo rientrano all’interno del campo giuridico. Per l’autore, la separazione tra discipline accademiche, ovvero tra giurisprudenza e scienze sociali e politiche impedisce una teorizzazione positiva del potere esecutivo e dunque dei rapporti tra poteri (p. 65). L’Esecutivo può agire in due modi: “agire giuridicamente” o “agire materialmente”. Dopo questa distinzione sul piano dell’*instrumentum*, l’autore procede all’analisi dettagliata di tutte le variabili che differenziano gli atti dell’Esecutivo. Ne segue la loro gerarchizzazione: il criterio relativo alle parti dell’atto, poi il criterio relativo ai modi d’azione, poi quello relativo al senso, poi relativo all’oggetto, e finalmente quello relativo all’*instrumentum*. Stranamente questo viene per ultimo, ma grazie a “questo metodo, è allora possibile elucidare l’integralità delle funzioni dell’Esecutivo, che oltrepassano di molto la semplice ‘esecuzione’ o la semplice ‘amministrazione’” (p. 97).

Una volta stabilito il metodo, l’autore descrive nella prima parte tutte le attività dell’Esecutivo, divise in una *summa divisio* tra funzioni interne (sezione 1) e funzioni internazionali (sezione 2).

Prima funzione interna, la funzione di arbitraggio dell’Esecutivo è per l’autore quella maggiormente legata al problema della separazione dei poteri, e soprattutto al rapporto tra Legislativo ed Esecutivo. Come esempio di questa funzione, troviamo l’atto di convocazione o di dissoluzione del potere legislativo, ma anche il meccanismo di promulgazione della legge, tutte prerogative dell’Esecutivo che derivano dal regime monarchico: “Lo studio della ‘promulgazione’ (perfezione giuridica) e della ‘pubblicazione’ (perfezione materiale) permette di capire che le funzioni d’autenticazione sono apparse di seguito ad un processo di frammentazione dell’operazione di legislazione e restano come *il carattere arcaico* del tempo delle ‘leggi del Re’” (p. 112). Ma l’origine monarchica del potere Esecutivo non viene mai sondata dall’autore, un punto che ci sembra invece cruciale per capire la molteplicità e la varietà delle funzioni dell’Esecutivo, e quindi il paradosso del suo nome. Una completa teoria delle funzioni dell’Esecutivo non può prescindere da una riflessione sulle contingenze storiche che hanno portato a questa realtà dell’Esecutivo piuttosto che ad un’altra.

La funzione amministrativa raggruppa una grande varietà di atti: dalle circolari alle nomine, passando per le autorizzazioni o le valutazioni. Di nuovo, sull'appartenenza delle nomine al potere Esecutivo, l'autore non tenta di comprendere la loro origine: "la nomina [...] è una forma così antica che sarebbe quasi impossibile ritracciarne la genealogia completa" (p. 128). Possiamo nutrire qualche rimpianto: soltanto a partire da questa genealogia si potrebbe spiegare la nostra difficoltà a collocare questo tipo di atti all'interno della funzione esecutiva.

Le funzioni dell'Esecutivo dirette verso gli amministrati (capitolo 2), sono di due tipi: le funzioni di legislazione e le funzioni di applicazione. Contro il primo, l'autore ricorda la tesi moderna del potere Legislativo autonomo, ma affermando che esso "s'iscrive subito in un contesto dominato da un certo pensiero legge-centrato" (p. 136). Il problema sorge dal modo in cui nega "una piena soddisfazione" teorica a questa concezione, che pone come principio della legittimità della legge una fonte unica – il parlamento, organo della volontà generale. Come se non fosse un modello in grado di spiegare – criticandole – tante Costituzioni attuali, e in particolare quella della quinta Repubblica francese. Ma invece non bisognerebbe chiedersi perché queste Costituzioni hanno lasciato parte dell'iniziativa legislativa all'Esecutivo?

Contro la dottrina, l'autore accorda all'Esecutivo una vera e propria funzione di legislazione: "non si può dire, in un'epoca in cui 75% delle leggi sono di origine del governo, che il modo in cui l'Esecutivo determina il fondo, il contenuto di una legge, è totalmente straniera alla funzione di legislazione" (p. 142). Ma se questa cifra attribuisce *de facto* una partecipazione di legislazione al Potere Esecutivo, perché attribuirle *de jure*?

Nelle funzioni di applicazione, l'autore raggruppa sia gli atti personali – contrariamente agli atti impersonali, che hanno vocazione a creare delle regole – che gli atti "a-personali" che non hanno come destinatario una persona fisica o morale, ma dei territori o degli oggetti. Tra gli atti personali ci sono le omologazioni, delle riconoscenze di zone edificabili, ma l'autore include anche "la sottomissione di un territorio ad un regime d'eccezione (lo stato di emergenza, per esempio)" (p. 157). L'evocazione, *en passant* e tra parentesi, di un istituto giuridico così centrale nell'odierna situazione di prevalenza dell'Esecutivo e così intensamente discusso dalla dottrina

giuridica francese (per esempio da Cassia e da Hennette-Vauchez), ci lascia perplessi.

Per introdurre l'esame delle funzioni internazionali, l'autore si sofferma su un silenzio della dottrina giuridica sull'attività internazionale dell'Esecutivo, contrariamente alla filosofia politica. Le azioni dell'Esecutivo all'esterno vengono divise in due tipi: le funzioni di sovranità che procedono in modo unilaterale e le funzioni di cooperazione che procedono in modo plurilaterale.

L'ultima funzione di sovranità contiene interessanti sviluppi sulla dichiarazione di guerra (pp. 208-216), in particolare riguardo al modo in cui questa prerogativa è stata contesa tra Esecutivo e Legislativo. La funzione di cooperazione, che procede in modo plurilaterale, riunisce tutti gli atti presi tra Stati che creano nuove norme (trattati, convenzioni). L'autore mostra come la teoria dei Costituenti francesi abbia influenzato la ripartizione dei poteri: ogni trattato o convenzione internazionale che avesse qualche conseguenza sulla legislazione interna esistente doveva passare dal potere legislativo, in modo da impedire al potere esecutivo di legiferare grazie al diritto internazionale (p. 226). Riconoscendo in questo caso un chiaro retaggio della "sineddoche rivoluzionaria" – un Esecutivo come strettamente esecutivo – l'autore confessa implicitamente la possibilità di difendere questa "falsa dottrina" della separazione dei poteri.

L'autore conclude: "L'Esecutivo esercita o partecipa in realtà a *tutte* le funzioni dello Stato, cosicché la dottrina classica che lo limitava all'esercizio d'una funzione amministrativa o esecutiva [...] ha paradossalmente contribuito a mascherare un iato rivelato dalla presente tipologia: studiato sotto il prisma della funzione, l'Esecutivo sembra identificarsi pienamente allo Stato, di cui bisognava inquadrare la potenza" (p. 246).

La seconda parte cerca di definire la natura dell'Esecutivo partendo da tutte le funzioni che esercita. L'autore oppone due "modelli": "l'Esecutivo-rousseauiano" e "l'Esecutivo-machiavelliano", il primo caratterizzato dalla centralità e dalla dominazione della legge, il secondo dalla centralità della forza, unica fonte della sovranità (p. 254). Nessuno dei due si mostra soddisfacente per descrivere tutte le funzioni dell'Esecutivo. Essi, piuttosto, "devono completarsi per dare a vedere l'essenza di questo potere pubblico" che ha una duplice natura: potenza, cioè potere esecutorio (sezione 1), ed autorità (sezione

2). La natura esecutoria dell'Esecutivo si manifesta prima di tutto, per l'autore, nella dottrina dell'Esecutivo come *uno solo* per maggiore efficacia e si verifica anche nel fatto che "l'inazione dell'Esecutivo [è] considerata come un'azione" (p. 266).

La potenza dell'Esecutivo, cioè potenza pubblica, prende sia la forma del monopolio della forza (Stato di polizia), sia la forma del monopolio dell'assistenza sociale (Stato sociale). Ma questa seconda funzione dello Stato è frutto di lotte politiche: l'autore mostra bene quanto la "concezione liberale dello Stato-carabiniere" si è opposta alle "teorie radicalmente contrarie secondo le quali 'lo Stato ha un dovere sociale' e sono delle teorie politiche, fortemente criticate già dalla metà dell'Ottocento, che invertiranno un certo numero di funzioni giuridiche e materiali dell'Esecutivo" (p. 278). L'autore sembra dunque pienamente consapevole del modo in cui la natura dell'Esecutivo e delle sue funzioni non siano fatali ma dipendano da strategie e da volontà politiche, anche da parte della dottrina giuridica. Un realismo autentico, che prende sul serio la natura intrinsecamente contingente dell'organizzazione del potere, deve pensare l'Esecutivo anche nella sua dimensione potenziale, ideale.

Nel secondo capitolo, l'autore analizza "la potenza decisionale dello Stato", rintracciando il problema della decisione, a partire da una rilettura di Machiavelli (p. 284). Non viene mai evidenziato il limite dell'interpretazione conservatrice di Machiavelli data da Harvey Mainsfield, principale fonte per affermare: "i costituzionalisti liberali hanno "costituzionalizzato" il principe di Machiavelli, questo 'maestro dell'esecuzione eccezionale'" (p. 287). Sarebbe Locke, con la *royal prerogative*, a indurre questa costituzionalizzazione che si realizza durante l'Ottocento, senza che l'autore sia in grado di delineare chiaramente le sue cause: "Dall'Ottocento, non si può mancare di costatare una certa uniformizzazione degli Esecutivi nel mondo, i quali partecipano in un modo o l'altro all'insieme delle funzioni statali a tal punto da dominare il gioco istituzionale [...] o che la pratica abbia autorizzato gli Esecutivi ad oltrepassare i limiti imposti dai testi costituzionali, o che i nuovi testi costituzionali abbiano preso atto di questa mutazione, di modo che risulta da questa dominazione istituzionale – in particolare la *leadership* in materia di legislazione – una ridefinizione

dottrinale dei loro ruoli: il falso esecutante è ridiventato una potenza decisionale [...]” (p. 303) La prima ipotesi, concentrata sull’idea di una prassi degli Esecutivi che tende all’allargamento della sua prerogativa, si verifica storicamente: sono in particolare le guerre del Novecento a favorire questa prassi, ma anche le crisi economiche. “Fuori dal caso particolare della guerra, sembra in maniera generale che ogni situazione eccezionale – o rivendicata come tale – abbia portato alla consolidazione progressiva del potere dell’Esecutivo” (p. 308) Tuttavia non viene mai interrogato la legittimità di questa trasformazione storica che sbilancia il rapporto tra i poteri. Nemmeno viene sollevato un sospetto sull’interesse che può allora avere il potere esecutivo alla formazione di nuove crisi.

Nel secondo titolo di questa sezione, l’autore si dedica al problema dell’autorità politica dell’Esecutivo, fragilizzata dalle tesi moderne. Il rinascimento segna la “naturalizzazione del politico e l’autonomizzazione del governo” (p. 337) con la mutazione dell’autorità da “base trascendentale del potere” a volontà dei sudditi. L’autore riassume velocemente il contrattualismo, identificando l’autorità per Locke con la nozione di *trust*, cioè fiducia dei governati nei governanti, quando invece l’autorità in Rousseau si trova nella genialità del Legislatore. Se l’autore ammette che queste teorie difendono l’idea di un “potere fondato sul consenso iniziale del patto sociale”, si trovano davanti all’aporia dell’autorità: “è questo surrogato di autorità che chiamiamo ‘autorità d’istituzione’: un’autorità riconosciuta all’Esecutivo” (p. 348). A fondare il processo di riconoscenza istituzionale dell’autorità, sono l’elezione e la prassi del giuramento. Ma l’autore aggiunge la necessità dell’unicità di quest’autorità, ricordando l’argomento già visto per l’Esecutivo-potenza dell’*uno solo*, associandolo alla “necessità dell’incarnazione” dello Stato (p. 360). Se questa necessità si può intravedere sul piano internazionale, la sua necessità all’interno riposa secondo l’autore sull’esercizio della *leadership* nei confronti del popolo. Gli insegnamenti della storia del Novecento non mostrano piuttosto quanto sia pericoloso rivendicare per l’Esecutivo delle qualità come carisma e *leadership*?

Il secondo capitolo sulla crisi dell’autorità si basa spesso su Louis Dumont e le sue ricerche antropologiche sull’individualismo. L’antinomia politica tra obbedienza e libertà, tra autorità della volontà particolare e ricerca

dell'autorità istituzionale, si risolve nella difesa rousseauiana della volontà generale. Ma ne segue un'altra: come assicurarsi che l'Esecutivo interpreti correttamente questa volontà generale? Emerge un "sospetto che rende ormai incomprensibile la parola ritenuta per qualificare questo potere: non si può credere che l'Esecutivo, che porta così male il suo nome (a leggere la dottrina), possa veramente *esecutare* altro che le sue proprie decisioni" (p. 389). Un sospetto effettivamente riconosciuto in materia amministrativa, ma ci sembra strano che l'autore non veda nel Giudice una sorta di arbitro dell'interpretazione della legge, capace di opporsi al modo in cui le leggi vengono applicate perché non rispettose dell'intenzione del Legislatore. La teoria della separazione dei poteri ha anche quest'obbiettivo: assicurare l'imparzialità della legge.

Viene analizzato, come fattore di incremento della logica del sospetto, l'emergenza dell'*open government* e della richiesta di *transparency*, però senza mai metterle a confronto con la consolidazione dei servizi segreti. Rimpianto davvero grande se si prende in considerazione, per una teoria dell'Esecutivo che non vuole separare piano internazionale e piano interno, la rilevanza della posizione dei servizi segreti nelle decisioni chiave su entrambi i piani.

"Nelle considerazioni precedenti si trova il punto nodale del problema che pone 'l'Esecutivo'. Se l'essenza dell'autorità è 'guidare senza né violenza né persuasione', è perché le menti aderiscono al bene e ai mezzi per raggiungerlo, suggeriti dalla persona in cui si riconosce. Tuttavia, per molti aspetti, la filosofia moderna del soggetto, accompagnata dall'affermazione dell'autonomia della volontà ed il conflitto delle interpretazioni, rovina ogni possibilità di riconoscere un bene (una fine) comune esteriore" (p. 399). Questa parte, conclusiva dell'intero saggio, ci ha messo in difficoltà per due ragioni. Prima di tutto fa del potere esecutivo il detentore legittimo dell'autorità. Poi attribuisce alla "filosofia moderna del soggetto" e la sua affermazione critica della volontà dei soggetti la responsabilità del declino dell'autorità. Al contrario, dobbiamo insistere sull'origine dell'autorità dell'Esecutivo, cioè la vecchia "autorità del Re", per vedere quanto porta con sé una tendenza all'incarnazione e alla *leadership*. La filosofia moderna del soggetto politico e la teoria della separazione dei poteri cercavano appunto di abbandonare questo tipo di

autorità per la sola autorità della legge, alla quale l'Esecutivo e le sue amministrazioni – polizia, scuole, autorità locali, servizi sociali – avrebbe dovuto sottomettersi.

Il grande merito di questo saggio è la sua esaustività nell'analisi delle azioni dell'esecutivo. Esso riesce nell'impresa ardua di ricostruire meticolosamente tutte le funzioni svolte dagli esecutivi nelle democrazie liberali, in particolare in Francia e negli Stati Uniti. L'autore classifica, alla maniera di Charles Eisenmann per il diritto amministrativo, tutti gli atti del potere esecutivo dalla fine del XVIII secolo in poi.

Ma questo saggio non convince sul piano teorico: sembra una semplice difesa dello stato attuale dei rapporti tra poteri, e della prevalenza *politica* dell'Esecutivo. Rifiutando di vedere in questa situazione attuale altro che l'unico orizzonte per un diritto pubblico “iperrealista”, l'autore tende a negare che sotto questo problema di diritto pubblico ci sia un problema politico. Come se dietro questo “metodo” realista esistesse la difesa di un Esecutivo forte, quasi onnipotente, pronto a fare esplodere tutte le conquiste dallo Stato di diritto di ispirazione illuminista. A nostro avviso, il vero realismo richiede, al contrario, di abbandonare questa visione apolitica per osservare le contingenze storiche che hanno portato a tale o tale ampliamento o diminuzione delle funzioni esercitate dal potere esecutivo. Sarebbe senza dubbio un'occasione per riscoprire il vero significato della dottrina della separazione dei poteri: l'opposizione all'arbitrarietà e alla concentrazione dei poteri nata dall'assolutismo, che i regimi autoritari continuano ad attuare. Verrà meno il rimpianto per “l'autorità persa” degli Esecutivi, sostituito da una certa apprensione per il contemporaneo indebolimento dei Parlamenti delle democrazie liberali, sempre più dominati dalla volontà degli Esecutivi, nonché per il risveglio dei regimi *autoritari*, appunto.

Bibliografia

Nicolas Rousselier, *La force de gouverner, Le pouvoir exécutif en France XIXe-XXIe siècles*, Gallimard, Paris 2015