



Francesca Siniscalchi*

L'ombra lunga di Montesquieu: Carré de Malberg e la teoria della separazione dei poteri alla prova dei rapporti tra fonti del diritto nel primo dopoguerra**

SOMMARIO: 1. Tra due epoche, tra due mondi. – 2. Lo studio comparato delle fonti: l'articolo sulla delega legislativa e il rapporto tra legge e ordinanza nella Costituzione di Weimar e nella III République. – 3. Dal progetto costituzionale all'ordinamento come sistema: il giuspositivismo di Carré come realismo giuridico

1. *Tra due epoche, tra due mondi*

In un importante saggio del 1971¹, Mario Galizia esamina approfonditamente l'impianto dottrinale di Raymond Carré de Malberg (1861-1935), giurista alsaziano, professore all'Università di Strasburgo, catalogato, forse troppo facilmente, tra gli esponenti di spicco del giuspositivismo del primo dopoguerra. Strasburghese di nascita, Carré de Malberg vive personalmente le conseguenze della sconfitta del 1871 e l'esilio a Parigi. Dopo l'insegnamento nelle università di Caen e Nancy, nel 1919, a seguito della riconquista dell'Alsazia, sceglierà senza esitazioni Strasburgo, dove parteciperà attivamente alla rifrancesizzazione, in particolare, della facoltà di diritto.

Il saggio di Galizia è incentrato essenzialmente sulla disamina dell'opera più importante, per estensione e organicità, di Carré, la “*Contribution à la théorie générale de l'Etat*”², redatta e maturata nel decennio della I° guerra mondiale e pubblicata finalmente nel 1920. La pubblicazione della “*Contribution*” segue pertanto quasi immediatamente la nomina a Strasburgo quale professore di diritto costituzionale, nella cattedra che fu di Laband nel periodo della dominazione tedesca. La vocazione di Strasburgo, e in particolare della facoltà di giurisprudenza, è necessariamente “*di mediazione e contatto tra la cultura giuridica francese e tedesca*”³.

¹ M. GALIZIA, *Il “positivisme juridique” di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, 335 ss.

² R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'état : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920.

³ M. GALIZIA, *Il “positivisme juridique, cit.*, 344.

Il saggio di Galizia relativizza il presunto giuspositivismo di Carré⁴, sottolineandone la preoccupazione per la ricostruzione dell'ordinamento costituzionale quale procede dalla *sovranità* statale⁵, in modo da ricollocare Carré nell'ambito della dottrina pubblicistica francese della nazione. Ne consegue una relativizzazione della sfera giuridica “*al di là degli equivoci tipici di una concezione formale legalistica della giustizia*”⁶. È tale relativizzazione, o piuttosto delimitazione, che rende possibile la *scienza* giuridica, intesa come sapere settoriale autonomo. Il giuspositivismo di Carré, lungi dallo sterilizzare il diritto in un sistema astratto di correlazioni logiche, diventa piuttosto un canone ermeneutico per cogliere la specificità del fenomeno giuridico, considerato separatamente da altri fenomeni sociali, quali la morale, la religione, la politica. Solo l'approccio giuspositivista così inteso rende possibile il diritto come tecnica funzionale al mantenimento dell'ordine sociale⁷. L'ordine sociale che sta a cuore a Carré de Malberg è quello della Francia della III Repubblica, della quale la sua terra d'Alsazia-Lorena era finalmente tornata a fare parte al prezzo inaudito di milioni di vite (solo pochi decenni dopo lo spaventoso tributo di sangue versato alla sua incorporazione nel *Reich* guglielmino)⁸. La *Contribution* è l'opera degli anni di guerra e del riscatto nazionale; il titolo stesso (“contributo”) è rivelatore della modestia di un impegno civico scevro di personalismi, che rivendica l'utilità del sapere giuridico nell'opera di consolidamento costituzionale della *République*, sforzo teoretico speculare alle “*Allgemeine Staatslehre*” espresse nei decenni precedenti anche da eminenti giuristi della *Kaiser-Wilhelms-Universität*,⁹ finalmente tornata *Université de Strasbourg*¹⁰.

2. *Lo studio comparato delle fonti: l'articolo sulla delega legislativa e il rapporto tra legge e ordinanza nella Costituzione di Weimar e nella III République*

⁴ *Ibidem*, 351.

⁵ *Ibidem*, 350.

⁶ *Ibidem*, 351.

⁷ *Ibidem*, 354.

⁸ Illuminante, a proposito della ineluttabilità del metodo giuspositivista di Carré de Malberg come presupposto della comprensione del diritto vigente, e pertanto di una corretta descrizione della realtà costituzionale e politica, senza dover necessariamente pervenire a sintesi consolatorie, è l'articolo di Carré del 1914 *La condition juridique de l'Alsace-Lorraine*, in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1914, 34, 5 (disponibile all'indirizzo: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111164k/f7>).

⁹ La *Allgemeine Staatslehre* dell'alsaziano Hermann REHM, professore a Strasburgo, è del 1899. Sulle origini e la metamorfosi della nozione di “*Allgemeine Staatslehre*” v. il fondamentale capitolo “*Allgemeine Staatslehre 1850-1914*” in: M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München, Beck, 2012, vol.2, 423 ss. Interessante l'impegno comparatistico di REHM in un'accezione “positivista” non estranea all'approccio di Carré, all'epoca professore a Nancy (cfr. STOLLEIS, *op.cit.*, 437).

¹⁰ Cfr. O. BEAUD, *Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine*

Constitutionnelle, in O. BEAUD & P. WACHSMANN, (dir.), *Science juridique française et science juridique allemande de 1870 à 1918, Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, Nouvelle Série, n° 1, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, 219-253.

Nella seconda metà del 1925 Carré de Malberg pubblica un lungo saggio intitolato « *La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la Constitution de Weimar* »¹¹.

È forse la prima opera di rilievo del periodo strasburghese, successivo alla pubblicazione della *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat* (che appare nel 1920 ma la cui ideazione e redazione risale agli anni precedenti la guerra, nel periodo di Nancy) ed è il primo di una serie di saggi pubblicati negli anni Venti sulla stessa rivista di legislazione comparata in cui Carré si misura con la novità rappresentata dalla Costituzione di Weimar. L'intento di Carré non è tanto comparatistico quanto teorico: quel che gli sta a cuore è mostrare non solo come l'intelaiatura teorica francese del diciottesimo secolo, perpetuatasi acriticamente nel corso del diciannovesimo per via prevalentemente giurisprudenziale, sia ormai inadatta a spiegare il diritto costituzionale della Terza Repubblica, ma anche come tale retaggio sia di ostacolo a una interpretazione soddisfacente della nuova costituzione tedesca, primo tentativo di adeguazione di un ordinamento giuridico alla natura dello Stato-nazione industriale del ventesimo secolo¹² (contemporaneamente, alle costituzioni “gemelle” delle Repubbliche nate dalla dissoluzione dell'impero austro-ungarico, la cui rappresentatività sistemica non è tuttavia comparabile). Vi è molta dottrina germanica in questo articolo, ma lo scopo non è illustrativo, quanto decisamente inteso a innovare l'interpretazione costituzionale francese alla luce del principio di “*réalité juridique*”¹³. Il contrasto tra la dottrina francese, completamente refrattaria a spiegare i regolamenti che incidono sui diritti dei terzi estranei all'amministrazione (oggi diremmo atti normativi regolamentari) mediante il concetto di *delega* del potere legislativo, e la dottrina tedesca, che fonda sul concetto di delega legislativa la legittimità stessa delle *Rechtsverordnungen*¹⁴, è il punto di partenza di una lunga e serrata analisi che conduce al disvelamento di una matrice ideologica comune, un *idolum* di cui la scienza giuridica deve disfarsi per essere in grado di comprendere il diritto costituzionale dello Stato moderno del ventesimo secolo: la dottrina separatista, “*surannée*” e fondata sulla competenza *ratione materiae* dei poteri statali di Montesquieu¹⁵.

Le due categorie di *Rechts-* e di *Verwaltungsverordnung* risalgono alla dottrina dello Stato del diciannovesimo secolo. La nuova Costituzione di Weimar non le riprende tal quali. Da un lato, l'Art. 77 della *Weimarer Reichsverfassung* (WRV) menziona solamente le “*Verwaltungsvorschriften*”

¹¹ Il saggio (in seguito citato come “*La question*,” appare in due numeri consecutivi del *Bulletin mensuel de la société de Legislation comparée*, nn. 7-8-9, Juillet-Septembre 1925, 321 ss., e nn. 10-11-12, Octobre-Décembre 1925, 398 ss.

¹² Cfr. STOLLEIS, *op. cit.*, V. *Nationalstaat oder Staat der Industriegesellschaft?*, 455.

¹³ CARRÉ DE MALBERG, «*La question*», *cit.*, 329.

¹⁴ Si intendono qui le *Rechtsverordnungen*, o regolamenti (intese in opposizione alle *Verwaltungsverordnungen*, o ordinanze amministrative) per le quali non vi sia una previsione costituzionale espressa del potere di incidere su diritti individuali. Restano pertanto escluse dall'analisi di Carré, ad esempio, le “*mesures*” presidenziali abilitate dall'art. 48 WRV, che la dottrina qualifica come “*Notverordnungen*”, che, per la loro capacità di incidere su diritti fondamentali, appartengono anch'esse alla categoria delle *Rechtsverordnungen*.

¹⁵ *Ibidem*, 344.

(disposizioni amministrative generiche) che siano necessarie all'esecuzione delle leggi federali¹⁶. Dall'altro, il secondo paragrafo dell'Art. 179 WRV¹⁷ (una importante norma di transizione dal vecchio al nuovo ordinamento costituzionale) menziona le *Verordnungen* come atti di potestà regolamentare del governo federale.

Da dove nasce, si chiede Carré, la teoria della delega legislativa¹⁸ nella dottrina tedesca? Sicuramente, non da connotati formali degli atti regolamentari in esame quali risultano dal diritto positivo vigente: manca ad essi, infatti, la *forza* di legge. Cio' sia sotto il profilo formale, nel senso che non sono espressione di un "*acte de puissance primaire*"¹⁹, e cioè legislativo: le *Rechtsverordnungen* devono infatti, anche formalmente e a pena di illegittimità, menzionare la legge abilitativa (e qui Carré cita Laband, la cui *Staatslehre*²⁰ era stata tradotta in francese poco prima della guerra). Sotto il profilo sostanziale, esse mancano della *forza* propria agli atti legislativi intesa come capacità di innovare l'ordinamento oltre i limiti precisati dalla legge abilitativa. Ne deriva il potere di controllo giurisdizionale sui regolamenti, impensabile nei confronti degli atti del legislatore²¹. In cio' la dottrina francese e tedesca sono già perfettamente allineate fin dal diciannovesimo secolo e la questione trova concordi sia i sostenitori di una introduzione di un sindacato di legittimità costituzionale delle leggi, sia i contrari all'idea di un sindacato giurisdizionale sugli atti legislativi. A questi due connotati, formale e sostanziale, riferiti alla *forza* degli atti legislativi primari per evidenziarne l'impossibilità di analogia con i regolamenti, Carré ne aggiunge un terzo, di natura funzionale, che, per quanto tratto dal diritto amministrativo, prefigura in realtà un argomento afferente alla ripartizione costituzionale di competenze (per quanto cio' fosse possibile nelle sabbie mobili dell'ordinamento flessibile della III Repubblica), e cioè il parallelismo degli atti, attinente alla forza passiva della legge: mai potrebbe un regolamento derogare o innovare la legislazione vigente (che necessita di un atto del legislatore per essere emendata o abrogata)²²; per contro un regolamento puo' benissimo essere emendato o abrogato da un altro atto regolamentare con gli stessi connotati formali, proprio "*à la puissance d'administration*"²³.

¹⁶ «Art. 77. Die zur Ausführung der Reichsgesetze erforderlichen allgemeinen Verwaltungsvorschriften erläßt, soweit die Gesetze nichts anderes bestimmen, die Reichsregierung. Sie bedarf dazu der Zustimmung des Reichsrats, wenn die Ausführung der Reichsgesetze den Landesbehörden zusteht».

¹⁷ «Die nach den bisherigen Vorschriften dem Staatenausschuß zustehende Befugnis zum Erlaß von Verordnungen geht auf die Reichsregierung über; sie bedarf zum Erlaß der Verordnungen der Zustimmung des Reichsrats nach Maßgabe dieser Verfassung.»

¹⁸ CARRÉ DE MALBERG, *La question*, cit., 29.

¹⁹ *Ibidem*, 330.

²⁰ P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (3 voll., 1876-82; 5ª ed., 4 voll., 1911-14 Tübingen, Mohr). Carré si richiama alla quinta ediz., vol. II, 87, citando inoltre il locus corrispondente nella traduzione francese apparsa nella Bibliothèque Internationale de Droit public, diretta da G. Jèze, Parigi, 1914.

²¹ CARRÉ DE MALBERG, *La question*, cit., 331, sulla dottrina della *Cour de Cassation* nel corso del XIX secolo della facoltà del giudice di disapplicare i regolamenti viziati di illegittimità e sulla concorde dottrina tedesca del secondo Reich.

²² A meno, argomenta Carré nella parte finale del saggio, di non essere stato a ciò espressamente abilitato dalla legge formale (cfr. *ibidem*, 399, nota 1).

²³ *Ibidem*, 332.

Argomentando quindi dall'attribuzione esclusiva della competenza legislativa alle Camere (Art. 1 della *Loi constitutionnelle* del 25 febbraio 1875), nonché dall'assenza di qualsiasi menzione di delega del potere legislativo nella Costituzione del Reich del 1871²⁴, Carré conclude per l'impossibilità di dedurre dal diritto positivo qualsiasi “delega” della potestà legislativa²⁵.

Carré ritiene di rinvenire le ragioni della dottrina tedesca della delegazione legislativa nella constatazione della natura sostanziale (“*matérielle*”) delle *Rechtsverordnungen*, così come sistematizzata e formulata da Jellinek²⁶ nella sua opera su legge e regolamento²⁷: vi è delegazione (presupposta) nella misura in cui il regolamento incida su materie che rientrano nella competenza del legislatore. Laddove autori francesi (Esmein) si concentrano sul carattere generale e astratto delle cosiddette “*lois matérielles*” e quindi sul contenuto delle stesse una volta operanti nell'ordinamento), la dottrina tedesca espressa da Jellinek si richiama al principio della competenza assoluta del legislatore a porre “*règles dites de droit*” che costituiscono “*la matière propre de la loi*”²⁸. La dottrina tedesca poggia quindi su un criterio *ratione materiae* per spiegare, mediante la teoria della delega, la natura degli atti normativi del governo²⁹. Da dove, si domanda Carré, la dottrina tedesca trae tale criterio (assente nella Costituzione del 1871, ma anche nella Costituzione della neonata Repubblica di Weimar)?

Carré ritiene trattarsi di una “*application pure et simple des principes posés par Montesquieu touchant la distinction et la définition des fonctions de puissance publique*”³⁰. La teoria della separazione dei poteri (datata di oltre un secolo e mezzo al momento in cui Carré scrive), che riserva all'organo legislativo eletto il potere di incidere sullo status individuale, così come la teoria della centralità e primato dell'assemblea legislativa alla base della distinzione tra *Rechts-* e *Verwaltungsverordnungen* altro non sono che un “*succedané des doctrines de l'Esprit des lois*”³¹. Pertanto, la teoria della delegazione legislativa si applica alle sole *Rechtsverordnungen*³². Sorprende, continua Carré, che tale filiazione manifesta sia stata dapprima negata dai giuristi tedeschi della scuola storica, ostili alla teoria della separazione dei poteri; tale ostilità è persino ribadita da Laband, che pare addirittura non rendersi conto del profondo legame esistente tra la dottrina delle leggi “materiali” da lui

²⁴ La Costituzione del 1871 (consultabile all'indirizzo: <https://www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/dreier/verfassungsdokumente-von-der-magna-carta-bis-ins-20-jahrhundert/bismarck-verfassung-1871/>) è assai più stratificata e manca della concisa *clarté* delle tre *lois constitutionnelles* del 1875: il Titolo II parla di *Reichsgesetzgebung* più che altro per determinare le competenze attribuite al Reich, laddove il Titolo V è dedicato al Reichstag (e il III al Bundesrath). Trattandosi di una monarchia costituzionale che federa gli antichi Stati tedeschi, la preoccupazione principale è rendere l'antica struttura imperiale funzionale a un riequilibrio modernizzatore sotto l'egida prussiana.

²⁵ *Ibidem*, 334 : “Ainsi, le pouvoir législatif ne se délègue pas”.

²⁶ *Ibidem*, 336.

²⁷ G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung - Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg i.B., Mohr 1887. Carré si riferisce alla p.38 di questa edizione.

²⁸ CARRÉ, *La question, cit.*, 336.

²⁹ *Ibidem*, 339.

³⁰ *Ibidem*, 339.

³¹ *Ibidem*, 340.

³² *Ibidem*, 341.

formulata e la teoria illuminista del potere statale. Solo dall'inizio del Novecento la dottrina tedesca aveva iniziato ad ammettere apertamente il legame diretto tra la dottrina della delegazione legislativa e quella della separazione dei poteri (Anschütz per il diritto prussiano e, per la Costituzione di Weimar, Hubrich)³³. Ma, prosegue Carré, non c'è nulla di cui stupirsi in questa persistente influenza della teoria della separazione dei poteri oltre Reno, poiché la stessa teoria informa, specularmente, la dottrina francese sui rapporti tra legge e regolamento, pervenendo tuttavia a risultati opposti rispetto alla dottrina tedesca. Ciò, peraltro, solamente in dottrina (Esmein, Berthélemy), poiché il Conseil d'Etat in una sentenza del 1907 ammette esplicitamente la nozione di delega legislativa³⁴.

È singolare, riprende Carré, che almeno gli autori francesi, nella loro fedeltà alla teorie "separatiste" dell'*Esprit des lois* (che, osserva con una punta di sarcasmo, si rifanno al capitolo dedicato alla costituzione inglese) non si siano posti la domanda se il criterio della ripartizione delle funzioni *ratione materiae* abbia ancora cittadinanza nel diritto costituzionale francese della III Repubblica, almeno per quanto riguarda i rapporti tra leggi e regolamenti³⁵. Del resto, continua Carré, l'attaccamento a delle "idees fixes" è dimostrato da altri esempi nella dottrina e della giurisprudenza del XIX secolo (come la tendenza a considerare come esercizio di giurisdizione il potere ministeriale di conoscere del contenzioso amministrativo, devoluto al *Conseil d'Etat* già nell'anno VIII!).

L'invito è, ancora una volta, alla considerazione del diritto "positivo" vigente: la *loi constitutionnelle* del 25 febbraio 1875 non definisce il potere legislativo e quello regolamentare né *ratione materiae* né in relazione al contenuto, bensì unicamente in base a un criterio formale, vale a dire, l'esigenza che un regolamento sia adottato "in esecuzione" di una legge³⁶ che lo abiliti ad adottare determinate misure. Pertanto, la costituzione del 1875 si è totalmente discostata dal rigido criterio di separazione *ratione materiae* enunciato da Montesquieu. La preoccupazione del costituente del 1875 non è più soltanto garantire il *citoyen* dall'arbitrio del potere amministrativo. È il sistema politico generale che nel 1875 garantisce il primato gerarchico del legislatore, che può determinare con la più grande flessibilità quali debbano essere gli ambiti in cui sia più appropriato procedere per normazione regolamentare, in assenza di riserve di legge esplicite. Questo riferimento esplicito al sistema politico generale sarebbe di per sé argomento sufficiente a contrastare l'etichetta di "giuspositivismo", come già dimostrato nel saggio di M. Galizia.

La distinzione tra legge e regolamento in diritto francese, prosegue Carré, non può più spiegarsi in base a una distinzione *ratione materiae* tra funzioni (poteri) statali ma solamente in base

³³ *Ibidem*, 342. Il riferimento è al commentario di E. HUBRICH, *Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches*, Greifswald, von Bruncken, 1921. V. anche in proposito la recensione di WITTMAYER in *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 4, 1922, 360.

³⁴ *Ibidem*, 343.

³⁵ *Ibidem*, 344.

³⁶ *Ibidem*, 345.

a un rapporto gerarchico tra tali poteri³⁷ (che vede, appunto, la supremazia del Parlamento). In tal modo non presenta alcuna difficoltà la spiegazione dei regolamenti che derogano o modificano legislazione precedente (in quanto sono a ciò abilitati da una legge formale). Siamo tuttavia in regime di costituzione flessibile. Carré è perfettamente consapevole di come molte delle nuove costituzioni postbelliche dell'Europa centrale disegnino un sistema rigido di competenze *ratione materiae*, introducendo anche riserve di legge formale esplicite quanto alla predeterminazione del contenuto dei regolamenti³⁸. Un sistema simile è possibile soltanto in presenza di una costituzione rigida e di un Tribunale costituzionale che giudichi della conformità delle leggi ordinarie al parametro costituzionale. In assenza di una simile istanza, qualsiasi tentativo di delimitare *ratione materiae* il perimetro della legge e del regolamento è destinato a rimanere vano³⁹.

Ma qual è la logica attuale della Costituzione di Weimar nei rapporti tra legge e ordinanza? E la dottrina tedesca della delega legislativa rispetta la logica della nuova costituzione al riguardo? La nuova Costituzione, nota Carré, limita fortemente la possibilità di emanare *Rechtsverordnungen* (il termine nemmeno appare nel nuovo testo costituzionale): ricordiamo in questa sede solamente il potere conferito al Presidente della Repubblica in caso di grave turbamento dell'ordine pubblico (l'art.48 WRV); e l'interessante passaggio al governo federale delle competenze regolamentari precedentemente esercitate dal Bundesrat durante il Reich guglielmino (art. 179 WRV)⁴⁰. Tuttavia, secondo Carré, l'art. 77 WRV non esclude assolutamente che una legge formale possa abilitare il governo ad emanare regolamenti di natura normativa ("*touchant au droit des particuliers*"), esattamente come nella costituzione precedente. Tuttavia, tale abilitazione, per via di legge formale, dovrà essere necessariamente circoscritta a casi specifici ben delimitati, altrimenti l'art. 77 WRV avrebbe parlato di *Rechtsverordnungen* a non di *Verwaltungsvorschriften*. Precisamente rispetto a questo potere, unanimemente riconosciuto per quanto non menzionato esplicitamente dal testo costituzionale, la dottrina weimariana ha continuato a parlare di delega legislativa, riproponendo la vecchia dottrina di Laband⁴¹. Il legislatore assoluto (di matrice rivoluzionaria o assolutista, a seconda di come lo si voglia considerare) fa nuovamente capolino tra gli articoli della nuova costituzione rigida con il suo elenco di *Grundrechte*. Per poter giustificare la legittimità degli atti normativi del governo, la dottrina tedesca doveva porsi dalla prospettiva del legislatore⁴², il cui potere si riteneva limitato solamente dalle (poche) riserve di legge (artt.10-11; 114-115-153 WRV). Tuttavia, argomenta Carré, la teoria della delegazione continua a essere errata, così come lo era sotto la costituzione guglielmina, perché se si riconosce che anche la costituzione di Weimar ha rimesso al legislatore la decisione sul riparto di competenze *ratione materiae* tra legge e ordinanza (in luogo di definire nella costituzione quali materie siano riservate alla legge formale, o

³⁷ *Ibidem*, 398.

³⁸ *Ibidem*, 400 per l'esempio della nuova costituzione cecoslovacca.

³⁹ *Ibidem*, 404.

⁴⁰ *Ibidem*, 408.

⁴¹ *Ibidem*, 410.

⁴² *Ibidem*, 412.

perlomeno quali siano i limiti di contenuto dei regolamenti, come nella costituzione cecoslovacca), non ha senso giuridico qualificare tale riparto come delegazione⁴³. Il legislatore non fa che usare della discrezionalità permessagli dalla Costituzione nel decidere il riparto di competenze per materia tra legge e regolamento. Esattamente come nella costituzione francese, non è data la possibilità di giudicare le leggi: per far ciò sarebbe necessario un tribunale costituzionale, quale quello introdotto dalle costituzioni austriaca e cecoslovacca⁴⁴. Ma contrariamente all'esempio americano, la costituzione di Weimar “*n'a pas établi une séparation véritable entre le pouvoir législatif et le pouvoir constituant*”⁴⁵. Questo rimando in nota a una categoria di fondamentale importanza nel dibattito di teoria generale dello Stato che si sviluppa negli anni Venti ci sembra dimostrare ancora una volta la consapevolezza di Carré delle categorie che informano il dato costituzionale positivo e che, a seconda che siano state o meno esplicitate nel testo mediante una decisione del costituente, influenzano l'orientamento dell'ordinamento nel suo complesso. Il regolamento comincia a rivelarsi negli anni Venti il solo strumento a disposizione degli ordinamenti giuridici del primo dopoguerra per orientare il sistema politico, se necessario derogando temporaneamente alla legge e persino alle costituzioni: si profila, attraverso il dibattito sui rapporti tra legge e regolamento, la questione dello stato di eccezione che travolgerà i fragili sistemi politici basati sulle costituzioni flessibili ottocentesche nello spazio di un decennio⁴⁶.

3. Dal progetto costituzionale all'ordinamento come sistema: il giuspositivismo di Carré come realismo giuridico

A titolo di considerazione conclusiva, nel solco del percorso tracciato da Mario Galizia cinquant'anni orsono, possiamo affermare che il “giuspositivismo” di Carré de Malberg è una forma di realismo giuridico, in un tempo e in luogo in cui si compie definitivamente, con la seconda e definitiva dissoluzione degli imperi, la secolarizzazione dello Stato⁴⁷. Carré intende il positivismo giuridico come canone interpretativo volto a rendere possibile il diritto come tecnica, nella consapevolezza che il fenomeno giuridico non esaurisce l'ordine sociale ma può (e deve) condizionarlo. D'altronde, un comparatista come Carré era sicuramente ben consapevole degli sviluppi della dottrina costituzionale americana e aveva sperimentato personalmente, come alsaziano, l'influenza determinante dell'economia industriale nelle tensioni politiche franco-

⁴³ *Ibidem*, 416.

⁴⁴ *Ibidem*, 420.

⁴⁵ *Ibidem*, nota 2.

⁴⁶ Occorre ricordare che la tesi di Carré, pubblicata nel 1887 è dedicata al profilo romanistico dell'eccezione: CARRÉ DE MALBERG(R.), *Histoire de l'exception en droit romain*, thèse droit, Paris, 1887.

⁴⁷ Cfr. in proposito, P.W. KAHN, *Origins of Order*, New Haven & London, Yale University Press, 2019, 36: “*The role of the social will be to step into the place of the ontologically real system of the seventeenth and eighteenth century. That system had been grounded in God's reality. By the time of Durkheim at the end of the nineteenth century the social is our God*”.

tedesche. Carré sembra essere consapevole del fatto che il tempo del progetto costituzionale, della *Déclaration des droits* del 1789, è finito (se mai cominciò). Si afferma il sistema politico, integrato con quello economico, indipendente dagli intenti e dalle volontà di un ipotetico corpo sociale riunito in assemblea legislativa. La sovranità è un dogma inoperante ma irrinunciabile che può salvarsi soltanto assumendo che il Parlamento riassuma in sé la *nation*. A conclusione del suo saggio, Carré non manca di sottolineare come sia necessario che il Parlamento possa conferire “*dans toute la mesure ou il estimerait que des circonstances extraordinaires l'exigent*”⁴⁸ un’abilitazione regolamentare al governo. Crisi e stato di eccezione si profilano come banco di prova del parlamentarismo. Carré non vivrà abbastanza a lungo per vedere la fine della *République*, determinata dall’implosione costituzionale del vicino tedesco (muore infatti nel 1935, non in tardissima età); sembra quasi che Carré, attraverso la vocazione comparatistica e l’interesse particolare per la dottrina costituzionale tedesca, si rendesse conto dell’interdipendenza sistemica degli ordinamenti costituzionali europei.

In questo, la lezione di Carré sembra quanto mai attuale: sotto il profilo metodologico, per la rinnovata attenzione con cui in questi ultimi due anni si guarda alla potestà regolamentare del governo⁴⁹ (se pure, nel nostro ordinamento, in un regime estremamente più chiaro in merito alle fonti del diritto); sotto il profilo sistematico, in quanto l’interdipendenza sistemica tra ordinamenti costituzionali in Europa è divenuta strutturale. Le costituzioni europee del dopoguerra hanno riproposto il progetto costituzionale; tuttavia, negli ultimi venti anni si è riproposta con forza all’interno degli ordinamenti giuridici la tensione tra progetto (come volontà generale orientata alla realizzazione di valori) e sistema (un ordine che segue logiche immanenti e di cui l’ordinamento giuridico non è che una variabile)⁵⁰.

Sta al diritto inteso come *techne* al servizio del progetto costituzionale cercare di anticipare e orientare il punto di ricaduta di tali tensioni, nella consapevolezza dell’ineluttabilità del sistema.

ABSTRACT

Queste brevi note intendono essere un omaggio alla figura di studioso di Mario Galizia, proseguendo un percorso di ricerca da Lui avviato cinquant’anni orsono, con la pubblicazione del saggio che presentava al pubblico italiano la figura di Raymond Carré de Malberg (1861-1935). Laddove il saggio di Galizia presentava ampi stralci dell’opera teoretica principale dell’autore francese, dedicata alla teoria dello Stato, le note che seguono illustrano un saggio che il giurista alsaziano dedicava, nel 1925, alla allora imperante dottrina della delega legislativa. Tale dottrina informava in ugual misura le dottrine costituzionalistiche francese e tedesca per la spiegazione dei regolamenti “normativi” del governo. Carré ritiene inutile e

⁴⁸ CARRÉ, *La question*, cit., 425.

⁴⁹ Cfr. A. MANGIA, *Emergenza, fonti fatto e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 2. (<https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/alessandro-mangia/emergenza-fonti-fatto-e-fenomeni-di-delegificazione-temporanea>).

⁵⁰ Cfr. KAHN, cit., 41.

superata la dottrina della delega, retaggio delle teorie di Montesquieu, che egli considera inadatte a spiegare la realtà dell'ordinamento all'inizio del XX secolo. Applicando una metodologia assai vicina al realismo giuridico (anziché al giuspositivismo, come già aveva notato Galizia nel 1971), Carré propone una lettura del dato normativo basato unicamente sulla realtà del sistema politico, ovvero, dell'ordinamento vigente, prefigurando un metodo interpretativo finalistico-sostanziale quale si sarebbe affermato negli anni immediatamente successivi con la dottrina della "costituzione materiale".

This short text is intended as a tribute to Mario Galizia as a scholar in comparative law. It follows a path opened by Galizia exactly fifty years ago, when he published an essay introducing the main work of Raymond Carré de Malberg (1861-1935) to the Italian readers. Galizia's essay illustrated broad excerpts of Carré's main theoretical work, focused on Theory of Law. The following text illustrates the content of an essay written by Carré in 1925 on the theory of delegation of legislative power. The theory was widely followed at the time both in French and in German commentaries on the constitution, in order to explain the possibility for the government to issue regulations (or orders) having the same force of law. Carré considers the theory of delegation of legislative powers of no practical nor theoretical use: the theory is for him a legacy of Montesquieu's doctrine on the separation of powers, which is completely unfit to explain the dynamics of legal order in early XX century State. Carré's methodology is close to legal realism, although it was qualified as legal positivism (this was already observed by Galizia in his essay of 1971): he presents an interpretation of the norms based solely on the reality of the political system, the actual legal order. By this he anticipates a teleological interpretative methodology that would develop in the following years as the doctrine of "material constitution".

PAROLE CHIAVE: Carré de Malberg, separazione dei poteri, fonti del diritto

KEYWORDS: Carré de Malberg, separation of powers, sources of law