

Carré de Malberg e l'eredità della Rivoluzione: sovranità nazionale *versus* sovranità del popolo

ALESSANDRA PETRONE

1. Carré de Malberg e la Rivoluzione

L'opera malberghiana va letta alla luce di due tradizioni giuridiche che contraddistinguono in Europa il periodo tra il 1870 e il 1915: il positivismo giuridico in Germania; la rinnovata teoria dello Stato in Francia. Carré de Malberg, pur essendo un convinto sostenitore del criterio analitico elaborato dalla scuola tedesca, basato sui postulati di potenza, prescrittività e coercitività del diritto, come elementi caratterizzanti l'azione dello Stato, non può esserne considerato un mero seguace¹. Nella prefazione della *Contribution à la théorie générale de l'État* sono infatti presenti dei rilievi critici alla vicenda tedesca, segno di una avversione nei confronti della strumentalizzazione operata dalla politica imperiale bismarkiana della dottrina giuridica tedesca. In particolare, il giurista alsaziano rileva come la teoria della sovranità dello Stato fosse divenuta strumento per asserire e dominare i popoli stranieri². Non a caso, quindi, viene richiamata l'importan-

za delle regole morali e addirittura la loro superiorità nella scala dei valori rispetto alle regole del diritto³. Carré de Malberg, infatti, sottolinea il silenzio dei sostenitori della *Herrschaft* sulle regole morali che, «dominano con la loro superiorità ogni potenza statale, per assoluta giuridicamente che sia quest'ultima, per necessaria che sia politicamente» al punto che, «quando il giurista si trova a constatare che il diritto positivo moderno si basa sulla potenza dello Stato, o che l'autorità dei governi ha il suo fondamento di legittimità nell'ordinamento giuridico in vigore, ciò non significa che oltre quest'ordine positivo, non possa concepirsi alcuna specie di precetto ideale che disciplini i popoli, i governi e gli individui»⁴. Non quindi un'adesione speculare alla dottrina tedesca, tanto che, parlando di se stesso e richiamando una costruzione personale della dottrina positivista, egli sottolinea: «Il mio positivismo giuridico, così come è stato qualificato [...] il mio metodo»⁵. Un suo particolare positivismo giuridico dunque, che deriva anche dal suo

essere alsaziano⁶, cosa che lo facilita nel sentire sua la dottrina tedesca, senza rinunciare però alla volontà di continuare a ispirarsi alla tradizione politica e giuridica francese⁷. La sua originalità, infatti, sta nel coniugare un intento positivistico, che lo induce a distinguere nettamente l'indagine giuridica dall'analisi politica, alla costante rievocazione e interpretazione dei principi della Rivoluzione, contribuendo in tal modo all'elaborazione di quel metodo giuridico definito 'teoria dello Stato', il cui oggetto d'indagine è appunto l'analisi del sistema giuridico organizzato dello Stato⁸.

Carré, che per primo elabora una teoria dello stato di diritto in Francia⁹, è stato uno di quei giuristi che ha preso sul serio il diritto costituzionale della Rivoluzione francese, in particolare quello sviluppato dai costituenti dal 1789 al 1791, conferendo un'importanza fondamentale ai suoi principi, considerati come la base dell'ordine giuridico francese ma anche dello Stato inteso in senso moderno¹⁰. Le stesse leggi costituzionali del 1875 contengono regole sull'organizzazione e il funzionamento dei poteri pubblici, non principi sulla concezione generale dello Stato, i quali vanno quindi desunti dall'epoca in cui sono stati formulati, cioè durante la Rivoluzione¹¹. A suo parere quindi, la Rivoluzione avrebbe fatto compiere un grande progresso al diritto pubblico in generale, avallando così quell'idea diffusa che la vede come autentico spartiacque della storia politica e istituzionale di Francia, e non solo. Il giurista alsaziano deve confrontarsi con l'evento rivoluzionario perché, pur impegnato per certi versi a riconoscere la superiorità alla dottrina giuridica tedesca, cerca di trovarne una sintesi applicabile alle istituzioni francesi¹². Con la III Repubblica termina infat-

ti, in linea di massima, quella lunga transizione politico-istituzionale che si apre con la Rivoluzione. L'intento del saggio, dunque, è quello di evidenziare come l'opera di Carré de Malberg sia emblematica del tentativo di ricomporre gli elementi politico-giuridici emersi dalla Rivoluzione, in una organizzazione dei poteri pubblici tesa a evitare potenziali pericoli di sovvertimento dell'ordine costituito, attraverso l'inglobamento di questi ultimi nell'ente astratto Stato. Da tale angolazione analitica ci sembra interessante, in questa sede, riproporre le sue analisi su due principi della tradizione rivoluzionaria, forse i più significativi e innovativi, vale a dire quello di sovranità nazionale e quello relativo alla distinzione fra potere costituente e poteri costituiti¹³, cercando di mettere in evidenza l'acquisizione e l'utilizzo, funzionale alla sua idea di positivismo, che Carré de Malberg fa in particolare dell'analisi politico-giuridica di Sieyès e dei dottrinari. Del resto, teorico di entrambi i principi fu Emmanuel Sieyès¹⁴, la cui pur limitata attività letteraria, che si sostanzia principalmente nei ben noti tre scritti prerivoluzionari che gli valgono la fama di ispiratore della Rivoluzione, si contrappone invece a una, ben più prolungata nel tempo, attività politica che si dipana a partire dall'89 fino al Consolato, anni durante i quali emerge la sua capacità di geniale costituzionalista¹⁵.

In generale, con la Rivoluzione mutava, rispetto all'Antico Regime, il titolare della sovranità, non più il monarca ma la nazione. Poiché la sovranità era considerata inerente al corpo della nazione, sorgeva in tal modo il pericolo permanente del suo sviamento da parte dell'assemblea rappresentativa, da cui la funzione costituzionale del re, attraverso il veto sospensivo, prevista nella

Costituzione del 1791¹⁶. Dopo l'insurrezione del 10 agosto 1792, il re sarebbe stato sostituito dal popolo stesso nella funzione di sorveglianza diretta e costante dei deputati, cosicché la sovranità nazionale sarebbe stata rimpiazzata da quella popolare¹⁷. Con il Terrore, ci si sarebbe così resi conto che anche il popolo può divenire oppressore, aumentando la diffidenza nei confronti della democrazia illimitata, da cui in molti autori la distinzione necessaria tra nazione e popolo e la preferenza per il governo rappresentativo. In tal senso, se Sieyès si deve considerare l'iniziatore della teoria della sovranità nazionale, questa verrà successivamente completata dai "dottrinari" Royer-Collard e Guizot, che attribuiscono la natura regale del potere agli organi rappresentativi incaricati di elaborare la legge espressione della volontà generale¹⁸. Carré de Malberg, acquisisce e utilizza la componente essenziale di queste formulazioni per elaborare un concetto di Stato, o meglio di potere dello Stato che, in sintonia con il positivismo giuridico tedesco, possa cogliere l'originalità del caso francese. Vale la pena a questo punto, soffermarsi brevemente su come questi concetti vengono sviluppati da Sieyès e poi in seguito dai dottrinari, per meglio evidenziare l'impiego che ne farà il giurista alsaziano.

2. Sieyès, la nazione prima di tutto

Sieyès opera già in *Qu'est-ce que le Tiers Etat?* la sostituzione della monarchia, come elemento legittimante lo Stato, con la nazione¹⁹. In prima battuta, il passaggio è quello di identificare la nazione con il Terzo stato, escludendo quindi i privilegiati, che pro-

prio per il fatto di godere di privilegi, che altro non sarebbero che deroghe alla legge comune, finirebbero per costituire un corpo estraneo all'interno della nazione. Infatti, secondo la definizione dell'abate, la nazione si può intendere come «un corpo di associati che vivono col vincolo di una legge comune e sono rappresentati dallo stesso legislativo»²⁰. Quindi, ciò che rende una nazione un organismo unitario e uniforme, è la presenza di una legge e di una rappresentanza comune.

Sieyès, a proposito di come vada pensato il concetto di rappresentanza, chiarisce che i membri delle società politiche, essendo ormai divenuti troppo numerosi e sparsi su un territorio molto vasto per esprimere la propria volontà comune o nazionale, ne estrapolano il tanto che serve alla pubblica utilità e affidano questa parte o porzione di potere solo ad alcuni²¹. In sostanza, la comunità non si spoglia del diritto di volere, trattandosi di una proprietà inalienabile, ma ne affida l'esercizio a un corpo da essa derivato, con la conseguenza che nella rappresentanza la volontà comune è presente solo a titolo di procura. Definiti questi aspetti, Sieyès si concentra sul rapporto fra la nazione e la sua rappresentanza. La nazione si configura come l'origine di tutto (prima di essa vi è solo il diritto naturale); la sua volontà è sempre conforme alla legge perché è la legge stessa. Al primo livello delle leggi positive, che emanano solo dalla sua volontà, troviamo quelle costituzionali, a loro volta ripartite in quelle che regolano l'organizzazione e il funzionamento del corpo legislativo e quelle che invece regolano il funzionamento dei diversi corpi attivi. Le leggi costituzionali sono fondamentali, non perché possono divenire indipendenti dalla volontà nazionale, ma perché i corpi

che esistono e agiscono in virtù di esse, non possono modificarle. La costituzione, «non è opera del potere costituito ma del potere costituente»²². Quindi, secondo il dettato di Sieyès, la nazione non è vincolata dalla costituzione; la prima conseguenza di ciò è che essa può sempre decidere di modificarla quando non più rispondente ai propri interessi. Questo può avvenire attraverso rappresentanti straordinari che ricevono tale delega dalla nazione stessa, e quindi fanno le sue veci, per lo specifico compito e per il tempo necessario al suo completamento²³. Tale rappresentanza straordinaria, o assemblea costituente, non ha nulla a vedere con il corpo legislativo ordinario, infatti Sieyès specifica che si tratta di poteri distinti: uno può agire solo nelle forme ed alle condizioni che gli sono state imposte, «l'altra non è sottoposta ad alcuna specifica forma: essa si riunisce e delibera come farebbe la nazione stessa»²⁴. Va sottolineato come in tal modo si arrivi a un superamento dell'ostracismo, presente nella teoria di Rousseau, dell'identificazione fra assemblee rappresentative e titolarità effettiva della sovranità²⁵. Lo Stato francese doveva essere rifondato su una base razionale e su principi giusti; per questo compito era competente un unico soggetto, la nazione, composta d'individui eguali, dove emergeva il popolo come sovrano²⁶. Tuttavia poiché la sovranità del popolo rischia, in tale formulazione, di apparire illimitata in quanto originaria, ecco che Sieyès, per porvi un argine, contempla l'eliminazione del carattere di originarietà dell'esercizio del potere, facendolo dipendere da un atto fondativo esterno. I poteri costituiti dipendono dal potere costituente, che è l'unico esercizio in via originaria della sovranità, il quale a sua volta viene limitato dal fatto di essere un potere straordinario e

transitorio, che si esaurisce in unico atto: la costituzione²⁷. Queste considerazioni vengono di fatto replicate da Sieyès, potremo dire a Rivoluzione ormai in atto, cioè dopo l'avvenuto passaggio che vede i deputati del Terzo stato autoproclamarsi Assemblea nazionale il 17 giugno 1789, precisamente nel *Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*. Qui viene ribadito il concetto di potere costituente e la sua forza; infatti si legge: «i rappresentanti della nazione francese, riuniti in Assemblea nazionale, riconoscono che essi hanno, in virtù dei loro mandati, il compito speciale di rigenerare la Costituzione dello Stato [...] in conseguenza, essi eserciteranno il potere costituente». Inoltre, considerato che gli Stati generali non erano stati convocati con il mandato di fare una costituzione, viene previsto che la costituzione che sarà data alla Francia dovrà essere «senza indugio rivista da un nuovo potere costituente, delegato per questo unico scopo, in una maniera più conforme al rigore dei veri principi di ogni società» poiché «un popolo ha sempre il diritto di rivedere e di riformare la costituzione»²⁸.

Con Sieyès, si può affermare che emerge, come dato qualificante, l'idea moderna della costituzione in quanto razionale e articolata in un preciso sistema di gerarchia delle fonti. La separazione dei poteri, infatti, vige non solo nella differenziazione fra potere costituente e poteri costituiti ma anche in quella fra poteri costituiti che seguono le norme previste dalla costituzione. Alla società civile degli eguali viene affiancandosi uno Stato che diviene il luogo in cui si stabilisce una reale e necessaria gerarchia delle funzioni politiche, dove è reintrodotta un principio di superiorità, ma come supe-

riorità di funzioni, e non di persone²⁹. Siamo quindi all'origine di quell'alleanza fra ragioni dell'individualismo e dello statualismo (inteso come concentrazione dell'*imperium*), vale a dire fra primato dei diritti individuali e primato della sovranità della nazione e dei suoi legislatori, resa possibile attraverso la Rivoluzione, poiché essa avrebbe combattuto l'Antico Regime che, con la sua strutturazione della società e dei poteri in senso cetuale, impediva tanto l'affermazione dei diritti individuali che quella di un potere pubblico saldamente unitario³⁰.

3. Royer-Collard, Guizot e la sovranità della ragione

Gli anni immediatamente successivi alla definitiva caduta di Napoleone sono in Francia gli anni caratterizzati dal tentativo di un compromesso fra i principi dell'89 e l'affermazione di un regime di monarchia costituzionale, che viene sancito dalla *Charte* concessa da Luigi XVIII nel 1814. Proprio l'interpretazione dei principi e degli istituti della *Charte* darà luogo ad un dibattito fra le differenti fazioni politiche, animato attraverso la pubblicazione di numerose *brochures*. Un punto fondamentale della questione era proprio l'interpretazione della sovranità, cioè di come si poteva esercitare questo potere senza farlo diventare arbitrario. La soluzione non poteva essere che quella di considerarlo come un potere al quale concorrono più poteri, ed infatti nella *Charte* sostanzialmente viene fatto obbligo a tre poteri, il re, la camera dei pari e quella dei deputati, di collaborare insieme³¹. Vale a dire la riproposizione in chiave moderna del modello di governo mi-

sto, avendo come riferimento chiaramente l'Inghilterra. D'altra parte la *Charte* si configurava come il mezzo per esorcizzare due minacce, il concetto di sovranità di matrice rivoluzionaria, che si esprimeva attraverso il potere costituente, e quello ormai depotenziato della sovranità assoluta del monarca, divenuto strumento per trovare il giusto equilibrio di queste eredità con la cultura costituzionale liberale³².

Da queste problematiche nasce anche l'interpretazione del governo rappresentativo, e più in generale della rappresentanza, formulata dai dottrinari. Royer-Collard, infatti, sostiene che affermare che la Camera dei deputati è rappresentativa vuol dire che tutti gli interessi, i diritti, le opinioni e la volontà della nazione sono contenuti in essa, o meglio che tutta la nazione politica è in essa³³. Egli però constata la difficoltà di tradurre la nazione nella rappresentanza, perché questo presuppone che ci sia perfetta sovrapposibilità fra la volontà del rappresentato e quella del rappresentante, contemplando in tal modo il mandato imperativo, oltre che un suffragio esteso. A questo punto tuttavia, se solo l'elezione conferisce la rappresentatività, solo la Camera elettiva avrà tale caratteristica, quindi la rappresentanza della nazione si concentrerà in essa. Avverte però Royer-Collard, ravvisando il pericolo: «là dove c'è una rappresentanza nazionale, là c'è l'onnipotenza; non restano davanti ad essa che dei poteri subalterni»³⁴. Non poteva, quindi, essere chiamato governo rappresentativo quello sancito dalla *Charte*, che invece si presentava come un sistema politico-istituzionale dove tre poteri agivano senza ostacolarsi e si combinavano senza assorbirsi, dove il re dirigeva gli affari del paese in concorso con la camera dei pari e la camera elettiva³⁵. Per questo, Royer-Collard con-

trappone alla sovranità della nazione quella della ragione, poiché «in fondo, l'opinione di una nazione non deve essere cercata, essa si trova con certezza solo nei suoi veri interessi, quali una ragione ben allenata scopre e la morale ammette»³⁶. Sovranità della ragione, a cui fa appello anche Guizot: «credo alla sovranità della ragione, della giustizia, del diritto: questo è il sovrano legittimo che il mondo cerca e che cercherà sempre; poiché la ragione, la verità, la giustizia non risiedono da nessuna parte complete ed infallibili. Nessun uomo, nessuna riunione di uomini li possiede e può possederli senza lacuna e senza limiti»³⁷. Non a caso, la sua visione del governo rappresentativo ricalca quella di Royer-Collard. Guizot, sottolinea che «considerare il potere elettivo come il solo legittimo, è adottare consapevolmente o implicitamente la dottrina della sovranità del popolo»³⁸. Questa conclusione è però incompatibile con la vera natura del governo rappresentativo che, anche per Guizot, è un governo misto, nel quale il re e le camere governano insieme; la sua essenza non risiede quindi nella separazione dei poteri ma nella loro fusione³⁹. Infatti, egli considera che:

Siccome la società è una, allo stesso modo il governo deve essere uno; l'unità nel governo è una necessità così imperiosa che tutte le costituzioni possibili, qualunque siano i loro elementi, tendono costantemente ad arrivarvi [...] dove sono chiamati a contribuire al governo diversi poteri eguali, distinti ed indipendenti, questo concorso è un combattimento finché questi poteri dimorano nella loro separazione e nella loro indipendenza reciproca⁴⁰.

Inoltre, a proposito del potere legislativo, viene specificato che «non è per governare, è per essere ben governate che le nazioni eleggono i deputati che prendono parte agli affari pubblici»⁴¹.

In sostanza, dai dottrinari veniva indebolito il legame fra rappresentanti e rappresentati, il parlamento della *Charte* diveniva così organo della costituzione e non del popolo⁴². Quindi la *Charte* stessa diveniva misura di ragione, ad essa veniva assegnato il potere sovrano, in modo che né il re né il popolo, potessero invocare una concezione monistica intrecciata con l'esercizio del minaccioso potere costituente⁴³.

4. Carré de Malberg e la personalità dello Stato

Nella parte iniziale de la *Contribution à la théorie générale de l'État* Carré de Malberg riconosce che nella dottrina tedesca non si può concepire lo Stato senza la nazione, che la nazione non è che uno degli elementi che concorrono a formarlo; quindi, una volta costituito, lo Stato non è la personificazione della nazione, ma la personificazione di se stesso⁴⁴. Il giurista alsaziano fa propria questa impostazione, cercando di adattarla ai principi del diritto costituzionale francese, in particolare al principio della sovranità nazionale, che egli oppone sia alla sovranità monarchica che a quella popolare⁴⁵. Di fatto, egli pone una similitudine strutturale fra sovranità monarchica e sovranità del popolo, che risiede nella pretesa di una persona o di un gruppo di persone, il popolo, a esercitare in virtù di un diritto proprio, il potere sovrano. Nel primo caso lo Stato si confonde con la figura del re, nel secondo si dissolve nel popolo⁴⁶. In particolare, il popolo viene considerato come «una collezione disorganizzata d'individui, che, come tale, è incapace di volere e agire per lo Stato»⁴⁷. La definizione di sovranità del popo-

lo è ricavata dal *Contrat social* di Rousseau. Viene non a caso specificato che «lo Stato democratico si realizza, conformemente alle idee di Rousseau, in una pura associazione o confederazione di cittadini sovrani». Da questo, secondo Carré de Malberg

[...] Occorrerebbe immediatamente dedurre che lo Stato democratico non è un vero Stato: poiché una confederazione d'individui non può più di una confederazione di Stati formare uno Stato; il cosiddetto Stato, secondo il modello del *Contratto Sociale*, si riduce ad una semplice comunità di uomini, collegati fra loro da un rapporto contrattuale, ma al di sopra del quale non esiste, né unità, né potere statale. Insomma dunque, la dottrina di Rousseau ben lontano dal fondare lo Stato e la sovranità, implica la negazione dell'uno e dell'altra⁴⁸.

Per tale motivo, «solo l'idea che trova la sua espressione nel principio francese della sovranità nazionale permette di individuare pienamente il concetto di Stato, che si afferma come soggetto permanente e distinto, allo stesso tempo, dai suoi organi qualunque essi siano, e dagli individui che lo compongono ad ogni momento successivo della sua durata». Solo così lo Stato apparirà veramente come la «personificazione della nazione»⁴⁹.

La nozione di sovranità nazionale diventa in tal modo il fondamento del diritto pubblico e dell'organizzazione dei poteri in Francia, e va considerata una delle conquiste più significative della Rivoluzione, che secondo Carré de Malberg ha accompagnato, implicitamente o esplicitamente, le vicende costituzionali francesi, con la sola eccezione del regime della *Charte* del 1814, dove la sovranità sarebbe stata allocata come nell'Antico Regime nella figura del re⁵⁰. L'autore de la *Contribution* ritiene che tale principio sia stato opera della Costituente dell'89; infatti, scopo dell'As-

semblea nazionale non era stato quello di proclamare la sovranità come appartenente a ciascuno degli individui che compongono la nazione, e per capirlo bastava soffermarsi sul primo articolo del titolo III della Costituzione del '91⁵¹. Egli quindi sottolinea che la sovranità nazionale deve intendersi nel senso di risiedere indivisibilmente nella nazione intera, e di non essere suddivisa fra le persone o gruppi di esse. La nazione è sovrana in quanto «entità collettiva [...] soggetto del potere e dei diritti statali, deve essere riconosciuta come una persona giuridica, avente una individualità e un potere allo stesso tempo superiore e indipendente dai suoi componenti»⁵². La Rivoluzione avrebbe così affermato la verità teorica che il dominio statale non può che concepirsi nel suo essere sintetico e astratto, personificando la collettività nazionale, che altro non è in definitiva che lo Stato⁵³.

Vediamo ora come la sovranità è collegata alla distinzione fra potere costituente e poteri costituiti. In prima battuta, l'autore della *Contribution* in maniera inequivocabile scrive: «I poteri hanno la loro sede primaria e centrale nella nazione [...] il potere costituente risiede anch'esso nella nazione»⁵⁴. Egli riconosce inoltre, punto fondamentale della sua dottrina, la distinzione fra potere costituente originario e potere costituente istituito o derivato, come differenza fra il potere di istituire una costituzione nuova e potere di revisione di un testo costituzionale. Il primo, a suo avviso, non rientra in ambito giuridico e viene per questo trascurato a favore del secondo⁵⁵. In definitiva Carré ingloba la totalità del potere costituente nella costituzione, ritenendo essenzialmente il potere costituente originario un fatto pre-giuridico⁵⁶. Egli così si esprime in merito: «[...] la formazione

iniziale dello Stato, come anche la sua prima organizzazione, non possono che essere considerate come un mero fatto, che non è suscettibile di essere classificato in nessuna categoria giuridica, poiché non governato affatto dai principi del diritto»; non esiste un diritto anteriore alla formazione dello Stato, solo dopo la sua formazione esso possiede un ordinamento giuridico, che regola una sua eventuale riforma, «adattandosi perfettamente all'esercizio del potere costituente e alle revisioni costituzionali»⁵⁷. L'esclusione del potere costituente originario dalla sfera giuridica è una conseguenza della sua interpretazione del principio di sovranità nazionale. La giuridicità dell'atto fondativo è negata per permettere di pensare alla continuità fra costituzione e sovranità nazionale. Il potere costituente originario non può esistere, dal punto di vista giuridico, perché la nazione, quantunque sovrana, non esiste indipendentemente dallo Stato⁵⁸. Così pure il significato di potere costituente istituito va inteso nel senso che il potere sovrano non si trova più in una condizione di esteriorità trascendente, come nella sovranità monarchica e in quella popolare oppure nel caso del potere costituente originario, ma è integrato allo Stato. Come dire che lo Stato è sovrano⁵⁹.

Considerato questo ragionamento, è evidenziato, come tratto comune delle differenti costituzioni che si erano susseguite in Francia, a partire da quella del '91, l'esercizio del potere costituente assegnato ad un'assemblea speciale e non all'assemblea legislativa ordinaria⁶⁰, in sintonia, diremmo noi, con quanto teorizzato in Francia per primo da Sieyès⁶¹. Carré de Malberg, peraltro sottolinea come questa teoria avesse già ispirato, prima della Rivoluzione, sia

le costituzioni particolari delle ex colonie inglesi del Nord America, sia la Costituzione federale del 1787⁶². Questa separazione partirebbe dall'idea generale che esiste una «sovranità primordiale, anteriore a tutti i poteri costituiti, incaricata di farli nascere» ed un'altra, «che è una sovranità di ordinaria amministrazione, una sovranità di una essenza minore, che viene esercitata ogni giorno dai poteri costituiti»; tale costruzione farebbe quindi pensare a una doppia sovranità, che non è possibile concepire nello Stato. La sovranità dello Stato è unica, «consiste, in maniera uniforme e invariabile, nei poteri che appartengono alla nazione di esprimere e imporre la sua volontà attraverso i suoi organi regolari, e questo, quale che sia l'oggetto che questa volontà propone»⁶³. Così, ponendosi dal punto di vista della sovranità, la questione è quella di trovare gli organi che possono esprimere rappresentativamente la volontà costituente della nazione. Secondo Carré de Malberg, non è necessario ricorrere a procedure speciali, poiché la nazione ha organi nominati che la rappresentano e che esprimono la sua volontà, vale a dire l'organo legislativo ordinario. Infatti, anche se ovviamente una costituzione si distingue dalle leggi ordinarie per il suo contenuto e per la sua importanza, essendo la legge fondamentale dello Stato, nondimeno resta un atto di natura legislativa, tale da non esigere necessariamente un organo legislativo a parte⁶⁴.

Ci sembra che il ragionamento svolto dal giurista alsaziano poggi alla base sulla distinzione fra nazione e popolo: in sostanza, legando la sovranità alla nazione come ente collettivo e unitario, e facendola diventare tutt'uno con lo Stato, viene a cadere la necessaria distinzione fra potere costi-

tuente e poteri costituiti, potendo questi ultimi essere utilizzati anche per svolgere la funzione di revisione costituzionale. Invece, la sovranità del popolo presupporrebbe l'esistenza dell'elemento esterno allo Stato, appunto il popolo, non consentendo quindi l'analogo utilizzo dell'assemblea legislativa ordinaria. È quindi giusta la considerazione che in tale costruzione non esistono nello Stato organi costituenti ma solo organi costituiti⁶⁵. Seguendo tale linea d'interpretazione, la teoria di Carré de Malberg viene a presentarsi in contrasto con quella di Sieyès, nel punto in cui l'abate configura un potere costituente affidato a un'assemblea straordinaria. Nell'ottica del primo, appiattendo egli per certi versi l'idea di sovranità della nazione di Sieyès su quella di popolo di Rousseau, verrebbe favorita l'ipotesi di un soggetto di diritto positivo esterno allo Stato⁶⁶, che si concretizza come un'assemblea speciale «affrancata da tutte le catene costituzionali» e dotata di un «potere di volontà indefinito», cosa che non è esente da pericoli, poiché «una Costituente sarà naturalmente portata a farsi un'idea esagerata del suo potere»; chiamata a «fondare tutti i poteri, potrebbe essere molto tentata di ammettere di contenerli e possederli tutti»⁶⁷. Del resto, proprio Carré de Malberg, pur affermando una rassomiglianza teorica fra Rousseau e Sieyès, coglie come differenza sostanziale fra i due il fatto che Rousseau si basa esclusivamente sulla sovranità popolare, laddove Sieyès si sforza di combinare sovranità popolare e regime rappresentativo⁶⁸. Da parte sua, decide allora di acquisire il Sieyès teorico della nazione come ente astratto unitario e uniforme che legittima lo Stato. Infatti, se da un lato afferma che Sieyès concepisce la nazione come sommatoria d'individui,

o cittadini eguali, avvicinandosi come già detto all'idea di Rousseau secondo cui il sovrano è formato dagli individui particolari che lo compongono, nondimeno Carré de Malberg gli riconosce la definizione di nazione come collezione di cittadini considerati, non nelle differenze che li separano, ma nel tratto comune e nazionale che li unisce, con la conseguente deduzione che quegli stessi cittadini abbiano diritto alla rappresentanza solo perché membri di un tutto omogeneo e unificato, vale a dire che solo la nazione nel suo insieme abbia diritto a essere rappresentata⁶⁹. Ne risulta distorta così la teoria sieyesiana della distinzione fra potere costituente e poteri costituiti, adattata alla sua personale organizzazione dei poteri, nel momento in cui la volontà della nazione si configura come una *fiction* giuridica, che potrà essere espressa in tutta indipendenza dagli organi ordinari istituiti a questo fine⁷⁰. Lo Stato malberghiano è quindi uno Stato dove nessun organo detiene poteri non derivati direttamente dalla costituzione, in opposizione sia allo Stato monarchico che a quello popolare, dove invece un organo non derivato dalla costituzione sovrasta e domina l'ordine giuridico che essa ha istituito⁷¹.

5. Il governo rappresentativo

L'altra grande questione, legata al concetto di sovranità nazionale, è quella della natura del governo rappresentativo in cui, a parer nostro, seppur nelle differenze di contenuto, Carré de Malberg utilizza lo stesso schema operativo dei dottrinari. Egli, in tal senso e in una prima definizione, evidenzia che ciò che la Rivoluzione ha

fondato, in virtù del principio di sovranità nazionale, è il regime rappresentativo, nel quale la sovranità, riservata esclusivamente «all'essere collettivo e astratto nazione», non può che essere esercitata, da chiunque, a titolo di rappresentante nazionale, «tale è in ultima analisi il significato di sovranità nazionale»⁷². Il giurista ritiene, come si evince anche da quanto scritto sopra, che la Rivoluzione non abbia operato esclusivamente una sostituzione della titolarità del potere sovrano, dal monarca alla nazione, ma anche una sua trasformazione. Se nella monarchia il re era titolare del potere sovrano e deteneva anche il suo esercizio, la nazione è titolare di un potere che non può esercitare, può solo delegarne l'esercizio a un rappresentante⁷³. La nazione, proprio perché si configura come un'unità globale superiore ai suoi membri individuali, per mantenere la titolarità del potere sovrano si subordina alla costituzione che organizza i poteri dello Stato e dà competenza ai suoi organi per formulare la volontà nazionale⁷⁴. D'altra parte, l'elettorato non viene considerato come titolare di un potere soggettivo, ma solo di una competenza dello Stato. Esso esercita un potere di nomina⁷⁵, tant'è che «nel regime rappresentativo, l'azione dei cittadini sull'andamento degli affari pubblici non si esercita che per la via, nella forma e nella misura del loro potere di nomina dei rappresentanti, in modo che con l'elezione il popolo esaurisca il suo diritto di partecipazione all'esercizio della sovranità»⁷⁶. A ben vedere quindi, ci sembra che, andando a sostituire alla sovranità della «ragione e della giustizia», così come formulata dai dottrinari, il concetto di nazione, si possa ottenere senza grandi differenze la dottrina della sovranità nazionale descritta nella *Contribution*. Emerge in

entrambi i casi l'esigenza di depotenziare il potere costituente, ponendolo all'interno del recinto dell'organizzazione dei cosiddetti poteri costituiti, i quali si configurano attraverso la rappresentanza come i realizzatori, in un caso della volontà della nazione, una e indivisibile, nell'altro della politica della ragione e della giustizia, che altro non ci sembra possa essere se non un'equilibrata realizzazione dei reali e più alti interessi della nazione. Carré de Malberg utilizza così, come già anticipato, la struttura del ragionamento dei dottrinari, dandole però un contenuto prettamente giuridico-politico al posto di quello filosofico-politico. Da questo punto di vista, non ci si deve sorprendere che egli non si sia esplicitamente collegato alla costruzione teorica di Royer-Collard e Guizot, e anzi per certi versi l'abbia addirittura sminuita⁷⁷. Pur considerando che i dottrinari sono tra le voci all'origine della nozione moderna di sovranità nazionale, e che sono stati i primi ad aver interpretato la concezione rivoluzionaria della sovranità nel senso dell'individualismo che condurrebbe alla tirannia della maggioranza⁷⁸, tuttavia va precisato che, quando viene criticata la sovranità del popolo, il concetto di nazione che viene opposto dai dottrinari non è quello della comunità atemporale, quanto piuttosto quello di una comunità presente che si differenzia dal popolo per il suo carattere di eterogeneità, dovuto alla presenza di individui e gruppi che occupano posizioni ed esercitano funzioni differenti. La volontà di questa nazione, però, non viene situata attraverso una *fictio* nella società stessa ma nel governo, inteso come insieme di poteri che collaborano, il solo che possa esprimerla secondo il testo stesso della *Charte*, nel senso dell'interesse pubblico⁷⁹. In proposito

Carré de Malberg, che cita poco i dottrinari, sottolinea come essi si siano opposti al «sistema di Rousseau», ritenuto strumento atto a conferire alle folle un potere assoluto, indefinito, temibile che consegna l'individuo alla tirannia della maggioranza. A questo è stata opposta l'idea di ragione e giustizia che il giurista così spiega: «la sovranità non ha dunque per oggetto di realizzare la volontà del più grande numero, ma essa deve servire unicamente a realizzare quello che, nell'interesse della nazione, è giusto e ragionevole»⁸⁰. Tuttavia, pur riconoscendo l'alto valore morale del concetto, egli riduce il sistema dei dottrinari ad un sistema ideale che non può soddisfare il giurista, poiché tale dottrina non è «più avanzata della nozione teologica del potere di diritto divino». Quindi, nulla togliendo al principio della ragione e della giustizia, dal punto di vista giuridico «tutta la questione è di sapere a chi spetta, nello Stato, determinare ciò che è giusto e ragionevole»⁸¹.

6. «L'eguale della nazione»

Sicuramente Carré de Malberg, collocando la distinzione fra sovranità nazionale e sovranità popolare, intesa come confronto di modelli in antitesi, nell'ambito delle differenti correnti di pensiero sviluppatesi durante la Rivoluzione, si è omologato a una tradizione giuridica già stabilita nell'ambito del diritto pubblico francese⁸², non tenendo debitamente in conto che la sede della sovranità per i rivoluzionari, anche i convenzionali, non ha mai cessato di essere la collettività dei cittadini effettivi, cioè i cittadini ammessi a partecipare attraverso il suffragio alla volontà generale⁸³. Questo

concetto non si poteva ricollegare né alla sovranità popolare, intesa come risiedente individualmente in ogni cittadino, né alla sovranità nazionale, intesa come risiedente in un ente astratto e inafferrabile⁸⁴. O forse, in maniera più corretta, si può dire che egli abbia operato una forzatura su alcuni elementi, teorici e giuridici, della tradizione rivoluzionaria per arrivare a un concetto di sovranità nazionale funzionale alla sua costruzione teorica dello Stato così come presentata nella *Contribution*. Quello che egli ha aggiunto alla dicotomia sovranità nazionale e sovranità popolare, è stato il fatto di elaborare un'analisi che evidenziava gli elementi capaci di rafforzare la distanza fra i due concetti, proprio a partire dalla Rivoluzione, grazie ad una accurata, puntuale nonché estesa trattazione dell'argomento. Il tutto finalizzato a far emergere il ruolo chiave del concetto di sovranità nazionale, nel contesto di una storia costituzionale francese caratterizzata da innumerevoli sperimentazioni susseguitesi nel tempo, a partire dalla Rivoluzione, e che avrebbero trovato una prima stabilizzazione solo con la Terza Repubblica. Un concetto, quello di sovranità nazionale, che ha particolare valenza per Carré de Malberg anche per il legame, anzi per certi versi per la vera e propria identificazione con il regime rappresentativo. Non è un caso, infatti, che un ruolo unificante, nel contesto storico a cui si è fatto cenno, sia svolto dal parlamento, istituzione costantemente in bilico tra tentazioni autoritarie e suggestioni democratiche. Egli colloca così il principio secondo cui la legge è espressione della volontà generale, non nelle leggi costituzionali del 1875, ma nella tradizione rivoluzionaria, il che induce a ritenere che il sistema costituzionale della Terza Repubblica, caratte-

rizzato secondo l'interpretazione di Carré de Malberg⁸⁵ da un marcato assolutismo parlamentare, sia conseguenza di quello del 1791. Ne deriva una teoria gerarchica degli organi costituzionali dove il parlamento, in quanto organo legislativo, assume una posizione di primato rispetto al potere esecutivo⁸⁶. Di conseguenza, non è un caso che il giurista alsaziano, ne *La loi expression de la volonté générale*⁸⁷, evidenzi la centralità dell'istituzione rappresentativa, ponendola quale centro propulsivo ed esclusivo della

produzione normativa⁸⁸. Egli precisa infatti in merito: «[...] il Parlamento concepito come il rappresentante della nazione, diviene effettivamente il sovrano. Nel Parlamento si concentra la sovranità nazionale, con tutta l'autorità che ne deriva», esso si configura come «l'eguale della nazione»⁸⁹.

¹ Cfr. M. Calamo Specchia, Presentazione, in R. Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875* (1931), tr. it. *La legge espressione della volontà generale*, a cura di M. Calamo Specchia, Milano, Giuffrè, 2008, pp. VI-VII.

² Ivi, p. VII.

³ Cfr. M.M. Waline, *Le positivisme juridique de Carré de Malberg*, in *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg 1861-1935*, Paris, Dalloz, 1966, p. 21. Sostanzialmente, pur nell'accettazione che l'unico diritto è quello positivo, anche agli Stati come agli individui s'impone la distinzione fra bene e male.

⁴ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, t. I, pp. XIX-XX. Tutte le traduzioni dal francese sono dell'Autrice.

⁵ La citazione è tratta da una lettera personale inviata da Carré de Malberg a Marcel Waline, in Waline, *Le positivisme juridique de Carré de Malberg* cit., p. 20.

⁶ Carré de Malberg nasce a Strasburgo nel 1861 e vi morirà nel 1935. Insegnerà nelle Università di Strasburgo e Nancy: la prima

aveva già un ruolo d'intermediazione fra cultura tedesca e francese; la seconda si sarebbe venuta a trovare alla frontiera dopo l'annessione dell'Alsazia alla Germania cosicché, con l'accoglienza di numerosi alsaziani, sarebbe divenuta anch'essa un luogo di confronto culturale.

⁷ M. Galizia, *Il "positivisme juridique" di Carré de Malberg*, in «Quaderni Fiorentini», 1973, n. 2, pp. 340-342.

⁸ Calamo Specchia, Presentazione a *La legge espressione della volontà generale* cit., p. VIII.

⁹ D. Zolo, *Teoria e critica dello stato di diritto*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 28.

¹⁰ É. Maulin, *Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française*, in «Annales historiques de la Révolution française», (on line), n. 328, avril-juin 2002, p. 1; M. Troper, *La Révolution française comme laboratoire constitutionnelle*, in Calamo Specchia (a cura di), *La costituzione Francese*, Milano, Giapichelli, 2009, pp. 113-124.

¹¹ Troper, *Pour une théorie juridique de l'État* (1994), tr. it. *Per una teoria giuridica dello Stato*, Napoli,

Guida, 1998, pp. 15-16.

¹² Zolo, *Teoria e critica dello stato di diritto* cit., p. 28.

¹³ Su questo punto, M. Cauchet, *La Révolution des pouvoirs*, Paris, Galimard, 1995, pp. 42-51 e 90-107.

¹⁴ Il potere costituente ha ricevuto dalla Rivoluzione francese la sua veste teorica; sarà utilizzato sia per arrivare alla dissoluzione dell'Antico Regime sia per fondare una nuova costituzione. Cfr. R. Halévi, *La déconstitution de l'Ancien Régime. Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire*, in «Jus Politicum», n. 3, déc. 2009, p. 1. Sulla costituzione del 1791, nei suoi molteplici aspetti, cfr. F. Furet, R. Halévi, *La Monarchie républicaine. La Constitution de 1791*, Paris, Fayard, 1996.

¹⁵ Per questa definizione, cfr. P. Pasquino, *Sieyès l'invention de la constitution en France*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, p. 81.

¹⁶ K.M. Baker, *Sovranità*, in F. Furet, M. Ozouf, *Dictionnaire critique de la Révolution française* (1992), tr. it. *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, Milano, Bompiani, vol. II, p. 990.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ A. Laquière, *État de droit e sovranità nazionale in Francia*, in Costa,

- Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto* cit., p. 286.
- ¹⁹ Da questo punto di vista, con la Rivoluzione si opera una vera e propria ridefinizione del vocabolario politico. Due termini protagonisti in tal senso sono quelli di nazione e popolo. Cfr. P. Colombo, *Governo e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 36-37. Sull'importanza accordata da Sieyès al linguaggio in relazione alla politica. J. Guilhaumou, *Sieyès et l'ordre de la langue. L'invention de la politique moderne*, Paris, Kimé, 2002.
- ²⁰ J-E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat?* (1789), tr. it. *Che cos'è il Terzo Stato*, in G. Troisi Spagnoli (a cura di), *Joseph-Emmanuel Sieyès*, in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1993, t. I, vol. I, p. 212.
- ²¹ Ivi, p. 254.
- ²² Ivi, p. 255.
- ²³ Ivi, p. 260.
- ²⁴ *Ibidem*.
- ²⁵ C. Amodio, *Au nom de la loi - L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 11. Sulla differenza tra la sfuggente volontà generale di Rousseau e il reale potere costituente di Sieyès, S. Mannoni, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, in «Quaderni Fiorentini», 2000, n. 29, pp. 46-47. Per uno sguardo d'insieme sulle riflessioni di Sieyès, Colombo, *Emmanuel Sieyès: le idee, le istituzioni*, Macerata, eum, 2015.
- ²⁶ G. Duso, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del soggetto*, Milano, Franco Angeli, 2003, p. 58.
- ²⁷ P. Sabbioni, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, EDCatt, 2013, p. 31.
- ²⁸ Sieyès, *Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, cit. in A. Saitta, *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 38-43. Si tratta della versione ultima del testo, quella inserita dall'Assemblea nel suo verbale del 12 agosto 1789.
- ²⁹ G. Ancarani, *Dal costituzionalismo alle costituzioni*, Milano, Vita e Pensiero, 1994, p. 57. Sul principio di separazione dei poteri, cfr. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnel française* (1980); tr. it. *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, Napoli, ESI, 2005.
- ³⁰ M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 57.
- ³¹ M. Pertué, *Royer-Collard et la Charte de 1814*, in «Historia Constitutional», n. 15, 2014, p. 41.
- ³² L. Lacché, *La libertà che guida il popolo*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 155-156; Id., *Le Carte ottriate. La teoria dell'otcio e le esperienze costituzionali nell'Europa post-rivoluzionaria*, in «Giornale di Storia Costituzionale», n. 18/II semestre, 2009, p. 235.
- ³³ P-P. Royer-Collard, *Opinion de M. Royer-Collard sur le second rapport de la commission des élections*, séance du 24 février 1816, in *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, sous la direction de M.J. Mavidal, M.E. Laurent, Paris, Dupont, 1869, deuxième série (1800-1860), t. XVI, p. 293.
- ³⁴ Ivi, p. 294.
- ³⁵ Pertué, *Royer-Collard et la Charte de 1814* cit., p. 47.
- ³⁶ Royer-Collard, *Opinion* cit., p. 294.
- ³⁷ F. Guizot, *Du gouvernement de la France*, Paris, Ladvocat, 1820, p. 201. Sulla sovranità della ragione cfr. P. Rosanvallon, *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985, pp. 75-104.
- ³⁸ Guizot, *Du gouvernement représentatif et de l'état actuel de la France*, Paris, Maradan, 1816, p. 23.
- ³⁹ S. De Luca, *Il difficile apprendistato. La Charte, le due France e i partiti alla seconda prova (1815-1816)*, in *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, in «Quaderni Fiorentini», 2011, n. 40, tomo II, p. 1120.
- ⁴⁰ Guizot, *Du gouvernement représentatif* cit., pp. 25-27.
- ⁴¹ Ivi, pp. 46-51. Va precisato che nel decennio 1820-30 per Guizot lo scopo del sistema rappresentativo è concentrare la ragione (cioè gli uomini più capaci) disseminata nella società e inviarla al suo governo. Pochi anni dopo, con la Monarchia di luglio, egli converte questa visione elitaria in un più prosaico regime censitario. Cfr. Rosanvallon, *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France* (1998), tr. it. *Il popolo introuvable. Storia della rappresentanza democratica in Francia*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 56-57.
- ⁴² H. Hofmann, *Rappresentanza-Rappresentazione*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 539.
- ⁴³ Lacché, *Le Carte ottriate* cit., p. 236.
- ⁴⁴ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État* cit., t. I, p. 11.
- ⁴⁵ Sul concetto di sovranità popolare nell'ambito del costituzionalismo francese, L. Scuccimarra, *Sovranità popolare e costituzione*, in Calamo Specchia (a cura di), *La costituzione Francese* cit., pp. 77-94.
- ⁴⁶ Maulin, *Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française* cit., p. 6.
- ⁴⁷ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État* cit., t. II, p. 334.
- ⁴⁸ Ivi, p. 165.
- ⁴⁹ Ivi, p. 186, nota.
- ⁵⁰ Ivi, p. 167.
- ⁵¹ L'articolo recita così: "La sovranità è una e indivisibile, inalienabile e imprescrittibile. Essa appartiene alla nazione; nessuna sezione del popolo, né alcun individuo può attribuirsi l'esercizio". Carré de Malberg, infatti, specifica che la sovranità nazionale o collettiva era nelle idee del 1789 e del 1791 la «negazione diretta di tutta la sovranità individuale» (Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État* cit., t. II, p. 174).
- ⁵² Ivi, p. 173.
- ⁵³ Ivi, p. 174.
- ⁵⁴ Ivi, p. 191.
- ⁵⁵ G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, CNRS Editions, 1985, p. 66.
- ⁵⁶ Calamo Specchia, *Presentazione* cit., p. XXIV.
- ⁵⁷ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État* cit., t. II, pp. 490-491 e 493.
- ⁵⁸ Maulin, *La théorie de l'État de Carré*

de Malberg, Paris, PUF, 2003, p. 126.

⁵⁹ Ivi, p. 134.

⁶⁰ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État* cit., t. II, p. 509. Va detto che, anche in questo caso, Carré de Malberg esclude il regime della *Charte*.

⁶¹ Bacot sottolinea come Carré de Malberg, per quanto riguarda il potere costituente, ricollegli la dottrina di Sieyès espressa in *Qu'est-ce que le Tiers Etat?* a quella del Rousseau del *Contrat Social* (Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction* cit., p. 78). Per Carré de Malberg sia Rousseau che Sieyès procedono dall'idea di sovranità del popolo e dallo stesso concetto speciale e identico di sovranità, per cui Sieyès chiamerebbe nazione quello che Rousseau chiama popolo. Il discorso presente nella *Contribution*, prima di arrivare a questa asserzione, è per la verità abbastanza articolato: la dottrina di Sieyès sarebbe anche una sintesi della teoria di Rousseau sulla sovranità del popolo e di quella di Montesquieu sulla separazione dei poteri. Un ulteriore ragionamento avvicina Sieyès più alle tendenze liberali di Montesquieu che a Rousseau, e consiste nel concepire la separazione fra poteri costituiti e la costituzione stessa come mezzi destinati a fornire la garanzia per la tutela dei diritti individuali. Infine la dottrina costituente di Sieyès si lega all'idea che la costituzione può limitare solo le autorità costituite ma non la nazione di cui è opera, ricollegandosi in questo al principio di Bodin secondo cui il principe, in quanto sovrano, è posto *supra leges* e resta *legibus solutus*. Cfr. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État* cit., t. II, pp. 517-521 e 532.

⁶² Ivi, pp. 512-513. In tal modo, viene quindi negata la paternità assoluta da parte di Sieyès della teoria che distingue il potere costituente da quelli costituiti.

⁶³ Ivi, pp. 538-539.

⁶⁴ Ivi, pp. 539-540.

⁶⁵ Calamo Specchia, *Presentazione*

cit., p. XXV.

⁶⁶ Su questa linea, A. Arato, *Post Sovereign Constitution Making*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 51.

⁶⁷ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État* cit., t. II, pp. 532 e 540.

⁶⁸ Ivi, p. 533.

⁶⁹ Ivi, pp. 240-242.

⁷⁰ In riferimento alla teoria di Sieyès, su questo punto, opportuna ci sembra la lettura di Laquière, su come esistano due tempi della nazione: essa si forma nello stato di natura attraverso il consenso unanime degli individui che la compongono ma, una volta che il corpo sociale è creato e una costituzione è stata redatta, la nazione diventa un essere silenzioso la cui volontà non può che essere espressa da un corpo di legislatori che le assomigliano. Pur tuttavia, essa dispone di un potere inalienabile che non conosce limiti e che può sempre manifestarsi di nuovo, sia nella resistenza ad un oppressore sia nel potere costituente. Cfr. A. Laquière, *La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIXe et du XXe siècles*, in P. Quiviger, V. Denis, J. Salem, *Figures de Sieyès*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2008, p. 112.

⁷¹ Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg* cit., p. 89.

⁷² Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État* cit., t. II, p. 197.

⁷³ Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg* cit., p. 119.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État* cit., t. II, p. 411.

⁷⁶ Ivi, p. 220.

⁷⁷ Bacot sottolinea con sorpresa la mancata adesione di Carré de Malberg ai dottrinari (Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction* cit., p. 131).

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Ivi, pp. 132-134.

⁸⁰ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État* cit., t. II, p. 159.

⁸¹ Ivi, pp. 159-160.

⁸² Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction* cit., p. 175.

⁸³ Il diritto costituzionale conosce due concetti di sovranità, quella nazionale e quella popolare. Proprio da Carré de Malberg in poi tale distinzione si ritiene spesso tragga la sua fonte dalla differenza fra la Costituzione del 1791 e quella del 1793. La prima obbedirebbe al principio di sovranità nazionale (collettivo e astratto), la seconda a quello della sovranità popolare (individuale e concreto). La lettura dei due testi costituzionali non sembra avallare tale opinione: costituenti e convenzionali si appoggiavano ad una stessa idea di sovranità (collettiva e concreta). Cfr. Sul punto M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Paris, Montchrestien, 2012, pp. 99-100.

⁸⁴ *Ibidem*. Bacot sottolinea come l'origine della distinzione fra sovranità nazionale e popolare è meno temporalmente lontana di quello che pretende Carré de Malberg nella *Contribution*. Essa nasce nel XIX secolo, pur avendo come fondamento di partenza la concezione rivoluzionaria (Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction* cit., p. 176).

⁸⁵ Per un'analisi critica della Terza Repubblica, J.-P. Machelon, *La République contre les libertés?*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1976; O. Rudelle, *La République absolue. Aux origines de l'instabilité constitutionnelle de la France républicaine, 1870-1889*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1982.

⁸⁶ Calamo Specchia, *Presentazione* cit., p. XVIII.

⁸⁷ Altra importante opera di Carré de Malberg, che segue di circa un decennio la *Contribution*.

⁸⁸ Ivi, p. XXXV.

⁸⁹ Carré de Malberg, *La legge espressione della volontà generale* cit., pp. 31-32.