

**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

8

MAURIZIO FIORAVANTI

**GIURISTI
E COSTITUZIONE
POLITICA
NELL'OTTOCENTO
TEDESCO**

giuffrè editore milano

Questo volume — ottavo di una collana che si affianca ai «Quaderni» annuali — si inserisce nel programma di un Gruppo di ricerca per la storia del pensiero giuridico moderno, promosso e diretto da Paolo Grossi.

Per la storia del pensiero giuridico moderno

8

MAURIZIO FIORAVANTI

**GIURISTI
E COSTITUZIONE POLITICA
NELL'OTTOCENTO TEDESCO**



Milano - Giuffrè Editore

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

(1979) Tipografia MORI & C. s.n.c. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

A Rosetta

PREFAZIONE

Questo saggio nasce da un interesse di studio di alcuni anni orsono per l'opera di Vittorio Emanuele Orlando.

Il nesso che lega l'impegno di ricerca di allora con quello presente è ben chiaro, poiché Orlando, nel tentativo di porre le fondamenta di una riflessione scientifica dei giuristi sullo Stato, recepì in pieno il metodo e gli insegnamenti della giuspubblicistica tedesca dei Gerber, dei Laband e degli Jellinek.

Da qui, attraverso le fonti tedesche di Orlando, l'interesse per il tema analizzato in questo lavoro, ormai divenuto autonomo dal problema della recezione italiana, ma che prelude comunque ad un ritorno agli iniziali interessi di studio.

In un terreno in larga misura ancora inesplorato, mi sono stati particolarmente utili i consigli e le indicazioni di alcuni studiosi italiani e stranieri; voglio almeno qui ringraziare, per il loro contributo, i professori Ernst Wolfgang Böckenförde, dell'Università di Freiburg im Breisgau, Pio Caroni, dell'Università di Berna, Sabino Cassese, dell'Università di Napoli, Innocenzo Cervelli, dell'Università di Venezia, Pierangelo Schiera, dell'Università di Trento, Roman Schnur, dell'Università di Tübingen, Walter Wilhelm, del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte di Frankfurt am Main.

Ringrazio, inoltre, la Direzione dell'Istituto storico italo-germanico di Trento, per avermi offerto utilissime occasioni di incontro e di studio; dello stesso Max-Planck-Institut di Francoforte, dove ho condotto gran parte delle mie ricerche nel corso dei semestri estivi degli ultimi tre anni; e, infine, della Deutsche Bibliothek di Francoforte, preziosissima per la consultazione della letteratura contemporanea.

Qualcosa di più di un semplice ringraziamento devo poi al professor Paolo Grossi, che questo lavoro ha voluto e contribuito ad ideare, che ha seguito ed incoraggiato quotidianamente le fatiche dell'autore.

MAURIZIO FIORAVANTI

Migliana di Prato, Primavera 1979

INTRODUZIONE

L'Ottocento tedesco è stato definito un secolo 'giuridico' (1); e non v'è dubbio che la formulazione sia particolarmente suggestiva, soprattutto per lo storico del pensiero giuridico abituato a riconoscere nella Germania del secolo scorso la presenza di una *scientia iuris* ben viva, capace di discutere sul metodo e sulle finalità del proprio intervento nella realtà sociale: Scuola Storica, Pandettistica, fioritura di fine secolo della scienza di diritto pubblico.

Tuttavia, lo studioso che indaga sulla cultura giuridica dell'Ottocento tedesco e che non intende arrestare la propria analisi a livello di mera *Dogmengeschichte*, non si fermerà a rilevare gli 'splendori' della scienza giuridica di quel secolo, ma si domanderà, nel confronto con la totalità del processo storico, se sia legittimo parlare dell'esistenza di una complessiva strategia 'giuridica', portata avanti dal ceto dei giuristi, del tentativo di fornire soluzioni 'giuridiche' ai problemi della società civile e delle istituzioni tedesche del secolo decimonono; problemi — si badi bene — certamente non molto distanti da quelli delle altre esperienze nazionali, sussumibili anche nel caso della Germania all'interno dei grandi processi storici di affermazione definitiva della società industriale e di costruzione dello Stato liberale-costituzionale.

(1) Ernst Wolfgang Böckenförde fa risalire l'espressione al suo Maestro Franz Schnabel: E. W. BÖCKENFÖRDE, *Verfassungsprobleme und Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts*, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, 1976, p. 93. Un'avvertenza generale: poiché questa introduzione è dedicata unicamente a fornire una chiave di lettura del nostro lavoro, l'apparato di note sarà adoperato solo per rinviare il lettore ai capitoli ed ai paragrafi dove i singoli argomenti vengono specificamente trattati.

Sotto questo profilo, il dato dominante all'inizio dell'Ottocento in Germania — ciò che rende specifica la situazione tedesca — è costituito, da una parte, dalla presenza di forti residui del vecchio assetto cetuale, dall'altra, dalle difficoltà del movimento liberale a farsi compiuto interprete dell'avanzamento dei nuovi rapporti sociali ⁽²⁾. In dipendenza di tali condizioni storiche, un settore assai vasto della riflessione politico-giuridica tedesca si muove sul presupposto che il passaggio dal vecchio al nuovo ordine possa avvenire in modo *organico* e *graduale*: quella che oggi può essere definita 'condizione di arretratezza' della società e delle istituzioni tedesche fu certamente avvertita da molti intellettuali dell'inizio del secolo come condizione di *privilegio*, sulla quale era possibile fondare un progetto diverso da quello realizzatosi in modo così traumatico nella vicina Francia.

A nostro avviso, i portatori primi di tale progetto furono proprio i giuristi, i quali, nell'ambito della specifica condizione storica tedesca, credettero possibile una lettura complessivamente ed esclusivamente 'giuridica' del processo storico in atto, sia sotto il profilo dell'avanzamento della società industriale, sia sotto quello della costruzione dello Stato costituzionale.

Qui sta, a nostro parere, la sostanziale 'giuridicità' del secolo, e per questo medesimo motivo abbiamo ritenuto opportuno avviare la nostra analisi con le note tesi di Savigny sulla 'vocazione' dell'epoca per la legislazione e la giurisprudenza, poiché in esse troviamo il momento iniziale di elaborazione di quel disegno 'giuridico', che vivrà in seguito la sua più felice stagione con la Pandettistica e con il movimento della scienza produttiva.

La funzione produttiva della *scientia iuris* si esplicò in due direzioni: da un lato, nella pretesa dei giuristi di sostituirsi alla mancata codificazione, indicando nella cultura giuridica l'elemento realmente unificante; dall'altro, nel deciso intervento della scienza giuridica a livello di teoria dello Stato.

La nostra indagine è dedicata a questo secondo campo d'intervento della *Rechtswissenschaft*, e mira a mostrare per quali vie

⁽²⁾ Cfr. capitolo primo, paragrafo secondo, e capitolo secondo, paragrafo primo; le debolezze e le difficoltà del movimento liberale ritornano comunque in tutta la nostra analisi.

i giuristi siano pervenuti ad acquisire il ruolo di protagonisti nella riflessione sullo Stato.

Savigny è, in tal senso, solo il punto di partenza, e non potrebbe essere altrimenti se pensiamo al fatto che tutta la sua attività scientifica si svolse nell'ambito del diritto privato, con una totale esclusione di interessi giuspubblicistici. In effetti, non è difficile scorgere nel rifiuto savigniano del Codice essenzialmente il rifiuto di ridurre il diritto a semplice atto di volontà del potere politico, alla dimensione di mero strumento di riforma degli equilibri della società civile; secondo il Maestro della Scuola Storica, esso è — e tale deve rimanere — *Ordnung*, complesso di valori storicamente tramandati, fatti propri dall'intera collettività, da quel *Volk* che si pone al centro di tutta la riflessione di Savigny. Il 'pubblico' non può essere oggetto di considerazione scientifica, in quanto è lo strumento del quale la Rivoluzione (francese) si è servita per sconvolgere gli equilibri della società civile, la sua interiore armonia.

Con tali presupposti, la scienza giuridica è inevitabilmente confinata nell'ambito del diritto privato, poiché nel 'naturale' sedimentarsi dei rapporti interpersonali essa scorge la fonte prima della *Gemeinschaft*, di quei principii giuridici caratterizzanti tutta la complessa articolazione sociale del *Volk*, costituenti il più valido baluardo all'avanzamento della *Gesellschaft*, delle dilaceranti contraddizioni — già così visibili nella vicina Francia — necessariamente scaturenti dalla « infelice » tendenza del potere politico « a tutto governare e sempre più voler governare » (3). Il disegno 'giuridico' di Savigny si matura per intero in opposizione al 'pubblico', che egli considera di natura rivoluzionaria, e mira a difendere il tradizionale primato dei rapporti privatistici, la loro autonomia dall'ingerenza del potere politico.

Quel progetto savigniano era fondato su una convinzione ben precisa: la disgregante 'volontà di governo' niente potrà contro la sostanziale unitarietà della 'coscienza giuridica collettiva', contro l'intima coesione della collettività, se la scienza giuridica sa-

(3) F. C. VON SAVIGNY, *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, III (1816), p. 44 (citato secondo A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, 1974, p. 80).

prà farsi interprete dei principii regolanti i rapporti tra gli individui, costituenti il patrimonio più autentico dell'intero *Volk*. Da qui il ruolo produttivo della medesima scienza giuridica, che si esplicava nel campo privatistico, proprio in quanto si riteneva che là stesse il momento centrale dello sviluppo storico, la fonte prima di ogni certezza collettiva.

Con gli anni Sessanta, con la progressiva ascesa della potenza prussiana, e, con essa, del processo di unità politica, appare necessario un mutamento di strategia da parte dei giuristi, risulta evidente nei fatti che la questione del 'pubblico' non è più così facilmente emarginabile.

L'interprete di questo fondamentale passaggio è Carl Friedrich von Gerber, con i suoi *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (4), che giungono alla fine di un tormentato itinerario intellettuale dello stesso Autore, segnato nelle sue linee fondamentali proprio da un radicale mutamento di interesse dal diritto privato al pubblico (5). Gerber si rende conto, con estrema lucidità, che il vecchio disegno 'giuridico' savigniano era destinato alla sconfitta, se continuava ad opporsi al 'pubblico' in quanto tale, alla 'moderna volontà di governo'; che su quella via i giuristi erano condannati a veder crollare le loro antiche pretese di centralità, riducendosi al ruolo di esegeti della volontà statale.

Ormai i termini del problema si erano spostati, e la battaglia non si svolgeva più tra 'pubblico' e 'privato', ma tra una nozione 'politica' ed una 'giuridica' di Stato. Costruire quest'ultima era compito dei giuristi: per attuare il progetto 'giuridico' delineato da Savigny, per difendere l'intima coesione del *Volk* e l'unitarietà della 'coscienza giuridica collettiva', non era più sufficiente il tradizionale lavoro della *Rechtswissenschaft* di chiarimento e spiegazione (o anche costruzione) dei rapporti di diritto privato, era necessario che lo stesso Stato si facesse interprete di quel *Volk*, di quella coscienza giuridica.

(4) C. F. VON GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865; abbiamo esaminato l'opera in dettaglio nel capitolo terzo, paragrafo quarto.

(5) Cfr. capitolo secondo, paragrafo secondo e quarto, 3; capitolo terzo, paragrafo terzo.

Nei *Grundzüge* gerberiani, accanto alla dimensione dello Stato-volontà, posto al centro di un sistema di rapporti giuridici tra lo Stato medesimo, i cittadini, e le comunità minori, troviamo sempre, inscindibilmente, quella dello Stato quale necessario interprete delle energie morali del *Volk*: si può, anzi, senz'altro affermare che lo Stato si pone al centro del sistema dei rapporti di volontà proprio in quanto la società civile è concepita, sulla base della tradizione organicistica, non come 'sistema di bisogni', luogo di scontro tra differenziate soggettività, ma come comunità organicamente progrediente, naturalmente identificantesi con lo Stato-persona.

Qui sta il tratto più caratteristico della nozione 'giuridica' di Stato: essa si traduce nella costruzione della realtà pubblicistica come sistema di rapporti di volontà, ma ha il suo più intimo fondamento in una concezione organicistica della vita collettiva, nel tradizionale primato, di stampo savigniano, dei dati storico-culturali su quelli economici, della *Gemeinschaft* sulla *Gesellschaft*, in definitiva in una visione non conflittuale del rapporto Stato-società, di 'naturale' identificazione del *Volk* nello Stato medesimo.

Il progetto 'giuridico' di Savigny trova nell'opera gerberiana il momento più alto di espressione, adattandosi alla mutata situazione storica, all'imminente centralità della volontà politica statale: sono concepibili in modo 'giuridico' non solo i rapporti tra gli individui nella società civile, ma anche le tensioni che da essa scaturiscono in direzione dello Stato-persona, tutte riassumibili nell'identificazione organicistica Stato-*Volk*, nell'univoco atto d'interpretazione che il primo compie della 'coscienza giuridica collettiva' insita nel secondo.

La conclusione di Gerber è in linea con il ruolo produttivo della scienza giuridica già affermatosi a livello privatistico: se il processo che conduce alla soggettività statale ed alla Costituzione non è di natura conflittuale, di incontro-scontro tra distinte forze politiche e sociali, ma di 'naturale' assimilazione del *Volk* nello Stato medesimo, allora la scienza giuridica può porsi al centro di tale processo, può — e deve — reperire nella realtà storico-politica i principii dominanti la vita dell'intera collettività: la Costituzione è nient'altro che un sistema di principii giuridici, scoperto e costruito dalla scienza.

Il progetto 'giuridico' di Gerber era però destinato a scontrarsi con la cruda realtà politica del *Reich* fondato nel 1871.

Lungi dal concentrarci in modo esclusivo su una netta linea di continuità Gerber-Laband, e sul successivo trionfo delle tesi del secondo, destinato a porsi a capo di una fiorente scuola di diritto pubblico ispirata al metodo 'giuridico', abbiamo voluto mostrare la sostanziale complessità del dibattito interno alla *Staatslehre* del secondo *Reich*, e le differenziate posizioni dei suoi protagonisti. Esse sono riassumibili in due distinte concezioni che i giuristi avevano del proprio ruolo: da una parte i tecnici dell'apparato di potere esistente, come Laband (6), dall'altra gli oppositori, come Otto von Gierke ed Albert Hänel (7), protesi a non restringere i confini delle loro analisi alle forme di esercizio della *Staatsgewalt*, a ricercare una dimensione più ampia della Costituzione.

Si frantuma così la sostanziale unitarietà del discorso di Gerber, ed il progetto 'giuridico' non riesce più a tenere unite l'analisi delle strutture di potere esistenti ed una concezione complessiva della vita collettiva: se il lavoro di Laband era destinato allo studio sempre più passivo della manifestazione di volontà del potere politico, l'opposizione di Gierke e di Hänel, anch'essa autentico prodotto dell'Ottocento tedesco, continuava a contrapporre la 'saldezza' della tradizione storica del *Volk* alla 'arbitrarietà' della volontà statuale, nell'incapacità più assoluta di progettare una diversa soggettività statuale, un suo diverso rapporto con la società civile.

Entrambe le posizioni erano riduttive rispetto al disegno gerberiano, e segnavano storicamente l'inizio del progressivo declino del metodo 'giuridico', e, con esso, della centralità del lavoro scientifico del giurista prospettata da Savigny. Infatti, se la scienza labandiana tendeva sempre più a divenire tecnica dell'apparato di potere, cui legava intieramente le proprie sorti, l'incapacità delle voci critiche di Gierke e di Hänel di tradursi in concreta alternativa dimostrava come il metodo 'giuridico' avesse perso ogni possibilità di adeguarsi ad una realtà politica e sociale in

(6) Cfr. capitolo terzo, paragrafo quinto, 3; capitolo quarto, paragrafi secondo e terzo.

(7) Cfr. capitolo quarto, paragrafo primo, quarto e quinto.

continuo mutamento, come fosse irrimediabilmente legato alla Costituzione materiale ottocentesca, ai tradizionali concetti di 'individuo' e di 'popolo', che avevano orientato le costruzioni di Savigny e di Gerber.

Si può, in definitiva, affermare che, a partire dalla fine del secolo, i giuristi si trovano di fronte ad una realtà non più sussumibile nei loro schemi, non riuscendo a comprendere il processo storico in atto, che è *già* processo di smembramento della tradizionale costituzione materiale ottocentesca, dell'unità storico-politico-culturale del popolo, a favore della creazione di tutta una serie di autonomi centri di potere, prima alla ricerca di un proprio spazio, poi sempre più influenti a livello collettivo, e, infine, consapevoli componenti del processo di decisionalità politica. È nell'ambito di questa vicenda storica che avrebbe dovuto ricercarsi la 'materialità' della Costituzione, non più frutto di un astratto atto interpretativo, compiuto dallo Stato-persona, dei 'principii fondamentali' regolanti la vita collettiva, ma intesa come il raggiungimento di un concreto punto di equilibrio tra distinte soggettività socio-politiche.

Non si poteva però chiedere questo, né alla scuola labandiana, tutta protesa ad esaltare la centralità della *Staatsgewalt*, né agli oppositori di Laband, non meno 'giuristi' di lui, abituati com'erano a concepire la società civile come un tutto omogeneo, regolato da una sua intrinseca razionalità, dotato di una propria 'giuridicità'; anch'essi erano ben dentro la tradizione del metodo 'giuridico' ottocentesco, il quale aveva fondato la sua considerazione dello Stato su una *determinata* concezione della vita collettiva, su quella visione organicistica della società civile, che ha storicamente le sue radici nella cultura politico-giuridica dell'Ottocento tedesco, e, in particolare, nella nozione savigniana di *Volk*.

Per questo abbiamo deciso di concludere la nostra analisi con la figura e con l'opera di Georg Jellinek, che ci è sembrata particolarmente indicativa dell'incapacità del metodo giuridico di adeguarsi alla mutata situazione di fine secolo. Infatti, se è indubitabile che l'opera di questo giurista prende le mosse da una sostanziale insoddisfazione nei confronti del positivismo labandiano, è altrettanto certo che un allargamento di prospettive viene perseguito da Jellinek solo mediante il recupero della tradizionale no-

zione organicistica di *Volk*, senza una reale consapevolezza del processo storico in atto e della sua portata ⁽⁸⁾.

La linea che da Savigny conduce fino a Jellinek non segna dunque la costante e progressiva ascesa del metodo giuridico; si tratta invece di una parabola, che ha il suo culmine con l'opera di Carl Friedrich von Gerber, e che dagli anni Settanta in poi ha già iniziato la sua fase discendente. Mentre il passaggio da Savigny a Gerber è effettivamente caratterizzato da una progressiva espansione del metodo giuridico dal terreno tradizionale dei rapporti di diritto privato al tema della soggettività statale, da Gerber in poi i giuristi non riescono più a fornire analisi adeguate ai mutamenti progressivamente intercorrenti nella società civile e nelle istituzioni. Il metodo giuridico perde quella carica e quella dimensione progettuale che avevano consentito e fondato l'opera gerberiana, che avevano permesso di pensare il nuovo ordine sociale ed il suo rapporto con lo Stato in termini intieramente ' giuridici ', e si riduce, da una parte, alla piatta descrizione dell'apparato di potere esistente, dall'altra, alla sempre più stanca riproposizione della società civile quale organica comunità di individui.

Accanto a questa linea principale che da Savigny conduce a Jellinek abbiamo poi collocato il contributo di altri Autori, che non possono essere considerati ' minori ', ma che certamente rientrano nel contesto del nostro lavoro solo dalla specifica angolatura della critica che essi svolsero al metodo giuridico, ciascuno rappresentando particolari filoni politico-culturali in conflitto con quel metodo. È questo il caso di Lorenz von Stein e della sua critica al *System* di Savigny, condotta sulla base di un impianto teorico di matrice hegeliana ⁽⁹⁾; di Georg von Beseler, il quale si fa interprete, nel corso degli anni Quaranta, di uno stato d'insoddisfazione presente nei giuristi di più chiara ispirazione politica liberale, criticando, in veste di ' germanista ', le tesi di Savigny, le quali, a suo giudizio, tendevano ad isolare i giuristi dalla ' rinascita ' nazionale ⁽¹⁰⁾; della *Staatslehre* liberale degli anni Ses-

⁽⁸⁾ Cfr. capitolo quarto, paragrafo sesto.

⁽⁹⁾ Cfr. capitolo primo, paragrafo terzo, 2.

⁽¹⁰⁾ Cfr. capitolo primo, paragrafo quarto, 1.

santa — e, in particolare, di Hermann Schulze —, estremamente critica nei confronti delle soluzioni proposte da Gerber ⁽¹¹⁾.

Tutte queste voci non costituiscono un mero 'arricchimento' del quadro complessivo, ma fanno parte integrante del dibattito sul metodo giuridico, aiutandoci a comprendere le ragioni del suo emergere, le sue principali caratteristiche. Tra Savigny e Stein, tra Savigny e Georg von Beseler, tra Gerber ed Hermann Schulze, sono sempre i primi i vincitori, sono i *giuristi* ad imporre il loro punto di vista: con le loro costruzioni, essi cercano, in definitiva, di rendere la teoria giuridica forma prima e privilegiata di comprensione del presente storico.

Nello stesso tempo, quei medesimi giuristi legano inscindibilmente il primato della loro scienza alla società armonica descritta da Savigny e da Gerber, e si autocondannano così, rincorrendo la loro illusione pangiuridica, all'incomprensione della complessa società civile di fine secolo.

Il fatto che la discussione sulla struttura e sulla funzione del *Reich* sia saldamente in mano ai giuristi è conseguenza della fase ascendente della *Juristendominanz*, culminata con la riflessione gerberiana, ma è solo passivo sfruttamento della rendita precedentemente accumulata, nella più piena incapacità di adeguare i tradizionali strumenti del metodo giuridico ai grandi mutamenti strutturali di fine secolo.

Saltano, nei fatti, i due punti di riferimento di tutta la teoria giuridica ottocentesca: il popolo e l'individuo. Ha inizio l'età del frantumarsi della tradizionale unitarietà della decisione politica, del suo scaturire da una continua contrattazione tra Stato e gruppi sociali, questi ultimi non più confinati nelle pieghe della 'società civile', mere espressioni dell'autonomia privata, ma ormai vere e proprie componenti del processo di decisionalità politica. È in virtù del moltiplicarsi, e del continuo crescere d'influenza, di questi sottosistemi, che scompare progressivamente il peso specifico dell'individuo, che pure sembrava essere al centro della teoria post-rivoluzionaria; che sempre meno ha senso parlare di 'popolo', di comunità sociale ordinata intorno a certe tradizioni ed a certi valori.

(11) Cfr. capitolo terzo, paragrafo quinto, 1 e 2.

Il vecchio schema della 'naturale' identificazione di Stato e popolo e la vecchia sussunzione di tutte le tensioni tra Stato e società civile all'interno del rapporto giuridico tra lo Stato medesimo ed il singolo cittadino entrano in crisi di fronte ad una realtà sociale assai più complessa ed articolata, non più interpretabile, nè in chiave di unitaria comunità storico-politica, nè quale complesso di liberi individui razionalmente agenti: svanisce la possibilità di una lettura in termini esclusivamente giuridici della totalità della vita collettiva.

Il ridursi della scienza di diritto pubblico a tecnica di descrizione dell'apparato di potere esistente mediante il predominio della scuola labandiana e l'incapacità degli oppositori di progettare una valida alternativa dimostrano che il metodo giuridico di Savigny e di Gerber era inscindibilmente legato alla costituzione materiale ottocentesca, al centro della quale si ponevano ancora il *Volk* e l'individuo.

Il progressivo eclissarsi di quella costituzione segna così l'avvio di un processo di costante declino del metodo giuridico. Proprio per questo motivo, l'odierna ricerca della scienza di diritto pubblico di un nuovo metodo e di nuovi strumenti d'indagine deve avere in primo luogo il significato di ricerca delle nuove soggettività agenti a livello pubblicistico, nella più piena consapevolezza dei processi storici intervenuti tra Ottocento e Novecento, della progressiva erosione delle tradizionali categorie di 'persona giuridica statale', di 'individuo' e di 'popolo'. Non si tratta, in definitiva, solo di reagire al presunto 'formalismo' del secolo scorso in nome di opzioni di contenuto 'realistico', di superare i ristretti confini della mera tecnica di sistemazione delle forme di esercizio del potere statale per recuperare al lavoro dei giuristi un significato progettuale, ma anche, e soprattutto, di sconfiggere l'abitudine dei giuristi medesimi a descrivere la società civile come un tutto omogeneo dotato di una propria intrinseca razionalità, di prendere atto del definitivo eclissamento della costituzione materiale ottocentesca. Solo per questa via è possibile procedere ad un rinnovamento del sistema di diritto pubblico che possa dirsi all'altezza del nostro presente storico, del tutto immune dalla tentazione di uno sterile ritorno alla vecchia illusione pangiuridica.

CAPITOLO PRIMO

LA SCUOLA STORICA ED IL DIBATTITO SUL RUOLO DEI GIURISTI NELLA PRIMA METÀ DEL SECOLO

Premessa. — I. Savigny e la proposta di centralità della scienza giuridica. — II. Il movimento liberale e le possibili alternative alla proposta savigniana. — III. Il contrasto tra hegelismo e Scuola Storica: 1. Alcune linee generali del contrasto; 2. La critica di Lorenz von Stein a Savigny; 3. Altre voci dissenzienti. — IV. Il dibattito interno alla Scuola Storica: 1. La critica di Georg von Beseler; 2. La risposta di Carl Friedrich von Gerber.

Premessa. I moti rivoluzionari del 1848, che attraversarono tutta l'Europa, non risparmiarono — com'è noto — neppure la società tedesca del tempo, incidendovi più o meno profondamente. Anzi, la storiografia tedesca ha persino coniato — ed adopera ormai correntemente — le espressioni di *Vormärz* e *Nachmärz*, per indicare il periodo antecedente al Marzo 1848, e quello successivo, dando così la misura di quanto gli eventi quarantotteschi abbiano costituito una sorta di momento di cesura, che divide due distinte età, ciascuna con caratteristiche e problematiche proprie.

Quando si parla di *cesura*, vorremmo precisare che la si deve intendere in senso relativo, poichè, da molti punti di vista, nella prima metà del secolo troviamo i germi delle soluzioni, che si imporranno nella seconda; e tuttavia quella *cesura* non è meno significativa, dal momento che la ritroviamo a tutti i livelli dell'esperienza storica, da quello politico-statuale a quello socio-economico, da quello filosofico a quello giuridico. Affidiamo a tutto il contesto del volume il compito di far emergere la portata di quella svolta: anticipazioni in questo senso — necessariamente sintetiche — sarebbero solo fonte di poca chiarezza nell'esposizione. Ci preme, invece, di focalizzare subito il nostro interesse sul problema spe-

cifico della scienza giuridica, proprio in rapporto alla cesura quarantottesca.

Esiste un'immagine corrente delle vicende della scienza giuridica tedesca dell'Ottocento, che è stata sinteticamente così espressa: « La prima metà del secolo 19° è l'epoca d'oro della Scuola Storica; la seconda metà è l'epoca della sua dissoluzione » (1).

Le date parlano chiaro: nel 1861 muore Savigny, ma già dal 1850 è finito il ciclo delle sue opere fondamentali; nel 1846 muore Puchta, e la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, organo ufficiale della Scuola Storica, cessa le sue pubblicazioni nel 1850. Nel 1847 si pubblica poi a Berlino un libretto, destinato ad avere grande fortuna, dal titolo significativo: « Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft » (2). Qui l'alta considerazione, che di sè medesima aveva la *Rechtswissenschaft* savigniana, sembra essere del tutto scomparsa: la scienza giuridica non ha credibilità, se rapportata all'esattezza delle scienze naturali. Essa è destinata a riempire intere biblioteche di trattati, che diverranno « carta straccia », non appena il legislatore pronuncerà « tre parole di rettificazione » (3).

Ma soprattutto si ritiene comunemente che nella seconda metà del secolo cada una certa parte delle dottrine savigniane, quella

(1) M. G. LOSANO, *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, Introduzione, p. xxv (traduzione italiana del volume di R. v. JHERING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1877-1883). La frase di Losano è assunta nel testo come paradigmatica di un certo modo di considerare lo sviluppo della scienza giuridica tedesca nel corso dell'Ottocento, ma non vuole costituire sommaria semplificazione del pensiero di Losano medesimo, il quale, invece, riconosce la persistenza dell'influsso della Scuola Storica nella seconda metà del secolo, in particolare sul punto dell'idea di sistema (p. xxix e ss.). A questo proposito è da ricordare il volume di W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974 (tr. ital. a cura di P. L. Lucchini del volume *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1958); l'opera di Wilhelm era conosciuta in Italia grazie ad un saggio-recensione di M. PORZIO, *Formalismo ed antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica moderna*, in *Bollettino della biblioteca degli Istituti giuridici dell'Università di Napoli*, VII (1961), VIII (1962).

(2) Non ci interessa direttamente la figura dell'Autore, J. v. KIRCHMANN. Adoperiamo la traduzione italiana di P. Frezza: *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, Milano, 1964². Frezza aveva tradotto il volume già dal 1942.

(3) *La mancanza di valore*, cit., p. 18.

più direttamente legata all'idea di *Volk*, più direttamente ispirata allo storicismo di stampo romantico. Vi sarebbero, insomma, due Savigny, uno precursore dell'istanza sistematica, padre della Pandettistica, ed efficace nella seconda metà del secolo, ed uno figlio della cultura romantica del *Vormärz*, e destinato ad essere dimenticato insieme ad essa (4).

Le ragioni della caduta di *quel* Savigny sarebbero da ricercarsi nello sviluppo complessivo della storia tedesca: è a partire dagli anni '50 che il passaggio dall'antica *Ständesozietät* alla moderna *Klassengesellschaft* assume contorni più evidenti, che cresce il ritmo d'industrializzazione, che i contrasti sociali divengono più immediati (5). Da questo punto di vista, è chiaro che diventa sempre più improponibile una lettura della realtà sociale in termini di *Volk*, di necessaria armonia, di necessaria dominanza dei dati storico-culturali ed etico-politici. Alla fine del secolo le contraddizioni sociali premono con un'urgenza sconosciuta al tempo in cui le teorie savigniane ebbero ad affermarsi. C'è veramente da domandarsi: « Wie steht mit der Harmonie des Rechtsbewusstseins, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenüberstehen? » (6).

Non ci interessa sottoporre fin da ora queste affermazioni a verifica critica, ciò che sarà materia di successive riflessioni concernenti le nozioni di *popolo* e di *società* proprie dei giuristi di diritto pubblico della fine del secolo; ci interessa piuttosto rilevare che il problema dell'influsso della Scuola Storica sulla scienza giuridica della seconda metà del secolo non può esaurirsi con i due temi del *sistema* e della nozione di *Volk*, con i *due* Savigny.

A noi sembra che il tema del sistema rinvii a quello della capacità d'intervento della scienza giuridica nel contesto del pro-

(4) LOSANO, Introduzione allo *Scopo nel diritto*, cit., p. XXIX.

(5) Sugli anni Cinquanta, e, in particolare, sul decollo del processo d'industrializzazione, rinviamo, fino da ora, al Capitolo secondo, nel suo complesso dedicato a questo periodo dell'Ottocento tedesco.

(6) K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, I, p. 494, nota 20. Il volume di Bergbohm è considerato da Schmitt l'espressione « migliore e più chiara » del positivismo tedesco di fine secolo: cfr. C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934 (cito tuttavia dalla ed. ital. modificata, col titolo *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del politico*, antologia di testi schmittiani a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, pp. 247-275, p. 267 per la frase citata in nota).

cesso storico, e che quello del *Volk* rinvii al rapporto tra 'diritto popolare' e 'diritto dei giuristi'. Il punto di vista unificante viene così dato dal problema del ruolo della scienza giuridica, e da quello del suo peso accanto alle varie fonti di diritto. Il tema centrale diviene quello della concezione savigniana della gerarchia delle fonti di diritto: questo sarà appunto l'oggetto di questo nostro primo capitolo, dedicato a ricostruire il dibattito intorno a questo punto specifico.

Era doveroso premettere il nostro intento, che non è certo quello di dare un quadro della totalità della scienza giuridica del *Vormärz*; e gli stessi autori esaminati vengono assunti sotto l'angolo d'osservazione specifico sopra indicato. Così ci interessa principalmente il Savigny della 'Methodenlehre' del 1802 e del 'Beruf' del 1814, poichè è qui che viene posta più decisamente la questione del ruolo storico della scienza giuridica, e del suo rapporto con il legislatore. Lo stesso deve dirsi di tutti gli altri autori esaminati.

Certo, a questo punto, può sorgere spontanea una domanda: perchè iniziare in questo modo un'indagine sulla giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento? Potrebbe forse sembrare più attinente al tema un avvio che prenda in esame il fenomeno del *Konstitutionalismus* degli anni '30 e '40, o, magari, che vada alla ricerca delle prime formulazioni dei dogmi della scienza di diritto pubblico (?).

Il fatto è che, fin dall'inizio, abbiamo sentito come largamente insoddisfacente una storia della giuspubblicistica, che fosse storia del lavoro dei giuristi su una serie di norme costituzionali, o storia dei dogmi della loro scienza. Quest'ultime sono certamente prospettive di studio da non trascurare, ma non possono essere assunte a canale obbligato d'indagine storiografica per il problema della scienza di diritto pubblico.

Esiste un punto di vista più complessivo — per noi quello più interessante — dato dalla costruzione dello Stato moderno

(?) Com'è noto, il dogma della personalità giuridica dello Stato, e della sua sovranità, centrale in tutta la riflessione giuspubblicistica da Gerber in poi, fu per primo enunciato da W. E. ALBRECHT, recensendo un'opera di Maurenbrecher, in *Göttinger Gelehrte Anzeigen*, 1837, pp. 1491 e ss. Cfr., più ampiamente, la nota 101.

nella Germania dell'Ottocento, in forma di *Rechtsstaat*, e dal ruolo che vi gioca la scienza giuridica. Così, leggendo le opere dei grandi giuristi di diritto pubblico di fine secolo — e percorrendo a ritroso nel tempo le tappe della loro formazione alla ricerca dei momenti decisivi, nei quali sono state compiute le scelte determinanti, che stanno alla base di quelle opere — ci muoviamo nel complesso e tormentato mondo del *Vormärz* in un senso del tutto diverso da quello dell'indagine su quella certa carta costituzionale, o su quella certa opera di quel determinato giurista.

Il problema centrale, che sta alla base della fioritura giuspubblicistica dell'Ottocento, è quello dell'assunzione nella scienza giuridica dello Stato come soggetto autonomo, in cui viene a concentrarsi la potestà pubblica, e che entra di fatto in rapporto conflittuale e dialettico con una società atomizzata e privatizzata, dominata dal dato economico.

Tutti i fenomeni sociali, politici o giuridici del *Vormärz* sono orientati secondo una tensione interna riconducibile a quel problema centrale. I vecchi ceti dominanti, pur rimanendo ancora vitali anche al di là dello stesso Marzo 1848, sono costretti a confrontarsi con nuove esigenze. L'*Allgemeines Landrecht* Prussiano del 1797, pur non mettendo in discussione la totalità della vecchia struttura sociale, è già sintomo di disagio verso di essa ⁽⁸⁾; le conquiste Napoleoniche portano con sé la necessità di un confronto più serrato con le ideologie della Rivoluzione e della più evoluta borghesia francese ⁽⁹⁾; le riforme amministrative prussiane

⁽⁸⁾ U. J. HEUER, *Allgemeines Landrecht und Klassenkampf*, Berlin, 1960, spec. pp. 40 e ss., e 76 ss. Nello stesso senso G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, pp. 488-506, e, soprattutto, la splendida analisi di R. KOSELLECK, *Preussen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, Stuttgart, 1975², pp. 23-153.

⁽⁹⁾ E. FEHRENBACH, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht. Die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten*, Göttingen, 1974. Qui l'analisi dei contrasti sull'introduzione della legislazione francese in Germania è compiuta sotto il profilo dello scontro di un diritto modellato su una nuova società, costruito sugli istituti della proprietà e della libertà contrattuale, sui principi dell'eguaglianza giuridica dei cittadini e della laicità dello Stato, con la situazione sociale ed istituzionale tedesca, che rimaneva caratterizzata dall'assetto fondiario a base signorile, dalla differenziazione dei soggetti di diritto, dalla rile-

di Stein ed Hardenberg, del 1806-8, sono la testimonianza più viva della consapevolezza di non poter più basare lo sviluppo complessivo sull'assoluto *status quo* dell'organizzazione cetuale⁽¹⁰⁾; la borghesia tedesca, pur tra mille difficoltà e ritardi, incrementa, negli anni '30 e '40, il ritmo della propria ascesa⁽¹¹⁾.

Quando si parla, in queste molteplici direzioni, di crisi dell'assetto cetuale, si intende, dal punto di vista dalla storia costituzionale, qualcosa di più dell'affermazione di una società di soggetti astrattamente liberi ed eguali, e quindi della lotta ai regimi giuridici particolari degli *Stände*; si intende, invece, principalmente, la perdita, da parte dei ceti, di una loro diretta rilevanza costituzionale, e la loro conseguente riduzione a pura e semplice formazione socio-economica. Le aggregazioni comunitarie, consortili, signorili, perdono rilevanza pubblica, vengono depoliticizzate, ri-

vanza costituzionale degli *Stände*. Sugli stessi temi, è da ricordare anche il lavoro di W. SCHUBERT, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, Köln und Wien, 1977.

⁽¹⁰⁾ KOSELLECK, *Preussen zwischen Reform und Revolution*, cit., pp. 163-217. Da menzionare anche il lavoro di D. SCHWAB, *Die 'Selbstverwaltungsidee' des Freiherr vom Stein und ihre geistigen Grundlagen. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der politischen Ethik im 18. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1971, e l'articolo di A. ZYCHA, *Die Wirtschaftsliberalen Reformen: Grunderwerbsfreiheit, Gewerbe- und Vertragsfreiheit*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte 1815-1918*, a cura di E. W. BÖCKENFÖRDE, Köln, 1972, pp. 341-355, per il legame tra le riforme di Stein ed Hardenberg e il rinnovamento del tessuto economico. Infine, W. CONZE, nel volume *Die preussische Reform unter Stein und Hardenberg. Bauernbefreiung und Städteordnung*, Stuttgart, 1976, ha raccolto documenti di grande rilevanza per la comprensione di questo fenomeno.

⁽¹¹⁾ Per un'analisi generale di questo periodo, vedi W. CONZE, *Das Spannungsfeld von Staat und Gesellschaft im Vormärz*, in *Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815-1848*, a cura dello stesso Conze, Stuttgart, 1970². È inoltre ancora da ricordare il lavoro di KOSELLECK, *Preussen zwischen Reform und Revolution*, cit., pp. 337-637. Il giudizio complessivo che esce fuori da questi fondamentali lavori è che il passaggio da una società articolata in *Stände* ad una società economicamente sviluppantesi in modo libero avviene in Germania assai contrastatamente e, per lo meno in una certa misura, per iniziativa delle vecchie strutture di potere. Nel paragone con l'ascesa della borghesia francese, si può segnare, quale elemento differenziale, questa centralità degli apparati burocratici, e questo loro ruolo prevalente nell'età di transizione. Per alcune importanti indicazioni bibliografiche, in particolare sulla Prussia degli anni Venti, vedi D. BORSO, *Hegel politico dell'esperienza*, Milano, 1976, pp. 157-158.

dotte ad una mera dimensione privatistico-economica, mentre lo Stato si erge al di sopra di esse, ed accentra progressivamente la pubblica potestà.

Questo tipo di processo era stato messo in moto già da alcuni secoli, a partire dalla formazione dello Stato assoluto ⁽¹²⁾, ma solo nel corso dell'Ottocento abbiamo l'affermazione di quella che sarà chiamata 'società civile'; cioè, il processo di progressiva perdita di rilevanza costituzionale da parte dei ceti, accompagnandosi all'ascesa della borghesia ed all'affermazione di una società divisa in classi, si traduce in una netta distinzione tra pubblico e privato, tra politico e sociale, tra Stato e società, ciò che era sconosciuto al precedente assetto ⁽¹³⁾.

L'opposizione tra le due sfere poneva il problema del tipo di relazione da stabilire tra di esse, in un duplice senso: ad un primo livello nella direzione del rapporto tra Stato ed individuo, che diveniva sempre più diretto, e sempre meno mediato dall'articolazione di quelle comunità ed aggregazioni sociali, che erano state

⁽¹²⁾ Per quanto riguarda la Germania, sono fondamentali le analisi di O. BRUNNER, ora tradotte in italiano nel volume *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Milano, 1970, e quelle di P. SCHIERA, *La Prussia fra polizia e 'lumi': alle origini del 'Modell Deutschland'*, negli *Annali dell'Istituto storico italo-germanico di Trento*, I (1975), pp. 51-84, nonché, dello stesso Autore, le voci *Società per ceti*, e *Stato moderno*, nel *Dizionario di politica*, diretto da N. BOBBIO e N. MATTEUCCI, Torino, 1976, rispettivamente pp. 961-964 e 1006-1012.

⁽¹³⁾ Negli ultimi anni, si è sviluppata una sorta di letteratura specialistica sul tema dell'origine storica della separazione di Stato e società. Ricordiamo qui, senza pretesa di completezza, oltre ai lavori già citati di CONZE e di KOSELLECK, il volume *Staat und Gesellschaft*, curato da E. W. BÖCKENFÖRDE, Darmstadt, 1976, dove si trovano saggi dello stesso BÖCKENFÖRDE, di M. RIEDEL, W. CONZE, E. ANGERMANN, H. EHMKE, C. von KROCKOW. Il volume, come l'intero dibattito su questo punto, oscilla tra il lavoro di analisi storica sulla disgregazione dell'antica *Ständesozietät* ed il passaggio ad una società divisa in classi, alla quale è conseguente e funzionale quella separazione di Stato e società, e la polemica ideologica tra chi sostiene una rigida separazione come ineliminabile presidio delle libertà individuali (Böckenförde) e chi vede in essa la fonte dell'alienazione del cittadino dalla vita pubblica e dalla partecipazione politica (von Krockow). Fa il punto sul dibattito, in forma estremamente sintetica, G. DILCHER, *Die Auseinanderentwicklung von Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815-1848*, in *Sozialwissenschaften im Studium des Rechtes*, volume IV, *Rechtsgeschichte*, a cura di G. DILCHER e N. HORN, München, 1978, pp. 67-82.

patrimonio del precedente assetto; ad un secondo livello, in direzione del rapporto tra Stato e società civile, ora che quest'ultima si presentava sempre più depoliticizzata, sempre più ridotta ai termini economici dello scontro conflittuale d'interessi.

La domanda, che qui ci poniamo, è quella dell'atteggiamento della scienza giuridica — che nel *Vormärz* è dominata dai dettami della Scuola Storica savigniana — di fronte ai fenomeni sopraindicati, del grado di consapevolezza che di questi essa ebbe. Come è noto, la produzione dei giuristi della Scuola Storica fu diretta essenzialmente al diritto privato ed alla storia del diritto, ma non si esaurì qui. Specialmente Savigny fu incline a porre questioni di metodo, e di definizione del ruolo della scienza giuridica, ed è appunto quest'ultimo il terreno che ci proponiamo di esplorare. Dietro ai problemi del ruolo della *Rechtswissenschaft*, del rapporto tra di essa, la legislazione, e la consuetudine, come fonti giuridiche, sta la questione centrale dello Stato, della riorganizzazione del presente, e delle forze cui affidare tale compito.

I. Su Savigny si è scritto molto, ma del molto che si è scritto poco si è dedicato al rapporto del fondatore della Scuola Storica con la sfera del 'pubblico' (14). Tuttavia, vecchie e nuove riflessioni, portando in primo piano i problemi del metodo e dell'idea di sistema nella Scuola Storica (15), possono sollecitare un primo tentativo di approfondimento nella direzione indicata.

(14) Per la biografia di Savigny, sono ancora da menzionare i vecchi contributi di R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, 2, München und Berlin, 1910, rist. 1957, pp. 185-253, e di A. STOLL, *Friedrich Carl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, 3 volumi, Berlin, 1927-1939; assai più recente l'intervento di J. SCHRÖDER, in *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderte*, Karlsruhe-Heidelberg, 1976. Per la letteratura su Savigny, indicazioni bibliografiche sono contenute nelle seguenti opere: E. WOLF, *Friedrich Carl von Savigny*, in *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1963⁴, pp. 467-542; D. STRAUCH, *Recht, Gesetz und Staat bei Friedrich Carl von Savigny*, Bonn, 1963²; G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, 1978, pp. 201-221. Altra letteratura sarà citata nel corso dell'analisi.

(15) Sono da ricordare: WILHELM, *Metodologia giuridica*, cit.; lo scritto del 1955, intitolato al nostro giurista, di F. WIEACKER, ora in *Gründer und Bewahrer*, Göttingen, 1959, pp. 107-143, e, dello stesso Autore, la *Privatrechtsgeschichte der*

Non v'ha dubbio, infatti, che nella stessa opera savigniana la riflessione metodologica conduca continuamente al ripensamento sul ruolo della scienza giuridica, e sul rapporto tra di essa e l'attività legislativa, facendo intravedere il grande tema dello 'Stato'.

A stimolare l'indagine in questo senso ha contribuito certamente la pubblicazione del corso di lezioni universitarie di Savigny dell'inverno del 1802-3, noto sotto il nome di 'Methodenlehre' (16).

Chi si accosti alla lettura di questa opera secondo la tradizionale chiave d'interpretazione delle dottrine savigniane, quella relativa all'origine del diritto nel *Volksgeist* e nella trama dei rapporti sociali consuetudinari, rimarrà stupito dalla centralità che qui rivestono la legge e lo Stato-legislatore. I termini 'Jurisprudenz', 'Rechtswissenschaft', 'Gesetzgebungswissenschaft', sono costantemente adoperati con assoluta indifferenza di significato, così come 'diritto' e 'legge' coincidono, nel senso che il primo viene ridotto alla seconda. La legge è l'unica fonte del diritto, e l'attività interpretativa viene circoscritta e limitata: Savigny si dichiara contrario all'interpretazione estensiva e restrittiva, e non ammette l'adozione di un criterio teleologico (17). Egli lamenta, anzi, a proposito dell'esercizio del potere legislativo di molti Stati tedeschi, una certa inerzia, che ha permesso uno strapotere della prassi, e la presunzione, da parte di quest'ultima, di muoversi in

Neuzeit, Göttingen, 1967², pp. 381-399; le prime pagine della *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* di K. LARENZ, Berlin, 1960, trad. ital. col titolo *Storia del metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966; le pagine, dedicate al tema, di R. ORESTANO, nella sua *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963², pp. 204-227; il saggio di E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts*, originariamente in *Collegium philosophicum. Studien Joachim Ritter*, Basel-Stuttgart, 1965, pp. 9-36, ed ora contenuto nella raccolta di saggi dello stesso Autore *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, 1976, pp. 9-42; il volume di G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966, e quello di A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, 1974.

(16) F. C. von SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm*, curata da G. WESENBERG, Stuttgart, 1951. Della *Methodenlehre* si sono occupati soprattutto Marini e Larenz, nelle opere citate alla nota precedente.

(17) *Ibid.*, p. 40 e ss.

una dimensione creativa ⁽¹⁸⁾. Il nostro giurista giudica questa situazione come pericolosa e generatrice di confusione nell'assetto delle fonti del diritto, e di tutta quanta la convivenza civile, e vede nella legge il punto d'appoggio ideale per la restaurazione di una dimensione più 'certa' ed 'oggettiva': la legge — si badi bene — e non lo Stato, nel senso del positivismo tardo-ottocentesco. Siamo ben lontani da una posizione che privilegi la legge in quanto prodotto dello Stato, e solo in quanto tale: qui, invece, il valore dell'atto legislativo è colto nella sua autonomia, nella sua intrinseca capacità razionale di essere elemento regolatore della convivenza civile.

Senza dubbio questo Savigny è influenzato dal tardo giusnaturalismo tedesco, dalle sistematiche wolffiane, dal mito settecentesco della razionalità e della completezza della legge, che viene considerata necessaria forma d'organizzazione, « strumento imparziale di una ragione al di sopra delle parti e delle vicende umane » ⁽¹⁹⁾. Si può senz'altro aggiungere che il Savigny che esalta l'idea di legge, e mette in primo piano i dogmi della sua necessaria completezza e razionalità, è figlio del settecento illuminista; il problema è però comprendere fino in fondo il significato della parola 'illuminista' nella Germania del 1802.

Tale data è, in primo luogo, un momento di discriminazione tra due fasi della storia della cultura e della politica tedesca. Tra il 1801 ed il 1802, con la pace di Lunéville, per intervento autoritativo di Napoleone, la *Kleinstaaterei* germanica subisce un drastico ridimensionamento, e Prussia ed Austria, per parte loro, vengono fortemente indebolite ⁽²⁰⁾; proprio a causa di tali eventi, e come contraccolpo rispetto ad essi, si apre il processo di rivendicazione dell'unità nazionale, che appare adesso più credibile e prossima, quanto meno nelle coscienze dei liberali tedeschi; si abbandonano i sogni cosmopolitici e giacobini della precedente generazione, sulla quale direttamente aveva influito l'evento della Rivoluzione Francese, ed il romanticismo si afferma come 'ideologia' domi-

⁽¹⁸⁾ *Ibid.*, p. 15.

⁽¹⁹⁾ MARINI, *Savigny e il metodo*, cit., p. 65.

⁽²⁰⁾ I circa trecento Stati tedeschi si riducono a trentasei; la Prussia perde le provincie renane, e con esse quattro milioni di sudditi.

nante nella nuova fase, rivendicante la 'specificità' della questione nazionale tedesca ⁽²¹⁾.

Certamente, già nel corso dello stesso '700 erano chiare le differenze dello sviluppo tedesco rispetto a quello francese, anche a livello economico e strutturale ⁽²²⁾, e soprattutto ci sembra ormai indubitabile il fatto che l'illuminismo tedesco ebbe più una funzione di sostegno all'assolutismo illuminato, che non di critica del potere costituito ⁽²³⁾; e tuttavia sarebbe deformante una visione del '700 tedesco, che lo appiattisse totalmente in questo senso ⁽²⁴⁾.

Prima di tutto, la Rivoluzione francese ebbe un largo influsso in Germania, e lo ebbe anche nel senso del rafforzamento delle

⁽²¹⁾ L'importanza della data del 1802 era già stata percepita da A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 ed il 1802*, Padova, 1962. Qui il 1802 è data di discriminare tra l'egemonia culturale del kantismo e quella del romanticismo.

⁽²²⁾ Per uno sguardo d'assieme, vedi N. MERKER, *L'illuminismo tedesco. Età di Lessing*, Bari, 1974², pp. 45 e ss. Sono nel Settecento, ed all'inizio dell'Ottocento, le origini della ideologia della 'via specifica' tedesca: sul punto, vedi il saggio di K. LENK, *Die Geburt des 'deutschen Wesens' in den Befreiungskriegen, in Staat und Volk. Strukturwandel politischer Ideologien im 19. und 20. Jahrhundert*, Berlin, Köln und Mainz, 1971, pp. 74-98.

⁽²³⁾ MERKER, *L'illuminismo tedesco*, cit., pp. 71-72, sull' "uomo borghese medio" tedesco postrivoluzionario, che solo parzialmente si scontra con i vecchi ceti nobiliari, fulcro del precedente assetto socio-politico, e che li contesta solo in quanto direttamente impediti lo sviluppo dei traffici del nascente capitalismo, ma non in quanto 'classe politica', che affianca il Principe nella gestione dello Stato. Ancora nella seconda metà del secolo tornerà — come vedremo — il tema dell'incapacità del borghese a costituirsi in classe politica dirigente. Sullo stesso tema, vedi NEGRI, *Alle origini*, cit., in particolare pp. 192 e ss. sulle insufficienze della borghesia tedesca, e sul suo ripiegarsi nell'alleanza con lo Stato assoluto. Anche K. EPSTEIN, nel volume *Die Ursprünge des Konservatismus in Deutschland 1770-1806*, Frankfurt am Main, Berlin und Wien, 1973 (tit. orig. *The genesis of german conservatism*, Princeton, Un. Press, 1966), mette in luce la debolezza dell'illuminismo tedesco alla fine del secolo.

⁽²⁴⁾ Alla tentazione di una meccanica contrapposizione tra carattere 'sovvertitore' dell'illuminismo francese, e carattere tendenzialmente 'conservatore' dell'illuminismo tedesco, sembra cadere TARELLO, *Storia della cultura giuridica*, cit., pp. 226-227, 259, 367-369. I 'due' illuminismi vengono rigidamente contrapposti anche da M. A. CATTANEO, in *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966, spec. pp. 69-86.

correnti democratiche e giacobine ⁽²⁵⁾; in secondo luogo l'illuminismo tedesco fu un fatto estremamente complesso ed articolato, fortemente dibattuto al proprio interno tra posizioni 'ufficiali' ed accademiche, strettamente funzionali al potere assolutistico, e correnti di opposizione, che si sforzavano di dare alla loro critica un peso politico nel senso dell'aspirazione al mutamento delle condizioni esistenti ⁽²⁶⁾. Nella realtà siamo dunque ben lontani da un illuminismo tedesco come coro monocorde, totalmente apologetico dei sovrani assoluti e delle loro riforme.

Due fatti sono tuttavia certi. Il primo è che la filosofia tedesca del Settecento non riuscì, alla fine del secolo, a porsi come filosofia della trasformazione sociale in senso borghese ed antif feudale, così come accadde in Francia; il secondo è dato dal contraccolpo che il '93 e la Costituzione giacobina ispirata al Contratto sociale di Rousseau ebbero in Germania. Da questo momento in poi, sovranità popolare e partecipazione del cittadino alla formazione della volontà politica costituiscono il secondo obiettivo polemico dei liberali tedeschi, accanto al dispotismo assolutistico. Libertà civile e libertà politica vengono contrapposte, e la prima viene privilegiata rispetto alla seconda ⁽²⁷⁾. L'ideale dei liberali tedeschi assume la forma di una società armonicamente regolata, dominata da un'istanza alla razionalità nascente dal suo stesso seno. Il compito dello Stato è solo quello di aiutare lo sviluppo di tale potenzialità già presente nelle maglie della società civile. In concreto, lo Stato deve unicamente farsi garante della libertà individuale, della definizione sicura delle sfere di azione di

⁽²⁵⁾ NEGRI, *Alle origini*, cit., pp. 266 e ss. Sui giacobini tedeschi, vedi il volume di N. MERKER, *Alle origini della ideologia tedesca*, Bari, 1977. Sull'influsso della Rivoluzione Francese in Germania, sono da consultare: J. DROZ, *L'Allemagne e la revolution francaise*, Parigi, 1949; F. VALJAVEC, *Die Entstehung der politischen Strömungen in Deutschland 1770-1815*, Monaco, 1951; A. NEGRI, *Stato e diritto nel giovane Hegel*, Padova, 1958 (spec. pp. 86 e ss. per la bibliografia fornita proprio sul tema della diffusione del pensiero rivoluzionario francese in Germania); E. NAUJOKS, *Die französische Revolution und Europa 1789-1799*, Stuttgart, 1969.

⁽²⁶⁾ MERKER, *L'illuminismo tedesco*, cit., pp. 79-154, 337-358, 387-437, dove Wolff, Lessing, Herder, Kant, la corrente giacobina, vengono illustrati secondo le loro differenziate posizioni.

⁽²⁷⁾ NEGRI, *Alle origini*, cit., pp. 200-210, 263-275.

ciascun cittadino. La libertà medesima diviene un fatto puramente negativo, di fissazione di un limite nei confronti dello Stato e degli altri individui, e perde ogni contenuto di carattere attivo e politico, d'intervento in senso trasformativo.

Questa è appunto la filosofia politica che il '700 tedesco lascia in eredità al secolo successivo. Essa concepisce le relazioni tra gli individui come luogo naturale di realizzazione delle *Sittengesetze*, di un'oggettività, che è necessaria razionalità. Essa è nemica sia del dispotismo illuminato come della democrazia giacobina, perchè vede entrambi come sistemi fondati sull'arbitrio, sull'assurda pretesa umana di sovvertire ciò che è naturalmente dato ⁽²⁸⁾.

Alla data del 1802, è questa la filosofia illuminista, con la quale Savigny fa i conti nella sua *Methodenlehre*; è ad essa che si deve ricorrere per spiegare l'idea savigniana di legge, i dogmi della sua necessaria completezza e razionalità. La 'ragione' ha rinunciato ad essere motore della critica sociale, per identificarsi con la 'razionalità', con un ordine naturale e necessario, di cui la legge è espressione coerente. Bene si è fatto, in questo senso, a sottolineare il rapporto tra Kant e Savigny ⁽²⁹⁾: entrambi osteg-

⁽²⁸⁾ In questa dimensione, è sicuramente collocabile lo Stato di diritto kantiano, inteso come 'Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen', polemicamente contrapposto al *Wohlfahrtsstaat* settecentesco, ma anche alle aspirazioni democratiche e giacobine. Sul tema, vedi F. SCHNABEL, *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert*, vol. II, *Monarchie und Volkssouveranität*, Freiburg, 1949², pp. 104-107; W. HENNIS, *Zum Problem der deutschen Staatsanschauung*, originariamente in *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 7 (1959), pp. 1-12, ora in *Politik als praktische Wissenschaft*, München, 1968, pp. 11-37; U. SCHEUNER, *Hegel und die deutsche Staatslehre des 19. und 20. Jahrhunderts*, in *Studium Bero-linense. Aufsätze und Beiträge zu Problemen der Wissenschaft und zur Geschichte der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin*, a cura di H. LEUSSINK, E. NEUMANN, G. KOTOWSKI, Berlin, 1960, pp. 129-151, spec. pp. 131-136; tra i più recenti contributi, ricordiamo infine H. KRÜGER, *Kant und die Staatslehre des 19. Jahrhunderts. Ein Arbeitsprogramm*, in *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehungen im 19. Jahrhundert*, a cura di J. BLÜHDORN e J. RITTER, Frankfurt am Main, 1969, pp. 49-56.

⁽²⁹⁾ H. KIEFNER, *Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, in *Philosophie und Rechtswissenschaft*, cit., pp. 22-25 (specificamente dedicate al rapporto Kant-Savigny). Vedi anche W. TEGTHOFF, *Kant und Savigny. Der Einfluss des deutschen Idealismus, insbesondere Kants auf F. C. von Savigny*, Dissertazione, Frankfurt am Main, 1952.

giano l'intervento dello Stato sugli automatismi della società, poichè entrambi sentono tale intervento come portatore di arbitrio e di soggettività nella sfera della certezza e dell'obiettività, poichè entrambi credono nella capacità di autoregolazione della società medesima, nell'ordine etico-giuridico in essa insito.

È chiaro, allora, che per Savigny il diritto per eccellenza è il diritto privato, come sede privilegiata di elaborazione delle regole di questi automatismi sociali, della realizzazione di quell'ordine razionale. Altrimenti non si sarebbe in grado di capire come lo stesso Savigny, nella *Methodenlehre*, possa porre al centro della sua indagine lo Stato-legislatore, e poi escludere lo Stato medesimo dal campo della giurisprudenza: « Vi sono dunque solo due grandi partizioni della giurisprudenza: scienza del diritto privato e scienza del diritto criminale. In nessun modo il diritto statutale — l'esposizione sistematica della costituzione statale — è riconducibile al concetto della giurisprudenza »⁽³⁰⁾. La scienza giuridica rinuncia al terreno dello Stato, perchè non ravvisa in esso il motore dell'organizzazione dei rapporti civili, che è costituita invece dalla razionalità insita in quei medesimi rapporti.

Il problema è dunque scientifico, di scoperta di quella razionalità, e la sua soluzione è affidata al ceto dei giuristi, e sganciata dallo Stato, che rimane solo un presupposto di fatto, generatore della legislazione⁽³¹⁾. Si potrebbe dire, in sintesi: il problema è la riorganizzazione razionale dell'esistente, e non l'intervento po-

⁽³⁰⁾ SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 13 (cit. secondo la trad. ital. contenuta nel volume di MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica*, cit., p. 57).

⁽³¹⁾ In questo senso si pronuncia con chiarezza G. DILCHER, *Der rechtswissenschaftliche Positivismus. Wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXI.4 (1975), pp. 518-519, ora anche in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Atti del terzo Congresso Internazionale della società italiana di Storia del diritto, vol. I, Firenze, 1977, pp. 123-148. Dell'esclusione savigniana dello Stato dall'interesse scientifico della giurisprudenza si occupano anche MARINI, *Savigny e il metodo*, cit., pp. 68 e ss., ed A. HOLLERBACH, *Der Rechtsgedanke bei Schelling. Quellenstudien zu seiner Rechts- und Staatsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1957, pp. 297-298 e 309-310. Quest'ultimo contributo, specificamente dedicato a Schelling, è comunque interessante per il rapporto Schelling-Savigny: non possiamo qui neppure accennare ai complessi problemi inerenti ai punti di contatto e di divergenza tra l'atteggiamento del primo e del secondo riguardo al problema dello Stato.

litico su di esso. La legge è lo strumento di tale riorganizzazione, e lo può essere in quanto viene staccata dalla volontà politica del legislatore, ed affidata alla capacità di elaborazione sistematica della *Rechtswissenschaft*.

È certo, dunque, che Savigny è figlio del Settecento tedesco, subisce l'influsso di Kant, sostiene i dogmi illuministici della completezza e della razionalità della legge, ma è altrettanto certo che tutto ciò si converte in lui in un antiilluminismo di fatto, come possiamo capire se riusciamo a tener conto delle reali conquiste della filosofia settecentesca a livello europeo. A questo proposito è stato detto con molta esattezza: « Lo sforzo di saldare le teorie giusnaturalistiche ai fatti, ossia di realizzarle sul piano politico, indicandone gli ostacoli (allora) più seri in alcune precise concentrazioni di interessi: questo fu il contenuto più importante dell'esperienza giuridica illuministica; aver posto per la prima volta in termini decisamente politici il problema del diritto: questo è il più valido insegnamento ch'essa trasmise al pensiero liberale » (32).

Per questo illuminismo, che non è quello di Savigny, il diritto è strumento d'intervento, e di trasformazione dell'esistente; per esso la legge è scopertamente volontà politica, e la politica sta a fondamento della legislazione. Ed è precisamente in questo senso che Savigny è profondamente antiilluminista: il suo kantismo, nel 1802, è annunziatore della successiva egemonia culturale romantica.

Del resto, già alla fine del secolo precedente era cominciata la guerra ideologica contro la Rivoluzione francese, contro gli eccessi giacobini, e, sul piano filosofico, contro le posizioni criticorazionaliste. Sempre di più si esaltavano i valori della storia e della tradizione. Ne è una testimonianza efficace la straordinaria fortuna in terra germanica delle 'Reflections on the revolution in France' di Burke, che divennero il modello di riflessione per i teorici tedeschi lanciati nella polemica antirazionalista (33).

(32) R. AJELLO, *La rivolta contro il formalismo*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, cit., vol. II, p. 755.

(33) Per l'analisi di questo clima culturale e politico di fine secolo, vedi G. MARINI, *L'opera di G. Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, 1969, pp. 81-109, ed anche NEGRI, *Alle origini*, cit., pp. 392 e ss., oltre alle opere di storia generale di DROZ, VALJAVEC, NAUJOKS, già citate alla nota 25.

La fiducia e la fede nella storia s'accompagnano a « pessimismo sulle forze dell'uomo e scetticismo sulla politica in generale »; la storia medesima finisce per divenire una forza oggettiva, allo sviluppo della quale l'uomo non può collaborare ⁽³⁴⁾. L'uomo è il prodotto dello stratificarsi delle esperienze nel tempo, ed è dominato dal suo passato, incapace di reagirvi.

Così anche le istituzioni politiche, e principalmente lo Stato, che è concepito come il risultato di un processo naturale e necessario: nasce l'ammirazione per la Costituzione inglese, armonicamente costruita nel rispetto della tradizione storica, e contrapposta al modello francese dominato dalle pretese unilaterali della politica e della teoria.

Non v'ha dubbio che il Savigny del 1802 è influenzato da questo filone di pensiero, dall'opera di Burke e dei suoi seguaci in terra germanica ⁽³⁵⁾. Del resto, questo clima generale, politico e filosofico, era già penetrato nella scienza giuridica per opera di Gustav Hugo ⁽³⁶⁾. Il suo 'Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts' ha la sua prima edizione nel 1797 in forma di lezioni per gli studenti, e, nel 1799, la seconda in forma pienamente scientifica. In esso si esalta il valore della legge come positività esistente, risultato di un processo storico, che è contemporaneamente causa e titolo di legittimazione di essa ⁽³⁷⁾.

⁽³⁴⁾ NEGRI, *Alle origini*, cit., p. 335.

⁽³⁵⁾ Ricordiamo i nomi di Brandes e di Gentz: sulla loro opera, vedi ancora NEGRI, *Alle origini*, cit., pp. 338 e ss.

⁽³⁶⁾ G. HUGO (1764-1844). Allievo di Pütter, dal 1788 Straordinario, dal 1792 Ordinario all'Università di Göttingen. Proprio quella Università fu il centro della recezione dell'opera di Burke in Germania. Sulla sua figura, vedi MARINI, *L'opera di G. Hugo*, cit., *passim*.

⁽³⁷⁾ Nell'opera di Hugo troviamo già la scelta per il diritto privato come diritto per eccellenza, come « diritto che si fa da sè stesso », dotato del grande vantaggio della « naturale spontaneità », e della « continuità », come osserva MARINI, *L'opera di G. Hugo*, cit., p. 44. Lo stesso Autore può così concludere su questo punto: « i mutamenti costituzionali, gli errori dell'autorità, non sono in grado di danneggiare i singoli, perché essi continuano a godere di quel diritto privato che si è costituito in modo spontaneo, indipendentemente dal potere politico » (p. 45).

Si può allora meglio capire il Savigny della *Methodenlehre*, quando afferma: « La scienza della legislazione è scienza storica. La necessità dello Stato stesso riposa su ciò, che tra i singoli sia inserito qualcosa, che limiti, nei loro rapporti reciproci, la signoria dell'arbitrio dei singoli. Tale è appunto il compito dello Stato in sè: esso costituisce in sè un siffatto elemento intermedio; è però la funzione legislativa, che svolge immediatamente tale ufficio », e più avanti: « Ogni sapere derivante da un dato obbiettivo si definisce sapere storico, di conseguenza l'intero carattere della scienza della legislazione deve essere storico » ⁽³⁸⁾.

Lo Stato in generale, e la singola disposizione legislativa, esistono in quanto la storia li ha prodotti, o, meglio, secondo il modello savigniano, in quanto essi costituiscono delle risposte alla tendenza naturale e necessaria, insita nella comunità umana, ad autoregolarsi; scompare completamente, nell'ambito della scienza della legislazione, l'indagine sulla rispondenza della legge a certi principii (di diritto naturale), o a certi bisogni (sociali). Il diritto naturale è tutto nella storia, l'ordinamento positivo è necessariamente tutto di diritto naturale; scompare la possibilità di una critica teorica dell'esistente, del presente storico, la possibilità di una critica di diritto naturale al diritto positivo.

È necessario, dunque, sul nostro tema specifico, andare al di là della conclamata esclusione dello Stato dal terreno della giurisprudenza. È questo il dato più esteriore, sotto al quale sta qualcosa di più fondante e decisivo. Esiste, prima di tutto, un rapporto di 'fiducia' tra scienza giuridica e Stato; quest'ultimo è certamente escluso dalla giurisprudenza, ma nello stesso tempo è presupposto di essa, in quanto Stato-legislatore. L'indifferenza di Savigny nei confronti dello Stato denota 'fiducia' in esso, perchè la *Rechtswissenschaft* è chiamata a lavorare sui dati forniti dal legislatore.

È vero che nella *Methodenlehre* i termini Stato-politica-arbitrio e scienza giuridica-diritto-obbiettività sono già polemicamente contrapposti; è vero che tutto il volume è percorso dall'idea di sistema ⁽³⁹⁾ — e ciò nel senso dell'affermazione di uno spazio opera-

⁽³⁸⁾ SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 14 (citato secondo MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica*, cit., p. 58).

⁽³⁹⁾ MARINI, *Savigny e il metodo*, cit., ha messo in luce come la scienza della

tivo autonomo per la scienza giuridica —, ma ancora non si giunge alla teorizzazione di uno sviluppo affidato al ceto dei giuristi, in contrapposizione ad un modello in cui elemento centrale sia il potere politico. Il rapporto tra scienza giuridica e potere politico, secondo il Savigny del 1802, è dato, appunto, dalla fede in uno Stato « derivante dalla profondità delle tradizioni », ad esse fedele, « strumento naturale della comunità » (40). Lo Stato, insomma, come il diritto, è del tutto inserito nello sviluppo continuo ed organico della storia, non sfugge alle sue leggi, ha limitata capacità di arbitrio: per questo può essere solido presupposto del lavoro della scienza giuridica.

Possiamo ora comprendere con maggiore precisione le note pagine del 'Beruf' (41). Questo saggio non deve essere letto sotto l'angolazione dell'opportunità o meno di un Codice per la Germania, poichè ciò non rappresenta altro che un'occasione, che Savigny sfrutta per rimeditare sul tema della produzione del diritto, e del rapporto legislatore-scienza giuridica.

Nel 1814 — data della prima edizione del *Beruf* — la situazione è cambiata rispetto al 1802, e diverse sono le soluzioni. Prima di tutto si è incrinata la fiducia savigniana nella naturalità delle istituzioni, ed il senso di continuità tramandato dal Settecento riformatore è inevitabilmente messo in crisi dal ritmo crescente del succedersi degli avvenimenti politici dell'inizio del secolo. Il giurista non poteva più limitarsi ad una posizione d'indifferenza, e di tendenziale fiducia, nei confronti dello Stato, non poteva più concepire il legislatore necessariamente come 'strumento naturale della comunità'. Il giurista doveva uscire dalla sfera del dibattito metodologico e storico-filosofico, per entrare nel ter-

legislazione sia per Savigny insieme storica e filosofica: lo spazio della filosofia è appunto quello del sistema, dello sforzo interpretativo della scienza giuridica.

(40) *Ibid.*, p. 62.

(41) F. C. von SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, qui citato secondo il volume *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, curato da J. STERN, Berlin, 1914, rist., Darmstadt, 1959. Vecchia, e del tutto inadeguata, la traduzione italiana di Tedeschi, *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza, opera di F. C. di Savigny, preceduta da un'introduzione generale e da un discorso sugli scritti di lui e sulla scuola storica*, Verona, 1857.

reno del concreto intervento politico: questo è precisamente il passaggio dalla *Methodenlehre* al *Beruf*. Quest'ultimo è, in definitiva, una sorta di statuto dei compiti della scienza giuridica, che si costituisce come forza storica autonoma, e pone la sua candidatura, in opposizione a quella dello Stato-legislatore, ad essere centro dell'opera di riunificazione del tessuto giuridico nazionale.

Nel 1815, Savigny, introducendo il primo numero della « *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* », concepita fin dalla sua nascita come organo ufficiale della Scuola Storica ⁽⁴²⁾, pone proprio questi temi al centro dell'attenzione. Egli inizia registrando uno stato di divisione, presente all'interno della scienza giuridica tedesca, tra Scuola Storica e « non-storica » ⁽⁴³⁾; egli vede, cioè, tutto il fulcro del dibattito nella questione del rapporto tra passato e presente, ed enuncia qui il credo storico-filosofico della Scuola da lui promossa: « Ogni epoca non produce da sè ad arbitrio il suo mondo, ma fa ciò in una inscindibile comunione con l'intero passato. Ogni epoca, quindi, deve riconoscere qualcosa di dato, che è ad un tempo necessario e libero; necessario, in quanto non dipende dal particolare arbitrio del presente; libero, perchè non deriva da un qualsiasi arbitrio estraneo e particolare (come il comando del padrone al suo schiavo), ma è prodotto piuttosto dalla natura superiore del popolo, intesa come un tutto in perenne divenire e svolgimento » ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ F. C. VON SAVIGNY, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, diretta da F. C. VON SAVIGNY, C. F. EICHORN, J. F. L. GÖSCHEN, volume I, Berlino, 1815, pp. 1-17.

⁽⁴³⁾ *Ibid.*, p. 2 (citato secondo la traduzione italiana contenuta nel volume di MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica*, cit., p. 74).

⁽⁴⁴⁾ *Ibid.*, pp. 3-4 (cit. secondo MAZZACANE, p. 75). Non ci soffermiamo qui specificamente sulle caratteristiche della nozione di 'storia' in Savigny, sia perchè il tema è talmente centrale da ritornare in tutta la nostra trattazione, sia perchè sono già stati forniti sul punto alcuni notevoli contributi, seppur in forma abbreviata, o, spesso, addirittura, di mera enunciazione. Ci limitiamo a ricordare ancora una volta i saggi di BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule*, cit., *passim*; MARINI, *Savigny e il metodo*, cit., spec. pp. 93 e ss.; MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica*, cit., spec. pp. 21-25, oltre all'articolo di A. SCHIAVONE, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in *Democrazia e diritto*, XIII.2 (1973), pp. 65-86. Dai risultati di queste indagini, si possono sinteticamente trarre le seguenti conclusioni: 1) la storia del diritto è per Savigny principalmente storia della scienza

Secondo l'autore del *Beruf*, sono appunto queste proposizioni quelle che risultano inaccettate dai giuristi che stanno al di fuori della Scuola Storica: il punto di contrasto è dato dalla loro presunzione di poter mutare arbitrariamente il proprio presente. Dalla generale visione storico-filosofica Savigny passa poi, di seguito, alle tematiche specifiche, che a noi più interessano: « La scuola storica ritiene che il patrimonio giuridico sia dato dall'intero passato della nazione, non per arbitrio, in modo che a caso potrebbe essere tale, oppure un altro, bensì che derivi dall'essenza più intima della nazione stessa e della sua storia ... La scuola non storica ritiene al contrario che il diritto sia prodotto in ogni momento dall'arbitrio delle persone cui è rimesso il potere legislativo, del tutto indipendentemente dal diritto dell'età trascorsa, seguendo soltanto il convincimento preferibile nell'immediato»; ed ancora: « L'ufficio del potere legislativo, quello del giudice e specialmente la trattazione scientifica del diritto, tutto diventa radicalmente diverso, a seconda dell'una o dell'altra veduta » (45). Qui l'argomento della storicità del diritto è chiaramente adoperato per fondare un progetto d'intervento sulla realtà concreta, a capo del quale stia lo « spirito scientifico, il quale è in grado di purificare il lavoro dei giuristi, anche il loro comune e pratico lavoro » (46),

za giuridica, e la continuità della storia è data dallo sviluppo della tradizione culturale della scienza medesima; 2) la nozione di *Volk* è priva di qualsiasi riferimento socio-economico, ed è concepita come entità naturale e culturale, depositaria dei valori del passato; 3) storia e sistema non sono in Savigny nozioni contrapposte, sia che si veda il loro punto di contatto sotto il profilo della storicizzazione delle sistematiche giusnaturalistiche (Marini), sia che lo si veda nel senso della formalizzazione e della giuridicizzazione dei processi storici (Böckenförde e Mazzacane). In un modo o nell'altro, si è messa in discussione la tradizionale interpretazione, che vedeva 'due' Savigny, uno 'storicista' ed uno 'dogmatico', tra loro contrapposti. Per quanto riguarda l'Italia, questo tipo d'interpretazione aveva la sua origine nel noto volume di G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940, pp. 52 e ss., 152 e ss. La scoperta della sostanziale unità dell'opera savigniana non deve però indurre nell'errore opposto di appiattimento della figura del Maestro della Scuola Storica, di sua riduzione dentro un unico schema, valido dalla *Methodenlehre* fino al *System*.

(45) SAVIGNY, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, cit., p. 6 (citato secondo MAZZACANE, pp. 76-77).

(46) F. C. von SAVIGNY, *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, III (1816), pp. 1-52, p. 45 per la frase

e che si dirige contro la tendenza, secondo Savigny da combattere, « a tutto governare e sempre più voler governare » (47).

Quando il Maestro della Scuola Storica contrappone senso della storicità a volontarismo politico, in verità contrappone la scienza giuridica, concepita come forza storica autonoma, all'intervento del potere legislativo (48). Il compito della scienza non è più quello — come nella *Methodenlehre* del 1802 — di lavorare in senso sistematizzante nei confronti dei dati offerti dallo Stato-legislatore, in necessaria armonia con esso, ed accettando come base del proprio lavoro le regole giuridiche così come sono espresse nelle leggi, ma è costituito invece dalla necessità di rappresentare la sfera dell'obiettività e della certezza, in contrapposizione all'arbitrio sempre presente negli interventi del legislatore.

Il giurista-scienziato non accetta più il filtro della regola contenuta nella disposizione legislativa, e procede ad un'indagine diretta sul *Volksrecht*, cioè è lui direttamente l'interprete della coscienza giuridica collettiva, nella quale vengono ad essere reperiti gli istituti giuridici, che diventano il metro di misura di tutta l'esperienza giuridica: il rapporto si ribalta, ed è la scienza giuridica, in possesso esclusivo dell'esatta nozione di istituto, che verifica la rispondenza della prassi, ed in particolare della regola con-

citata (secondo MAZZACANE, p. 81). L'articolo fu ripubblicato dallo stesso Savigny in appendice alla seconda edizione del *Beruf*, Heidelberg, 1828, pp. 163-191.

(47) *Ibid.*, p. 44 (citato secondo MAZZACANE, p. 80).

(48) Da ricordare, a proposito della contrapposizione contenuta nel *Beruf* tra scienza e legislazione, tra 'obiettività' ed 'arbitrio', il saggio di H. THIEME, *Savigny und das deutsche Recht*, in *ZSS-GA*, 80 (1963), pp. 1-26, il quale ci fornisce preziose indicazioni su due lezioni di Savigny, una del 1814, di poco antecedente alla pubblicazione del *Beruf*, ed una del 1838, nelle quali si ripropone molto chiaramente l'alternativa tra le 'zwei Ansichten': quella che vede il dato giuridico come dipendente dalla mutevole volontà del legislatore, e quella che lo aggancia alla solida base della natura storico-organica del *Volk*, e lo pone con ciò a disposizione dell'elaborazione scientifica della giurisprudenza. I passi delle lezioni di Savigny, che ci interessano, sono da Thieme riportati alla nota 54 delle pp. 20-21. Da tener presente anche il più recente lavoro di J. RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtslehre 1802-1880*, Berlin, 1974, pp. 203-213, il quale così conclude a proposito del rapporto savigniano scienza-legislazione: « Er sieht alle Willkür beim Gesetzgeber, alle Sicherheit bei einer wissenschaftlichen Jurisprudenz » (p. 208).

tenuta nell'atto legislativo, all'istituto medesimo (49). L'elemento unificante non è più fornito dai dogmi settecenteschi della completezza e della necessaria razionalità della legge, ma dallo 'spirito scientifico', dal lavoro del ceto dei giuristi. Qui sta la sintesi della proposta contenuta nel *Beruf*.

Non è certo un caso che le prime pagine del volume siano dedicate all'individuazione del ceto dei giuristi come soggetto storico autonomo, che si afferma a certi livelli di civiltà come « abgesonderter Stand »: esso reclama la sua competenza per una « besondere Wissenschaft », che costituisce « das technische Element » del diritto (50).

La distinzione tra lato tecnico e politico del diritto — quest'ultimo dato dal diritto come componente del *Volksleben* — ritorna a proposito del giudizio sulla codificazione napoleonica. In essa è prevalso nettamente — secondo Savigny — l'aspetto politico su quello tecnico: ciò significa che il Codice si è fatto strumento della Rivoluzione vincente, negando non solo l'antica Costituzione, ma anche una parte del diritto civile esistente: esso si pone, insomma, in funzione di trasformazione della realtà (51). Il lato tecnico del Codice è invece quello dell'elaborazione scientifica dell'esistente, del diritto già presente (52); in questo caso l'istituto

(49) Sulla rilevanza della figura dell'istituto giuridico come dato fondante lo spazio autonomo e creativo della scienza giuridica, vedi LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 8-16; W. WILHELM, *Savignys überpositive Systematik*, in *Philosophie und Rechtswissenschaft*, cit., pp. 123-147; M. BRETONE, *Tradizione ed unificazione giuridica in Savigny*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VI (1976), pp. 189-192. L'istituto giuridico viene 'scoperto' dalla scienza giuridica nella coscienza giuridica collettiva, e viene poi da essa coordinato in sistema con gli altri istituti. La conoscenza di tutto ciò, la 'scoperta' di una sorta di 'ordine naturale', è monopolio della scienza giuridica, la quale dunque — solo essa — può operare una verifica critica del diritto positivamente esistente sotto la forma della rispondenza della singola regola all'istituto giuridico. Sullo stesso tema, è da tener presente anche il recente saggio di M. BRUTTI, *L'intuizione della proprietà in Savigny*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6 (1976-77), pp. 41-103, spec. 43-52 sull'istituto giuridico, come dato riconosciuto dalla scienza, e filtrante tutta quanta l'esperienza giuridica.

(50) SAVIGNY, *Beruf*, cit., p. 12.

(51) *Ibid.*, p. 55.

(52) *Ibid.*, p. 58.

giuridico non è fondato sulla proposta politica di trasformazione della società in una certa direzione, ma sul lavoro scientifico del giurista, che ha proceduto all'osservazione dei rapporti giuridici concretamente esistenti.

Quest'ultima è appunto la proposta di Savigny per la Germania: per essa è adatto solo quel tipo di 'Codice', al centro del quale non sia l'opzione politica trasformatrice, ma solo l'istanza razionalizzatrice dell'esistente, sistematizzante nei confronti di esso⁽⁵³⁾. Anche Savigny riconosce i mali della situazione a lui contemporanea, il caos delle fonti di diritto, e l'incapacità di dominarle, ma propone un'opera di semplificazione e sistematizzazione, e giudica invece « unmöglich, die Natur der bestehenden Rechtsverhältnisse umzuwandeln »⁽⁵⁴⁾; è possibile « nur Entwicklung, aber nicht absolutes Ende und absoluter Anfang »⁽⁵⁵⁾.

Il diritto, per Savigny, non può essere, in Germania, strumento di cancellazione di un vecchio assetto e momento di sanzione del nuovo, non può essere elemento e fattore di trasformazione rivoluzionaria; in breve, secondo la sua terminologia, non può far prevalere in sé l'aspetto 'politico', ma deve invece considerarsi un dato obbiettivamente preesistente, e gradualmente sviluppantesi: alla scienza giuridica il compito di 'scoprire' le condizioni di tale esistenza ed i tempi di tale sviluppo. Ecco la prevalenza, auspicata da Savigny per la Germania, dell'elemento 'tecnico', che è poi prevalenza della scienza giuridica sulla legi-

(53) Su questa idea di 'Codice' in Savigny, vedi ancora BRETONE, *Tradizione ed unificazione*, cit., pp. 192-194, e, inoltre, il saggio di P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des 'Berufes'*, in *ZSS-GA*, 86 (1969), pp. 97-176, spec. p. 163. Il saggio di Caroni ha avuto il merito di aver riscoperto il *Beruf* sotto il profilo della concreta proposta avanzata alla scienza giuridica del tempo, togliendo l'indagine dalle secche delle contrapposizioni di etichette, come giusnaturalismo-storicismo, Codice-rifiuto del Codice. Caroni ha poi ripreso il suo discorso nel saggio *Savignys Beruf und die heutige Krise der Kodifikation*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 39 (1971), pp. 451-476, e, ancor più recentemente, a proposito del giudizio di Savigny sulla codificazione austriaca: *Der unverständene Meister? Savigny's Bemerkungen zum österreichischen ABGB*, nella *Festschrift Hermann Balll*, curata da K. EBERT, Innsbruck, 1978, pp. 107-122.

(54) SAVIGNY, *Beruf*, cit., p. 112.

(55) *Ibid.*, p. 113.

slazione, ed, in fondo, del diritto sulla politica, qui sentita come presunzione, da parte dell'uomo, di sconvolgere i tempi e le condizioni esistenti *in rerum natura*, ed identificata con il primato del legislatore rivoluzionario.

Osteggiando il Codice, Savigny osteggia dunque un modello complessivo di sviluppo, dove siano dominanti i termini ' politica ' e ' legislazione ', e vede, invece, in contrapposizione a queste soluzioni, il vero rimedio ai mali del presente « *in einer organisch fortschreitenden Rechtswissenschaft* » ⁽⁵⁶⁾.

A questo proposito, è illuminante quanto lo stesso Savigny afferma, dopo aver scritto il *Beruf*: « Io ho contestato le tesi di Thibaut per ragioni interne, ma noi eravamo d'accordo circa lo scopo esterno e politico: l'unità della Nazione Tedesca; egli intendeva conseguire questa unità attraverso un Codice comune, io attraverso una comune impostazione degli studi giuridici » ⁽⁵⁷⁾. Qui Savigny esplicita quanto fino ad ora siamo andati sostenendo: lo ' scopo esterno e politico ' dell'unità della Nazione Tedesca è affidato alla scienza giuridica, la quale si costituisce come forza storica autonoma, e pone la sua candidatura ad essere il soggetto protagonista del processo di riorganizzazione dell'esistente. L'elemento unificante non viene dato da un testo di legge imposto autoritativamente, ma da una cultura e da una tradizione comuni: per questo, per Savigny è così importante l'assetto dell'Università, la ' comune impostazione degli studi giuridici '. Egli ricerca l'unità « nel possesso degli strumenti teorici necessari per il controllo della prassi, nell'educazione giuridica (e umanistica) di un ceto professionale egemone » ⁽⁵⁸⁾.

È qui il primo momento del rigoglioso sviluppo del noto *Juristenrecht* o *Professorenrecht*, che diventa una caratteristica specifica dell'800 tedesco, specialmente in confronto alla situazione Inglese, dove il predominio è dei giuristi pratici e dei giudici, o

⁽⁵⁶⁾ *Ibid.*, p. 161.

⁽⁵⁷⁾ F. C. von SAVIGNY, Recensione a Gönner, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I (1815), p. 411. La traduzione italiana è quella, ormai vecchia, di A. Turchiarulo, in F. C. di SAVIGNY, *Ragionamenti storici di diritto*, Napoli, 1852, parte III^a, p. 128.

⁽⁵⁸⁾ BRENONE, *Tradizione ed unificazione*, cit., p. 209.

a quella Francese, dove l'elemento centrale è dato dal potere politico e dal legislatore ⁽⁵⁹⁾.

Quando parliamo di *Juristenrecht*, intendiamo in concreto parlare di quella fascia di giuristi, che oggi va sotto il nome di 'dottrina'. Savigny collocava questi *Professoren* a monte di tutta l'esperienza giuridica, del legislatore, dei giudici, degli avvocati. Il loro compito era quello di filtrare ed interpretare tutto il diritto vigente, svolgendo così una funzione unificante rispetto ai movimenti, spesso confusi, della prassi giudiziaria e legislativa. Questi *Professoren* sono, in definitiva, i titolari della 'scienza', poichè sono essi gli interpreti esclusivi del *Volksrecht*, sono loro i costruttori dei vari istituti giuridici. Il pregio della loro interpretazione è quello di essere « sempre identica, identica in quanto scientifica » ⁽⁶⁰⁾.

Savigny non ha mai proposto l'abolizione dei diritti locali, relativi ai vari *Länder*, o del valore suppletivo del diritto comune, o dell'*Allgemeines Landrecht* Prussiano, o del Codice Austriaco, proprio perchè pensava che fonti così disparate potessero convivere grazie al momento unificante della scienza, all'interpretazione ob-

⁽⁵⁹⁾ In tal senso si sono espressi anche C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-54. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, 1958, pp. 368-429, spec. pp. 413 e ss., e E. FORSTHOFF, *Lo Stato moderno e la virtù*, in *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, pp. 11-27, che considera centrale questo momento della educazione dei giuristi secondo i canoni della Scuola Storica, la quale cercò di lavorare perchè essi acquisissero « una forma mentis scientifica », ed un'alta consapevolezza del proprio ruolo nella storia dell'Ottocento tedesco (p. 17). Più recentemente, si sono espressi nello stesso senso G. PUGLIESE, *I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, cit., vol. I, pp. 29-72, spec. pp. 64-65; DILCHER, *Der rechtswissenschaftliche Positivismus*, cit., p. 126 ed H. COING, *Die Juristenausbildung der deutschen Historischen Schule als eines der Modelle des 19. Jahrhunderts*, in *L'educazione giuridica*, I, *Modelli di università e progetti di riforma*, Perugia, 1975, pp. 115-134, spec. pp. 120-134 per la dominanza ottocentesca del programma di educazione dei giuristi nelle Università tedesche, secondo i modelli di Savigny e della Scuola Storica.

⁽⁶⁰⁾ G. TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXV (1971), pp. 1-18 (p. 13 per il passo citato).

biettiva, che essa dava, della coscienza giuridica collettiva, e degli istituti giuridici, in essa contenuti ⁽⁶¹⁾.

In conclusione, questa è la situazione che Savigny auspica, o che comunque è presupposta alla sua teoria: « una dottrina giuridica univoca, produttrice di un sistema accolto da tutti; una giurisprudenza prona alla dottrina; scarsa produzione di leggi nuove » ⁽⁶²⁾.

Savigny ebbe il grande merito di aver saputo guardare al di là della questione dell'introduzione del Codice, di aver capito che era in gioco l'assetto complessivo del sistema delle fonti di diritto. Egli vide con chiarezza la lotta in atto tra il vecchio assetto, eminentemente pluralistico, con al centro la capacità di elaborazione e di sintesi della scienza giuridica, ed il nuovo, monolitico, con al centro la figura del legislatore, inconciliabile con un qualsiasi ruolo produttivo della scienza giuridica; sentì, con lucida consapevolezza, di vivere in un'età di rivoluzione nel modo d'intendere e di praticare il dato giuridico, e fu partigiano del vecchio ordine, che egli cercò di sostenere mediante una rinnovata centralità della *scientia iuris*.

Ma non è solo il ceto dei giuristi ad uscire esaltato da questa prospettiva; è lo stesso dato giuridico che viene affermato come centrale nello sviluppo complessivo della società di quel tempo.

Savigny crede, insomma, che tutte le tensioni della sua epoca — che certamente egli avvertì, sia pure solo a livello politico-istituzionale, e molto meno a livello sociale ed economico — siano riconducibili ad un'ipotesi di sviluppo organico e graduale, nella quale il diritto, e la elaborazione scientifica, costituiscano gli elementi centrali ⁽⁶³⁾. La politica, intesa come aspirazione dell'uo-

⁽⁶¹⁾ Tutta la storia dei criteri d'interpretazione della legge nell'Ottocento tedesco può forse essere riassunta nel contrasto tra una visione 'soggettivistica' (la volontà del legislatore), ed una 'oggettivistica' (la 'coscienza giuridica collettiva'): Savigny è certamente il campione della seconda. Su questo punto, è da tener presente il lavoro di C. A. REUTERSKIÖLD, *Über Rechtsauslegung. Eine rechtsdogmatische Prinzipienuntersuchung*, Uppsala, 1899, *passim*.

⁽⁶²⁾ TARELLO, *Orientamenti*, cit., p. 15.

⁽⁶³⁾ M. KÖHLER, nel suo saggio *Die Lehre vom Widerstandsrecht in der deutschen konstitutionellen Staatsrechtstheorie der I. Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Berlin, 1973, risale dal problema specifico del diritto di resistenza a questioni più generali. Qui

mo a mutare le situazioni storiche alla luce dei propri ideali e dei propri interessi, viene sentita da Savigny come necessariamente disgregante, necessariamente concorrente con il dominio del dato giuridico. Lo stesso Stato rappresenta un dato potenzialmente ostile, facile preda degli influssi politici o degli interessi economici del momento: contro le pretese della politica è da affermare l'ordine giuridico, contro il volontarismo statale le certezze della *scientia iuris*.

Il dominio della Scuola Storica nel *Vormärz* si traduce nella prevalenza, presso i giuristi, di questo tipo di sensibilità nei confronti dello Stato, dell'azione del legislatore, e della sfera della politica, ma il quadro della scienza giuridica prequarantottesca non è così monolitico: vi sono anche giuristi critici verso questa impostazione dominante, ed esistono tensioni all'interno della stessa Scuola Storica. Ai prossimi paragrafi il compito di far luce su questi aspetti.

II. All'idea di una politica legislativa, di una consapevole programmazione dell'intervento dello Stato, faceva ostacolo, non solo l'affermata centralità della scienza giuridica, nei termini che già abbiamo visto, ma anche una lunga tradizione culturale, di cui quell'idea di centralità era espressione, e che, a sua volta, da essa veniva rinnovata nel corso dell'Ottocento tedesco.

L'idea di un diritto come patrimonio scientifico, come dato a disposizione delle *élites* culturali, era certamente legata « alla concezione platonica della repubblica governata dai saggi » (64). La centralità del giurista è centralità del dotto, del sapiente, centralità, infine, della scienza medesima, proprio rispetto alle moderne aspirazioni della 'politica' e dei suoi soggetti storici, Stato e popolo.

Savigny — a nostro avviso giustamente — non appare come 'reazionario', nel senso di opposizione ad ogni possibilità di mutamento dello *status quo*; il problema centrale è invece un altro, e consiste nel fatto che il mutamento storico è in lui « rechtlich neutralisiert »; l'ordinamento non viene costretto a prendere in esame lo sviluppo di fatti sociali e politici, ma contiene in sé, necessariamente, nel suo progrediente divenire storico, gli strumenti per riprodursi e per conservarsi (pp. 115 e ss.).

(64) AJELLO, *La rivolta contro il formalismo*, cit., p. 725.

Il panorama culturale della Germania dell'Ottocento è caratterizzato proprio dalla straordinaria tenuta del modello d'insegnamento della 'Politik', secondo la tradizione della filosofia politica classica. I libri *politicarum* di Aristotele, introdotti in Germania nelle Università tardo-medievali, continuano ad essere il testobase della riflessione politica e giuridica per tutta la prima metà del secolo (65).

La 'politica' continua ad essere considerata come scienza della *polis*, intesa come complesso di legami di varia natura — giuridica, etica, economica — che tengono uniti gli uomini nel vivere collettivo. La *polis* è prima di tutto un prodotto della 'natura' e della 'storia', il risultato di un processo naturale e necessario, che ha condotto gli uomini ad un certo livello di civiltà e ad una certa capacità di vivere in collettività (66). Il diritto naturale della Rivoluzione Francese è nemico di tale modello, nella misura in cui riduce la volontà collettiva a somma delle volontà individuali, riduce lo Stato a 'società per azioni', a 'meccanismo', lo sradica dai più saldi fondamenti della 'natura' e della 'storia'.

Basta pensare alla nota «Politik» di Dahlmann (67), per rendersi conto quanto ancora rimanga presente l'influsso della tradizione aristotelica, che è qui continuamente utilizzata in antitesi ad una nozione di politica come cosciente intervento dell'uomo sul suo presente storico. Leggiamo in apertura dell'opera di Dahlmann: «Der Staat ist keine Erfindung, weder der Not noch der Geschicklichkeit, keine Aktiengesellschaft, keine Maschine, kein

(65) Sul punto, vedi il saggio di H. MAIER, *Die Lehre der Politik an den älteren deutschen Universitäten*, in *Politische Wissenschaft in Deutschland*, München, 1969, pp. 15-52. Maier sostiene che la tradizione aristotelica muore in Germania solo nella seconda metà del secolo, quando le contrapposizioni tra etica e diritto, scienza dello Stato e scienza sociale, divengono più evidenti (p. 47).

(66) Per l'analisi di questa nozione, sono da ricordare due saggi di M. RIEDEL, *Der Staatsbegriff der deutschen Geschichtsschreibung des 19. Jahrhunderts in seinem Verhältniss zur klassisch-politischen Philosophie*, in *Der Staat*, 2 (1963), pp. 41-63, e *Aristotelis-Tradition am Ausgang des 18. Jahrhunderts*, in *Alteuropa und die moderne Gesellschaft. Festschrift für Otto Brunner*, Göttingen, 1963, pp. 278-315.

(67) F. C. DAHLMANN, *Die Politik auf den Grund und das Mass der gegebenen Zustände zurückgeführt*, Leipzig, 1835. Dell'opera, che ebbe numerose edizioni, esiste una ristampa con introduzione di M. RIEDEL, dalla quale citeremo.

aus einem frei aufgegebenen Naturleben hervorspringendes Vertragswerk, kein notwendiges Übel ... er ist eine ursprüngliche Ordnung, ein notwendiger Zustand, ein Vermögen der Menschheit » (68).

Per parte sua, anche Karl Friedrich Eichhorn, fondatore con Savigny della «Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft» (69), con lui attivo a Berlino, orienta in modo simile la sua opera più nota, la «Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte» (70), che costituisce, nel suo complesso, un tentativo di ricostruzione della storia tedesca come storia di una sorta di 'spirito germanico', per sua 'natura' alieno dalla pretesa razionalistica di dominare e modificare i rapporti storici a proprio piacimento (71).

Nella scienza giuridica, come nella teoria politica, o nell'impegno storiografico, troviamo continuamente questo dato dominante dello sviluppo organico e graduale, questa fede nell'oggettività delle forze della storia, questo pessimismo sulle capacità dell'uomo di opporsi ad esse. Cultura politica romantica (72), riflessione metodologica dei giuristi della Scuola Storica, persistenza dei modelli della filosofia politica classica, concorrono tutti ad esaltare il peso della tradizione, del passato storico.

L'unico Stato possibile, l'unico Stato legittimo, è quello che è risultato coerente del processo storico, che di esso si fa cosciente, che sulla base di esso modella sé medesimo e la propria Costitu-

(68) *Ibid.*, p. 3.

(69) Anche Eichhorn scrive, come Savigny, sul primo numero della Rivista un importante articolo, dal titolo *Über das geschichtliche Studium des deutschen Rechts*, pp. 124-146, che può considerarsi il manifesto programmatico della direzione di ricerca germanistica nell'ambito della Scuola Storica. Per notizie generali sulla *Rechtsgeschichte* del periodo, vedi F. SCHNABEL, *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert*, vol. 3°, Freiburg, 1950², pp. 49-70, ed il più recente e specifico lavoro di E. SJÖHOLM, *Rechtsgeschichte als Wissenschaft und Politik*, Berlin, 1972, *passim*.

(70) K. F. EICHHORN, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, Göttingen, 1808; noi abbiamo preso in considerazione il 4° volume della 5ª edizione, Göttingen, 1844.

(71) *Ibid.*, pp. 636-654.

(72) Tema, questo, poco studiato. Dobbiamo ancora riferirci alla vecchia, ma sempre fondamentale, analisi di C. SCHMITT, *Politische Romantik*, München und Leipzig, 1925², *passim*.

zione. Lo sforzo del presente non può essere altro che uno sforzo di lettura scientifica dell'esistente: il problema centrale per un determinato popolo, per un determinato assetto politico-istituzionale, è quello della comprensione di sé medesimo come risultato di un certo processo storico, ed a tale comprensione deve essere funzionalizzato e subordinato tutto l'agire politico.

Certo — come avvertivamo in conclusione del precedente paragrafo — questa idea dello Stato, e la conseguente avversione ad una prospettiva di consapevole intervento sulle strutture della società da parte del potere politico, non sono dominanti in assoluto nel *Vormärz*.

Prima di tutto, è da notare una notevole differenziazione dei territori germanici, proprio dal punto di vista dell'egemonia di certe tradizioni culturali. Mentre nei territori prussiani, e nelle Università in essi collocate, gli insegnamenti savigniani, e poi, in generale, il modello che fino ad ora abbiamo illustrato, hanno grande presa e svolgono un ruolo culturale dominante, negli Stati del Sud abbiamo tutto un ceto di intellettuali liberali sensibili alle conquiste della Rivoluzione francese, alle polemiche antifeudali, al movimento costituzionalista.

Un esempio illustre in questo senso è certamente quello di Karl von Rotteck ⁽⁷³⁾, che troviamo impegnato nelle lotte per la Costituzione nello Stato del Baden ⁽⁷⁴⁾, ma che ci interessa soprat-

⁽⁷³⁾ Horst EHMKE ci ha fornito un interessante biografia della sua figura: *Karl von Rotteck, der 'politische Professor'*, Karlsruhe, 1964. Ne ricaviamo alcuni dati salienti: fu docente di *Rechts- und Staatswissenschaft* all'Università di Freiburg im Breisgau dal 1818 al 1832, anno in cui subì l'espulsione dall'insegnamento per motivi politici; ebbe un legame profondo e costante con la cultura giuridica e politica francese; fu profondamente disprezzato nel corso della seconda metà del secolo, bollato di astratto dottrinarismo, e di scarso impegno scientifico.

⁽⁷⁴⁾ Lo Stato del Baden concesse la Costituzione nel 1818, insieme agli altri grandi Stati del Sud (Bayern, Württemberg, Hessen-Darmstadt). È questa la prima serie di Costituzioni, cui seguiranno quelle intorno al 1830, e, poi, infine, quelle emanate nel contesto del Quarantotto. Sulle caratteristiche di queste carte costituzionali, sono da vedere, in primo luogo, le opere generali di storia costituzionale, di E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. I, *Reform und Restauration 1789-1830*, Stuttgart, 1957, e vol. II, *Der Kampf um Einheit und Freiheit 1830 bis 1850*, Stuttgart, 1960; di F. HARTUNG, *Deutsche Verfas-*

tutto nella sua attività di editore, e di costante collaboratore, del noto *Staatslexikon* ⁽⁷⁵⁾.

Nello *Staatslexikon* abbiamo, infatti — ed in tal misura esso ci interessa —, anche l'espressione di quel liberalismo del *Vormärz*, il quale sempre rifiutò di subire l'influenza degli insegnamenti della Scuola Storica, e della cultura politica ad essa collegata. La battaglia — diceva Rotteck — si combatte tra l'ordine del 'diritto razionale' ed il 'diritto storico'; la vittoria da conseguire è la vittoria della *Vernunft* contro le ombre del passato e della tradizione; le forze su cui far leva sono quelle del 'diritto', della 'ragione', della volontà di trasformazione. Ciò che rende legittimo un certo assetto statutale non è la sua capacità di creare benessere a favore dei sudditi, come nella tradizione dell'assolutismo settecentesco, e neppure la sua fedeltà al processo storico che lo ha determinato, come nel caso della cultura politica che orientava i giuristi della Scuola Storica, ma il suo grado di rispondenza alle *Vernunftgesetze*, all'*absolutes Vernunftrecht*. Questo diritto naturale diviene così la pietra di paragone per giudicare tutta la concreta esperienza di diritto positivo, ed in tal senso costituisce un'arma critica, da contrapporre a quel pensiero storico, che da questi liberali era sentito come accettazione passiva dello *status quo* ⁽⁷⁶⁾.

Se noi cercassimo, però, all'interno di questo tipo di liberalismo, una teoria dello Stato o del potere legislativo alternativa, in concreto, rispetto al lucido disegno savigniano, ci sbaglieremmo di grosso.

sungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart, Stuttgart, 1969⁸; di O. KIMMINICH, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, 1970; di E. FORSTHOFF, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, Stuttgart, 1972⁴; nonché il volume di W. TREUE, *Parlamentarismus in Deutschland von den Anfängen bis zum Jahre 1918*, Bonn, 1961. Come indagine più specifica, ricordiamo il breve saggio di H. GANGL, *Der deutsche Weg zum Verfassungsstaat im 19. Jahrhundert*, in *Probleme des Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert*, volume curato da E. W. BÖCKENFÖRDE, Berlin, 1975, pp. 23-58.

⁽⁷⁵⁾ *Staatslexikon oder Encyklopädie der Staatswissenschaften*, diretto da K. von ROTTECK e C. T. WELCKER, Altona, 1834-1843.

⁽⁷⁶⁾ Per notizie generali su questo liberalismo, in prevalenza degli anni Trenta, vedi SCHNABEL, *Deutsche Geschichte*, cit., vol. 2^o, pp. 105-210, spec. pp. 177 e ss.

Il culto della ragione non riesce a divenire operativo, a tradursi in un piano d'intervento seriamente contrapponibile a quello delineato dai giuristi della Scuola Storica con l'idea della centralità della *Rechtswissenschaft*. Questi liberali non riescono a vedere, al di là della contrapposizione tra diritto 'razionale' e diritto 'storico' (77), quella che era la reale alternativa tra l'egemonia della scienza, dello strumento giuridico, del ceto medesimo dei giuristi, ed una rivalutazione della capacità d'intervento da parte dello Stato e del legislatore, essenzialmente sulla base dell'analisi delle trasformazioni strutturali in corso, ed in particolare dei bisogni e delle contraddizioni sociali emergenti.

Mentre l'analisi di Savigny sboccava in una proposta fondata su di un soggetto storico ben preciso, il liberalismo dei Rotteck e dei Welcker risultava viziato di dottrinarismo, sganciato dalla realtà in movimento, ed affidava le sorti della battaglia culturale e politica all'inguaribile ottimismo dell'astratta *Vernunft*: « Was vernünftig und recht ist, das ist auch möglich »: questa la più ricorrente convinzione di questi liberali, sinceri e generosi quanto si vuole, ma altrettanto incapaci di porsi all'altezza del proprio presente storico, di scorgere i grandi mutamenti in corso.

Se noi leggiamo la voce 'Gesetz' sullo *Staatslexikon* (78), troviamo la seguente definizione di legge: « Gesetz ist die aus der lebendigen Beziehung verschiedener Kräfte für die untergeordnete Kraft entstehende Nöthigung oder bestimmende Richtung » (79). Cosa siano queste forze che provocano la nascita di una certa legge, rimane indeterminato, e che rimanga tale lo si capisce quando l'Autore descrive il passaggio storico dalla Costituzione teocratica ed autoritaria allo Stato di diritto come passaggio dalla « Vorherrschaft der Phantasie und des Gefühls » alla « Vorherrschaft der reflectirenden und prüfenden Vernunft » (80).

(77) Ancora oggi, molti contributi sulla cultura giuridica e politica del *Vormärz* sono viziati dall'adozione di questo schema interpretativo 'diritto storico-diritto razionale': tra gli altri, ricordo qui M. NEUMÜLLER, *Liberalismus und Revolution. Das Problem der Revolution in der deutschen Geschichtsschreibung des 19 Jahrhunderts*, Düsseldorf, 1973, spec. pp. 257 e ss.

(78) *Staatslexikon*, voce *Gesetz*, 6 (1838), pp. 727-754.

(79) *Ibid.*, p. 727.

(80) *Ibid.*, p. 729.

Questo è il livello di consapevolezza dei processi storici in atto: mentre Savigny individuava soggetti storici concreti come legislatore e scienza giuridica, liberali come Welcker pensavano alla 'fantasia', al 'sentimento', o alla 'ragione', come elementi motori dello sviluppo storico.

Il problema — che nella premessa a questo capitolo abbiamo definito come centrale per la nascita e per lo sviluppo della scienza di diritto pubblico — dell'individuazione dello Stato come soggetto autonomo, in cui viene a concentrarsi tutta la potestà pubblica, e che entra in rapporto dialettico con una società depolitizzata e caratterizzata dal dato dei bisogni economici; il passaggio dall'antica *societas civilis*, ancora comprensibile come sinonimo di 'Stato', alla moderna 'società civile', hegelianamente intesa come 'sistema di bisogni', e dallo Stato rigorosamente distinta; tutto ciò, che è poi concreto processo storico *in fieri* al tempo del *Vormärz*, non è percepito da questo liberalismo, che esaurisce la rivoluzione nella vittoria della 'ragione'.

Basta leggere la definizione di *Gesellschaft* che viene data sullo *Staatslexikon*: « Unter Gesellschaft versteht man so ziemlich allgemein eine rechtskräftige ... bestehende Verbindung mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zweckes »⁽⁸¹⁾. La *Gesellschaft* è dunque determinata in base ai due elementi del reciproco vincolo giuridico e della sussistenza di uno scopo collettivo, mentre del tutto assente è il momento dell'analisi dei dati economici, dei bisogni individuali, delle spinte disgreganti.

Così la legge non è strumento d'intervento sulla dinamica di questi bisogni sociali, di composizione delle laceranti contraddizioni dell'emergente 'società civile', ma rappresenta puramente e semplicemente la 'Vernunft': le leggi devono « von der Vernunftidee und den höchsten Vernunftrechtsgrundsätzen ausgehen, wie sie von der Gesellschaft, von der gesellschaftlichen Gesamtvernunft der Nation und in ihrem rechtlichen Vereine anerkannt sind, kurz von gemeinschaftlichem Standpunkte »⁽⁸²⁾. Ogni politica legislativa, ogni piano d'intervento sul sociale, è superfluo,

(81) *Staatslexikon*, voce *Gesellschaft*, 6 (1838), pp. 705 e ss.

(82) *Staatslexikon*, voce *Gesetz*, cit., p. 733.

poichè l'unico requisito importante della legge è che essa corrisponda, e sia in armonia, con la 'Gesammtvernunft der Nation'.

Alla stessa radice deve essere ricondotto l'atteggiamento di questi liberali di fronte ai partiti politici⁽⁸³⁾, anche questi nuovi fenomeni della società civile, che essi non riescono a comprendere, e di fronte ai quali mantengono anzi un atteggiamento di aperta ostilità, considerandoli come elementi disgreganti la centralità e l'assolutezza di quella *Gesammtvernunft*, su cui basavano tutto l'edificio sociale. I vari partiti — assolutista, religioso, della borghesia — sono svalutativamente denominati 'Factionen', mentre solo un partito può rappresentare i « Menschenheitinteressen », il « vernünftigen Gesamtwillen », così da concludere che « faktisch kann jede Partei herrschen, rechtlich nur die demokratische »⁽⁸⁴⁾.

Scarsa consapevolezza delle contraddizioni sociali, scarsa sensibilità verso la necessità d'intervento da parte dello Stato e del legislatore, e poi scarsa predisposizione a scegliere la via dell'organizzazione del partito, sono le caratteristiche peculiari del dottrinarismo di questi filosofi e giuristi liberali⁽⁸⁵⁾.

La verità è che lo strumento teorico dell'analisi dei processi sociali in atto, e quello pratico dell'organizzazione del partito, non potevano interessare ad uomini, i quali non erano protesi ad allargare la base sociale della loro proposta e del loro intervento.

⁽⁸³⁾ *Staatslexikon*, voce *Parteien*, 4° *Supplemenband* (1848), pp. 209 e ss.

⁽⁸⁴⁾ *Ibid.*, p. 232.

⁽⁸⁵⁾ Lothar GALL si è preoccupato di mettere in luce tutti questi aspetti in due articoli: *Das Problem der parlamentarischen Opposition im deutschen Frühliberalismus*, in *Politische Ideologien und nationalstaatliche Ordnung. Festschrift für T. Schieder*, München und Wien, 1968, pp. 153-170, dove vengono messe in luce anche le differenziazioni interne tra l'ala più radicale (Rotteck) e quella più moderata (Welcker); e *Liberalismus und 'bürgerliche Gesellschaft'. Zur Charakter und Entwicklung der liberalen Bewegung in Deutschland*, in *Historische Zeitschrift*, 220 (1975), pp. 324-356, ora anche in *Liberalismus*, volume curato dallo stesso Gall, Köln, 1976, pp. 162-186. Per quanto riguarda più specificamente la teoria del partito politico nel Vormärz, vedi T. SCHIEDER, *Die Theorie der Partei im älteren deutschen Liberalismus*, in *Aus Geschichte und Politik. Festschrift zum 70. Geburtstag von L. Beygsträsser*, Düsseldorf, 1954, pp. 183-197, ora anche in *Staat und Gesellschaft im Wandel unserer Zeit*, raccolta di saggi dello stesso SCHIEDER, München, 1974, pp. 110-132.

In loro trionfa l'idea di un ceto medio borghese — il c.d. *Besitz- und Bildungsbürgertum* — atto alla direzione politica per una propria capacità intellettuale, e fiducioso in uno sviluppo autonomo e necessario delle forze produttive, senza bisogno di una qualche politica sociale d'intervento da parte dello Stato.

Uomini come Rotteck e Welcker, ma poi, in genere, quasi tutto il liberalismo prequarantottesco, e gli stessi uomini politici della *Paulskirche*, si sentivano minimamente legati ad interessi sociali ed economici ascendenti, ed in conflitto con i vecchi ceti e le vecchie strutture, e pretendevano, invece, di rappresentare il *Volk* tutt'intero, spogliato di ogni determinazione economica, di parlare alla ' pubblica opinione ', alla ' Gesamtvernunft ' della Nazione.

Senza voler appiattire le obbiettive differenze di posizione politica, si può affermare che la cultura politica del *Vormärz* recupera, a questo livello, la sua sostanziale omogeneità, al di là della sempre più apparente contrapposizione tra diritto ' storico ' e diritto ' razionale '. È vero che il *Volksggeist* savigniano è pregno di elementi mistici, irrazionali, e comunque privo di quel *Bewusstsein*, di quella volontà cosciente, che è al centro, invece, delle opzioni liberali ⁽⁸⁶⁾, ma è altrettanto vero che la nozione di popolo come unità culturale, storico-naturale ⁽⁸⁷⁾, non viene contraddetta dai teorici liberali da noi esaminati e citati.

La differenza è un'altra, e sta nella diretta funzionalità di questa idea di *Volk* alla struttura centrale del pensiero savigniano. Infatti, il *Volk*, concepito in questo senso, rappresenta la continuità, la capacità di ritrovare una fondamentale unità etica e

⁽⁸⁶⁾ Su questi aspetti, si è soffermato W. HOCK, *Liberales Denken im Zeitalter der Paulskirche. Droysen und die Frankfurter Mitte*, Münster, 1957, spec. pp. 44 e ss.

⁽⁸⁷⁾ Che il popolo sia per Savigny puramente una ' natürliche Einheit ', risulta dall'analisi di tutti i suoi testi, dalla *Methodenlehre* fino al *System*. Rinviamo alla letteratura citata alle note 15 e 44, ed in particolare al saggio di BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule*, cit., spec. p. 13. A ciò aggiungiamo le pagine del *System*, nelle quali Savigny si sofferma specificamente sul tema del *Volk*: F. C. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. I, Berlin, 1840, pp. 6-21 e 34-57 (pagine raccolte anche da W. MAIHOFER, in *Begriff und Wesen des Rechts*, Darmstadt, 1973, pp. 26-51).

culturale al di là dei mutamenti avvenuti nel tempo. Esso rinvia all'idea di un ordine insito *in natura rerum*, il cui progresso è dato da un lento scandirsi generazionale, e mai da salti bruschi, da coscienza interventi in senso rivoluzionario.

Ed eccoci al punto: con simili presupposti, e soprattutto con questa idea di *Volk*, lo strumento principe, dal punto di vista del diritto, diviene inevitabilmente la scienza giuridica, la quale sola possiede la necessaria obbiettività, il necessario bagaglio di tecnica e di tradizione storica, per poter procedere alla soluzione del problema-base di tutta l'esperienza giuridica, che è la rilevazione del diritto obbiettivamente preesistente, del *Volksrecht*. Il legislatore, in questo contesto, non può che essere figura di secondo piano, perchè troppo vicino agli interessi politici ed economici contingenti. Insomma, quell'idea di *Volk* come unità storico-culturale non può non essere considerata la pietra-base della concreta proposta di Savigny di centralità della scienza giuridica.

Precisiamo meglio: mentre il richiamo a quell'idea di *Volk* era nella Scuola Storica costitutivo di una proposta storica concretamente operativa, nella teoria dei Rotteck e dei Welcker era invece simbolo dell'impotenza a progettare un'alternativa. Mentre Savigny si appellava al *Volksgeist*, ma in realtà con ciò fondava la sua tesi centrale del primato della *scientia iuris*, quei liberali si rivolgevano indeterminatamente al *Volk*, semplicemente perchè non riuscivano ad andare oltre, a percepire i mutamenti sociali e strutturali in corso.

Certo, anche Savigny ridusse tutti i contrasti del suo tempo alla tematica — soltanto politico-istituzionale, e non direttamente sociale — dell'arbitrio del legislatore, ma è anche vero che il suo sistema aveva per presupposto il contenimento delle nuove spinte all'interno del vecchio assetto, mentre un uomo come Rotteck, richiamandosi ai valori espressi dalla Rivoluzione francese, pretendeva di andare al di là di tale assetto, ma non aveva poi gli strumenti per definire una proposta in questo senso.

La vittoria della Scuola Storica — e vittoria vi fu, se guardiamo al *Nachmärz*, come in seguito faremo — è la vittoria di chi è in possesso di una concreta e dettagliata proposta d'intervento all'altezza delle esigenze del proprio presente, contro chi solo si appella alla forza della 'ragione'.

È questa una prima conclusione, alla quale giungiamo sulla via, che ci eravamo proposti, di un tentativo di analisi delle possibili alternative alla proposta savigniana: tale alternativa non si costruisce sulla base del radicalismo di questi liberali, della loro messianica fiducia nella forza del progresso e della ragione.

Tuttavia, il campo d'indagine deve essere ampliato, poichè il movimento liberale tedesco non si esaurisce con le tesi dello *Staatslexikon*, e non si riconosce per intero in esse. Anzi, la parte più cospicua del liberalismo tedesco, e quella maggioritaria alla *Paulskirche*, era sostanzialmente estranea alle teorie giusrazionalistiche, che i liberali come Rotteck avevano orecchiato dalla vicina Francia: ci riferiamo qui — è evidente — ad uno schieramento assai eterogeneo, che normalmente viene definito 'Germanista' ⁽⁸⁸⁾.

In esso confluirono studiosi della lingua, giuristi, storici, mossi dal comune interesse politico e scientifico per le cose tedesche. Da Georg von Beseler e Ludwig Reyscher ⁽⁸⁹⁾ ai fratelli Grimm ⁽⁹⁰⁾, da Georg Waitz a Georg Ludwig von Maurer ⁽⁹¹⁾, abbiamo una schiera di studiosi tutti impegnati nella politica attiva, e tutti tesi a dare ai loro studi germanistici un senso ed una finalità politica. Per questi Professori, che rifiutavano esplicitamente il di-

⁽⁸⁸⁾ Anche noi adopereremo il termine 'Germanista', con questa avvertenza: che esso deve essere inteso nel senso più ampio possibile, per indicare quella parte del movimento liberale, che ricercava i motivi conduttori della propria iniziativa politica nella storia degli antichi popoli germanici e nell'idea della 'libertà germanica', in opposizione alle moderne teorie giusrazionalistiche, considerate estranee alla tradizione culturale germanica. Precisiamo questo, perché esiste un possibile significato più ristretto, che concerne l'ala germanista della Scuola Storica, nata in opposizione al Romanismo di Savigny e di Puchta, e quindi riferito più specificamente al mondo dei giuristi: su questo secondo aspetto torneremo più avanti, nel quarto paragrafo di questo capitolo.

⁽⁸⁹⁾ Parleremo di loro più avanti, trattando dell'opposizione germanista all'interno della Scuola Storica: cfr. il quarto paragrafo di questo capitolo.

⁽⁹⁰⁾ Importante soprattutto Jakob GRIMM, sulla vita e l'opera del quale ha scritto un interessante saggio G. MARINI, *Jakob Grimm (1785-1863)*, Napoli, 1972, *passim*.

⁽⁹¹⁾ Su entrambi, vedi il volume di E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert*, Berlin, 1961, traduzione italiana di P. Schiera, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo 19°*, Milano, 1970, pp. 135-182.

ritto naturale del 1789, che negavano la prestatualità dei diritti individuali e la divisione dei poteri, si trattava, infatti, attraverso lo studio della storia tedesca, di trovare un altro modo di concepire e praticare la dottrina liberale, di essere oppositori del vecchio Stato assoluto. L'impegno storiografico è impegno politico, e nella storia tedesca si ricercano i principii sui quali costruire una dottrina liberale, una teoria politica di rinnovamento.

Il primo di questi principii è la centralità del *Volk*, vista in opposizione polemica con la Rivoluzione francese, con il primato del legislatore e dello Stato come unità politica: « Mentre la Nazione francese trovava il suo fondamento nella comune confessione politica, nella volontà generale di vivere dentro e sotto un ordinamento statale-politico unitario, il pensiero nazionale tedesco riposava sulla naturale appartenenza comune, di natura popolare, il cui segno di riconoscimento era la lingua comune » (92). L'appartenenza di un soggetto ad un certo popolo, ad una certa Nazione, non è data dal suo consenso attivo a leggi ed istituzioni politiche, ma è determinata dalla storia e dalla natura, che colloca quel soggetto all'interno di una comunità, omogenea essenzialmente per dati etnico-culturali (93).

La storia è vista come sviluppo organico della natura del popolo tedesco, e delle sue peculiarità; lo Stato nazionale, cui questi germanisti aspirano, è la forma più alta di sviluppo della personalità del *Volk*, e si deve fondare sui caratteri originari di esso. Il primo di questi caratteri è dato dall'idea di antica 'libertà germanica', intesa come patrimonio popolare germanico mai estintosi, e che da sempre « trova il suo fondamento nella libera proprietà terriera e nelle generali, pubbliche associazioni comunitarie » (94). Così come lo Stato non è fondato sul contratto e sulla volontà illuministica di realizzazione di una serie di principii politico-giuridici, ma è invece un ordinamento originario fondato sui

(92) *Ibid.*, p. 113.

(93) Dello stesso BÖCKENFÖRDE, vedi, su questo tema, *Die Einheit von nationaler und konstitutioneller politischer Bewegung im deutschen Frühliberalismus*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte 1815-1918*, curata dallo stesso Böckenförde, Köln, 1972, pp. 27-39, spec. pp. 27-28.

(94) BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale*, cit., p. 124.

caratteri naturali e storici del *Volk*, così anche la libertà non si definisce in astratto per poi essere tradotta in una norma giuridica emanata dallo Stato, ma si definisce invece in relazione ai rapporti concreti dell'individuo con la terra e con le associazioni comunitarie.

La 'concretezza' di questa libertà è la misura della sua carica antiegalitaria, della natura polemica di questa nozione di 'libertà germanica' di fronte al livellamento statutale, abbia esso un segno assolutista od uno rivoluzionario, si traduca esso nella illimitatezza dei poteri del Principe, o nel primato del legislatore rivoluzionario. Questo tipo di libertà è nella 'natura' del popolo tedesco, ed è elemento costante e peculiare di tutta la sua storia. L'esperienza livellatrice ed accentratrice dell'assolutismo non ha potuto cancellare questi caratteri originari, che costituiscono una sorta d'insopprimibile patrimonio naturale ⁽⁹⁵⁾. Il compito del presente è quello di riuscire finalmente a progettare e realizzare uno Stato nazionale ed una Costituzione conformi a tale patrimonio.

Ma questa 'libertà germanica' ha pure un'altra caratteristica fondamentale, che è quella di sussistere naturalmente in modo limitato — e comunque non ostile — nei confronti del principio d'autorità, e della Monarchia, che è la sua espressione storica: il principio che regge l'edificio costituzionale è la coesistenza organica di monarchia, governo e popolo, e lo Stato costituzionale nasce dalla composizione e dal superamento del dualismo di monarchia e sovranità popolare ⁽⁹⁶⁾.

Ciò che si auspica è dunque lo Stato organico, risultato della collaborazione delle forze storiche, tutte armonicamente concorrenti in direzione di una soluzione di carattere nazionale. Siamo qui alle fonti dell'idea della 'terza via', della via specificamente tedesca, che è tale da evitare i pericoli dell'Assolutismo come quelli della Rivoluzione; si rivendicano, di fronte all'assolutezza del potere principesco, garanzie costituzionali e diritti di libertà, ma senza per ciò cadere nell'eccesso opposto della sovranità po-

⁽⁹⁵⁾ Sull'assolutismo tedesco come sforzo di razionalizzazione e concentrazione del potere politico, vedi P. SCHIERA, *Dall'arte di Governo alle scienze dello Stato. Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano, 1968, pp. 193-328.

⁽⁹⁶⁾ Così anche BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale*, cit., p. 131.

polare. Al di sopra del popolo e del monarca sta infatti lo Stato con la sua personalità unitaria, che comprende entrambi gli elementi.

Così la pressione di questo liberalismo organicista in ordine alla delimitazione del potere principesco, la sua lotta per la Costituzione e la *Volksvertretung*, non è basata sull'affermazione di un principio contrario a quello a cui è ispirato il potere politico esistente, ma sulla necessità di ricostituire un'armonia che l'assolutismo ha spezzato, di riprendere le fila storiche dell'organica connessione di autorità e libertà, di monarchia e popolo.

Basta scorrere il testo delle Costituzioni, che diversi Stati tedeschi emanarono a partire dal 1815, per rendersi conto che esse sono tutte concepite come atti concessi dal Sovrano unilateralmente, che i ministri sono considerati come ausiliari del Principe ed irresponsabili di fronte agli *Stände*, che infine i diritti individuali non sono mai considerati prestatuali, ma sempre esistenti in funzione di un atto autoritativo del potere sovrano ⁽⁹⁷⁾: la questione della sovranità popolare, in definitiva, non viene mai posta in concreto come principio orientativo delle singole soluzioni costituzionali.

Dalla ricerca storica sui caratteri originari del *Volk* tedesco non si ricavano dunque principii cui ispirare la critica del potere politico esistente, ma il senso di un'armonia, che è stata spezzata, e che è necessario ricostituire. La storia non è strumento di analisi

⁽⁹⁷⁾ Per queste carte costituzionali, vedi C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1957³, spec. pp. 330 e ss.; W. NÄF, *Staatsverfassung und Staatstypen 1830-31*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 127-145, spec. pp. 133-140, dove l'Autore confronta la Costituzione Francese del 14 agosto 1830 con quella dello Stato del Sachsen del 4 agosto 1831, enucleando differenze sostanziali, proprio secondo i profili indicati nel testo. Per quanto riguarda poi la tematica più specifica dei diritti individuali, vedi W. von RIMSCHER, *Die Grundrechte im süddeutschen Konstitutionalismus. Zur Entstehung und Bedeutung der Grundrechtsartikel in der ersten Verfassungsurkunden von Bayern, Baden und Württemberg (1815)*, Köln, 1973; C. SCHOTT, *Die Grundrechte in der deutschen Verfassungsgeschichte*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1975.I, pp. 46-61; e G. KLEINHEYER, voce *Grundrechte, Menschen- und Bürgerrechte, Volksrechte*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, curato da O. BRUNNER, W. CONZE e R. KOSELLECK, vol. II, Stuttgart, 1975, pp. 1047-1082, spec. pp. 1070-1079.

del ruolo delle forze storiche, al fine di una presa di posizione nel presente, ma il titolo di legittimazione di un'ideale politico, che vuole essere concretamente operativo, non per i suoi contenuti ideali e per le sue scelte in contraddizione con lo *status quo*, ma perchè si assume il compito di realizzare quell'armonia che è insita nella storia e nelle tradizioni germaniche.

Questo compito diviene sempre più una missione, e si tinge inevitabilmente di venature etiche: i germanisti non furono mai un partito, perchè non si sentirono mai animati da specifici ideali politici, o rappresentanti di specifici interessi economici, ma portatori dell'ideale per eccellenza, quello della realizzazione della natura storica del popolo e delle istituzioni politiche tedesche.

È illuminante, da questo punto di vista, la vicenda che vide protagonisti, nel 1837, sette Professori dell'Università di Göttingen, tra cui alcuni uomini di punta del movimento liberale di stampo germanista: il giurista Albrecht, lo storico Dahlmann, i fratelli Grimm.

I fatti sono noti: il 5 Luglio 1837 il Monarca dello Stato di Hannover ritirò la Costituzione concessa nel '33 dal precedente regnante, e considerò *apertis verbis* il patrimonio dello Stato come patrimonio familiare, non vincolabile ad alcuna Carta costituzionale. Sette Professori dell'Università di Göttingen reagirono con un documento di protesta, che costò loro l'espulsione dall'insegnamento, ma che provocò una serie di reazioni a catena, di prese di posizione in segno di solidarietà, e che finì per costituire così il punto di riferimento per un ampio schieramento di condanna dell'atto del Sovrano ⁽⁹⁸⁾. Ma se noi andiamo un tantino al di là dei fatti nudi e crudi, capiamo subito quale sia stata la molla che mosse la protesta dei sette docenti di Göttingen. Invano cercheremmo, nelle loro dichiarazioni, la difesa e l'affermazione di un sistema di Governo basato sui diritti individuali e sulla rappre-

(98) Sull'episodio, vedi R. SMEND, *Die Göttinger Sieben*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1968², e T. SCHIEDER, *Vom deutschen Bund zum deutschen Reich 1815-1871*, München, 1970, pp. 53 e ss. È noto come all'appello di solidarietà mancò Savigny, che non volle mai affiancarsi alla protesta dei 'Sette di Göttingen', nonostante la presenza tra di loro di Jakob Grimm, suo amico ed allievo prediletto: sul punto, vedi MARINI, *Jakob Grimm*, cit., pp. 116 e ss.

sentanza popolare, in contrapposizione alle idee chiaramente reazionarie del Sovrano ⁽⁹⁹⁾; lo sdegno non è di natura politica, non è la condanna di chi afferma un nuovo sistema di valori, e vede i propri tentativi ricacciati indietro, ma è invece di natura etica, è la presa di posizione di chi si ritiene portatore dei diritti della 'storia'. Il Sovrano non è condannato in quanto avversario politico, ma in quanto autore di un atto arbitrario, che ha violentato il corso della storia, ha turbato l'ordine etico e giuridico della comunità. I protagonisti della protesta di Göttingen non difendevano i contenuti liberali della Costituzione, ma l'idea stessa di Costituzione come risultato di un certo processo storico: « la Costituzione di uno Stato è quella che deriva dalla tradizione, si confonde con essa; è la via stessa dello spirito, che non conosce arbitrii, perchè si svolge secondo la linea di un perfezionamento lento e concorde, ove tutti cooperano e si sentono legati da una comune eredità » ⁽¹⁰⁰⁾. Il Sovrano, in definitiva, aveva violato, non dogmi politico-giuridici di stampo liberale, non norme positive, ma questa sorta di 'legge di natura', questo 'diritto naturale', identificantesi con la storia e con la tradizione.

Nell'impegno storiografico, nella concreta attività politica, nella costruzione teorica ⁽¹⁰¹⁾, questi Germanisti sono sempre animati

⁽⁹⁹⁾ Jakob Grimm, in una sua lettera a Savigny, si preoccupa di informare il Maestro sul suo atteggiamento, e di rassicurarlo, dicendogli che la sua azione è stata aliena da ogni 'moderno liberalismo': la lettera è riportata da MARINI, *Jakob Grimm*, cit., p. 137.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibid.*, p. 126.

⁽¹⁰¹⁾ Proprio uno dei « Sette di Göttingen », Albrecht, nel 1837, recensendo l'opera di Maurenbrecher, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, cit., in *Göttinger Gelehrte Anzeigen*, pp. 1491 e ss., lanciava l'idea della personalità giuridica dello Stato, con la conseguente attribuzione della sovranità allo Stato medesimo, in chiara connessione con l'ideale dei liberali organicisti, che volevano evitare sia la sovranità del Principe come quella del popolo, e dava così espressione scientifica all'aspirazione dei Germanisti allo Stato nazionale, capace di racchiudere armonicamente in sé *Volk* e Monarca. Sul celebre scritto di Albrecht, vedi HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., vol. II, pp. 376-377; H. QUARITSCH, *Staat und Souveränität*, Frankfurt am Main, 1970, vol. I, pp. 487-493; BÖCKENFÖRDE, *Die Einheit von nationaler und konstitutioneller politischer Bewegung*, cit., pp. 32-33; H. BOLDT, *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, Düsseldorf, 1975, pp. 74-83 e 176-180; e E. GRABITZ, *Freiheit und Verfassungsrecht*, Tübingen,

dalla stessa idea, che è quella della realizzazione dello Stato nazionale organico, come punto di compimento delle tradizioni germaniche, delle peculiarità del *Volk* tedesco. Nella loro teoria storiografica il passato più recente, quello assolutista, è considerato una deviazione arbitraria da una via prestabilita, che è quella naturalmente percorribile dal popolo germanico, e da esso percorsa fino all'età dell'assolutismo: riprendere quella via significa chiudere una parentesi, riallacciarsi con lo sviluppo normale e naturale delle istituzioni politiche tedesche, porre fine ad una condizione, che è sentita come arbitraria ed eccezionale.

È precisamente da qui che scaturisce quella tensione etica, che è sottesa a tutto l'impegno teorico e politico dei germanisti: non si tratta di valorizzare un certo periodo storico rispetto ad un altro, di privilegiare certe forze storiche rispetto ad altre, ma di restituire il popolo e la monarchia tedeschi al corso normale e naturale della loro storia, di porre fine ad una situazione eccezionale governata dall'arbitrio e dalla forza, di affermare contro di essa i valori della 'storia', della 'tradizione', del 'diritto'.

Possiamo ora tentare una conclusione più complessiva, che accomuni le due ali del liberalismo prequarantottesco, quella giusrazionalistica, legata alle dottrine della Rivoluzione francese, e quella germanistica, legata all'ideale dello Stato nazionale organico.

In apparenza i due filoni di pensiero sono assai distanti: da una parte la ricerca procede nel senso dei dogmi giusrazionalisti e della *Gesamtvornunft* della Nazione; dall'altra nel senso dei caratteri originari e naturali del *Volk* germanico.

In verità c'è un atteggiamento di fondo comune, che è quello testimoniato dalla convinzione di poter impostare la lotta contro il potere assolutista nel senso dell'affermazione di una tavola di valori etico-giuridici, che costituisca limite ad esso. Che questi valori siano individuati sulla base di postulati giusrazionalistici, o che siano scoperti nella storia e nella tradizione dei popoli germanici, è per noi irrilevante: ciò che è comune, e che a noi interessa, è l'incapacità ad analizzare il presente in termini di concrete forze storiche.

1976, pp. 175 e ss. Tutti gli autori qui ricordati sottolineano l'origine germanistica ed organicistica dell'idea di personalità giuridica dello Stato.

L'assolutezza del potere principesco sarà sconfitta perchè non conforme alla *Gesammtvernunft* della Nazione, o alle tradizioni della storia tedesca: questo continuamente ci ripetono i liberali del *Vormärz*. Mai sentiamo parlare, invece, di inadeguatezza delle strutture politiche rispetto ad una società civile ormai carica di contraddizioni, portatrice di nuove esigenze non più mediabili all'interno del vecchio quadro istituzionale.

Le proposte dello Stato ispirato alla *Gesammtvernunft* della Nazione e dello Stato nazionale organico non potevano essere vincenti, perchè la loro realizzazione non era affidata a concrete forze storiche. Il movimento costituzionale tedesco, da Rotteck fino a Jakob Grimm, non seppe porre la questione delle « sozialen Kräfte, die die staatliche Ordnung tragen »⁽¹⁰²⁾. Tutti questi liberali si rifiutavano di essere uomini politici nel senso dell'affermazione di specifici ideali, della difesa di specifici interessi: essi volevano solo rappresentare « die Bildung und Vernunft der ganzen Nation »⁽¹⁰³⁾, e si sentivano legittimati a questo in quanto ceti colti, capaci d'interpretare i bisogni dell'intera comunità. La stessa loro opzione a favore della rappresentanza popolare, da contrapporre al potere del Monarca — del resto mai posta in termini di sovranità popolare e di responsabilità dei Ministri di fronte alle Camere — non è basata sull'individuazione di forze sociali emergenti, che chiedono di partecipare alla gestione del potere politico, ma è adeguamento delle strutture esistenti ad un astratto ideale giusrazionalistico o storico-nazionale⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰²⁾ E. GRABITZ, *op. cit.*, p. 160. Su questa debolezza del movimento liberale in genere, vedi anche GANGL, *Der deutsche Weg*, cit., pp. 23-58, spec. pp. 31 e ss. Ancora sulla carenza di base economica e sociale del liberalismo del *Vormärz*, vedi K. G. FABER, *Strukturprobleme des deutschen Liberalismus im 19. Jahrhundert*, in *Der Staat*, 14.2 (1975), pp. 201 ss., spec. pp. 207-218, e J. J. SHEEHAN, *Liberalismus and Society in Germany 1815-1848*, in *Journal of modern history*, 45 (1973), pp. 583-604, trad. ted., col titolo *Liberalismus und Gesellschaft in Deutschland 1815-1848*, in *Liberalismus*, a cura di L. GALL, Köln, 1976, pp. 208-231.

⁽¹⁰³⁾ SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 311, e, inoltre, sullo stesso tema, pp. 217 e ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Per le posizioni di liberalismo del *Vormärz* sul rapporto Monarca-rappresentanza popolare, e per le diverse soluzioni a questo riguardo proposte, vedi BOLDT, *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, cit., pp. 263-302.

Possiamo ora tornare, con maggiori elementi di comparazione, a Savigny ed alla centralità della scienza giuridica.

Non v'ha dubbio che il movimento liberale nel suo complesso tentò strade diverse da quella indicata da Savigny, ponendo il problema della riforma delle strutture dello Stato, del costituzionalismo e della Codificazione. Mentre Savigny propone d'individuare nella scienza, e nell'obiettività delle sue categorie, l'elemento unificante di fronte alla situazione di frazionamento del potere politico e di caos della normazione e delle fonti di diritto, il movimento liberale entra nel terreno dell'unificazione nazionale, della Costituzione, del Codice.

Ma il problema centrale rimane lo stesso: quello delle forze storiche cui affidare la concretizzazione di queste aspirazioni. Qui torna in primo piano la carenza di base sociale ed economica del liberalismo del *Vormärz*, il suo dottrinarismo, la sua cieca fede nell'elemento della cultura, la sua diffidenza ad entrare nel campo degli interessi economici e delle tensioni sociali. La sua tesi, contrapposta alla proposta savigniana, avrebbe dovuto essere: inadeguatezza dello strumento della scienza rispetto al fine dell'unificazione dell'esistente, e necessità di affermare il primato del politico, della legislazione, e del diritto positivo, al fine di mediare e comporre i conflitti sociali.

In realtà — come ormai sappiamo — le cose sono andate diversamente. Anche Savigny non ha forse percepito l'enorme portata dei mutamenti sociali in atto, ma ha però lucidamente compreso di vivere in un momento storico decisivo sul piano dell'organizzazione e della concezione del diritto, ed ha coerentemente portato avanti una proposta — imperniata sulla centralità della scienza giuridica — che è conseguente ad un'analisi del potere politico e legislativo, e della *scientia iuris*, come concrete forze storiche agenti nel proprio presente.

Il liberalismo del *Vormärz* rimane, in questo senso, al di sotto del livello di analisi di Savigny, e non sa contrapporre un piano d'intervento altrettanto organico e concreto.

Questa impotenza del liberalismo prequarantottesco è certamente il sintomo di un generale stato di arretratezza della società tedesca del *Vormärz*, che evidentemente viveva ancora nei confini del vecchio ordine, e nella quale le contraddizioni nascenti

non erano ancora divenute visibili. Si può anzi affermare che nella società della prima metà del secolo gli elementi decisivi, sia in funzione aggregante quanto in funzione disgregante, appaiono più quelli ideali, culturali ed etici, che non quelli più strettamente sociali ed economici ⁽¹⁰⁵⁾.

E, tuttavia, la disgregazione del vecchio ordine sociale e delle vecchie certezze procedeva, come pure avanzava la liberazione delle nuove contraddizioni e del nuovo soggetto economico. Si trattava d'individuare i processi in atto per avere la capacità d'intervenire su di essi; se questo non riuscì al complesso del movimento liberale, non è detto che singole personalità non siano riuscite a compiere un'analisi al livello del proprio presente storico. È qui che dobbiamo cercare la reale alternativa alla proposta savigniana.

III. 1. Ripensando al quadro generale fino a questo punto delineato, possiamo individuare alcuni elementi, che possono dirsi comuni a tutti i filoni di pensiero politico e giuridico presi in esame. Vi sono alcuni punti di riferimento generali, alcune nozioni, che ritroviamo nelle analisi di Savigny, come in quelle di Rotteck, come, infine, nelle opere dei Germanisti.

Prima di tutto, è comune a tutti gli autori esaminati il metodo stesso, con il quale essi procedono all'analisi del proprio presente. Nessuno di loro colloca al centro della propria indagine il problema dello sviluppo sociale, del passaggio dall'antica società per ceti alla moderna società divisa in classi, con tutte le tensioni di qualità nuova che ne conseguono. E siccome tutti questi autori si occupano dello Stato, della Costituzione, del ruolo del potere legislativo, se ne deduce che per essi tutti questi temi sono trattabili senza ricorrere ad un'analisi al livello del sociale.

⁽¹⁰⁵⁾ H. HOLBORN, nel suo articolo *Der deutsche Idealismus im sozialgeschichtlicher Beleuchtung*, in *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, curata da H. U. WEHLER, Köln und Berlin, 1966, pp. 85-108, ha considerato il fiorire della filosofia tedesca della prima metà del secolo come espressione di una società e di una borghesia orientate più dai temi culturali ed etici, che non da quelli sociali ed economici. Nello stesso senso, si è espresso H. EHMKE, 'Staat' und 'Gesellschaft' als verfassungstheoretisches Problem, in *Staat und Gesellschaft*, a cura di E. W. BÖCKENFÖRDE, Darmstadt, 1976, pp. 241-274, spec. p. 261.

Non solo da parte dei conservatori, ma anche da parte dei liberali impegnati nella lotta contro il potere assolutista, lo Stato e la Costituzione non sono considerati prodotto dell'incontro e dello scontro tra le forze politiche e sociali, ma risultato di un processo naturale e necessario, che ha il suo inizio nelle comunità minori, come la famiglia, e che poi, per gradi, conduce allo Stato come più evoluta e perfezionata forma di convivenza umana. Si avverte, insomma, un orientamento generale, diretto a concepire lo sviluppo complessivo come naturale ed obbiettivo, condotto da forze che niente hanno a che fare con la parzialità dei partiti politici o dei singoli interessi sociali. Tutto ciò corrisponde, indubbiamente, al concreto processo storico dei primi trenta anni del secolo.

Vecchie e nuove indagini hanno mostrato molto chiaramente come il passaggio dall'assetto cetuale alle moderne classi sociali sia stato condotto, in questo trentennio, più per stimolo delle strutture statali e burocratiche già esistenti, che non per iniziativa delle classi sociali emergenti, e per l'esplosione delle contraddizioni, delle quali esse erano portatrici ⁽¹⁰⁶⁾. Viene a mancare, nella Germania dei primi decenni del secolo, il momento di tensione tra l'emergere di una società carica di nuovi bisogni e le strutture del potere politico esistente: i problemi non vengono posti nel senso dell'adeguamento di quest'ultimo ad una qualità diversa dell'assetto sociale, ma nel senso della capacità di controllo delle contraddizioni nascenti da parte del vecchio apparato istituzionale. Si privilegiano, quindi, nella teoria come nella prassi, gli elementi istituzionali, quelli tendenzialmente 'obbiettivi', contro quelli sociali, tendenzialmente 'parziali' e 'disgreganti'; ed è stato giustamente detto che lo sviluppo economico tedesco fu « immer eine staatliche Angelegenheit » ⁽¹⁰⁷⁾. La stessa opera di trasformazione sociale dell'inizio del secolo, con l'introduzione in Prussia di una più ampia libertà contrattuale e di commercio, è calcolata, voluta, ed eseguita dalla burocrazia, la quale compren-

⁽¹⁰⁶⁾ Ricordiamo quanto dicevamo nella Premessa a questo Capitolo, specialmente alla nota II.

⁽¹⁰⁷⁾ H. BÖHME, *Prolegomena zu einer Sozial- und Wirtschaftsgeschichte Deutschlands im 19. und 20. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1968, p. 12.

de l'esigenza di liberare nuove forze produttive, per rimediare ad una situazione economica divenuta assai difficile, specialmente in seguito alle conseguenze disastrose delle guerre napoleoniche ⁽¹⁰⁸⁾.

Ma il fatto che il processo economico sia indotto, provocato dall'esterno, non può rimanere senza conseguenze; al relativo avanzamento sul terreno sociale corrisponde il permanere di vecchie strutture di potere, di vecchie tradizioni culturali ⁽¹⁰⁹⁾.

La nascente borghesia tedesca diviene sempre più consapevole dei propri immediati interessi economici, ma non riesce a proporsi in funzione complessiva di direzione politica, e non è portatrice di rinnovamento a livello istituzionale. I vecchi ceti feudali, per parte loro, già dalla fine del secolo 18°, erano riusciti a comprendere quanto di nuovo si stava muovendo a livello di sviluppo economico, e si erano posti nella logica della lotta concorrenziale, nella quale i beni feudali sempre più erano « *Handelsobjekte* » ⁽¹¹⁰⁾; e tuttavia, il quadro complessivo con il quale questi ceti rimangono solidali è quello degli *Stände*, la loro educazione e la loro cultura rimane quella del vecchio assetto.

Siamo dunque di fronte ad una situazione, dove esiste una sorta di ambivalenza, che si pone in questi termini: da una parte, la burocrazia conduce un effettivo processo di svecchiamento delle strutture economiche e sociali, dall'altra, le forze produttive, che in tal modo si liberano, non hanno sufficiente autonomia per porre fino in fondo le loro rivendicazioni, e principalmente quelle

⁽¹⁰⁸⁾ Ci riferiamo alle riforme di Stein ed Hardenberg del 1806-7. Per esse rinviamo alle note 10 e 11 di questo Capitolo, e ricordiamo, inoltre: U. SCHEUNER, *Der Staatsgedanke Preussens*, Graz, 1965, pp. 31 e ss.; R. STADELMANN, *Deutschland und die westeuropäische Revolutionen*, in *Probleme der Reichsgründungszeit*, a cura di H. BÖHME, Köln und Berlin, 1968, pp. 37-48, e, dello stesso BÖHME, *Prolegomena*, cit., pp. 27 e ss. Tutti questi Autori sottolineano, nella Germania dell'Ottocento, una particolare persistenza delle vecchie strutture burocratiche e militari.

⁽¹⁰⁹⁾ BÖHME, *Prolegomena*, cit., definisce questa fase di sviluppo « ambivalent » (p. 39).

⁽¹¹⁰⁾ H. ROSENBERG, *Pseudodemokratisierung der Rittergutsbesitzerklasse*, in *Probleme der deutschen Sozialgeschichte*, Frankfurt am Main, 1969, pp. 7-80 (citazione da p. 13).

di partecipazione al potere politico, e tendono ad assimilarsi ai modelli culturali dei vecchi ceti ⁽¹¹¹⁾.

La società tedesca del primo trentennio è così caratterizzata da una progressiva integrazione delle nuove tensioni sociali all'interno del vecchio assetto istituzionale. Si ha un processo di omogeneizzazione delle nuove classi con i vecchi ceti, con il risultato di occultare le contraddizioni; si esaltano i momenti della 'obbiettività' e della 'generalità', e si deprimono quelli che vengono ritenuti portatori di 'particolarismo' e di 'disgregazione' ⁽¹¹²⁾.

Si spiega così l'esclusione dell'analisi sociale dall'orizzonte teorico degli autori dei primi decenni del secolo: essa è di per sé qualcosa di 'negativo' e di 'pericoloso', perchè tende a portare elementi di contraddizione e di confusione all'interno di un quadro che si pretende come sostanzialmente omogeneo, progrediente secondo uno sviluppo graduale, sotto la spinta della burocrazia statale, intesa come forza storica non particolare, dotata degli attributi della 'generalità' e della 'obbiettività'. In sintesi: ad una società omogenea e conciliata corrispondono gli strumenti della burocrazia e della scienza, ad una società in conflitto quelli della politica e del primato della legislazione; ecco che, attraverso l'analisi storica generale, torniamo al primato savigniano della scienza giuridica, alla generale *Vernunft* dei liberali quali Rotteck, ai progetti di conciliazione nazionale dei germanisti.

Ma la società tedesca era solo apparentemente e provvisoriamente conciliata, ed i conflitti sociali non potevano tardare a manifestarsi in modo più evidente. Negli anni '40 il panorama cambia. Abbiamo, prima di tutto, un associazionismo di base di

⁽¹¹¹⁾ *Ibid.*, pp. 26 e ss., dove Rosenberg parla di « Neufeudalisierung » (p. 26).

⁽¹¹²⁾ Basti pensare al giudizio negativo espresso sulla funzione del partito politico da tutta la letteratura del *Vormärz*. Il classico della storia dei partiti politici in Germania è il volume di L. BERGSTRÄSSER, *Geschichte der politischen Parteien in Deutschland*, München, 1965¹¹ (la prima edizione è del 1921), al quale devono essere affiancati contributi più moderni, e per noi più interessanti: T. NIPPERDEY, *Die Organisation der deutschen Parteien vor 1918*, Düsseldorf, 1961, e la raccolta di saggi *Deutsche Parteien vor 1918*, curata da G. A. RITZER, Köln, 1973, dove si mette in luce soprattutto questa concezione del partito come elemento 'disgregatore', in contrapposizione alla presunta obbiettività della burocrazia statale.

qualità diversa rispetto al passato, e che concerne soprattutto gli strati più bassi della popolazione, che cercano una risposta alle condizioni di estrema miseria in cui sono costretti a vivere ⁽¹¹³⁾; ed abbiamo, inoltre, grandi masse di popolazione agraria che si trovano abbandonate a sè stesse, non godendo più della protezione del signore come nel sistema feudale, e non essendo ancora inserite in un rapporto di produzione capitalistico ⁽¹¹⁴⁾.

Nel complesso, l'attività riformatrice della burocrazia prussiana aveva indotto mutamenti anche sostanziali nell'assetto della società civile, e comunque tali da creare problemi di gestione di qualità nuova: è precisamente di fronte a questo tipo di problemi — che potremmo definire di *Sozialpolitik* — che la forza storica della burocrazia manifesta, a partire dall'inizio degli anni '40, tutti i suoi limiti di comprensione dei processi reali in corso, di funzionalità nell'intervento su di essi.

⁽¹¹³⁾ Questa osservazione non intacca il giudizio sulla carenza di contenuto sociale della Rivoluzione del '48, né quello sull'inizio di un vero e proprio processo d'industrializzazione solo a partire dagli anni Cinquanta, ma vuole indicare la presenza di un processo graduale, che inizia già con gli anni Quaranta: su questi aspetti ha fatto luce W. CONZE, *Der Beginn der deutschen Arbeiterbewegung*, in *Deutsche Parteien vor 1918*, cit., pp. 331-341, e *Vom 'Pöbel' zum 'Proletariat'*, in *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, cit., pp. 111-136. Da ricordare, a questo proposito, anche il minuto lavoro di ricostruzione di due allievi dello stesso Conze: F. BASLER, *Sozialdemokratie 1848/49-1853. Die erste deutsche Arbeiterorganisation 'Allgemeine deutsche Arbeiterverbrüderung' nach der Revolution. Textband und Quellen*, Stuttgart, 1962, e W. SCHIEDER, *Anfänge der deutschen Arbeiterbewegung. Auslandsvereine im Jahrzehnt nach der Julirevolution von 1830*, Stuttgart, 1963. Infine, sull'associazionismo degli anni Quaranta, vedi W. FISCHER, *Das Verhältniss von Staat und Wirtschaft in Deutschland am Beginn der Industrialisierung*, Göttingen, 1972, pp. 60-74, spec. pp. 70 e ss.

⁽¹¹⁴⁾ R. KOSELLECK, *Staat und Gesellschaft in Preussen 1815-1848*, in *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, cit., pp. 55-84, spec. p. 73; com'è noto, Koselleck ha in seguito ampliato il suo discorso col volume *Preussen zwischen Reform und Revolution*, cit., *passim*. Sul terreno della storia delle classi sociali, sono qui da ricordare, come sguardi d'assieme, e come strumenti di lavoro: la *Deutsche Sozialgeschichte. Dokumente und Skizzen*, a cura di W. PÖLS, vol. I, 1815-1870, München, 1973; lo *Handbuch der deutschen Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, curato da H. AUBIN e W. ZORN, vol. II, 19° e 20° secolo. Stuttgart, 1976; e la *Bibliographie zur modernen deutschen Sozialgeschichte*, curata da H. U. WEHLER, Göttingen, 1976.

La reazione di fronte all'aumento delle tensioni e delle contraddizioni sociali fu un'ulteriore concentrazione di decisionalità politica ed amministrativa, con l'assenza, però, di una « politische Planung, die den widerstreitenden sozialen Bedürfnissen gerecht wäre » (115). Per la burocrazia prussiana, la liberazione di nuove forze produttive procedette sempre nel senso della ricerca di nuovi punti di sostegno per il potere politico e per l'assetto istituzionale esistente, e non fu mai concepita all'interno di un quadro più complessivo, con la consapevolezza della transizione in atto dalla *Ständesozietät* alla *Klassengesellschaft*, e quindi con la coscienza di dover apportare mutamenti anche a livello delle strutture dello Stato e della Costituzione.

La contraddizione esistente tra il fatto che la burocrazia si poneva come elemento motore di processi di tipo nuovo, ma contemporaneamente pretendeva poi di conservarsi come cetto privilegiato, in sintonia con il vecchio ordine sociale, si rifletteva e si traduceva in tensione dialettica tra Stato e società: da una parte, l'apparato istituzionale che, pur essendo il punto centrale dello sviluppo complessivo, non intendeva mettere in discussione se stesso e le proprie strutture, dall'altra, una società che, per quanto ancora condizionata dai residui del vecchio assetto, poneva ormai domande di partecipazione al potere politico, o comunque di sua revisione in funzione di bisogni e strutture sociali di tipo nuovo.

Questa tensione dialettica tra Stato e società non era comprensibile alla luce delle categorie adoperate dalla letteratura politica e giuridica dei primi trenta anni del secolo.

(115) KOSELLECK, *Staat und Gesellschaft in Preussen*, cit., p. 84. Eckart Kehr, in un suo saggio del 1932, aveva già compreso questo duplice ruolo della burocrazia, prima attivo e poi frenante: E. KEHR, *Zur Genesis der preussischen Bürokratie und des Rechtsstaats*, in *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, cit., pp. 37-55. Sul duplice ruolo della burocrazia, vedi anche HOLBORN, *Der deutsche Idealismus*, cit., pp. 92 e ss.; anche secondo W. SAUER, *Das Problem des deutschen Nationalstaats*, in *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, cit., pp. 407-436, il disegno della burocrazia era quello di portare avanti la riforma sociale senza intaccare il sistema politico (p. 420). Gli stessi privilegi nobiliari non vengono attaccati dalle riforme della burocrazia prussiana, la quale voleva rendere più efficienti i sistemi produttivi, senza colpire il complesso del vecchio assetto socio-politico, così come sostiene anche W. CONZE, nella voce *Adel*, da lui curata per i *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., vol. I, pp. 1-48, spec. pp. 29-40.

L'idea centrale dello Stato come risultato di forze storiche obiettive, di un processo naturale e necessario, che prende l'avvio dalle comunità minori, come la famiglia, poteva ora essere considerata insoddisfacente di fronte alla complessa situazione degli anni '40, ai complessi rapporti esistenti tra l'apparato istituzionale e la società civile. In particolare, la nuova situazione apriva la possibilità di un'indagine teorica, che ponesse al proprio centro la società civile e le sue tensioni, e contribuisse, quindi, alla revisione del metodo di studio dominante nel primo trentennio. Questo accadde con l'opera di Lorenz von Stein ⁽¹¹⁶⁾.

La formazione culturale di Stein è ancora tutta dentro agli anni '30, ed i suoi Maestri all'Università di Kiel sono Falck e Dahlmann, dunque uomini della Scuola Storica ⁽¹¹⁷⁾; la dissertazione di Stein sul processo civile danese è certamente orientata secondo i modelli della *Rechtsgeschichte* savigniana. Ma l'orizzonte teorico e culturale di Stein è più ampio, poichè il giovane giurista

⁽¹¹⁶⁾ Lorenz von Stein (1815-1890) nasce nel Ducato dello Schleswig, ai confini con la Danimarca, ed, anzi, in questo periodo collocato sotto la dominazione danese. Studia a Kiel, Jena e Berlino. Nel 1840 consegue il dottorato con una dissertazione sul processo civile danese, ed ottiene una borsa di studio in Francia. Dal 1846 è Professore Straordinario a Kiel, ma ben presto deve abbandonare l'insegnamento a causa delle sue opinioni politiche anti-danesi. Una costante della vita di Stein è costituita dalla sua avversione nei confronti della Prussia, che lo ricambiò impedendo la sua chiamata in una Università prussiana. Solo a partire dal 1855 diviene Professore Ordinario all'Università di Vienna per la Cattedra di Economia politica e Scienza dell'Amministrazione: qui Stein diviene studioso di dimensioni europee, corteggiato da tutte le Accademie del Continente. Per le opere di Stein, sono da consultare le seguenti bibliografie: W. SCHMIDT, *Lorenz von Stein. Ein Beitrag zur Biographie, zur Geschichte Schleswig-Holsteins und zur Geistesgeschichte des 19. Jahrhunderts*, Eckernförde, 1956, pp. 129-137; e M. HAHN, *Bürgerlicher Optimismus im Niedergang. Studien zu Lorenz Stein und Hegel*, München, 1969 (pp. 203-211 per la produzione giovanile di Stein, dal 1839 al 1850). Su questi due lavori, si basano le più recenti bibliografie, curate da F. DE SANCTIS, *Crisi e scienza. Lorenz von Stein. Alle origini della scienza sociale*, Napoli, 1974, pp. 235-248; e da D. BLASIUS e E. PANKOKE, *Lorenz von Stein. Geschichts- und gesellschaftswissenschaftlichen Perspektiven*, Darmstadt, 1977, pp. 191-194. Ancor più recente, il lavoro di M. MUNDING, in *Staat und Gesellschaft. Studien über Lorenz von Stein*, volume a cura di R. SCHNUR, Berlin, 1978 (pp. 561 e ss. per la bibliografia, comprensiva anche della letteratura su Stein).

⁽¹¹⁷⁾ SCHMIDT, *Lorenz von Stein*, cit., p. 82.

seppe guardare al di là della cittadella del diritto, dove il predominio della Scuola Storica era quasi assoluto, e seppe scorgere quanto nel primo terzo del secolo era maturato a livello di riflessione più generale: mi riferisco — è chiaro — al fenomeno della filosofia hegeliana, che fino alla metà degli anni '30 è ancora dominante negli Stati tedeschi ⁽¹¹⁸⁾. Assumendo un punto di vista estraneo alla tradizione culturale della Scuola Storica, Stein assume, in realtà, elementi di contraddizione, punti di riferimento alternativi.

Basti pensare alla concezione del ruolo dello Stato e del diritto pubblico in Savigny ed in Hegel. Le idee del fondatore della Scuola Storica sono note ⁽¹¹⁹⁾, e si riassumono nel primato del diritto privato sul pubblico, della scienza sulla legislazione, ed in genere sugli strumenti della politica. L'itinerario teorico di Hegel nel primo ventennio del secolo è in direzione opposta, e conduce all'esaltazione dello Stato e della sua capacità di controllo sulla società civile, del diritto pubblico rispetto al diritto privato. Anche Hegel muove, all'inizio del secolo, dalla polemica antigiusnaturalistica, e pone al centro dell'indagine, non l'individuo singolo, ma la totalità

⁽¹¹⁸⁾ Sulle sorti della filosofia hegeliana nel corso del secolo, vedi H. ROSENBERG, *Zur Geschichte der Hegelauffassung*, in *Politische Denkströmungen im deutschen Vormärz*, Göttingen, 1972, pp. 69-96. Sulla presenza di un nesso Hegel-Stein non vi sono dubbi, e tutta l'indagine sull'opera di Stein si è dedicata anche allo studio di questa componente della sua formazione. La ricerca in questa direzione è stata inaugurata da P. VOGEL, *Hegels Gesellschaftsbegriff und seine geschichtliche Fortbildung durch Lorenz von Stein, Marx, Engels und Lassalle*, in *Kant-Studien*, n. 59, Berlin, 1925. L'ulteriore letteratura su questo aspetto, anche assai recente, sarà citata nel corso del lavoro. Ricordiamo, per ora, E. W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, 1958, pp. 145-158, e DE SANCTIS, *Crisi e scienza*, cit., il quale sottolinea il nesso Hegel-Stein, ma anche osserva come esso sia stato talvolta sottoposto ad una « indebita ipertrofizzazione » (p. 25). HAHN, *Bürgerlicher Optimismus*, cit., osserva, per parte sua, come non si possa parlare di approfondita conoscenza steiniana di Hegel, ma bensì solo di « conoscenza generale di filosofemi hegeliani » (p. 22). Sul nesso Hegel-Stein, si sono soffermati molti dei contributi contenuti in *Staat und Gesellschaft. Studien über Lorenz von Stein*, cit., tra i quali ricorderemo quello di A. THEIS, *Lorenz von Stein und die deutsche Gesellschaftslehre in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, pp. 47-65.

⁽¹¹⁹⁾ Rinviamo a quanto abbiamo esposto nel primo Paragrafo di questo Capitolo.

etica del *Volk* ⁽¹²⁰⁾, ma l'eticità hegeliana non si traduce, come in Savigny, nel primato assoluto dei dati obbiettivi, nel rifiuto della contraddizione, e della sua analisi a livello sociale, ma nella consapevolezza dell'insufficienza di una prospettiva individualistica, che fonda tutto il sistema della vita collettiva su di un naturale accomodamento delle sfere private.

La prospettiva, di stampo kantiano, dalla quale muove il giovane Savigny della *Methodenlehre* del 1802, conduce all'esaltazione del diritto privato, inteso come strumento principe di organizzazione di tutto l'assetto sociale; l'eticità hegeliana è invece la via lungo la quale si giunge al primato del diritto pubblico sul privato, attraverso la crescente consapevolezza della irriducibilità delle tensioni sociali dentro lo schema di un naturale e spontaneo accomodamento degli interessi privati, della necessità di un ruolo attivo della politica legislativa, e dello Stato in genere. Sono lontani da Hegel i richiami savigniani alla produzione spontanea e popolare del diritto, e lo Stato diventa il centro del progetto: non è più sufficiente il lavoro di coordinazione del diritto privato, ed è necessario passare al livello dell'organizzazione e del controllo della società civile da parte dello Stato e del diritto pubblico ⁽¹²¹⁾.

E qui siamo ad un passo dal nodo centrale: mentre Savigny vive ancora tutto dentro alla tradizione classico-aristotelica, e concepisce lo Stato come una delle forme di convivenza umana, seppure la più perfezionata, distinta dalle società politiche minori (come la famiglia) solo per grado, ma non per sostanza, per Hegel lo Stato è il prodotto più tipico dell'età moderna, e si contrappone ad una società in via di progressiva depoliticizzazione ⁽¹²²⁾. Men-

⁽¹²⁰⁾ È del 1802 il suo saggio *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*. Su questo saggio di Hegel, e sulla evoluzione del suo pensiero fino alla *Rechtsphilosophie* del 1821, è da leggere il saggio di N. BOBBIO, *Hegel ed il diritto*, in *Incidenza di Hegel*, Napoli, 1970, pp. 215-251.

⁽¹²¹⁾ BOBBIO, *Hegel ed il diritto*, cit., pp. 232 e ss.

⁽¹²²⁾ Sul confronto tra il modello classico-aristotelico e quello hegeliano, vedi N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, in *La formazione storica del diritto moderno*, cit., vol. I, pp. 73-93, spec. pp. 82 e ss. Bobbio è tornato sul tema del rapporto tra Hegel ed il giusnaturalismo col saggio *Hegel ed il giusnaturalismo*, in *Rivista di filosofia*, 58 (1966), pp. 379-407.

tre Savigny si limita a sottolineare la 'naturalità dello Stato' al pari di tutte le altre forme politiche, Hegel, pur attaccando le concezioni giusnaturalistiche e contrattualistiche, è ben più consapevole del processo storico in atto, che è processo di concentrazione della politica nello Stato, e di affermazione delle categorie economiche come elementi centrali della vita della società civile.

Ma una società in via di depoliticizzazione, e di riduzione alla dimensione economica, è una società sempre più in conflitto, sempre più difficilmente mediabile e componibile. Mentre Savigny propone di accantonare le contraddizioni, e di lottare per l'affermazione — o per la conservazione — di una società omogenea, gestibile con la sola forza dell'obbiettività degli strumenti scientifici, Hegel basa la sua indagine sulla chiara consapevolezza delle nascenti tensioni sociali, che egli considera non come deviazione da un corso storico naturale, ma come il segno dell'età nuova.

Proprio da qui nasce il ruolo centrale dello Stato: non affermare la necessità di una politica legislativa ed amministrativa, respingerla in quanto necessariamente portatrice di elementi di disgregazione, in quanto troppo legata ad interessi politici contingenti, così come Savigny sosteneva, è un lusso che non si può più permettere un Hegel che ha compreso ad un livello ben diverso la drammaticità dei conflitti sociali, e la conseguente necessità dell'intervento dello Stato in funzione mediatrice.

Potremmo affermare, in sintesi, che quel compito di unificazione, che Savigny affidava alla scienza, è da Hegel attribuito allo Stato; con Hegel lo Stato medesimo, ed il diritto pubblico, recitano un ruolo centrale, e ciò in netta contrapposizione con le opinioni di Savigny, che oscillavano tra l'indifferenza e l'aperta ostilità.

Qui sta il tema più rilevante ai fini della nostra indagine: mentre per i giuristi dalla Scuola Storica il diritto per eccellenza era il diritto privato, e l'indagine sullo Stato trovava spazio solo a livello di *Verfassungsgeschichte*, o di storia del diritto in genere, con Hegel viene a porsi il problema del diritto pubblico, o comunque di una dottrina positiva dello Stato, che si occupi del funzionamento dei suoi organi, del concreto intervento pubblico sulla

dinamica delle sfere private e dei bisogni sociali ⁽¹²³⁾. Lo Stato non è considerato come il quadro storico-organico, all'interno del quale si muovono i componenti di un determinato *Volk*, di una determinata Nazione, ma come un soggetto al quale affidare il compito d'intervenire attivamente sulle contraddizioni della società civile.

Questo ci sembra anche il modo corretto d'impostare il problema dello Stato-potenza in Hegel, che è tale soprattutto in quanto deve rappresentare l'elemento unificante dei particolarismi della società civile, in quanto deve contenere in sé un'elevata capacità di controllo dei meccanismi sociali ⁽¹²⁴⁾. L'interpretazione del *Machtsstaat* hegeliano come Stato giustificato in sé stesso, dotato di autonoma fondazione, svincolato dalle volontà individuali dei consociati, risulta da una forzatura unilaterale, che trascura l'altro versante di Hegel, quello della percezione dei conflitti in atto, dell'individuazione dello Stato come strumento di mediazione, tan-

⁽¹²³⁾ WIEACKER, nella sua *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 413, considera l'influsso della componente hegeliana elemento differenziatore decisivo tra la storia del diritto pubblico, e quella del diritto privato, dove il predominio della Scuola Storica rimase quasi del tutto incontrastato.

⁽¹²⁴⁾ Sono ormai datate quelle interpretazioni del *Machtsstaat* hegeliano, che lo assimilano alla cultura romantica, e che lo valutano come precursore dell'autoritarismo bismarckiano, o del totalitarismo nazista: ricordiamo qui il vecchio saggio di H. HELLER, *Hegel und der nationale Machtsstaatsgedanke in Deutschland. Ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte*, Berlin, 1921, ristampa, Aalen, 1963, spec. pp. 159-175 per il rapporto tra Hegel ed i giuristi; e quello più recente di E. TOPITSCH, *Kritik der Hegel-Apologeten*, in *Hegel und die Folgen*, volume curato da G. K. KALTENBRUNNER, Freiburg, 1970, pp. 329-360. Naturalmente, non si deve rinunciare a mettere in luce i singoli aspetti del pensiero di Hegel, che sono chiaramente determinati da uno spirito antiliberal: citiamo qui il saggio di C. CESA, *L'atteggiamento politico di Hegel nel 1817: lo scritto sulla Dieta del Württemberg*, in *Incidenza di Hegel*, cit., pp. 272-308, nelle parti in cui viene messa in luce l'avversione di Hegel per una rappresentanza intesa come diretta espressione degli interessi della società civile, ed il suo favore per la componente del funzionariato (cfr. spec. pp. 294 e ss.), ed il volume di F. MÜLLER, *Korporation und Assoziation. Eine Problemgeschichte der Vereinigungsfreiheit im deutschen Vormärz*, Berlin, 1965, che sottolinea lo sfavore con il quale Hegel sempre valutò il diritto di associazione quale diritto individuale, e la sua — al contrario — simpatia per l'idea di *Korporation*, come elemento unificante, in funzione di antidoto contro i particolarismi della società civile (cfr. spec. pp. 146-215).

to più capace di svolgere questo compito, quanto più ' potente ' ed ' obbiettivo ' (125).

Così, dal punto di vista dell'influsso di Hegel sulla *Staatslehre* tedesca, si può sottolineare quanto si vuole il dato dell'esaltazione postquarantottesca dello Stato come potenza, ma rimane il fatto che Hegel per primo ha posto il problema dello Stato come soggetto interveniente sulle contraddizioni sociali, e dunque ha creato i presupposti per una riflessione sullo Stato moderno non prescindente dall'analisi dei bisogni e delle tensioni della società civile (126). Da qualunque lato si aggredisca il nucleo centrale delle dottrine hegeliane, si giunge sempre alla medesima conclusione: la grandezza di Hegel è consistita nel fatto che egli percepì con estrema esattezza la rivoluzione in atto, il progressivo depolitizzarsi dell'antica *societas civilis*, il suo ridursi alla dimensione del puro scontro economico.

Qui è anche la superiorità di Hegel rispetto a tutto il liberalismo prequarantottesco, che non riesce a comprendere il processo di emancipazione della società civile dai precedenti vincoli etico-politici; è Hegel, invece, che riesce a cogliere la centralità degli elementi del lavoro e dei bisogni economici, a superare la visione tradizionale di un complesso di persone giuridiche astratte, destinate, tramite la naturale razionalità dell'agire umano, ad integrarsi armonicamente (127).

(125) Anche chi, come U. SCHEUNER, *Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre*, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend*, Tübingen, 1962, pp. 225-235, spec. pp. 231 e ss., ha visto in Hegel la svolta in senso autoritario, a favore di una concezione dello Stato sganciata da riferimenti a livello della collettività, ha dovuto ammettere che Hegel è stato il primo pensatore tedesco a gettare uno sguardo analitico sui conflitti della società civile, ed a concepire lo Stato come strumento principe di controllo delle dinamiche sociali: dello stesso Autore, vedi *Hegel und die deutsche Staatslehre*, cit., pp. 129-151, spec. pp. 138-139. Una ' duplicità ' in questo senso è illustrata anche nel saggio di K. LENK, *Vom Widerspruch zur Apologie: Hegel und der Rechtshegelianismus*, in *Volk und Staat. Strukturwandel politischer Ideologien im 19. und 20. Jahrhundert*, cit., pp. 54-65, spec. pp. 54-60.

(126) Questa doppia faccia dell'eredità hegeliana è messa in luce anche da M. RIEDEL, *Der Staatsbegriff der deutschen Geschichtsschreibung*, cit., pp. 47 e ss. (p. 63 specialmente su Hegel).

(127) Hegel, in sintesi, muove dall'idea di *Gesellschaft*, cioè dalla società civile intesa come ' sistema di bisogni ', e come sede di conflitto economico; ciò in

Ancora nell'*Allgemeines Landrecht* Prussiano del 1794, si dava la seguente definizione di *bürgerliche Gesellschaft*: « La società dei cittadini consiste di numerose, piccole comunità o ceti legati dalla natura o dalla legge, o da entrambe insieme » (128). Tra questa nozione, alla quale rimane legato, in sostanza, tutto il liberalismo del *Vormärz*, ed il contenuto della *Rechtsphilosophie* hegeliana del 1821, si avverte una grande distanza che è data dal confronto tra due sistemi complessivi di organizzazione sociale. Hegel seppe misurarsi, infatti, non solo con i contenuti della Rivoluzione dell'89, ma anche con i temi dell'economia politica e della rivoluzione industriale (129), e seppe scorgere il nesso tra la rivoluzione politica e quella al livello delle strutture sociali.

È nel momento in cui viene a mancare un'economia di tipo domestico, ed il motore della società civile diventano l'industria ed il progresso scientifico e tecnologico, con i connessi scontri tra le classi sociali, che si produce anche la rivoluzione politica: la

antitesi alla nozione di *Gemeinschaft*, di comunità organica ed omogenea, che fu dominante presso tutto il *Frühliberalismus* tedesco. Sul punto, vedi le voci, curate da M. RIEDEL, *Gesellschaft, bürgerliche*, e *Gesellschaft, Gemeinschaft*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., vol. II, risp. pp. 719-800, spec. pp. 779-787, e pp. 801-862, spec. pp. 836 e ss. Per l'incapacità del liberalismo tedesco di ragionare in termini di *Gesellschaft*, vedi BÖCKENFÖRDE, *Die Einheit von nationaler und konstitutioneller politischer Bewegung*, cit., p. 33.

(128) *Allgemeines Landrecht*, I, 1, 2 (cit. secondo BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale tedesca*, cit., p. 80 n. 5, nella traduzione italiana di P. Schiera). A questo proposito, sono da vedere le osservazioni di I. CERVELLI, *Ceti e assolutismo in Germania. Rassegna di studi e problemi*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, III (1977), pp. 431-512 (spec. pp. 479-512 sull'*Allgemeines Landrecht*).

(129) Già G. LUKÁCS, *Der junge Hegel und die Probleme der kapitalistischen Gesellschaft*, Berlin, 1954, p. 25, aveva indicato in Hegel il più consapevole, tra gli intellettuali tedeschi, della rilevanza della rivoluzione industriale inglese. Anche M. RIEDEL ha messo in luce questo aspetto nei suoi *Studien zur Hegels Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1969, ora tradotti in ital. col titolo *Hegel fra tradizione e rivoluzione*, Bari, 1975, in particolare nei saggi: *La recezione dell'economia politica* (pp. 67-89), e *Tradizione e rivoluzione nella 'Filosofia del diritto' di Hegel* (pp. 91-122). Da consultare il volume collettaneo *Hegel e la economia politica*, a cura di S. VECA, Milano, 1975. Per la diffusione dell'economia politica inglese tra Sette ed Ottocento in Germania, ed in particolare per il rapporto tra Hegel e gli economisti inglesi, vedi le indicazioni bibliografiche di BORSO, *Hegel politico dell'esperienza*, cit., pp. 154-156.

società civile appare nel suo nudo contenuto economico, la società domestica non è più il tramite per la strutturazione pubblico-politica e tende a privatizzarsi, la politica si centralizza nello Stato. Del resto, che il concetto di 'bürgerliche Gesellschaft' fosse considerato in un certo modo nella Germania dei primi decenni del secolo, ce ne dà una misura la letteratura politico-giuridica di stampo reazionario, che identifica in esso la fonte prima di ogni disordine, poichè riduce la *societas civilis* a somma di soggetti eguali e liberi, dissolvendo i fondamenti della 'comunità naturale' ⁽¹³⁰⁾.

Ma Hegel non si arresta all'individuazione del processo storico in atto, e cerca anche di dare delle soluzioni; la principale di queste — lo abbiamo già visto — concerne lo Stato, ed il suo intervento in funzione mediatrice dei conflitti sociali, ma è opportuno qui precisare il contenuto di questa proposta hegeliana.

Non v'è dubbio che il sistema di Hegel è tutto proteso in direzione del superamento dei conflitti, della loro riconduzione in un quadro tendenzialmente omogeneo, ma sarebbe errato vedere solo nello Stato lo strumento da adoperare a questo fine. Soprattutto, sarebbe fuorviante una contrapposizione meccanica dello Stato, come 'eticità' e 'generalità', alla società civile, come regno della disgregazione e dei particolarismi, anche se questo è lo schema all'interno del quale Hegel si muove.

L'originalità della filosofia hegeliana sta invece proprio nel suo rifuggire da un'esaltazione acritica dello Stato come momento etico collettivo in contrapposizione alla società civile, intesa come dato negativo da isolare, in quanto sede di conflitto e di lacerazione. Il suo sforzo più significativo è, al contrario, proprio quello di riassorbire il sociale e l'economico all'interno del sistema, di ritrovare anche a questi livelli gli elementi di coesione e di armonizzazione della collettività. Il tentativo di mediazione non è perseguito seguendo la via dell'utopia classica opposta al negativo dei rapporti economici moderni, ma all'interno di questi stessi rapporti, esaltando la funzione sociale del lavoro, non come puro e semplice mezzo di soddisfazione dei propri bisogni, ma come ac-

⁽¹³⁰⁾ Un esempio in questo senso è la nota opera di C. L. VON HALLER, *Restauration der Staatswissenschaft*, Winterthur, 1816-1820.

crescimento e circolazione della ricchezza collettiva, come contributo dell'individuo allo sviluppo dell'intera società. Così categorie economiche come lavoro, possesso, denaro, si sganciano in Hegel dalla tematica della soddisfazione dei bisogni del singolo, per porsi in funzione universalizzante, a livello dell'intero popolo: « i valori etici affondano le loro radici nel regno del negativo » (131).

Possiamo adesso tentare alcune conclusioni, che valgano più direttamente ai fini della nostra indagine: Hegel individua con chiarezza il processo in atto di depoliticizzazione della società civile, e le nascenti contraddizioni sociali, ed in ciò mostra un grado di consapevolezza del proprio presente assai più elevato di quello di tutto il *Frühliberalismus* tedesco.

Con la propria concezione di Stato, egli si pone, inoltre, in contraddizione con la cultura politica sottesa alle indagini di Savigny e dei giuristi della Scuola Storica (132), e rivendica il ruolo centrale

(131) BORSO, *Hegel politico dell'esperienza*, cit., p. 145. Tutto il volume di Borso è dedicato alla dimostrazione della tesi enunciata nel testo: vedi anche le pp. 123, 137, 144 e 146. Lo stesso RIEDEL, *Hegel fra tradizione e rivoluzione*, cit., pp. 78-79, si era già orientato nella medesima direzione (per una bibliografia della sua produzione su Hegel, vedi il volume di Borso sopra citato, p. 151). Da leggere, a questo proposito, anche S. AVINERI, *La teoria hegeliana dello Stato*, Bari, 1973, p. 178; e M. TRONTI, *Hegel politico*, Roma, 1975, spec. pp. 142-143.

(132) Il giudizio di Hegel sulla Scuola Storica fu anche esplicitamente critico: ci riferiamo alle *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ora in *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, curate da K. H. ILTING, vol. II, *Vorrede*, pp. 60 e ss. Una recente analisi di G. MARINI, *La polemica con la scuola storica nella Filosofia del diritto hegeliana*, in *Rivista di filosofia*, n. 7-8-9 (1977), ha dimostrato come sia impossibile ridurre la polemica a mero contrasto tra 'razionalismo' e 'romanticismo', come ad essa siano sottese opzioni politiche concernenti il ruolo del legislatore e della scienza giuridica. A testimonianza della profondità del contrasto, è da ricordare l'opera di Eduard GANS, giurista, e fedele discepolo di Hegel, il quale rinnovò l'attacco alla Scuola Storica nel suo *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, voll. 1 e 2, Berlin, 1824-1825, voll. 3 e 4, Stuttgart e Tübingen, 1829 e 1835. Sulla critica di Gans a Savigny, vedi HAHN, *Bürgerlicher Optimismus*, cit., pp. 43-45, ed A. CORNU, *Marx ed Engels dal liberalismo al comunismo*, Milano, 1971³, pp. 95-104, dove Gans e Savigny vengono definiti « capi di due scuole giuridiche opposte » (p. 95), entrambi attive e presenti all'Università di Berlino alla fine degli anni trenta; anche MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, cit., pp. 141-153, si è soffermato sulla critica di Gans a Savigny. Comunque, al di là di questi riferimenti, la storia della critica hegeliana alla Scuola Storica è indubbiamente ancora tutta da scrivere.

del diritto pubblico. Il compito storico dello Stato e del diritto pubblico è quello d'intervenire sui conflitti sociali, per trasformare gli elementi potenzialmente dirompenti in elementi di coesione sociale, per regolare ed organizzare il lavoro, e farne così una fonte di ricchezza collettiva, e non solo un mezzo di soddisfazione individuale. Partendo dalla scissione di 'politico' ed 'economico', Hegel giunge, dunque, a proporre un reingresso dei dati sociali ed economici nell'ambito del progetto politico complessivo. Una *Staatslehre* all'altezza dei tempi non potrebbe non servirsi degli strumenti dell'economia politica, oltre che di quelli specificamente politico-giuridici.

Questo è, in definitiva, quanto ci premeva sottolineare: in Hegel vi sono tutte le premesse per la costruzione di una dottrina dello Stato che non isoli il proprio oggetto d'indagine, ma che muova dalla rilevazione dei dati inerenti allo sviluppo sociale. Con Hegel, a differenza di tutto il pensiero precedente, ed anche di quello a lui contemporaneo, il sociale e l'economico non sono più il negativo da isolare, la sgradevole realtà da esorcizzare, cui opporre l'omogeneità etica e culturale del *Volk*, ma una componente del sistema, in esso integrata.

Dal punto di vista della dottrina dello Stato, questo apre la possibilità di superare l'astrattezza del razionalismo liberale, del *Vernunftrecht*, per operare a livello di analisi del concreto tessuto sociale, di contesto nel quale collocare la vita delle istituzioni ⁽¹³³⁾. Il problema, che adesso dobbiamo affrontare, è quello della recezione di questo versante della filosofia hegeliana nell'ambito della dottrina dello Stato del *Vormärz*.

2. Ed ecco ritornare in prima linea, come personaggio centrale, proprio Lorenz von Stein. Del suo complesso e tormentato itinerario culturale, noi vogliamo mettere in rilievo soltanto una fase, che è quella della critica alla Scuola Storica, operata sulla base di un impianto teorico di chiara matrice hegeliana. Porremo la nostra attenzione, a questo fine, soprattutto alla recensione di

⁽¹³³⁾ E. PANKOKE, *Sociale Bewegung. Sociale Frage. Sociale Politik*, Stuttgart, 1970, pp. 103 e ss., si è dedicato brevemente al tema della collocazione di Hegel nella storia delle discipline sociologiche.

Stein al *System* di Savigny, che costituisce il vero e proprio momento specifico di distacco del giovane giurista dalla Scuola Storica ⁽¹³⁴⁾.

La recensione appare nell'Ottobre del 1841, ed un mese prima Stein, in una sua lettera, afferma che il contenuto di questa recensione appartiene « zu den Resultaten einer Arbeit, die ich seit dem Beginn dieses Jahres täglich und stündlich unter Händen und in Gedanken gehabt habe; es ist ein Teil meiner geistigen juristischen Existenz; jeder Schritt darin ist mit langer und nicht leichter Mühseligkeit erstritten worden » ⁽¹³⁵⁾; è dunque lo stesso Stein a sentire quest'impegno come centrale nello sviluppo del suo pensiero, e ciò in ragione del fatto che esso rappresenta il suo distacco dalla Scuola Storica e dall'educazione giuridica giovanile.

Quello che colpisce nella critica di Stein è, prima di tutto, l'immediatezza con la quale l'Autore coglie il nucleo centrale dell'elaborazione savigniana. Siamo ben lontani dall'astratta contrapposizione di diritto 'razionale' e diritto 'storico', e subito si pone il problema del rapporto tra prassi e teoria, e del ruolo che quest'ultima deve giocare di fronte al complesso dell'esperienza giuridica.

Stein riconosce a Savigny il merito di aver individuato il male principale della condizione giuridica del tempo, consistente nella crescente separazione di teoria e prassi ⁽¹³⁶⁾, ma contesta al Maestro della Scuola Storica l'opportunità dei rimedi proposti. Savigny — com'è noto, e come già sappiamo — proponeva un rafforzamento della teoria, della *Rechtswissenschaft*, e della sua centralità:

⁽¹³⁴⁾ La recensione di Stein al *System* di Savigny è intitolata *Zur Charakteristik der heutigen Rechtswissenschaft*, e si trova nei *Deutsche Jahrbücher für Wissenschaft und Kunst*, n. 92-100 (1841), pp. 365-66, 369-70, 373-74, 377-80, 381-84, 385-87, 389-91, 393-95, 397-99. A questa recensione, affiancheremo in seguito l'analisi del saggio *Das Corpus Juris und die historische Schule in ihrem Verhältniss zur deutschen Rechtsentwicklung*, in *Deutsche Vierteljahrs Schrift*, 1845, Quaderno secondo, pp. 145-188, Quaderno quarto, pp. 293-344. La seconda parte del saggio (quaderno quarto) è sotto il titolo specifico di *Das Corpus Juris und die Idee des gemeinen deutschen Rechts*; noi citeremo *Das Corpus Juris I* e *II*, data la sostanziale unità della trattazione.

⁽¹³⁵⁾ Lettera di Stein ad Arnold Ruge del 23 Settembre 1841 (citata secondo HAHN, *Bürgerlicher Optimismus*, cit., p. 35).

⁽¹³⁶⁾ STEIN, *Zur Charakteristik*, cit., p. 366.

tanto più la scienza giuridica riusciva ad essere autorevole, e capace di elaborare scientificamente principii giuridici in senso 'obiettivo', tanto più la prassi — la stessa legislazione, secondo Savigny — si semplificava, si uniformava a categorie generali, e si andava così lavorando per l'unificazione del presente, e, nello stesso tempo, per il superamento della separazione di teoria e prassi, nel senso della *Verwissenschaftlichung* della prassi medesima.

Stein ribalta tutta l'impostazione, e comincia con l'operare una critica della teoria, domandandosi da dove essa può attingere tutta l'autorità necessaria per dominare ed unificare la prassi. Che cos'è, in definitiva, questa teoria, questa scienza del diritto, e su quale base concretamente lavora? Essa è indissolubilmente legata all'idea del diritto comune germanico, cioè alla possibilità di conservare i vari particolarismi, unificandoli secondo principii ed istituti giuridici comuni, ricavabili dal *Corpus Juris civilis*, appunto mediante il lavoro della scienza giuridica. Il primato savigniano della teoria rinvia necessariamente al primato del diritto romano, così come era stato tramandato nei testi giustinianeî (137).

A questo punto iniziano le osservazioni critiche di Stein: prima di tutto, nel C.J.C. sono contenuti una serie di « Gegenständen, die für uns Antiquitäten geworden sind » (138), cioè principii ed istituti legati a concreti rapporti facenti parte di una realtà storica mutata. Nella stessa linea critica, qualche anno dopo, Stein, tornando sul tema, osserverà che il C.J.C. non conosce « Hypothekbücher, Grundrenten, Aktiengesellschaften », cioè è sprovvisto di strumenti di fronte a nuove realtà, che richiedono l'intervento del giurista (139).

Ma c'è poi un altro profilo critico, assai importante, e riguarda l'insufficienza del C.J.C. nel campo del rapporto tra *Staatsrecht* e diritto privato. Stein avverte, come bisogno del presente, quello di distinguere chiaramente i due rami dell'esperienza giuridica, mentre nel C.J.C. ritrova solamente diritto comune, e le singole discipline sono confuse l'una con l'altra. Una teoria efficace per

(137) *Ibid.*, pp. 373-383.

(138) *Ibid.*, p. 373.

(139) *Das Corpus Juris*, cit., I, p. 155.

il presente non può essere altro che una scienza dello Stato, o una scienza del diritto privato, a seconda dell'oggetto d'indagine proposto, mentre la scienza savigniana è solo teorizzazione di tutto ciò che è contenuto nel C.J.C. ⁽¹⁴⁰⁾.

Stein conclude domandandosi quali pretese di dominio e di unificazione della prassi possa avere una teoria che si basa su un testo che racchiude insieme « Geschichte und Gegenwart, Geltendes und Nichtgeltendes, Privatrecht, und Nichtprivatrecht » ⁽¹⁴¹⁾. Se la prassi diverge dalla teoria, è solo perchè essa esprime dei bisogni, delle nuove realtà, che questa teoria — cioè quella del diritto comune — non è capace di soddisfare.

Le conclusioni di Savigny sono ribaltate: non è la prassi ad essere poco 'scientifica', sorda alle esigenze di razionalizzazione portate avanti dalla scienza giuridica, ma è quest'ultima che deve essere rifondata; è la teoria che possiede strumenti invecchiati, che la rendono incapace di rispondere ai bisogni di una realtà in movimento ⁽¹⁴²⁾. Non è un caso, per Stein, che la scienza giuridica savigniana sia essenzialmente storica: il suo interesse per la storia nasce dall'incapacità ad essere scienza del presente ⁽¹⁴³⁾. In contrapposizione alla Scuola Storica, Stein parla di « philosophische Schule », che cerca di essere la risposta al « Bedürfniss nach einem Bewusstsein über das wirkliche Recht des deutschen Volks » ⁽¹⁴⁴⁾.

Ma è appunto qui che il discorso di Stein risulta mozzo, non appena la critica tende a trasformarsi in proposta, sul piano di un concreto intervento operativo. A questo livello, in tutta la recensione, troviamo solo un accenno alla necessità di sostituire il concetto di diritto comune con quello di diritto privato, e niente di più ⁽¹⁴⁵⁾.

Questo non toglie valore al testo in esame, che costituisce uno dei rarissimi esempi di critica reale al primato savigniano della scienza giuridica, su di un livello ben superiore al radicalismo di un Rotteck, o al liberalismo organicistico dei Germanisti.

⁽¹⁴⁰⁾ *Zur Charakteristik*, cit., p. 385.

⁽¹⁴¹⁾ *Ibid.*, p. 386.

⁽¹⁴²⁾ *Ibid.*, p. 398.

⁽¹⁴³⁾ *Ibid.*, p. 390.

⁽¹⁴⁴⁾ *Ibid.*, p. 397.

⁽¹⁴⁵⁾ *Ibid.*, p. 383.

Mentre questi ultimi tentavano sterili contrapposizioni, come quella di diritto 'razionale' e diritto 'storico', o si rendevano protagonisti di un costituzionalismo assai fumoso, come quello portato avanti in nome dello Stato nazionale 'organico', Stein ha la capacità di centrare subito la sua indagine sul punto focale del ruolo della scienza giuridica, ed è l'unico a parlare in termini di concrete esigenze del presente, di necessaria consapevolezza di esse da parte della teoria.

L'obbiettivo polemico di Stein è, infatti, la scienza giuridica del suo tempo, in quanto incapace di essere all'altezza del proprio presente. E, tuttavia, manca la dimensione concretamente alternativa, la proposta in senso costruttivo, manca, in sostanza, l'individuazione del soggetto storico da contrapporre al primato savigniano della *scientia iuris*. Ci riferiamo — è evidente — al ruolo dello Stato e del diritto pubblico, alla necessità di andare a fondo nell'analisi dei processi sociali in corso, tutti temi che già abbiamo visto a proposito di Hegel, e che qui non ritroviamo in forma esplicita ⁽¹⁴⁶⁾.

È subito da osservare che nel 1841 il rapporto di Stein con Hegel è mediato dalle tesi della sinistra hegeliana, la quale si raccoglie intorno alla Rivista, dove viene pubblicata la Recensione a Savigny ⁽¹⁴⁷⁾. Questo gruppo di intellettuali, detto degli *Junghe-*

⁽¹⁴⁶⁾ Ci sembra perciò esagerata l'affermazione di Schmitt, che vede nella recensione di Stein a Savigny l'affermarsi del positivismo, del culto della legge e dello Stato sulla vecchia idea di centralità della scienza giuridica, il punto d'inizio dell'egemonia di una nuova generazione di giuristi: C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pp. 386-429, spec. pp. 412-419.

⁽¹⁴⁷⁾ La Rivista, inizialmente, cioè dal gennaio 1838, portava il titolo di *Hallische Jahrbücher für deutsche Wissenschaft und Kunst*. Dal Giugno 1841, essendo stata trasferita a Dresda la Direzione e la pubblicazione a causa della pesante repressione prussiana, prese a intitolarsi *Deutsche Jahrbücher für Wissenschaft und Kunst*; i quali, tuttavia, non ebbero vita lunga, essendo costretti a cessare nel Gennaio 1843. A queste Riviste collaborarono uomini come Arnold Ruge, Heinrich Heine, Bruno Bauer, Ludwig Feuerbach: per le loro biografie, e per alcuni loro fondamentali scritti, vedi l'antologia *La sinistra hegeliana*, curata da K. LÖWITZ, Bari, 1966². Utile anche l'altra antologia *Der deutsche Vormärz: Texte und Dokumente*, curata da J. HERMAND, Stuttgart, 1967, spec. le pp. 31-41 e 56-59 per alcuni interventi di Ruge. Per l'evoluzione degli *Hallische Jahrbücher*, ed il loro volgersi alla critica politica dello Stato prussiano, vedi H. ROSENBERG,

gelianer, si proponeva di raccogliere l'eredità del Maestro, nello stesso tempo criticando gli elementi in essa contenuti, che potessero servire in funzione apologetica delle strutture politiche dello Stato Prussiano; si cercava di valorizzare, invece, la concezione dello sviluppo dialettico del mondo, che imponeva il superamento delle condizioni storiche attuali ⁽¹⁴⁸⁾.

Soprattutto un altro è però l'elemento d'insoddisfazione di questi intellettuali nei confronti del sistema del loro Maestro, nel quale essi scorgono un'eccessiva volontà di razionalizzazione del presente, ed una scarsa tensione verso la sua trasformazione; il loro ideale è quello della 'filosofia dell'azione', della teoria che si rende funzionale alle esigenze della prassi, che tende, anzi, essa medesima a voler divenire prassi. La storia non è tradizione che incombe sul presente e lo condiziona, ma, al contrario, creazione dell'umanità, aspirazione al nuovo: la storia è principalmente progetto, storia del 'futuro' ⁽¹⁴⁹⁾.

Non è un caso che, in un clima culturale e politico di generale sfiducia nei confronti dello strumento del partito politico, proprio da un autorevole esponente della Sinistra hegeliana, Arnold Ruge, scaturisca la proposta del passaggio dalla critica filosofica all'azione politica tramite la costruzione del partito; ed ancora più rilevante è il fatto che Ruge teorizzi questo in aperta polemica con una *Staatslehre*, che, fino a quel momento, aveva sempre trascurato, o addirittura osteggiato, la figura del partito politico, ri-

Arnold Ruge und die Hallischen Jahrbücher, in *Politische Denkströmungen im deutschen Vormärz*, Göttingen, 1972, pp. 97-114, spec. pp. 100 e ss. Per le posizioni politiche dei vari componenti della sinistra hegeliana, vedi P. WENDE, *Der Radikalismus im Vormärz. Untersuchungen zur politischen Theorie der frühen deutschen Demokratie*, Wiesbaden, 1975, pp. 76-84, 101-114, 130-168.

⁽¹⁴⁸⁾ Ruge era convinto della validità della base teorica degli *Junghegelianer*, a suo giudizio più 'rivoluzionaria' delle stesse dottrine della rivoluzione francese, recepite dal liberalismo degli Stati del Sud: vedi CORNU, *Marx ed Engels*, cit., p. 285.

⁽¹⁴⁹⁾ Voce *Geschichte*, curata da R. KOSELLECK, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., vol. II, pp. 593-717, spec. p. 704, e pp. 703-708 per la contrapposizione dell'idea di *Geschichte* degli *Junghegelianer* con quella della Scuola Storica. Sulla 'filosofia dell'azione', vedi H. STUKE, *Philosophie der Tat. Studien zur Verwirklichung der Philosophie bei den Junghegelianern und den wahren Sozialisten*, Stuttgart, 1963 (p. 67 con specifico riferimento a Lorenz von Stein).

tenendolo elemento disgregante rispetto alla presunta 'totalità etica' dello Stato ⁽¹⁵⁰⁾.

Ma questi intellettuali, sotto il torchio della censura e della repressione Prussiana, mostrarono anche i loro limiti; la loro aspirazione ad entrare nel vivo della lotta politica, ad incidere concretamente, rimane solo sulla carta, a causa della cronica incapacità a legare la riforma delle coscienze con quella dei rapporti economici. Ancora una volta è il terreno del sociale e dello scontro a livello economico quello più trascurato dall'opposizione politica del *Vormärz* ⁽¹⁵¹⁾.

Lorenz von Stein, per parte sua, respira questo clima intellettuale e politico, e tra il 1839 ed il 1844 collabora attivamente alle Riviste degli *Junghegelianer* ⁽¹⁵²⁾. La recensione a Savigny deve essere inserita in questa fase della riflessione steiniana, ed ha tutti i pregi e tutti i difetti caratteristici della filosofia della Sinistra hegeliana. Da una parte, troviamo una forte tensione nei confronti del presente, la volontà di fare della filosofia la coscienza del proprio tempo, e la conseguente, efficace, critica alla Scuola Storica, ed alle sue incapacità di delineare i contorni e le funzioni di una teoria giuridica, che risponda effettivamente alle esigenze della prassi; dall'altra, avvertiamo anche una certa difficoltà nel delineare un'alternativa concreta, nell'individuare le forze storiche da chiamare a raccolta per una diversa ipotesi di unificazione della condizione giuridica del tempo.

L'insoddisfazione, che abbiamo provato alla conclusione della lettura della recensione di Stein, certamente colse anche l'Autore, che così si esprimeva in una sua lettera: « Meine zunächstliegende und mich drängende Aufgabe ist die, mich frei zu machen von den Schulen durch eine ganz auf mich angewiesene Tätigkeit » ⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ La proposta di Ruge è contenuta in un articolo dal titolo *Kritik und Partei. Der Vorwurf gegen die neueste Geistesentwicklung*, nei *Deutsche Jahrbücher* del Dicembre 1842.

⁽¹⁵¹⁾ In questo senso si esprime anche G. MAYER, nel saggio *Die Anfänge des politischen Radikalismus im vormärzlichen Preussen*, in *Radikalismus, Sozialismus und bürgerliche Demokratie*, Frankfurt am Main, 1969, pp. 86 e ss.

⁽¹⁵²⁾ HAHN, *Bürgerlicher Optimismus*, cit., pp. 48-55.

⁽¹⁵³⁾ Lettera ad Arnold Ruge del Gennaio 1841 (citata secondo HAHN, *op. ult. cit.*, p. 30).

Le 'Schulen' sono, senza dubbio, quella savigniana e quella hegeliana. Dunque, nel momento stesso nel quale Stein matura il suo distacco definitivo dalla Scuola Storica, egli avverte anche insoddisfazione nei confronti degli strumenti che la filosofia hegeliana gli mette a disposizione per la comprensione del proprio presente.

La svolta decisiva è senza dubbio negli ultimi mesi del 1841, e nel corso del 1842, quando Stein risiede a Parigi, ed ha modo di osservare direttamente una società in movimento, nella quale i conflitti sociali sono più acuti ed evidenti, e richiedono una risposta più precisa e puntuale. Così, la generica aspirazione degli *Junghegelianer* alla conoscenza del presente come base per l'intervento su di esso, si traduce con Stein in concreta analisi della società francese, e delle possibili risposte da dare all'esplosività dei conflitti sociali.

Nel 1842, a Leipzig, presso l'editore Otto Wigand, si pubblica « *Der Socialismus und Communismus des heutigen Frankreichs. Ein Beitrag zur Zeitgeschichte* », ed il volume riceve tutta una serie di recensioni, che dimostrano, nel loro complesso, come fino a quel momento poco si conoscesse in Germania dei temi della riforma sociale ⁽¹⁵⁴⁾.

Nel volume del '42, il linguaggio è ancora quello della Sinistra hegeliana, ma, in sostanza, Stein ha già deciso di abbandonare il terreno del sistema costruito con la speculazione filosofica, e di entrare decisamente nel campo dell'analisi sociologica ⁽¹⁵⁵⁾. Ma la svolta di Stein è di dimensioni più ampie, e si attua progressivamente nel corso degli anni '40. Nel 1844 Stein pubblica il saggio « *Blicke auf den Socialismus und Communismus in Deutschland, und ihre Zukunft* », e nel '46 « *Der Begriff der Arbeit und die Principien des Arbeitlohnes in ihrem Verhältnisse zum Socialismus und Communismus* » ⁽¹⁵⁶⁾; sono, questi, impegni che testimoniano

⁽¹⁵⁴⁾ HAHN, *op. cit.*, pp. 168-178 per una breve rassegna di queste recensioni.

⁽¹⁵⁵⁾ Così è stata efficacemente sintetizzata questa differenza: gli *Junghegelianer* esprimevano 'speranze liberali', Stein 'preoccupazioni borghesi': HAHN, *op. cit.*, p. 59.

⁽¹⁵⁶⁾ Rispettivamente in *Deutsche Vierteljahrs Schrift*, 1844.2, pp. 1-61, e in *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, 3 (1846), pp. 233-290: i due articoli sono stati raccolti in volume da E. PANKOKE (Darmstadt, 1974). A Pankoke

definitivamente la sua direzione di ricerca, la quale non è meramente storico-sociale, ma mira alla formulazione di concrete proposte per l'intero assetto socio-politico. Con i due saggi, Stein rivolge un chiaro ammonimento ai governanti tedeschi, che non possono più illudersi che l'ascesa del proletariato e delle tensioni sociali lasci ancora a lungo immuni i territori germanici; così, lo studio delle istituzioni e dei movimenti sociali francesi si traduce in bagaglio di conoscenza da mettere al servizio delle future esperienze tedesche.

Nel 1848 esce la seconda edizione dell'opera del '42 ⁽¹⁵⁷⁾, e subito appaiono chiare le differenze, non solo nella suddivisione in due volumi, ma anche, e soprattutto, per l'aggiunta di un primo capitolo, dal titolo « Die Gesellschaft und das Proletariat », col quale Stein entra definitivamente nella sfera della scienza della società: non si tratta più solamente di mettere in rilievo le condizioni di vita del proletariato, o le ideologie che su di esso fanno presa, ma di collocare tutto ciò all'interno di una vera e propria *Gesellschaftslehre*, che reclama il suo spazio autonomo di disciplina scientifica, che pone problemi di rapporto con gli altri campi d'indagine, e, prima di ogni altro, con la *Staatslehre*.

La pura e semplice indagine 'sul campo' del '42 si traduce, insomma, in proposta metodologica per le scienze sociali, ed in proposta politica sul terreno del rapporto tra le classi sociali e lo Stato. Come leggiamo in un articolo ancora del 1848, il compito del presente è quello di portare il proletario « zum activen Staatsleben », di sottrarre le sue rivendicazioni « den einseitigen Theorien », per portarle sul terreno di una « Gesetzgebung, in welcher alle Interessen, alle sittlichen Elemente des Volksgeistes die Factoren für die organische Fortentwicklung des geschichtlichen Zustandes bilden müssen » ⁽¹⁵⁸⁾.

deve essere riconosciuto il merito della riscoperta di questo Stein minore prequarantottesco: sempre lui ha curato, infatti, la raccolta degli *Schriften zum Sozialismus 1848, 1852, 1854*, Darmstadt, 1974.

⁽¹⁵⁷⁾ Il titolo è invariato, e l'editore è ancora O. Wigand di Leipzig. Manfred HAHN ha curato un'apposita indagine sulle variazioni contenute nella seconda edizione: *Proletariat und Gesellschaft. Texten nach der zweiten Auflage von 'Der Sozialismus und Communismus des heutigen Frankreichs' (1848)*, München, 1961.

⁽¹⁵⁸⁾ L. von STEIN, *Die socialen Bewegungen der Gegenwart*, in *Die Gegenwart*.

Stein pone, in definitiva, il problema del ruolo dello Stato e della legislazione in funzione d'integrazione degli interessi sociali contrastanti, e ciò si riflette sul piano dell'assetto delle scienze sociali, quando egli propone l'introduzione della scienza della società nell'ambito della tradizionale *Staatswissenschaft*, troppo abituata a considerare lo Stato al di fuori della dinamica dello sviluppo sociale ⁽¹⁵⁹⁾.

È per noi di estremo interesse il fatto che Stein inizi gli anni '40 con la critica alla scienza giuridica savigniana, e li finisca con una proposta di revisione complessiva della *Staatslehre* contemporanea. L'affrancamento dalla Scuola Storica ha significato per il nostro Autore affrancamento da un certo modo di lavorare della giurisprudenza, capacità di entrare nella sfera dell'analisi dei rapporti sociali, comprensione della loro centralità, ed infine individuazione dello Stato e della legislazione come forze storiche alternative rispetto alla scienza giuridica. Non è dunque un caso che nel 1845, nel pieno della sua riflessione sulle dinamiche sociali, Stein abbia sentito la necessità di ritornare sul tema specifico del ruolo della scienza giuridica, e che lo abbia fatto criticando la Scuola Storica con durezza, ma soprattutto con chiarezza, maggiori che non nel 1841 ⁽¹⁶⁰⁾.

L'attacco alle tesi savigniane è qui immediatamente attacco al primato della scienza giuridica: « Deutschland ist das Land, wo jeder einzelne Jurist mehr wie irgendwo selbst persönlicher Gesetzgeber ist », afferma Stein, criticando la situazione tedesca ⁽¹⁶¹⁾. D'altronde il C.J.C., su cui questi giuristi lavorano, non offre alcuna possibilità di elaborare i principii-base di un diritto privato

Eine encyklopädische Darstellung der neuesten Zeitgeschichte für alle Stände, I (1848), p. 327, ora in *Schriften zum Sozialismus*, cit., pp. 1-15.

⁽¹⁵⁹⁾ HAHN, *Bürgerlicher Optimismus*, cit., pp. 138-141. La proposta di introduzione della *Gesellschaftslehre* nell'ambito della scienza dello Stato è contenuta soprattutto nella *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, 3 voll., Leipzig, 1850, e la ritroviamo già espressa in una lettera di Stein a Robert von Mohl del Dicembre del 1849, riportata da HAHN, *op. cit.*, pp. 200-202.

⁽¹⁶⁰⁾ Il saggio del 1845, cui alludiamo, è *Das Corpus Juris und die historische Schule*, già citato alla nota 134.

⁽¹⁶¹⁾ *Ibid.*, I, p. 149.

tedesco all'altezza dei tempi, perchè esso è solamente un complesso di « Entscheidungen von bestimmten Fällen » ⁽¹⁶²⁾. Ma soprattutto, il lavoro della scienza giuridica sul C.J.C., ed in genere sul diritto comune tedesco, la allontana dai movimenti reali della società e del popolo tedesco del tempo; invece di sforzarsi di comprendere « die volksthümliche Form der Sitte, des Besitzes und des Verkehrs », si ragiona come se fosse ancora il tempo dell'antica Roma, dei Patrizi e dei Plebei ⁽¹⁶³⁾.

La proposta di Stein, già contenuta nella recensione del 1841, per un diritto privato tedesco in sostituzione del diritto comune, si precisa qui come proposta a favore del diritto *positivo*, di una chiara delimitazione tra storia e diritto, tra diritto vigente e diritto storico. Il diritto privato tedesco non può più contenere « geschichtlichen Notizen », ma solo « positiven Sätze » ⁽¹⁶⁴⁾. L'istanza trasformatrice, l'appello alla volontà di mutamento, la polemica contro il culto del passato e della storia, tendono qui, a differenza del 1841, a risolversi nella formulazione di una concreta alternativa, che si fa sempre più precisa, quando Stein afferma che il problema centrale è quello di non affidare il compito di unificazione del popolo tedesco alla scienza.

Questo compito deve essere svolto ad un livello diverso, e si traduce nella necessità di darsi delle leggi, di operare anzi per la « Codifikation », e per « die Einheit der codifizierenden Gewalt » ⁽¹⁶⁵⁾. Lo sviluppo nazionale tedesco verso l'unità, verso una « Reichsgewalt », ed i principii della Scuola Storica sono in contraddizione, poichè essa basa la sua teoria su un primato assoluto della scienza giuridica, e nega la necessità di un'unificazione a livello del potere politico e legislativo ⁽¹⁶⁶⁾. Per Stein « philosophische Schule » e processo d'unità nazionale camminano di pari passo ⁽¹⁶⁷⁾, poichè la prima come il secondo postulano l'affermazione di un potere legislativo, che rappresenti non solo l'unificazione a livello

⁽¹⁶²⁾ *Ibid.*, I, p. 156.

⁽¹⁶³⁾ *Ibid.*, I, pp. 162-163.

⁽¹⁶⁴⁾ *Ibid.*, I, p. 166.

⁽¹⁶⁵⁾ *Ibid.*, I, p. 184.

⁽¹⁶⁶⁾ *Ibid.*, I, p. 185.

⁽¹⁶⁷⁾ *Ibid.*, I, p. 183.

politico, ma anche la capacità e la volontà di incidere sulle condizioni storiche date, di trasformare secondo un piano coscientemente perseguito.

Ecco, dunque, che la questione filosofica della « Freiheit des Gedankens und des Willens » (168) si sostanzia storicamente nella scelta per il primato del potere legislativo. Il diritto elaborato dalla scienza giuridica non può ambire ad essere il momento unificante della vita nazionale, poichè, in assenza del *Reich*, cioè del passato punto di riferimento autoritativo del diritto comune, risulta viziato di soggettivismo, e non può offrire le stesse garanzie di certezza, e di obbiettività, di una volontà normativa espressa dai poteri dello Stato (169). I tribunali hanno bisogno di leggi certe, e non di generici principii giuridici, l'unità del diritto tedesco richiede qualcosa di più di una comunanza di cultura giuridica, richiede strutture e poteri unificanti, in una parola un diritto positivo nazionale (170).

Qui è finalmente affermata con chiarezza la superiorità dello Stato come strumento di organizzazione della vita collettiva, proprio nel cuore dello sviluppo di una riflessione sulla drammaticità dei conflitti sociali nascenti. Presa di coscienza dell'urgere della questione sociale, affermazione, in relazione a questa consapevolezza, della centralità dello Stato e dei suoi strumenti d'intervento, e critica al primato savigniano della scienza giuridica, camminano evidentemente di pari passo.

C'è ancora qualcosa da mettere in luce: la maturazione dello Stein degli anni '40, che abbiamo cercato di ripercorrere, non coincide con una sua esplicita critica al sistema hegeliano (171). Anzi,

(168) *Ibid.*, I, p. 188.

(169) *Ibid.*, II, pp. 330-331, 336-338.

(170) *Ibid.*, I, pp. 159-160. Nella Prefazione alla prima edizione della sua *Verwaltungslehre*, Stuttgart, 1864, Stein vede la storia giuridica tedesca come storia del primato del C.J.C., della cultura giuridica e della *Rechtsgeschichte*. Il vecchio modello resiste a lungo di fronte all'avanzata delle nuove forze, delle esigenze di affermazione della centralità dello Stato e della legislazione: « Nur Deutschland blieb die feste Burg des Corpus Juris » (p. vi), afferma Stein riferendosi alla prima metà del secolo.

(171) HAHN, *Bürgerlicher Optimismus*, cit., pp. 62-69, osserva che nelle opere di Stein collocate tra il 1842 ed il 1850 non si danno esempi di critica in questa direzione.

Stein non può non vedere nella *Rechtsphilosophie* hegeliana l'unico esempio esistente di trattazione della *Staatswissenschaft* in congiunzione con una teoria della società e del suo sviluppo ⁽¹⁷²⁾. La differenza tra l'Hegel del 1821 e lo Stein del 1850 è un'altra, e riguarda il ruolo della teoria: mentre in Hegel cogliamo soprattutto lo sforzo di comprensione e sistemazione dell'esistente, in Stein la scienza della società vuole essere direttamente *operativa*, premessa teorica della riforma sociale. Non basta più la sintesi scientifica del presente, come in Hegel, non basta più la 'filosofia dell'azione', come negli *Junghegelianer*: a cavallo del secolo, con Stein, si pone il problema del concreto operare della riforma sociale ⁽¹⁷³⁾.

Ma il punto d'inizio rimane pur sempre nella riflessione hegeliana sulla centralità dello Stato, e sulla necessità del controllo dei meccanismi della società civile: è da qui che un personaggio come Stein muove, per arrivare alla proposta della *Gesellschaftslehre*, e della sua integrazione nella scienza dello Stato, cioè per arrivare alla consapevolezza della concreta necessità della riforma sociale. Da Hegel a Stein corre un filo per tutta la prima metà del secolo; è lungo di esso che troviamo la reale alternativa al primato savigniano della scienza giuridica, poiché qui avvertiamo la coscienza della irreversibilità delle tensioni sociali in atto, e l'affermazione della centralità dello Stato, della sua legislazione, della sua capacità di amministrazione.

La scienza giuridica non ha più il compito di fornire principi ed istituti, che servano in funzione unificante dell'intera esperienza giuridica, ma di lavorare sulle norme di diritto positivo emanate dallo Stato: quest'ultimo non è più il puro e semplice quadro storico-nazionale, all'interno del quale il giurista ed il *Volk* si muovono ed operano, ma è il presupposto della norma positiva, la fonte legiferante.

Per questa via si entra in un terreno di tutt'altra concretezza storica. Il lavoro del giurista non è collocato nel limbo della 'obiettività' scientifica, una spanna al di sopra delle tensioni sociali, ma ben dentro la dinamica di Stato e società. Quando il giurista si occupa dello Stato e dei suoi organi, non pensa ad un

⁽¹⁷²⁾ *Ibid.*, p. 141.

⁽¹⁷³⁾ *Ibid.*, pp. 154-157.

complesso di valori storici o etico-razionali, che costituiscano punto di riferimento generale per il suo lavoro dogmatico, ma pensa, invece, ad un soggetto concretamente agente sulle contraddizioni sociali, che deve conoscere i meccanismi dello sviluppo sociale, e costruirsi ed attrezzarsi in modo adeguato per operare su di essi.

Naturalmente, a questo punto dell'indagine, sorge spontanea una domanda. Se l'itinerario intellettuale di Stein conduce il nostro Autore a riaffermare la centralità dello Stato ed a porre il problema del suo assetto ottimale al fine dell'intervento sulle strutture e sui rapporti esistenti nell'ambito della società civile, quali sono le soluzioni effettivamente proposte, quali gli sbocchi effettivamente ricercati a livello di organizzazione dello Stato?

Quando Stein, nel 1855, viene chiamato all'Università di Vienna, per insegnarvi Economia politica e Scienza dell'Amministrazione, scrive per quell'Università alcune pagine, dove ricorda le tappe più significative del suo itinerario teorico, e così si esprime a proposito delle convinzioni maturate nel corso degli anni '40: « ... dass es keine absolute Staatsverfassung geben kann, sondern dass jede Verfassung ihre Wahrheit nicht in irgend einem abstracten Princip, sondern in den gegebenen Verhältnissen der Gesellschaft zu suchen hat, so dass jede Ordnung der Gesellschaft die ihr entsprechende Verfassung erzeugt. Damit war die Unterscheidung der Begriffe von Gesellschaft und Staat begründet, auf welcher ein nicht unwesentlicher Theil der künftigen Staatswissenschaft beruhen wird » (174).

La prima convinzione di Stein è, dunque, che la Costituzione deve ricercare il proprio fondamento nell'ambito dei rapporti sociali dati. Da ciò deriva un'ulteriore conseguenza: che è errato ed assurdo parlare di principii di diritto costituzionale in astratto, senza una verifica della loro concreta esistenza ed applicazione a livello delle strutture sociali, cioè che non sussiste alcuna Costituzione, finchè essa è solo volontaristica espressione di dogmi e convinzioni politico-giuridiche, finchè essa non è calata nell'attività quotidiana di lavoro e di vita dei cittadini; in sostanza che non esiste Costituzione senza il supporto costante dell'attività dell'Amministrazione.

(174) Citato secondo BLASIUS-PANKOKE, *Lorenz von Stein*, cit., p. 184.

Il fatto, dunque, che Stein giunga ad occuparsi di problemi giuridici ed istituzionali a livello di diritto pubblico solo dopo essere passato attraverso l'esperienza di studio diretto delle strutture sociali, non è indifferente. La consapevolezza della drammaticità e dell'urgenza dei conflitti esistenti nella società civile spinge Stein a privilegiare il momento dell'amministrazione, del concreto intervento dello Stato a fini sociali (175). In fondo, tutta l'opera giovanile di Stein mira all'affermazione di una scienza della società, mediante la quale orientare l'intervento dello Stato; questa scienza è eminentemente pratica, proprio in quanto « ist in der That nichts anderes als die Regierung des Staates im eigentlichen Sinne des Wortes » (176).

Proprio qui può essere fondata una certa superiorità di Stein rispetto al liberalismo a lui contemporaneo: nel riconoscimento dell'importanza di questo versante della realtà statuale, che è quello delle strutture e delle normative idonee ad un concreto intervento sulla società civile (177). Con Stein si aprì la possibilità

(175) SCHIERA, *Dall'arte di Governo alle scienze dello Stato*, cit., pp. 85-97.

(176) L. von STEIN, *Der Begriff der Arbeit*, cit., p. 246.

(177) Non ci convincono, invece, le apologie di Lorenz von Stein quale precursore del *Sozialstaat*, perché ci sembrano 'scoperte' ideologiche a posteriori, ricerche condotte nel passato con la visuale deformante di chi guarda soprattutto alla presente situazione della Germania Federale. In questa critica accuniamo gli scritti contenuti nel volume *Lorenz von Stein. Gesellschaft. Staat. Recht*, Frankfurt am Main, Berlin e Wien, 1972, e in particolare la *Einführung* di E. FORSTHOFF (pp. 7-20), che ha curato il volume, il saggio di E. R. HUBER, *Lorenz von Stein und die Grundlegung der Idee des Sozialstaats* (pp. 495-512), e quello di E. W. BÖCKENFÖRDE, *Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat* (pp. 549-572), ora anche in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, cit., pp. 146-183. F. DE SANCTIS, recensendo questo volume nel saggio *Lorenz von Stein, un 'Realist im idealistischen Mantel'?*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 275-292, critica proprio questa concordanza apologetica sulla figura di Stein quale precursore del moderno Stato sociale, il fatto che in lui siano già tutti presenti, come per incanto, i principii teorici del *Sozialstaat*: « la supremazia del lavoro sul capitale, l'importanza dell'amministrazione investita del compito perennemente trasformativo di quelle istituzioni oppressive per le classi economicamente più deboli, l'essere lo Stato non soltanto uno Stato del benessere con caratteristiche assistenziali, ma soprattutto un mezzo di elevazione morale e culturale dei singoli, volto ad impedire la massificazione tipica della moderna *Massengesellschaft* » (la frase è tratta dal volume dello stesso Autore *Crisi e scienza*, cit., p. 49; in forma simile nella

di un diritto amministrativo, che fosse orientato secondo una prospettiva di politica sociale, e non secondo criteri strettamente formalistici e normativistici.

La critica al ruolo della scienza giuridica savigniana, portata avanti all'inizio degli anni '40, si concretizza e si sostanzia nella demolizione del primato della *Rechtswissenschaft*, e nella conse-

recensione già citata, p. 282). Anche PANKOKE, nel volume scritto in collaborazione con BLASIUS, *Lorenz von Stein*, cit., p. 80, lamenta le « ideologiekritische Verkürzungen » della *Stein-Forschung*.

Non possiamo qui entrare nel merito della polemica interpretativa sull'opera di Stein, che coinvolge troppi aspetti del nostro Autore, mentre la nostra angolazione è assai specifica e riguarda Stein quale teorico di una concreta alternativa alla Scuola Storica sul punto del ruolo del ceto dei giuristi. Vogliamo, tuttavia, segnalare che la linea interpretativa Huber-ForsthoFF-Böckenförde, che è solo riassunta nel volume ricordato ma che ha dimensioni più ampie, ha trovato oppositori all'interno della stessa storiografia tedesca. Da ricordare, prima di tutto, il saggio di E. ANGERMANN, *Zwei Typen des Ausgleichs gesellschaftlicher Interessen durch die Staatsgewalt. Ein Vergleich der Lehren Lorenz Steins und Robert Mohls*, in *Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815-1848*, cit., pp. 173-205, dove si sostiene che la dinamica steiniana Stato-società non conduce allo 'Stato sociale', ma alla ricomposizione della tradizionale *Gemeinschaft*, comune a gran parte della letteratura del tempo (p. 177); le leggi di sviluppo sociale indicate da Stein sono assottigliate come « Naturgesetzen » (p. 190). Anche uno specialista dell'opera steiniana come BLASIUS, che pure ha continuamente sottolineato i grandi meriti del 'realismo' di Stein (anche nel volume citato all'inizio della nota, con il saggio *Lorenz von Stein Lehre von Königtum der sozialen Reform und ihre verfassungspolitische Grundlagen*, pp. 549-570), si è poi preoccupato di storicizzare la proposta di Stein della monarchia sociale, mostrando la sostanziale fedeltà del nostro Autore alle istituzioni politiche del tempo, la sua esaltazione del ruolo della burocrazia, il suo continuo timore di un'effettiva influenza degli interessi sociali nella sfera istituzionale, in particolare mediante la rappresentanza popolare: ricordiamo qui — a parte la Dissertazione di Dottorato *Lorenz von Stein. Grundlagen und Struktur seiner politischen Ideenwelt*, Köln, 1970 — i saggi *Lorenz von Stein und Preussen*, in *Historische Zeitschrift*, 212 (1971), pp. 339-362, *Konservative Sozialpolitik und Sozialreform im 19. Jahrhundert*, in *Rekonstruktion des Konservatismus*, Freiburg, 1972, pp. 469-488, e *Lorenz von Stein*, in *Deutsche Historiker*, curato da H. U. WEHLER, Göttingen, 1973, pp. 25-38. Anche HAHN, *Bürgerlicher Optimismus*, cit., considera la scienza sociale steiniana una « Stabilitätswissenschaft » (p. 127), « realistisch gerade weil sie entschieden konservativen Charakters ist » (p. 128); così, la dialettica Stato-società, che costituisce la legge principale di quella scienza sociale, non esprime l'esigenza di un mutamento della qualità della struttura sociale, ma mira alla conservazione di quella medesima struttura tramite l'intervento dello Stato.

guente accettazione dello Stato quale centro della programmazione sociale: il giurista non può più pretendere di essere — come nel sistema di diritto comune — l'intelligenza dello sviluppo complessivo, ma deve accettare di collocarsi nell'ambito di un progetto d'intervento dello Stato, dove ha un proprio ruolo, accanto a quello del politico, dell'economista, e di tutte le altre figure sociali. La reale alternativa alle tesi savigniane passa attraverso la rivalutazione dello Stato quale soggetto concretamente agente sulle contraddizioni sociali, attraverso un progetto ed un'effettiva pratica di *Sozialpolitik*, all'interno della quale coinvolgere il ceto dei giuristi.

La realtà dello sviluppo storico a metà del secolo era però un'altra cosa, e lo fu anche per Lorenz von Stein. Le sue proposte concrete per l'attuazione di una politica sociale da parte dello Stato, e principalmente il noto appello alla Monarchia Prussiana perchè prendesse la via della riforma sociale, trasformandosi in 'Monarchia sociale', furono proposte storicamente perdenti ⁽¹⁷⁸⁾.

Più in generale, gli anni '40 non potevano costituire un'età fertile per l'attuazione di un piano di *Sozialpolitik*. Da una parte, stava ancora la burocrazia prussiana, che si mostrava incapace, di fronte ai crescenti fenomeni d'industrializzazione, di elaborare

(178) Anche sul 'soziales Königtum' di Stein si è accesa una certa polemica interpretativa. Secondo BÖCKENFÖRDE, *Lorenz von Stein als Theoretiker*, cit., l'avversione di Stein nei confronti della Repubblica è avversione al dominio della società civile e dei suoi contrasti, quindi alla sovranità del contrasto tra capitale e lavoro; la 'monarchia sociale' è l'espressione istituzionale dello Stato sociale, della sua volontà di trasformazione, e di elevamento delle classi meno abbienti, ed è dunque vista tutta dentro alla 'modernità' di Stein (pp. 162-168, cit. secondo *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, già cit.). ANGERMANN, invece, vede in questa proposta steiniana un « unbefriedigender Kompromiss geschlossen mit der auf einer alten Tradition beruhenden und gerade durch den aufgeklärten Absolutismus Deutschlands bestärkten Vorstellung vom guten Fürsten » (*Zwei Typen des Ausgleichs*, cit., p. 189), sottolineando la concezione steiniana della monarchia, non come istituzione storicamente relativa, ma come necessario presupposto di ogni Costituzione, particolarmente congeniale allo 'spirito' ed alla 'tradizione' del popolo tedesco (*ibid.*, pp. 182-183). Anche E. FEHRENBACH, *Wandlungen des deutschen Kaisergedankens 1871-1918*, München und Wien, 1969, considera il *soziales Königtum* di Stein del tutto inserito nella tradizione politico-culturale della monarchia e della burocrazia prussiana (pp. 184-191, spec. pp. 187-188).

un progetto organico d'intervento; dall'altra, abbiamo una borghesia in ascesa, ma ancora assai debole, che non riesce ad andare al di là della difesa dei suoi interessi immediati, ed a porre i problemi nella dimensione del progetto politico complessivo, dell'adeguamento delle strutture statuali ad un assetto sociale di qualità nuova. La spaccatura tra lo sviluppo politico e quello sociale è caratteristica della dinamica che conduce al '48 tedesco, e la ritroviamo nella cecità del liberalismo del *Vormärz* di fronte all'emergere della questione sociale.

Stein ebbe la consapevolezza di questa discrepanza, ed ammonì i contemporanei sui pericoli in essa insiti, ma rimase una voce isolata, destinata a non incidere; una voce da inserirsi nella schiera degli sconfitti del '48 ⁽¹⁷⁹⁾.

Tutto il dibattito, di cui fu portatore il liberalismo del *Vormärz*, si ridusse all'alternativa tra diritto 'storico' e diritto 'razionale', tra assolutismo e Stato nazionale organico, e la linea Hegel-Stein, con il suo contributo di approfondimento nell'analisi delle tensioni sociali, con le sue indicazioni in materia di *Sozialpolitik*, non trovò alcuna eco concreta negli anni intorno al '48, e nel dibattito alla *Paulskirche*.

Come Stein abbia proseguito il suo discorso oltre il '48, nelle opere della maturità, non può essere qui oggetto d'indagine, e vi torneremo più avanti, discutendo del clima culturale e politico del *Nachmärz*; una cosa però può essere fin da ora sicuramente affermata, e riguarda la sorte dell'opera giovanile steiniana, che venne completamente dimenticata fino all'inizio del nostro secolo ⁽¹⁸⁰⁾.

⁽¹⁷⁹⁾ Sull'atteggiamento di Stein nel 1848, vedi SCHMIDT, *Lorenz von Stein. Ein Beitrag zur Biographie*, cit. (pp. 49-58 per le notizie biografiche). Sull'indifferenza del liberalismo tedesco di fronte alle crescenti tensioni sociali, e sulle posizioni alternative di Stein, vedi BLASIUS-PANKOKE, *Lorenz von Stein*, cit., pp. 46-57. Sulla discrepanza tra le rivendicazioni politiche, e quelle economiche, del liberalismo del *Vormärz*, vedi FABER, *Strukturprobleme des deutschen Liberalismus*, cit., pp. 201-207.

⁽¹⁸⁰⁾ Si può assumere come data d'inizio della *Stein-Forschung* in materia di scienza sociale il 1910, data di pubblicazione del saggio di E. GRÜNFELD, *Lorenz von Stein und die Gesellschaftslehre*, in *Sozialwissenschaftlichen Studien*, a cura di H. WAENTIG, vol. I, Jena, 1910. Sull'accantonamento delle problematiche sollevate dal giovane Stein, e sulla ripresa degli studi su di lui, vedi BÖCKENFÖRDE,

Per ciò che riguarda più particolarmente la scienza giuridica, e soprattutto la prospettiva di un diritto amministrativo elaborato secondo una dimensione di scienza politica e sociale, le idee di Stein furono sepolte dall'emergere di fine secolo di una prospettiva formalistica e normativistica, che trova in Otto Mayer il suo alfiere, il giurista che portò avanti per il diritto amministrativo lo stesso lavoro che Laband per primo aveva tenacemente intrapreso nel campo del diritto costituzionale ⁽¹⁸¹⁾.

La stessa filosofia hegeliana, del resto, scompare dalle Università tedesche a partire dalla fine degli anni '30, e ciò non solo per l'azione radicalizzante degli *Junghegelianer*, ma anche in virtù di un disegno di politica culturale lucidamente perseguito dal governo prussiano, che tende a favorire l'egemonia della filosofia romantica; nel '48 già si vedono i risultati di questa azione, e si può notare nei dibattiti politici e filosofici del tempo la totale scomparsa di ogni richiamo ad Hegel. L'assenza di un influsso della filosofia hegeliana deve essere intesa, ancora una volta, come scarsa capacità da parte del liberalismo tedesco di comprendere l'emersione di conflitti sociali di qualità nuova, la depoliticizzazione in corso dell'antica *societas civilis*, la scissione in atto tra politico ed economico, tra Stato e società ⁽¹⁸²⁾. Senza la consapevolezza, tutta hegeliana, del processo in atto di formazione di due livelli separati, quello della politica e quello dell'economia, non vi poteva essere convinzione sulla necessità di un piano globale di mediazione e riunificazione, traducibile in capacità di controllo,

Lorenz von Stein als Theoretiker, cit., p. 149 e p. 174 nota 14; HAHN, *Bürgerlicher Optimismus*, cit., pp. 12-14, e soprattutto DE SANCTIS, *Crisi e scienza*, cit., pp. 37 e ss.

⁽¹⁸¹⁾ Sul punto, vedi BLASIUS-PANKOKE, *Lorenz von Stein*, cit., pp. 177-178. In questo senso anche DE SANCTIS, *Lorenz von Stein, un 'Realist im idealistischen Mantel'?*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 281.

⁽¹⁸²⁾ Bisogna, del resto, arrivare al 1948 per avere la prima seria riflessione su Hegel come teorico dell'emergente società capitalistica e delle sue contraddizioni: mi riferisco al volume di LUKÁCS, *Der junge Hegel und die Probleme der kapitalistischen Gesellschaft*, cit., spec. pp. 21-27. Per una breve rassegna critica della letteratura su Hegel orientata nel senso sopraindicato, vedi C. CESA, *Hegel e la rivoluzione francese*, in *Hegel filosofo politico*, Napoli, 1976, pp. 53-81.

da parte dello Stato, sui meccanismi della società civile, quindi in concreta esigenza di *Sozialpolitik* ⁽¹⁸³⁾.

La formula 'debolezza della borghesia e del liberalismo tedesco', divenuta ormai un luogo comune nella storiografia dell'Ottocento tedesco, ed in particolare nell'analisi delle cause del fallimento della Rivoluzione del '48, per noi si sostanzia nell'incapacità di quel liberalismo, e di quella borghesia, di comprendere la dinamica di Stato e società civile, nel loro ostinato cullarsi nelle pieghe dell'antica *societas civilis*, e dell'ordine politico ed economico, che essa aveva saputo fino a quel momento garantire.

La proposta savigniana di primato della scienza giuridica era destinata ad essere vincente anche sulla *Sozialpolitik* di Hegel e Stein, poichè essa aveva a presupposto proprio l'antico ordine politico ed economico, ancora presente nella realtà storica di metà secolo, ed ancora largamente dominante nella coscienza della classe politica del tempo. In una società, nella quale politico ed economico vivono in modo indistinto, nella quale i conflitti sociali non appaiono nel loro nudo contenuto economico, ma sono mediabili in virtù delle strutture politiche ancora esistenti nella *societas civilis* — da quelle cetuali a quelle delle corporazioni, o alla stessa famiglia —, in una società nella quale ancora hanno modo di prevalere i dati etico-culturali come elementi unificanti, in questo tipo di società ha senso e futuro il primato della scienza, il ruolo centrale dei *Rechtsgelehrten*.

La scomparsa dell'opera di Hegel a partire dalla fine degli anni '30, la dimenticanza in cui cadono i contributi giovanili di Stein, testimoniano delle difficoltà del nuovo ordine ad emergere, dell'incapacità dei contemporanei a comprendere la rivoluzione in atto. Ne consegue qualcosa di molto preciso a livello della figura e del ruolo del giurista: questi può ancora ritenere di essere il centro del progetto complessivo, di svolgere con la sola cultura

(183) Sotto questa angolatura, è da ristudiare il nesso tra la scomparsa di influenza della filosofia hegeliana e la debolezza della borghesia tedesca, incapace di fornire un'elaborazione ed una strategia di livello complessivo. Nell'ambito di questa tematica, appaiono inadeguate le vecchie contrapposizioni di 'razionalismo' ed 'irrazionalismo', tipiche di contributi come quello di K. LÖWITZ, *Von Hegel zu Nietzsche*, Zürich, 1941, *passim*.

giuridica una funzione unificante di tutti i particolarismi. Soprattutto, il giurista può continuare a coltivare l'illusione di potersi sottrarre all'affermazione della centralità dello Stato, e della necessità del suo intervento su una società civile in continuo conflitto; primato della scienza giuridica significa, in tal senso, rifiuto di fare del giurista un operatore sociale, che tenga conto della dinamica in atto tra Stato e società civile.

È così che i presupposti per una diversa funzione della scienza giuridica — ed in particolare per un diverso modo di considerare il fenomeno dello Stato moderno, e quindi di orientare una dottrina ed una scienza di tale fenomeno, sia sotto il profilo di una teoria dei rapporti tra gli organi dello Stato, sia sotto il profilo della progettazione del suo concreto intervento —, tutti presenti nell'opera steiniana, rimangono potenziali, solo enunciati, ma di fatto disattesi ed accantonati dai giuristi del *Vormärz*.

3. Per individuare altre voci, che si levino a contestare il primato savigniano della scienza giuridica, e ad indicare vie alternative, dobbiamo uscire dal ceto dei giuristi, degli accademici di diritto privato o di *Verfassungsgeschichte*, ed entrare nella sfera della riflessione filosofica o sociologica. È il caso del giovane Karl Marx, ancora largamente influenzato dallo strumentario hegeliano, ed impegnato nella critica al giustificazionismo del diritto storico-naturale di Hugo e della Scuola Storica in genere, ma anche nel tentativo di delineare qualcosa di alternativo sul piano della funzione della *Rechtswissenschaft* ⁽¹⁸⁴⁾. Marx critica, infatti, la dimensione puramente « historisch-hermeneutisch » della scienza giuridica savigniana, e postula, invece, una dimensione « geschichtlich-gesellschaftlich », cioè pone il problema della legittimazione del diritto per una via, che non si esaurisca nella ricerca del suo fon-

⁽¹⁸⁴⁾ Il testo marxiano interessante a questi fini è *Il manifesto filosofico della Scuola Storica del diritto*, in *Gazzetta Renana*, 9 Agosto 1842, n. 221, supplemento, ora in *Scritti politici giovanili*, a cura di L. FIRPO, Torino, 1950, pp. 157 e ss. Sul l'argomento, sono da consultare: A. SCHIAVONE, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, cit.; R. GUASTINI, *Il lessico giuridico del Marx liberale (Gennaio 1842-Primavera 1843)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, II (1972), pp. 159-285, e, dello stesso Autore: *Marx: dalla filosofia del diritto alla scienza della società. Il lessico giuridico marxiano (1842-1851)*, Bologna, 1974.

damento storico, ma che veda il dato giuridico come concretamente vivente ed operante in una data situazione sociale; in questo senso anche Marx accentra la sua attenzione sullo Stato e sul diritto positivo, sulla questione della « Normativität » (185).

L'insoddisfazione di Marx è dello stesso tipo di quella di Stein, e si dirige contro un certo modo d'intendere i compiti del giurista: « Dem Rechtswissenschaftler stellt sich weder das Problem der Begründung von Rechtszielen noch das Problem der Begründung oder gegenwartsbezogenen Infragestellung des Geltungsanspruchs positiver Normen. Er kann sich auf die historische Aufgabe der Traditionsvermittlung im Sinne des Verstehens und Systematisierens der Rechtsgeschichte beschränken. Den Beruf zur Gesetzgebung kann Savigny folgerichtig abweisen » (186).

Il problema rimane però lo stesso: quelle che abbiamo definito le 'insoddisfazioni' di un filone della riflessione politica e filosofica del *Vormärz*, che da Hegel procede verso Stein e Marx — insoddisfazioni che riguardano anche il ruolo della scienza giuridica, e ciò che la cultura giuridica dominante a proposito di esso sosteneva — rimangono tali, non trovano il terreno storico adatto per svilupparsi, non riescono a penetrare all'interno della medesima scienza giuridica.

Un'eccezione può forse reperirsi nella figura di Robert von Mohl (187), giurista educato secondo la tradizione accademica e secondo i dettami della cultura giuridica dominante, che all'interno di essa rimase senza scegliere la via dell'analisi sociale come Stein, ma che pur mostrò una sensibilità tutta particolare nei confronti

(185) Riporto qui le acute osservazioni di P. WOLF, *Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts. Intentionen, Apovien und Folgen des Rechtsdenkens von Karl Marx. Eine kritische Rekonstruktion*, Frankfurt am Main, 1974, pp. 81-84.

(186) *Ibid.*, p. 57.

(187) Robert von Mohl nasce a Stuttgart nel 1799, e muore a Berlino nel 1875; studia alle Facoltà giuridiche di Tübingen ed Heidelberg, e dal 1826 è Professore di *Staatswissenschaften* all'Università di Tübingen. Impegnato nel movimento liberale, è presente alla *Paulskirche*, dove è il *leader* del *link Zentrum*; deluso dai risultati del '48, si ritira dall'attività politica, e già dall'anno successivo si dedica esclusivamente all'insegnamento. Per i più essenziali dati biografici di Mohl, vedi *Staat und Recht. Die deutsche Staatslehre im 19. und 20. Jahrhundert*, a cura di M. J. SATTLER, München, 1972, pp. 197-199.

di una serie di tematiche sollevate all'esterno del mondo dei giuristi. In particolare, in Mohl troviamo sicuramente la consapevolezza di una chiara distinzione tra Stato e società, e della necessità di superare il modello dell'automatico accomodamento delle sfere individuali, propugnando un attivo intervento dello Stato sul complesso della società civile ⁽¹⁸⁸⁾.

Mohl è prima di tutto un giurista impegnato nella definizione di *Rechtsstaat*, ma questo non oscura la sua sensibilità nei confronti dei fenomeni della società civile, e nei confronti della crescente necessità dell'intervento statale ⁽¹⁸⁹⁾. Certo, sbagliremmo se ricercassimo in Mohl la stessa chiarezza di Stein nel definire il moderno processo di affrancamento della società civile dallo Stato, nel comprendere la sua riduzione al nudo contenuto economico — ed anzi Mohl si colloca esplicitamente al di fuori di influenze hegeliane, contestando l'idea di società civile caratteristica di quella filosofia, considerandola entità non reale, parte di un processo logico che conduce allo Stato, tutta funzionale a quest'ultimo ⁽¹⁹⁰⁾ —, ma è anche vero che Mohl non intraprese come Stein la via dell'analisi sociale, dedicandosi invece prevalentemente allo Stato, e sforzandosi di indicare nuove vie, di formulare proposte che tenessero conto dei movimenti in atto nella società civile ⁽¹⁹¹⁾.

⁽¹⁸⁸⁾ SCHIERA, *Dall'arte di Governo alle scienze dello Stato*, cit., pp. 79-85. Sul punto, vedi anche PANKOKE, *Sociale Bewegung*, cit., pp. 159-166, e 185-189.

⁽¹⁸⁹⁾ In Mohl sono tutti temi oggetto di riflessione già a partire dagli anni Trenta. Basterà qui ricordare la nota *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen, 1832 (Tübingen, 1844-45, seconda edizione ampliata in tre volumi), e tutta una serie di articoli pubblicati su specifici problemi della società civile, come l'associazionismo tra i lavoratori (indicati anche da DE SANCTIS, *Crisi e scienza*, cit., p. 112, nota 46).

⁽¹⁹⁰⁾ Su questi argomenti, vedi ANGERMANN, *Zwei Typen Ausgleichs*, cit., pp. 190-193. La presa di posizione antihegeliana di Mohl è contenuta nell'articolo *Gesellschafts-Wissenschaften und Staats-Wissenschaften*, in *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, 7 (1851), pp. 3-71, poi rielaborato ed ampliato in *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften. In Monographien dargestellt*, 3 voll., Erlangen, 1855-1858, vol. I, pp. 69-110 (in particolare p. 82). Sulle proposte di Mohl, e sulla sua definizione di società civile come complesso di *Lebenskreisen*, da collocarsi in modo autonomo tra lo Stato e l'individuo, come terzo *Zustand*, non possiamo qui soffermarci.

⁽¹⁹¹⁾ GRÜNFELD, *Lorenz von Stein und die Gesellschaftslehre*, cit., pp. 159-205, pone Mohl assieme a Stein alle origini della scienza sociale in Germania, con la

Questo è appunto il valore — come dicevamo — di una voce interna alla scienza giuridica, che sapesse raccogliere quanto era maturato a livello di consapevolezza filosofica generale, o a livello di primi tentativi di analisi sociale, e che potesse tradurre tutto ciò in concrete proposte di assetto dei poteri dello Stato, e di loro funzionalità.

L'opera di Robert von Mohl rappresenta un momento di riflessione della scienza giuridica sull'opportunità di mutare certi dati del quadro istituzionale, proprio tenendo conto della discrepanza tra il vecchio assetto di potere, e la nuova realtà sociale in movimento.

Nel 1846, nell'articolo « *Über die verschiedene Auffassung des repräsentativen Systems in England, Frankreich, und Deutschland* » ⁽¹⁹²⁾, Mohl coglie nel dualismo tra Monarca e *Volksvertretung* un elemento di destabilizzazione del sistema costituzionale, e propone, unico tra gli *Staatsrechtslehrer* del tempo, una soluzione sul modello del Governo Parlamentare, che obblighi il Sovrano a scegliere i suoi Ministri nell'ambito della maggioranza parlamentare.

È certo che Mohl non fu un radicale sul piano politico, che non sostenne idee repubblicane, o comunque vicine al principio della sovranità popolare, e dunque la sua proposta deve essere considerata più un aggiornamento ed una razionalizzazione del vecchio modello, che non un vero e proprio tentativo di dare una sterzata al regime costituzionale ⁽¹⁹³⁾, ma è altrettanto certo che

sola differenza che Stein si occupò del versante socio-economico, e Mohl di quello filosofico-giuridico.

⁽¹⁹²⁾ L'articolo fu pubblicato sulla *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, 3 (1846), pp. 451-495, e poi inserito in *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, vol. I, Tübingen, 1860, pp. 33-65. Gli stessi temi contenuti in questo articolo furono poi ripresi da Mohl nell'altro breve saggio *Das repräsentative System, seine Mängel und die Heilmittel*, del 1852, anch'esso poi inserito nell'opera sopra citata, vol. I, pp. 367 e ss.

⁽¹⁹³⁾ Tutta la letteratura su Mohl concorda sulla sua estraneità all'ala radicale del movimento del '48 ed alle idee di sovranità popolare, ma esistono rilevanti contrasti sull'interpretazione delle caratteristiche della sua proposta di Governo Parlamentare. BOLDT, *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, cit., pp. 233-261, sostiene che Mohl non è mai uscito dalla vecchia logica della *Staatsgewalt* concentrata nelle mani del Principe, e della rappresentanza popolare con puri e

in questo modo quanto meno ci si dimostrava sensibili di fronte all'esigenza di dare maggiore spazio alle idee ed ai bisogni espressi dalla società civile mediante le elezioni.

Non v'è dubbio che Mohl avvertì la profonda inadeguatezza di un criterio arbitrario e personale di scelta dei Ministri rispetto ad una società in continuo movimento, continuamente esprimente nuovi bisogni. Lo conferma l'altra proposta che lo stesso Mohl formulò ⁽¹⁹⁴⁾ a proposito della base sociale della rappresentanza popolare. La sua idea era di dotare la Nazione di *Sondervertretungen* a livello dei vari cerchi sociali, determinati secondo una comunanza di interessi materiali (proprietari, commercianti, lavoratori), spirituali (Chiese, arte, cultura), o secondo un criterio puramente territoriale (le *Gemeinden*), e di far scaturire la rappresentanza nazionale da queste istituzioni locali ⁽¹⁹⁵⁾. Con ciò Mohl cercava soprattutto di reclutare una classe politica che esprimesse realmente gli interessi ed i movimenti della società civile, che di essi fosse consapevole, e dunque pronta ad intervenirevi.

Ancora una volta egli sentiva l'inadeguatezza di un gruppo dirigente delle sorti nazionali, che avesse ad unico titolo di merito quello della 'cultura', della capacità di comprensione ed interpretazione dello spirito popolare inteso nel suo complesso. Le due proposte di Mohl devono essere organicamente collegate ⁽¹⁹⁶⁾: il

semplici diritti di collaborazione a certe e determinate condizioni (v. spec. pp. 257-258). E. ANGERMANN, nel suo volume intitolato *Robert von Mohl. Leben und Werk eines allliberalen Staatsgelehrten*, Neuwied, 1962, pp. 408 e ss., pensa invece ad un'alleanza solo tattica di Mohl con la monarchia, ancora troppo forte in Germania, e rivaluta gli elementi liberaldemocratici a suo giudizio presenti nell'opera del nostro giurista. Al contrario, A. BARK, *Robert von Mohl*, in *Staat und Recht. Die deutsche Staatslehre*, cit., pp. 22-43, sottolinea i legami di Mohl con tutta la tradizione, sia sul piano della fedeltà all'istituto della monarchia, sia sul piano dell'assoluta indipendenza della *Staatsgewalt* dalle dinamiche della società civile.

⁽¹⁹⁴⁾ Nel saggio *Das repräsentative System*, cit., pp. 417 e ss.

⁽¹⁹⁵⁾ Nella sua *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, cit., vol. I, pp. 286-287, Mohl dirà molto chiaramente di non voler essere confuso, con la sua proposta, con coloro che ancora sognavano di restaurare il vecchio ordine cetuale, ed invece così giustifica la sua presa di posizione: « Hierhin musste folgerichtig eine Änderung eintreten, als der Begriff der Gesellschaft sich bildete und allmählig Anwendung auf den Staat und seine Einrichtungen erhielt » (p. 286).

⁽¹⁹⁶⁾ Bene ha fatto ANGERMANN, *Zwei Typen Ausgleichs*, cit., pp. 196-205,

modello non può più essere quello di un Sovrano, per quanto illuminato, che scelga gli uomini più 'rappresentativi', e lo sforzo deve essere invece quello di procedere alla formazione di una classe politica che sia espressione degli interessi in movimento nella società civile, che di essi sia consapevole, perchè il compito del presente è quello di attrezzare lo Stato per l'intervento sulle contraddizioni sociali, al fine di dominarle e controllarle.

Dalla fondazione teorica della *Sozialpolitik* nella *Rechtsphilosophie* hegeliana, attraverso l'affermazione della sua necessità storica con l'analisi sociale di Stein, si giunge infine con Mohl alla concreta progettazione di soluzioni costituzionali, che mettano in grado lo Stato di operare quella *Sozialpolitik* (197). Quello che era stato compreso a livello filosofico generale, quello che era stato analizzato a livello di concrete strutture sociali, diventa in Mohl presupposto per l'elaborazione tecnico-giuridica.

Pur rifiutando — come abbiamo osservato — la nozione hegeliana di società civile, di fatto Mohl muove dalla rilevata autonomia del sociale, ed individuandovi bisogni e contraddizioni, propone concrete soluzioni sul piano dell'organizzazione dello Stato e dell'assetto dei suoi poteri. Con ciò egli inserisce la sua teoria dentro la dinamica di Stato e società civile, e la pone oggettivamente in contestazione del primato savigniano della scienza giuridica.

Mohl fu giurista, e sempre volle rimanere tale; è appunto come giurista che egli accetta nel suo concreto lavoro il duplice condizionamento derivante dal confronto con le contraddizioni della società civile, e dall'accettazione del ruolo centrale dello Stato. Mohl non fu un sistematizzatore, non ritenne di dover lavorare per la scoperta e per la fondazione di principii ed istituti, che costituissero altrettanti elementi unificanti l'intera esperienza giuridica, ed accettò, invece, il fatto che quella unificazione dovesse trovare nello Stato, nella sua normativa, e nella sua capacità di concreto intervento, il suo punto focale. Così la pro-

ad esaminare congiuntamente le due proposte, come rispondenti ad un'unica logica.

(197) Il triplice accostamento è suggerito anche da BLASIUS-PANKOKE, *Lorenz von Stein*, cit., pp. 136-137 e ss.

spettiva di lavoro del giurista cambia totalmente, e nel caso del giurispubblicista si trasforma in ricerca di soluzioni tecnico-costituzionali, che mettano in grado lo Stato di svolgere il suo compito storico di unificazione dell'esistente, e di mediazione dei contrasti sociali.

Ma anche Mohl — così come Stein — rimase un episodio isolato nell'ambito della scienza giuridica del *Vormärz*. Questa continua ad essere largamente scienza del diritto privato, col significato che conosciamo di primato della dogmatica e della *Rechtswissenschaft* in genere, con l'atteggiamento a noi noto d'indifferenza o di aperta ostilità nei confronti del legislatore, e della capacità d'intervento dello Stato in genere. Lo Stato medesimo è oggetto d'indagine solo a livello di un astratto costituzionalismo, o della tradizionale *Verfassungsgeschichte*, in ogni caso mai ponendo la questione fondamentale del suo ruolo in rapporto alle contraddizioni della società civile.

La riflessione hegeliana, la pratica steiniana di analisi sociale, l'esempio alternativo del giurista Mohl, non riescono a portare la totalità della *Rechtswissenschaft* del tempo a fare i conti con sé stessa. Il primato savigniano della scienza giuridica resiste agli assalti dei teorici della *Sozialpolitik*, e continua ad egemonizzare il ceto dei giuristi. Ma esso doveva sconfiggere un ultimo nemico per poter superare indenne le colonne d'Ercole del '48, e proporsi ancora vivo ed attuale per la formazione culturale dei giuristi della seconda metà del secolo. Mi riferisco a quel contrasto interno alla Scuola Storica, indicato normalmente come dibattito tra 'Romanisti' e 'Germanisti': a questo vogliamo dedicare l'ultima parte di questo primo capitolo.

IV. 1. Quando nel 1837 il Sovrano dello Stato di Hannover ritirò la Costituzione concessa nel '33, ed in seguito espulse dall'Università quei Professori che avevano osato protestare contro il suo atto unilaterale ⁽¹⁹⁸⁾, i giuristi e gli intellettuali della Scuola Storica si trovarono improvvisamente a fare i conti con la loro collocazione politica all'interno del movimento liberale tedesco.

⁽¹⁹⁸⁾ Ci riferiamo all'episodio dei 'sette di Göttingen', già illustrato nel secondo paragrafo di questo capitolo.

Tra i docenti colpiti dal provvedimento del potere politico troviamo, infatti, giuristi come Albrecht, storici come Dahlmann, studiosi della lingua e delle consuetudini germaniche come i fratelli Grimm, tutti uomini certamente alieni da simpatie democratico-radicali, tutti strettamente legati agli insegnamenti savigniani.

L'episodio toccò senza dubbio la coscienza di molti intellettuali del tempo, provocando molteplici prese di posizione, ma soprattutto manifestazioni di simpatia con i Professori colpiti dal provvedimento del potere politico, ed è noto come all'appello di solidarietà venne a mancare proprio Savigny, nonostante che tra gli espulsi vi fosse Jakob Grimm, suo allievo prediletto ⁽¹⁹⁹⁾. Proprio il Maestro di molti dei personaggi coinvolti tacque, facendo chiaramente capire di non voler condannare l'atto del Sovrano, e contribuendo così ad incrinare non poco la solidarietà e la coesione interna della Scuola savigniana, all'interno della quale molti cominciarono a sentire in modo più forte l'esigenza di partecipazione al movimento liberale.

Tra coloro che accorsero in difesa dei sette di Göttingen, e che più si esposero nella loro difesa, troviamo Georg von Beseler ⁽²⁰⁰⁾, giurista e germanista della Scuola Storica, che poco si era segnalato fino a quel momento per la sua attività scientifica ⁽²⁰¹⁾, ma che l'anno precedente aveva già scritto un libretto dal titolo significativo: « Über die Stellung des römischen Rechts zu dem nationalen Recht der germanischen Völker » ⁽²⁰²⁾. Qui troviamo la

⁽¹⁹⁹⁾ Vedi *supra*, il secondo paragrafo di questo capitolo, note 84-85. Vedi anche i *Briefe der Brüder Grimm an Savigny*, a cura di W. SCHOFF, Berlin, 1953, pp. 387-398.

⁽²⁰⁰⁾ Georg von Beseler (1809-1885), Professore all'Università di Basilea dal 1835, di Rostock dal 1837, di Greifswald dal 1842, di Berlino dal 1859 alla morte; deputato alla *Paulskirche*, alla seconda Camera Prussiana, al *Reichstag* dal 1874 al 1881. Per ulteriori notizie biografiche, vedi STINTZING-LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3, Halbband 2, Text, pp. 513 e ss. Molto utili anche i ricordi di vita dello stesso Beseler, *Erlebtes und Erstrebtes 1809-1859*, Berlin, 1884, dove troviamo anche *Zur Beurtheilung der sieben Göttinger Professoren und ihrer Sache. In Briefen*, pp. 141-202.

⁽²⁰¹⁾ Stava pubblicando un'opera per noi di scarso interesse: *Über die Lehre von den Erbverträgen*, 3 voll., Göttingen, 1835-1840.

⁽²⁰²⁾ *Akademische Antrittsrede*, Basel, 1835, pubblicato nella stessa Basilea l'anno successivo, ora anche in *Erlebtes und Erstrebtes*, cit., pp. 119-130.

contrapposizione tra diritto romano e diritto germanico, e l'identificazione del primo con il diritto scientifico elaborato da un ristretto ceto di giuristi, e del secondo con il *Volksrecht*; troviamo, insomma, il nucleo teorico della battaglia tra Romanisti e Germanisti ⁽²⁰³⁾.

La fine degli anni '30 segna dunque un momento di tensione interna alla Scuola Storica, tensione che sbocca nel 1839 nella pubblicazione della « *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft* », di cui sono direttori Reyscher e Wilda ⁽²⁰⁴⁾. L'importanza della Rivista è enorme, perchè essa consente l'aggregazione di una serie di giuristi, che si autodefiniscono ufficialmente come Germanisti, e che quindi portano alla luce la frattura esistente all'interno della Scuola savigniana. Lo scopo dell'organo scientifico è dichiaratamente politico, e lo testimonia l'articolo introduttivo del direttore Reyscher, dove si legge che il compito del presente è quello di riportare alla luce gli elementi e le caratteristiche nazionali del diritto, troppo a lungo repressi e svalutate dal culto per il diritto romano, di porre le fondamenta di « una scienza giuridica patriottica » ⁽²⁰⁵⁾.

Tutto ciò proprio nel momento in cui Savigny portava a compimento il suo « *System des heutigen römischen Rechts* », la cui tesi principale consisteva nella quasi assoluta coincidenza di drit-

⁽²⁰³⁾ *Ibid.*, pp. 10-11 (pp. 129-130 in *Erlebtes und Erstrebt*).

⁽²⁰⁴⁾ Sulla fondazione della Rivista e sulla figura di Reyscher, vedi J. RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie 1802-1880*, Berlin, 1974. Il volume trascende la dimensione dell'analisi dell'opera di Reyscher, e tenta di fornirci un quadro complessivo del movimento germanista dalla fine degli anni Trenta alla fine degli anni Cinquanta. Per quanto riguarda Wilhelm Eduard Wilda (1800-1856), egli si apprestava, proprio negli anni di progettazione e fondazione della Rivista, alla costruzione di un sistema germanistico di diritto penale: *Das Strafrecht der Germanen*, Halle, 1842.

⁽²⁰⁵⁾ A. L. REYSCHER, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, I (1939), pp. 1 e ss. (p. 3 per il passo ricordato nel testo). Il carattere politico, di forte tensione nei confronti del presente, dell'articolo di Reyscher, il continuo intrecciarsi dei due piani del discorso — quello politico e quello scientifico — è sottolineato anche da M. G. LOSANO, *La teoria giuridica al bivio tra sistema e funzione*, saggio introduttivo al *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, curato dallo stesso Losano, Milano, 1977, pp. XXIII-XXV.

to comune e diritto romano: « Es ist nun das hier genannte gemeine Recht kein anderes, als jenes heutige römische Recht, nur in der besonderen Anwendung auf das deutsche Reich, also mit den dadurch bestimmten besonderen Modifikationen. Diese Modifikationen aber sind fast nur in den Reichsgesetzen enthalten und von geringer Erheblichkeit »⁽²⁰⁶⁾. Dunque, il materiale di diritto comune, sul quale il giurista doveva lavorare secondo i dettami della Scuola Storica, era da Savigny considerato diritto romano, solo minimamente modificato dalla sua concreta esperienza storica nei territori germanici⁽²⁰⁷⁾; non vi potevano essere due poli distinti e contrapposti, poichè il materiale di studio e di lavoro dei giuristi era sostanzialmente unitario ed omogeneo, già assimilato al tessuto nazionale.

Riassumendo, all'inizio degli anni '40, non si poteva più parlare di un'unica direzione di ricerca tra i giuristi della Scuola Storica; l'etichetta 'diritto comune', e la conseguente prospettiva di lavoro indicata da Savigny, non potevano più tenere unita la Scuola, perchè adesso era chiaro che con 'diritto comune' si potevano intendere due cose ben distinte. Da una parte, si riteneva di essere di fronte ad un processo storico ormai concluso, che aveva portato all'assimilazione del diritto romano al tessuto nazionale, per cui il diritto comune era il 'diritto romano attuale', un *corpus* omogeneo di principii ed istituti giuridici, che attendevano solo l'opera tecnica e scientifica del giurista per essere trasformati definitivamente in elementi unificanti l'intera esperienza giuridica nazionale; dall'altra parte, il diritto comune era concepito come un campo di lotta tra due componenti in contrasto — germanistica e romanistica — e si operava una scelta, essen-

⁽²⁰⁶⁾ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., I, p. 4. Georg Friedrich Puchta (1798-1846), fedele allievo di Savigny, e che tanta parte ha avuto nell'elaborazione della giurisprudenza costruttivistica, recensendo il *System* del Maestro, si sofferma più volte sul 'carattere universale' del diritto romano, considerato come vero e proprio 'diritto generale delle nazioni civili': in *Kritische Jahrbücher für die deutsche Rechtswissenschaft*, 4 (1840), pp. 673-715.

⁽²⁰⁷⁾ Romanista e Germanista dovevano dunque lavorare insieme, e non frangersi come nemici. Savigny ha più volte espresso questa sua opinione, anche in lettere ai giuristi del tempo: vedi THIEME, *Savigny und das deutsche Recht*, cit., p. 14 nota 39.

zialmente di natura politica, a favore dei principii e degli istituti di carattere nazionale.

Ne conseguivano due figure di giurista del tutto diverse: per l'uno il compito del presente era la dogmatica, la scoperta dei principii e degli istituti sui quali conformare la totalità dell'esperienza giuridica, per l'altro la missione da svolgere era invece di natura politica, di valorizzazione dei caratteri nazionali, di contributo del giurista alla riscoperta di una nazionalità germanica unitaria. In tal modo, la *Rechtswissenschaft* savigniana si poneva al di sopra ed al di fuori del movimento liberale, e pretendeva essa medesima di costituire autonomamente l'elemento unificante i vari particolarismi; sull'altro versante, l'ala germanista della Scuola Storica presupponeva invece l'esistenza di un movimento liberale nazionale, dentro il quale essa si collocava, per fornire il suo specifico contributo nel campo della scienza giuridica.

Dalla conclamata esistenza di due distinte ali della Scuola Storica, non si poteva non passare in breve tempo al contrasto aperto, e ciò avvenne puntualmente con la pubblicazione del volume di Georg von Beseler, significativamente intitolato « *Volksrecht und Juristenrecht* »⁽²⁰⁸⁾, in cui l'Autore condensa, ed espone in forma di tesi, quanto da tempo andava maturando a proposito dei compiti e del ruolo della scienza giuridica.

È stato detto da più parti che il volume ha toni e finalità essenzialmente politici⁽²⁰⁹⁾, e noi crediamo che l'affermazione sia giusta, proprio in relazione a quanto sopra dicevamo sulla politicità dell'opera dei Germanisti. Critica al ruolo della scienza giuridica, così come era stato delineato da Savigny, e carattere politico dell'intervento di Beseler, sono strettamente congiunti nel piano e nella finalità del volume.

Il nostro autore rivolge, infatti, un chiaro appello ai giuristi del tempo: prendiamo atto che al momento non è possibile la formazione di una legislazione nazionale unitaria, e lavoriamo, in-

⁽²⁰⁸⁾ Prima edizione, Leipzig, 1843. In *Erlebtes und Erstrebtes*, cit., pp. 42-52, Beseler ha illustrato il significato di questo volume, rifacendosi anche al dibattito che la sua pubblicazione suscitò.

⁽²⁰⁹⁾ È l'opinione anche di WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 408-412.

tanto, come *Rechtswissenschaft*, per orientare i legislatori dei singoli Stati germanici il più possibile nella direzione unica « des nationalen Fortschritts »⁽²¹⁰⁾. L'affermazione dei principii nazionali nel campo dell'esperienza giuridica è legata alla possibilità di considerare la dominazione del diritto romano come un puro e semplice episodio della storia tedesca, e tutto ciò dipende, a sua volta, « von der Zukunft, und namentlich von der weiteren politischen Gestaltung Deutschlands »⁽²¹¹⁾. Nel momento in cui si critica l'eccessivo peso del diritto romano, si critica anche la separatezza del giurista dalla vita popolare, e — più in concreto — dallo sforzo di costruzione dell'unità politica nazionale: la polemica diritto romano-diritto germanico ha uno sfondo chiaramente politico.

Quando il Germanista critica gli istituti di diritto romano, e li ritiene estranei alla coscienza collettiva nazionale, egli critica in verità un certo modo di essere della scienza giuridica, e principalmente la sua condizione di separatezza da tutto quanto si muove a livello di affermazione del principio di nazionalità. Il diritto comune della concezione di Savigny presupponeva l'esistenza dei particolarismi e del frazionamento politico, e dunque contribuiva a conservarli; il diritto comune dei Germanisti come Beseler era considerato primo nucleo di un diritto nazionale unitario.

La critica al diritto romano è dunque concreta critica al modo di lavorare dei Romanisti sul *Corpus Juris civilis*, alla figura sociale di giurista, che essi impersonavano; ed è proprio in questa chiave che la *historische Einleitung* del volume di Beseler interpreta la recezione del diritto romano in Germania. Essa è avvenuta per opera di un ristretto numero di dotti, i quali hanno occupato posti di potere, prima nel *Reichskammergericht*, e poi anche nei tribunali e negli uffici periferici. Essi sono riusciti a fare del diritto romano il diritto per eccellenza, anzi la ragione universale unificante i vari particolarismi locali⁽²¹²⁾. Di fronte a ciò, il diritto germanico, che continuava a vivere « in den Genossenschaften und

⁽²¹⁰⁾ G. von BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, cit., p. 57.

⁽²¹¹⁾ *Ibid.*, p. 43.

⁽²¹²⁾ *Ibid.*, pp. 36-38.

Gemeinden » ⁽²¹³⁾, appariva come diritto minore, di qualità e statura inferiori rispetto al diritto romano, quasi il residuo di una fase più arretrata dell'esperienza giuridica. Agli occhi dei Romanisti, i principii del diritto tedesco erano inesorabilmente destinati ad essere considerati ogni giorno di più « als wunderliche und unvernünftige Irregularitäten » ⁽²¹⁴⁾.

La dominazione del diritto romano in Germania è perciò sentita da Beseler, non solo come oppressione dell'autenticità dei caratteri nazionali, ma come pretesa, da parte di un ristretto ceto di giuristi dotti, di dominare l'intera vita giuridica a tutti i suoi livelli: « Die unbedingte Herrschaft eines besonderen Juristenstandes über das gesammte Rechtswesen wird aber unter keinen Umständen als etwas heilsames und dem höheren Staatsprinzip Entsprechendes aufgefasst werden dürfen » ⁽²¹⁵⁾. Il Germanista contesta al Romanista ispirato dal primato savigniano della scienza giuridica soprattutto la pretesa di rinchiudere tutta la vita nazionale dentro i suoi schemi, e si pone dalla parte di tutte le forze che si ribellano a tale imposizione dall'alto: « Daher erklärt es sich auch, dass in Deutschland, seitdem es wieder zu einem regeren politischen Leben erwacht ist, die fast ausschliessliche Herrschaft der Juristen über das Recht schwer gefühlt wird, und dass eine Reaction dagegen im Volke sich zu regen beginnt » ⁽²¹⁶⁾. I Germanisti come Beseler sono così portatori del risveglio politico della Nazione all'interno della Scuola Storica, e chiedono che i giuristi siano partecipi di tale risveglio, che essi siano realmente gli interpreti di un *Volk* che si muove alla ricerca di sè medesimo e della propria identità, e non siano, invece, i detentori di un potere e di un monopolio culturale separato rispetto alla Nazione.

⁽²¹³⁾ *Ibid.*, p. 36. La figura — storica e tecnico-giuridica — della *Genossenschaft*, cui sono dedicate le pp. 157-194 del volume, non può qui essere oggetto della nostra analisi, che si muove esclusivamente a livello del problema del ruolo della scienza giuridica. Tuttavia, il tema tornerà più avanti, poiché sarà centrale nella riflessione del maggiore allievo di Beseler, Otto von Gierke, il quale adopererà l'elaborazione del Maestro in funzione di critica alla scienza di diritto pubblico dominante.

⁽²¹⁴⁾ *Ibid.*, p. 37. Questa interpretazione della recezione del diritto Romano in Germania è sottesa a tutto il volume: vedi anche le pp. 300-302.

⁽²¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 69.

⁽²¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 70.

In ultima analisi, alla base del contrasto Beseler-Savigny sta una visione completamente diversa della storia giuridica dei secoli precedenti. Mentre per il primo lo sviluppo nazionale è stato interrotto e condizionato dall'azione di forze storiche che hanno determinato la recezione del diritto romano, per il secondo quest'ultima appare come un fatto « innerlich begründetes, fast nothwendig »⁽²¹⁷⁾. Per Savigny, in altre parole, il diritto romano è penetrato organicamente nei concreti rapporti di vita dei popoli germanici, ed è in tal modo divenuto diritto nazionale, o comunque si è armonicamente fuso con le tradizioni nazionali⁽²¹⁸⁾; ed è qui il punto centrale di discordia, poichè Beseler sostiene, invece, che la recezione del diritto romano è stata un episodio ben delimitato, manovrato dall'alto, collocato ad un livello ben diverso da quello della concreta vita degli istituti del diritto germanico.

Ne consegue una visione totalmente diversa delle fonti di diritto. Mentre Savigny pensa al ruolo centrale della scienza giuridica, in funzione unificante, ed alla conseguente, necessaria armonia di tutte le fonti di diritto, per Beseler proprio l'esperienza storica tedesca dimostra il contrario: « Wenn daher Savigny annimmt, seit der Reception des römischen Rechts sey das Volksrecht mit dem wissenschaftlichen Recht identisch geworden, so ist diess eine Ansicht, welche die Geschichte nicht bestätigt »⁽²¹⁹⁾. Proprio la storia tedesca dimostra come uno *Juristenrecht*, assai sviluppato dal punto di vista degli strumenti culturali e della tecnica giuridica, collocato al centro dell'esperienza giuridica nazionale, possa di fatto vivere e prosperare in opposizione al *Volksrecht*: « Das Juristenrecht ist nicht nothwendig eine Fortführung des Volksrechts, es kann auch blosses Gewohnheitsrecht sein »⁽²²⁰⁾. Qui Beseler introduce, in opposizione al *Volksrecht*, questo nuovo elemento del *Gewohnheitsrecht*, che ci sembra di estremo interesse.

Non sempre — sostiene Beseler — la produzione di diritto può svolgersi normalmente ed organicamente, « ohne besondere äussere Störung »; vi sono spesso « äussere Einflüsse », che impedi-

⁽²¹⁷⁾ *Ibid.*, p. 71.

⁽²¹⁸⁾ *Ibid.*, p. 74.

⁽²¹⁹⁾ *Ibid.*, p. 85.

⁽²²⁰⁾ *Ibid.*, p. 79.

scono che lo sviluppo possa procedere « in einer ideellen Weise ». Può così accadere che si venga a produrre un diritto « oft im Gegensatz zu dem Geiste des Volks und der Vernunft der Dinge »⁽²²¹⁾. Questo è appunto il *Gewohnheitsrecht*, del quale la scienza giuridica può farsi interprete, ponendosi così contro i principi del *Volksrecht*. In tal modo, il problema centrale, prima ancora di essere quello di una scienza giuridica tecnicamente preparata per l'elaborazione scientifica del *Volksrecht*, è quello di una *Rechtswissenschaft* in grado di discernere ciò che veramente è prodotto della coscienza collettiva popolare, da ciò che invece è puro e semplice *Gewohnheitsrecht*, che con tale coscienza può pure trovarsi in opposizione. Ritorna qui quell'elemento, che abbiamo definito di politicità, della teoria beseleriana: la scienza giuridica non può limitarsi ad affermare la propria capacità di sistematizzazione del materiale dato, ma deve anche saper operare delle scelte tra i principi e gli istituti conformi a quelli difforni dal *Volksgeist*⁽²²²⁾.

Anche l'opera di Beseler costituisce dunque una testimonianza d'insoddisfazione del ruolo ricoperto dai giuristi, ma per essa non può essere valido, ovviamente, quando dicevamo a proposito della critica steiniana a Savigny. Invano andremmo alla ricerca, in « *Volksrecht und Juristenrecht* », di nozioni come ' *Gesellschaft* ', della delineazione di una dinamica sociale. Le categorie sono le medesime adoperate da Savigny, il concetto di *Volk* è il medesimo: « *Das Volk, und zwar als das Naturganze, welches die Grundlage des Staates ausmacht* »⁽²²³⁾.

⁽²²¹⁾ *Ibid.*, p. 77.

⁽²²²⁾ Ecco perché, secondo Beseler, Savigny ha attribuito un compito alla scienza giuridica « *theils zu hoch, theils zu niedrig* » (*ibid.*, p. 69): da una parte il primato savigniano della scienza giuridica significa la volontà di soffocare la complessità dell'esperienza nazionale, di renderla conforme agli schemi dottrinali dei giuristi, dall'altra tale primato è fondato su un monopolio di tecniche giuridiche, sulla pretesa di fare della scienza l'elemento centrale ed unificante, ed esclude così un ruolo attivo della giurisprudenza nel contesto del movimento politico di unità nazionale.

⁽²²³⁾ *Ibid.*, p. 83. Lo stesso Beseler si dichiara apertamente appartenente alla Scuola Storica, anche se poi subito aggiunge di voler contestare alcuni dei suoi dogmi (*ibid.*, pp. 58-59). Gervinus, uno dei ' sette di Göttingen ', noto per le sue simpatie politiche radicali, in una sua lettera a Dahlmann del 2 Ottobre 1843, afferma di aver inteso che il volume di Beseler è diretto contro la Scuola Storica,

Eppure, non si può non notare come puntualmente le critiche al primato savigniano della scienza giuridica si producano da parte di coloro che percepiscono come la storia delle istituzioni o della società sia fatta non solo di grandi tradizioni culturali, di elementi di continuità, ma anche di contraddizioni e di fratture.

In fondo, se Savigny indicava nella dogmatica il compito del presente, era perchè pensava che la dogmatica fosse possibile e vincente, che il giurista si trovasse di fronte ad un materiale storico omogeneo, prodotto da una storia organicamente sviluppata, collocato in una società largamente mediabile nelle sue contraddizioni. Se Beseler non colse, come Stein, la drammaticità dei conflitti sociali, ad altro livello riuscì però ad ammettere la possibilità di contraddizioni nello sviluppo storico ⁽²²⁴⁾, e nella stessa produzione di *Volksrecht*, di non-armonia tra le fonti di diritto.

È proprio a partire da queste 'ammissioni' che Beseler avverte l'insufficienza di un primato della scienza fondato sul monopolio degli strumenti tecnico-giuridici, e che indica la necessità di scegliere, di collegarsi agli sforzi di costruzione dell'unità politica nazionale. Non siamo di fronte ad una situazione omogenea e statica, dominabile con i soli strumenti della scienza e della tecnica giuridica, siamo invece di fronte ad una realtà in movimento, al coalizzarsi di grandi energie per l'affermazione dell'unità della Nazione, e tra queste energie non può mancare la scienza giuridica.

ma adoperando le medesime categorie d'interpretazione della realtà politica e sociale; con questo tipo di approccio — sostiene Gervinus — la critica di Beseler si isterilisce, e « kommt man nicht weiter »: *Briefwechsel zwischen Jacob und Wilhelm Grimm, Dahlmann und Gervinus*, curato da E. HIPPEL, Berlin, 1885-1886, vol. II, p. 252. Anche J. SCHRÖDER, *Savignys Spezialistendogma und die 'soziologische Jurisprudenz'*, in *Rechtstheorie*, 7.1 (1976), pp. 23 e ss., pur mettendo in luce i contrasti tra Savigny e Beseler, giustamente rileva anche una comunanza d'impostazione, nel senso che anche per Beseler il *Volksleben* non costituisce mai terreno d'indagine per un'autonoma scienza sociale, ma solo mero punto di riferimento per la costruzione dogmatica (p. 35). Le differenze nascono da questo momento in poi, e riguardano il ruolo della scienza giuridica, il modo con il quale il giurista si deve riferire al materiale a disposizione.

⁽²²⁴⁾ Così Beseler considera importante — in contrasto con Savigny — l'intervento del legislatore in funzione unificante, in quelle fasi nelle quali lo sviluppo storico e la vita popolare non si svolgono più sotto il segno dell'organicità, e si siano invece sperdute per mille rivoli, in molteplici direzioni (*ibid.*, p. 67).

Così come Stein aveva tentato di aprire una breccia tra i giuristi del tempo, indicando i temi dell'analisi sociale, della dinamica di Stato e società, così anche Beseler tenta, per parte sua, di suggerire i temi del movimento liberale, della costruzione dello Stato nazionale.

Le ultime due pagine del volume sopra citato sono a questo riguardo estremamente significative. Si tratta di un vero e proprio appello ai giuristi, perchè essi abbandonino « ihre isolierte Stellung », e si ricongiungano al movimento politico nazionale: solo così è possibile che « die Schuld früherer Zeiten in dem gemeinsamen Ziele des höheren Strebens gesühnt werde » (225). I giuristi si devono avvicinare alla « Praxis des täglichen Lebens », devono abituarsi ad ascoltare altre voci, a sedersi accanto agli altri « Geschäftsmänner », ad osservare le norme contenute nei concreti « Lebensverhältnissen » (226). L'ultima frase del volume è poi un vero e proprio ammonimento diretto al ceto dei giuristi: « Denn einer tiefen, nationalen Bewegung, welche auf eine mehr naturgemässe und volksthümliche Gestaltung unseres Rechtswesens hindrängt, werden sich die Vertreter einer dem Leben entfremdeten, wissenschaftlich überwundenen Lehre ohne Aussicht auf dauernden Erfolg widersetzen » (227).

Le reazioni alla pubblicazione del volume di Beseler ci confermano la giustezza della nostra interpretazione: le tesi del nostro Germanista andavano a colpire, non tanto la dominazione del diritto romano di per sè, quanto la conseguente delineazione del ruolo della scienza giuridica, andavano quindi a toccare nel profondo i giuristi del tempo, e la concezione che essi avevano dei compiti loro spettanti. Lo dimostrano, prima di tutto, le recensioni negative, che hanno in comune, non tanto l'affermazione della proponibilità degli istituti e dei principii del C.J.C. per il presente storico tedesco, quanto la difesa del ruolo della scienza giuridica e della sua centralità (228).

(225) *Ibid.*, p. 363.

(226) *Ibid.*, pp. 363-364.

(227) *Ibid.*, p. 364.

(228) Due sono le recensioni, a nostro avviso rilevanti sotto il profilo indicato nel testo: quella di PUCHTA, in *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik*, I-4 (1844),

Puchta dedica quattro quinti della sua recensione ad illustrare il concetto di *Gewohnheitsrecht*, e l'impossibilità di un suo contrasto con il *Volksrecht*, così come Beseler sosteneva, e rimprovera il Germanista di aver artificiosamente separato il *Volk* dai suoi giuristi; egli cerca, insomma, di ripresentare come omogeneo ed armonico quel quadro delle fonti di diritto, che Beseler aveva cercato di cogliere nelle sue contraddizioni interne ⁽²²⁹⁾.

Ritorna puntualmente il tema centrale: se tutto il diritto, che si forma organicamente nelle maglie della società, è necessariamente *Volksrecht*, corrispondente ad un'effettiva coscienza popo-

pp. 1-30, e quella di T. MOMMSEN, in *Volksbuch für das Jahr 1845 mit besonderer Rücksicht auf die Herzogtümer Schleswig, Holstein und Lauenburg*, Kiel, 1845, pp. 117-129, anche nelle *Gesammelte Schriften* dello stesso Autore, III vol. Berlin, 1907, pp. 494-500. Da ricordare anche la lettera con la quale Savigny risponde a Beseler, che gli aveva inviato il volume appena pubblicato. Savigny, in sostanza, difende il ceto dei giuristi dall'accusa di essersi estraniato dalla vita popolare e nazionale, anche se fa solo capire il suo disaccordo sulle tesi di Beseler, senza controbattere in modo analitico. Del resto, Savigny tenne sempre alla sua posizione di Maestro e fondatore della Scuola Storica, e mai si fece coinvolgere personalmente in dispute scientifiche tra i suoi appartenenti: lo stesso Beseler, in *Erlebtes und Erstrebtes*, cit., pp. 51-52, afferma che di più non si poteva attendere « von dem Haupte der Schule ». La lettera di Savigny a Beseler, della quale discorriamo, è contenuta in A. STOLL, *Friedrich Carl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, vol. III, *Ministerzeit und letzte Lebensjahre 1842-1861*, Berlin, 1939, pp. 60-63. Per una breve rassegna del dibattito suscitato dalla pubblicazione del volume di Beseler, vedi la prima parte del saggio di SCHRÖDER, *Savignys Spezialistendogma*, cit., spec. pp. 29 e ss.

⁽²²⁹⁾ PUCHTA, Recensione sopra citata, *passim*, ma spec. pp. 17 e 22. Sugli stessi temi verte anche la ricordata Recensione di Mommsen. Per quest'ultimo, la scienza giuridica è l'unica che può condurci « in das ganze Volksleben » (p. 499); alla teoria beseleriana della contrapposizione di diritto romano e diritto nazionale, si risponde sostenendo che il secondo niente altro è che il diritto romano medesimo, filtrato attraverso l'esperienza del diritto comune, e che « die Herrschaft des nationalen Rechts, die Beseler erst von der Zukunft hofft, ist schon erreicht » (p. 496). I giuristi, in conclusione, non hanno alcun bisogno di reinserirsi nella vita nazionale e nello sforzo per la costruzione dell'unità politica, poiché essi sono già interpreti autentici, tramite i loro strumenti scientifici, dell'intera Nazione e del suo diritto.

Criticano il volume di Beseler, ma con motivazioni per noi meno interessanti, anche C. G. von WÄCHTER, *Gemeines Recht Deutschlands, insbesondere Gemeines Deutsches Strafrecht*, Leipzig, 1844, e H. THÖL, *Volksrecht. Juristenrecht. Genossenschaften. Stände. Gemeines Recht*, Rostock, 1846.

lare collettiva, e se la scienza giuridica è necessariamente elaborazione di tale diritto, allora è evidente che gli appelli di Beseler ai giuristi, affinché essi sappiano cogliere ciò che è autenticamente derivato dai caratteri popolari, affinché essi si inseriscano nel movimento politico per l'unità nazionale, risultano del tutto infondati.

Nè fa meraviglia se sarà questo il piano su cui si muove la risposta beseleriana a Puchta, contenuta in un *Nachtrag* al volume (Leipzig, 1844). Secondo Beseler, Puchta vuol disconoscere il fatto storico « dass das Gewohnheitsrecht nicht nothwendig Volksrecht ist, und dass namentlich das Juristenrecht, weil die deutschen Juristen nicht im Zusammenhange mit dem nationalen Rechtswesen geblieben sind, auch nicht als eine nothwendige Fortführung des Volksrechts gelten kann » (230). A Puchta che lo accusa di aver separato il *Volk* dai suoi giuristi, Beseler risponde molto semplicemente che è la storia dal sedicesimo secolo in poi che li ha separati (231): quando si nega ciò, non si nega una teoria più o meno valida, ma un fatto storico, e « die historische Schule mag dazu sagen, was sie will » (232). Puchta non avrebbe dovuto riproporre *sic et simpliciter* — sostiene il Maestro germanista — lo schema di organizzazione delle fonti di diritto elaborato da Savigny, ma avrebbe dovuto collocare, alla base di quello schema, una certa visione della storia giuridica degli ultimi secoli, cioè, in sostanza, avrebbe dovuto dimostrare che non si è verificata quella frattura tra *Juristenrecht* e *Volksrecht*, che Beseler afferma esservi stata. Il nostro Autore ne deduce una riluttanza al ripensamento sul fondamento storico del ruolo attuale dei giuristi: « Daher scheint mir meine Ansicht auch historischer zu sein, als die der historischen Schule » (233).

È degno di nota il fatto che Beseler rivendichi a sè la capacità, rispetto a Puchta, di osservare direttamente lo stato della coscienza popolare: io — dice Beseler — mi sono immerso nella realtà circostante, io ho parlato con giudici e giuristi, io ho potuto

(230) Georg von BESELER, *Nachtrag*, p. 14.

(231) *Ibid.*, pp. 18-19.

(232) *Ibid.*, p. 25.

(233) *Ibid.*, p. 15.

verificare l'esistenza di quella frattura tra scienza giuridica e *Volk* ⁽²³⁴⁾.

Non deve, dunque, stupire lo storico l'espressione « *Naturforscher* », riferita al giurista che procede alla concreta scoperta ed analisi del *Volksrecht* ⁽²³⁵⁾, poichè essa ci dà, invece, l'esatta misura delle più profonde convinzioni di Beseler. In lui esiste, in primo luogo, una profonda insoddisfazione per una scienza giuridica che, tagliata fuori dalla concreta vita popolare, rischia di procedere ad un lavoro dogmatico senza basi reali, astratto e viziato di soggettivismo. Non è un caso che Beseler, rispondendo a Puchta, rivendichi al proprio metodo d'indagine i sicuri punti di riferimento della storia, e della ricerca empirica del *Volksrecht* sul modello delle scienze naturali. Anche il continuo richiamo alla necessità di un inserimento del giurista nel movimento politico nazionale, non è mai richiamo alla necessità di prendere parte alle vicende politiche nel senso della 'Faction', ma è mosso, invece, dalla volontà di vedere una scienza giuridica, che non viva isolata, che sia capace di percepire ciò che nella Nazione si muove.

In ciò Beseler è precursore del noto libretto di Kirchmann ⁽²³⁶⁾, dove, com'è noto, egualmente si lamenta la frattura tra il popolo ed il ceto dei giuristi ⁽²³⁷⁾, tra la sfera della politica e la scienza giuridica ⁽²³⁸⁾, e dove si conclude in egual misura nel senso dell'impotenza di una *Rechtswissenschaft*, che pretenda di esplicare proposizioni scientifiche a partire da una condizione di separatezza, che non si pieghi ad un mutamento di metodologia attraverso il recupero del contatto con la vita reale del *Volk*, allo studio delle leggi naturali e necessarie di produzione del diritto: le scienze

⁽²³⁴⁾ *Ibid.*, pp. 26-27.

⁽²³⁵⁾ *Volksrecht und Juristenrecht*, cit., p. 109 per l'espressione indicata, pp. 109-139 per l'indicazione del procedimento di rilevazione del *Volksrecht*.

⁽²³⁶⁾ KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, cit., traduzione ital. di P. Frezza.

⁽²³⁷⁾ *Ibid.*, pp. 25 e ss.

⁽²³⁸⁾ *Ibid.*, pp. 35 e ss. Naturalmente è presente — come in Beseler — il rovescio della medaglia, cioè il timore nei confronti di posizioni 'partitiche', l'ostilità verso un tempo in cui tutti i problemi divengano « problemi di partito » (p. 13).

della natura sono vere scienze, in quanto il loro oggetto è « naturale, eterno, necessario » ⁽²³⁹⁾.

Il volume di Beseler, perciò, non solo raccoglie le insoddisfazioni dei Germanisti della Scuola Storica della fine degli anni '30, e dell'inizio degli anni '40, ma anticipa anche critiche di qualità diversa, che riguardano la credibilità della scienza giuridica e dei suoi strumenti d'indagine. Diventa, quindi, sempre più chiaro che sarebbe estremamente riduttiva un'interpretazione dell'opera di Beseler nel senso del mero 'germanismo', della contrapposizione di ciò che è 'nazionale' a ciò che è 'straniero'.

Le critiche contenute in « *Volksrecht und Juristenrecht* » hanno sempre motivazioni più profonde, che attengono al ruolo della scienza giuridica, al significato del lavoro del giurista medesimo, prima ancora che esso sia definito come germanista o come romanista. L'attacco al diritto romano, più che ostilità nei confronti del diritto 'straniero', rappresenta l'insoddisfazione nei confronti di una giurisprudenza, che non intende giocare un ruolo attivo nella costruzione dell'unità politica nazionale, che si autocondanna all'isolamento, e così cresce su sè medesima e sui concetti elaborati al proprio interno, perdendo la capacità di confrontarsi con la realtà e d'interpretarla scientificamente.

Dall'opera di Beseler escono fuori anche indicazioni molto concrete, che vanno ben al di là della rivendicazione dei principi

⁽²³⁹⁾ *Ibid.*, p. 23. N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950, pp. 56-57 e 70-72, ha parlato di 'complesso d'inferiorità' dei giuristi nei confronti delle scienze naturali, particolarmente evidente nella fase storica che stiamo esaminando. Da ricordare, in questo quadro, il volume di R. SCHMID, *Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts*, Jena, 1848, dove l'Autore contesta la solidità scientifica del metodo propugnato dalla Scuola Storica, e parla della necessità di un procedimento induttivo, di una « Revision » del modo di lavorare della scienza giuridica (p. 264), che punti a scegliere un criterio conforme all'esperienza, svolgendo una « psychisch-antropologische Kritik » (cfr. la *Vorrede*). Inutile anche solo accennare all'opera di Rudolf von Jhering, certamente influenzata dal modello delle scienze naturali: rinviamo al volume *Jherings Erbe. Göttinger Symposion*, curato da F. WIEACKER e C. WOLLSCHLÄGER, Göttingen, 1970, in particolare per i contributi di G. MARINI, *La storicità del diritto e della scienza giuridica nel pensiero di Jhering* (pp. 155-164), e di D. PASINI, *La sociologia interna di Jhering* (pp. 177-191).

giuridici nazionali. In ultima analisi, Beseler chiede alla scienza giuridica un momento di riflessione su sè medesima e sulle proprie finalità. Da una parte, la *Rechtswissenschaft* del tempo dovrebbe meditare sulla propria storia, prendere consapevolezza dei canali attraverso i quali si è staccata e separata dalla coscienza popolare collettiva, dall'altra, procedere ad un rinvenimento dei caratteri di tale coscienza secondo metodi rigorosamente scientifici.

Da questo procedimento potrebbe scaturire la dogmatica, si potrebbe, cioè, infine, entrare nella sfera della costruzione giuridica, questa volta scientificamente fondata, in quanto alimentata da una *Rechtswissenschaft* consapevole della propria collocazione nell'ambito della Nazione, e protesa all'osservazione della condizione giuridica obbiettivamente esistente.

In sintesi, Beseler afferma che centralità della *scientia iuris* non può significare pretesa, da parte dei giuristi, di essere già pronti alla costruzione dogmatica: prima è ancora necessaria una verifica critica della loro capacità d'individuare principii ed istituti di un diritto, che possa realmente dirsi diritto nazionale unitario.

Quanto la scienza giuridica della metà del secolo conosce la storia degli istituti di diritto romano e di diritto germanico, ed il modo con il quale essi si sono rapportati nel corso degli ultimi secoli? Quanto la scienza giuridica vive dentro il tessuto reale della Nazione, ed è quindi capace di comprendere esattamente le modalità della produzione popolare di diritto? Quali sono gli strumenti scientifici a disposizione del giurista per il rilevamento del *Volksrecht*? Queste le domande cui occorre rispondere, prima di poter parlare di costruzione dogmatica, di principii e di sistema.

Il volume di Beseler — come già si è osservato — ricevette molte critiche, ma suscitò anche manifestazioni di consenso e di simpatia da parte di giuristi autorevoli come Reyscher e Mittermaier, ed in genere da tutto il movimento germanista ⁽²⁴⁰⁾. Se a

⁽²⁴⁰⁾ Per i molteplici legami Beseler-Reyscher, vedi il volume di RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben*, cit., pp. 197-198, 339-340, 393-397. I Germanisti si riunirono anche in Congresso, nel '46 a Francoforte e nel '47 a Lubeca, e la sezione giuridica fu una delle più vivaci e delle più ricche di spunti polemici. Le Assemblee dei Germanisti furono interrotte nel '48, e riprese solo nel 1860, ma il

ciò aggiungiamo che i Germanisti medesimi furono alla testa del movimento liberale del '48 tedesco ⁽²⁴¹⁾, noi vediamo che le tesi di Beseler godevano di tutti i presupposti favorevoli per potersi affermare, o, comunque, per mettere in crisi i dogmi e le certezze dei giuristi del tempo.

Eppure, non furono vincenti. A nostro avviso, esse scontarono la debolezza complessiva del movimento liberale del *Vormärz*, che riuscì certamente a coinvolgere anche una larga fetta della scienza giuridica del tempo, ma non riuscì a porle quelle domande pressanti, che Beseler in via teorica aveva già formulato.

Non si assiste, insomma, ad un'indagine critica della scienza giuridica su sè medesima, sul proprio ruolo, sulla propria capacità di comprensione reale del *Volk*, e del diritto da questi prodotto. Essa dà, invece, per scontata una tale capacità, un tale grado di comprensione della totalità dell'esperienza giuridica, e ciò perchè non vede messo in discussione il proprio primato, la propria pretesa di essere il centro del sistema delle fonti del diritto.

La scienza giuridica savigniana avvertì chiaramente che quel che si stava preparando negli anni immediatamente precedenti al '48 non era sufficiente a porla in crisi, a scaltarla dalla sua condizione di privilegio. Essa capì che, nonostante l'apparente turbolenza degli ultimi anni del *Vormärz*, la sostanza della situazione non stava mutando, che era giunto anzi il tempo di concretizzare il proprio primato, che si poteva procedere alla costruzione dogmatica. Le proposte beseleriane cadono in un momento, nel quale la scienza giuridica è già stanca di dibattiti metodologici: essa intende adesso costruire, intervenire in concreto.

2. Questa esigenza domina il volume di Carl Friedrich von Gerber ⁽²⁴²⁾, intitolato « Das wissenschaftliche Prinzip » ⁽²⁴³⁾. Il li-

segno dei nuovi tempi risultò evidente dalla riconquistata egemonia da parte dei Romanisti, ora alla direzione delle sedute e non più sul banco degli 'accusati', come nel '46 e nel '47; vedi LOSANO, *La teoria giuridica al bivio*, cit., pp. xxvii-xxix.

⁽²⁴¹⁾ Il caso di Beseler non è certo quello di Lorenz von Stein, la cui idea di *Sozialpolitik* era estranea al movimento liberale del *Vormärz*.

⁽²⁴²⁾ Carl Friedrich von Gerber (1823-1891), Professore dal 1847 ad Erlangen, dal 1851 a Tübingen, dal 1862 a Jena, dal 1863 in poi a Leipzig; deputato al Par-

bro fu certamente scritto sotto l'influsso di Puchta, del quale Gerber fu anche allievo, e deve inserirsi nel dibattito suscitato dalla pubblicazione del volume di Beseler; si può anzi affermare che l'intervento di Gerber costituisca la risposta più efficace alle accuse che « *Volksrecht und Juristenrecht* » muoveva alla scienza giuridica del tempo ⁽²⁴⁴⁾. Gerber, infatti, non si limitò a negare l'esistenza di una frattura tra *Volksrecht* e *Juristenrecht* ⁽²⁴⁵⁾, ma portò avanti una lucida analisi storica della recezione del diritto romano in Germania, indicando i conseguenti compiti della scienza giuridica, proprio nel campo — tanto caro a Beseler — del diritto privato tedesco ⁽²⁴⁶⁾. Con l'intervento di Gerber i termini del problema mutano completamente, perchè le teorie beseleriane non hanno più, di fronte, il giurista chiuso nei propri privilegi, sordo alle esigenze specifiche nazionali, convinto di poter inquadrare tutta la realtà nei propri schemi, ma una posizione assai più duttile e sfumata, comunque uno sforzo di riflessione sul diritto nazionale, e sulla capacità della scienza giuridica di costruire una sua dogmatica.

Anche per Gerber, come per Savigny e per Puchta, non è più il tempo dell'opposizione di Germanisti e Romanisti. È vero che vi è stata un'età della *Reception*, nella quale il diritto romano fece il suo ingresso sul territorio nazionale con pretese di assoluta egemonia, provocando la giusta reazione dei Germanisti, ma ora — sostiene Gerber — quest'età è finita. Non solo per il tramite della

lamento della Lega degli Stati del Nord, *Kultusminister* del Sachsen a partire dal 1871. Per queste, ed altre notizie biografiche, vedi *Staat und Recht. Die deutsche Staatslehre*, cit., pp. 199-200. La figura di Gerber, qui esaminata in relazione ad un suo contributo giovanile, e nel contesto della disputa sollevata dalla pubblicazione del volume di Beseler, tornerà in più punti della nostra indagine, in diversi ambiti culturali e politici.

⁽²⁴³⁾ C. F. von GERBER, *Das wissenschaftliche Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts*, Jena, 1846.

⁽²⁴⁴⁾ Così anche WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 404-405.

⁽²⁴⁵⁾ Era ciò che Beseler aveva rimproverato alla recensione di Puchta (cfr. *supra*, note 228-234).

⁽²⁴⁶⁾ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 101-105, considera il volume di Gerber un preciso momento di svolta nell'atteggiamento dei Germanisti.

legislazione imperiale, ma anche a livello dei singoli *Landrechte*, si è avuto un processo di progressiva integrazione del diritto romano nel tessuto nazionale: è venuta così a mancare la base materiale per una rivendicazione nazionalistica contro il diritto romano (247). Anzi, secondo Gerber, l'età moderna è caratterizzata dal superamento del dualismo tra diritto romano e diritto germanico, « und das wahrhaft Brauchbare des fremden Rechts ist in das Rechtsbewusstsein des Volks übergegangen » (248).

Ma è proprio a questo punto che Gerber introduce un elemento di novità in quella che era ormai un'analisi consolidata nell'ambito dei Romanisti della Scuola Storica. Secondo la tradizione savigniana, il diritto comune germanico coincideva praticamente col diritto romano, tanto da poter essere definito 'diritto romano attuale', e dunque le variazioni apportate agli schemi classici dalla concreta esperienza storica tedesca potevano considerarsi minimi, e comunque riassorbibili negli schemi romanistici. Anche Gerber pensa che la recezione del diritto romano abbia spezzato l'antica unità del diritto germanico, che quest'ultimo, di fronte a un diritto già costruito in sistema organico, non abbia potuto che cedere, disperdendosi in mille rivoli con valore e validità unicamente locale. Ma la sua analisi è ben più articolata, poichè dalla dimostrata superiorità del diritto romano, Gerber non fa discendere la capacità, come per incanto, dello *Juristenrecht* di essere interprete rigoroso e fedele della complessa realtà del *Volksrecht*, ma si preoccupa di analizzare in concreto la situazione, ed il modo con il quale si è evoluta storicamente.

Prima di tutto, è necessario notare la grande disarmonia esistente in Germania; il fatto che ciascun *Land* ha propri istituti, ed una situazione propria specifica; che diverso è il grado con il quale i principi romanistici si sono imposti: « Daher kommt es, dass fast kein Institut des deutschen Rechts in allen Ländern Deutschlands in ganz gleichem Stadium der Entwicklung zur Anwendung kommt » (249).

(247) GERBER, *Das wissenschaftliche Prinzip*, cit., pp. 7-11, 120-129, 233-36.

(248) *Ibid.*, p. 252.

(249) *Ibid.*, p. 297.

Secondo Gerber, bisogna accettare questa situazione di fatto, senza svolgere un'opera di uniformizzazione dall'alto, magari proponendo uno schema che pretenda di adattarsi a tutte le varie situazioni locali; è necessario, invece, che il giurista accetti il contributo della storia, che egli ricerchi, nell'evoluzione storica, i motivi più generali — comuni e fondanti — delle singole situazioni esistenti ⁽²⁵⁰⁾.

Gerber è convinto, dunque, che la situazione disarmonica del presente sia riconducibile ad un'unità tramite lo strumento dell'indagine storica, poichè il giurista ritrova nella storia il principio fondamentale, insito nella coscienza giuridica popolare, che sta alla base di un certo istituto, e che è comune a tutte le situazioni particolari. Su un piano più generale, questo significa credere che vi sia stato un certo frazionamento politico, ma che l'unità di fondo del *Volksbewusstsein* si sia sempre conservata. L'opera di riscoperta di questa unità, al di sotto delle diverse e differenziate forme di apparizione, è l'opera della scienza giuridica, che ha il compito di rintracciare i motivi comuni, che stanno alla base del singolo istituto giuridico, di portare « die einzelnen Sätze des Particularrechts zum wissenschaftlichen Bewusstsein » ⁽²⁵¹⁾.

La storia del diritto diventa, così, la via attraverso la quale si può giungere ad una dogmatica del diritto privato tedesco, poichè essa ci fornisce i principii generali su cui costruire gli istituti — e poi un sistema — che abbiano una pretesa unificante delle varie situazioni particolari. Anzi, il volume di Gerber pone al centro dell'analisi proprio l'esigenza della dogmatica, il problema « deren Lösung die gegenwärtige Schrift gewidmet ist: über das Princip dieser neuen Wissenschaft des deutschen Privatrechts » ⁽²⁵²⁾.

Tutto il primo capitolo di quest'opera giovanile gerberiana è caratterizzato proprio dall'esame della germanistica, dal riconoscimento dei suoi meriti nell'aver indicato la necessità di un diritto privato nazionale, nell'aver scoperto « die innere, organische

⁽²⁵⁰⁾ *Ibid.*, pp. 296-298.

⁽²⁵¹⁾ *Ibid.*, p. 284.

⁽²⁵²⁾ *Ibid.*, p. 236.

Entwicklung des deutschen Rechtslebens» (253), ma anche dalla critica serrata ad una scienza giuridica, che non aveva colto l'importanza di uno sbocco di questo tipo d'analisi storica a livello di costruzione giuridica, di sistema: lo scopo principale di Gerber è quello di dimostrare « die Fähigkeit der deutschen Rechtsstoffe als Material eines wissenschaftlichen Systems gebraucht zu werden » (254).

In questo senso, Gerber, che non è certo il romanista che pretende di calare i suoi schemi dall'alto, che è invece un giurista che si assume il compito della costruzione di un diritto privato nazionale unitario a partire dall'analisi concreta della situazione attuale, e dall'indagine sullo sviluppo storico del *Volksrecht* (255), cerca, prima di tutto, di essere Germanista in un senso del tutto diverso rispetto al passato. A proposito delle sue idee, e di quelle di Eichhorn, che sono qui assunte sempre a modello di un certo modo di pensare della Germanistica anteriore, Gerber afferma: « die Endpunkte beiden Ansichten gehen diametral auseinander » (256).

Mentre Eichhorn ricercava nella storia la dimostrazione di una continuità della vita nazionale, di un suo orientamento secondo principii proprii, e pretendeva un'applicazione diretta ed immediata di tali principii nel presente, Gerber chiedeva, invece, alla storia di rivelargli « die allgemeinen Grundlagen der heutigen Rechtsbildung des deutschen Volks » (257).

Gerber, contestando il modo di studiare la storia di Eichhorn, contrastava in verità soprattutto i Germanisti a lui più vicini, i Reyscher, i Wilda, i Beseler (258), coloro che avevano dimostrato di voler fare della storia nazionale una molla per l'azione nel pre-

(253) *Ibid.*, p. 87, e pp. 87-90 e 105-107 per la critica alla scienza giuridica precedente, ed in particolare ad Eichhorn come fondatore della direzione di ricerca germanista all'interno della Scuola Storica.

(254) *Ibid.*, p. 107.

(255) Beseler, in definitiva, chiedeva proprio questo.

(256) *Ibid.*, p. 306.

(257) *Ibid.*, p. 307.

(258) In sostanza, quei giuristi che, a partire dal 1839, si raccoglievano intorno alla *Zeitschrift für das deutsche Recht*, che si riconoscevano nelle tesi esposte da Reyscher sulla necessità di fondare 'una scienza giuridica patriottica', che proprio nel 1846 si riunivano in Congresso a Francoforte.

sente, che nella storia ricercavano gli ideali che muovevano il loro concreto operare politico per l'unità della Nazione tedesca. Gerber pretende, invece, di avere, di fronte alla storia, un atteggiamento puramente scientifico: il suo scopo è solo quello di portare alla luce « die Producte der Rechtsüberzeugung des deutschen Volks, die Thaten des deutschen Volksgeistes », al fine di esaminarli « auf dem Gebiete des Rechts in wissenschaftlicher Lehrart » ⁽²⁵⁹⁾. Gerber capisce, cioè, che è giunto il momento di superare la contrapposizione tra il Germanista, storico e rilevatore dei valori del diritto popolare, ed il Romanista, orgoglioso della sua tecnica e della validità universale dei suoi schemi. La via da seguire non può essere nè l'una nè l'altra, ed è invece quella della dogmatica del diritto tedesco, della raccolta in forma sistematica e scientifica dei materiali storici a disposizione ⁽²⁶⁰⁾.

In sintesi: non è vero che la giurisprudenza, per essere vera scienza, debba essere necessariamente disattenta alle specificità nazionali, come pure non è vero che la giurisprudenza, per essere autenticamente nazionale, debba essere inserita nella politica, e viziata nella sua 'scientificità'.

Questa seconda parte della proposizione è quella che più interessa Gerber, il cui scopo è quello di dimostrare che la costruzione di un diritto privato nazionale passa attraverso un'opera scientifica di analisi storica e di conseguente costruzione dogmatica, e non attraverso la proposta beseleriana d'inserimento dei giuristi nel movimento nazionale per l'unità politica.

Non è perciò un caso che Gerber dedichi una notevole parte della sua analisi alla funzione della storia giuridica, poichè il suo scopo ultimo è proprio quello di ribaltare il significato dell'indagine storico-giuridica: essa non può più essere il mezzo per la scoperta di principii ed istituti di carattere nazionale da assumere come valori sui quali fondare le scelte politiche e scientifiche del presente, ma deve essere, invece, il mezzo per la comprensione dell'assetto giuridico esistente, e per la sua organizzazione in sistema.

⁽²⁵⁹⁾ *Das wissenschaftliche Prinzip*, cit., p. 307.

⁽²⁶⁰⁾ Dare al materiale germanistico una veste scientifica, sostiene Gerber; creare, cioè, un sistema « in welchem alle einzelnen Theile organisch verbunden sind; die ganze Darstellung muss von einem einheitlichen Prinzip ausgehen, welches alle einzelnen Theile beherrscht » (*ibid.*, p. 241).

La storia diventa il fondamento più solido della dogmatica. Poichè, per fare della dogmatica, è necessario superare la specificità dei *Particularrechte*, e scoprire principii di carattere unificante, la storia diventa uno strumento essenziale nelle mani del giurista, in quanto in essa quei diritti particolari appaiono, nella loro evoluzione, come manifestazioni singole e differenziate di un unico principio di fondo, radicato nella coscienza giuridica collettiva: questo principio costituisce proprio il punto di partenza della costruzione dogmatica, è il ' principio scientifico ' ⁽²⁶¹⁾.

La ricerca storica è la ricerca delle uniformità necessarie per compensare lo stato contraddittorio di una situazione giuridica, di per sè altrimenti poco adatta ad essere sottoposta ad un procedimento scientifico di generalizzazione. Non a caso la storia è concepita unicamente come sviluppo organico e graduale di certi principii, mai scossa da contraddizioni, o dalla necessità di affermare certi valori piuttosto che altri. La storia giuridica, in particolare, può essere ricondotta per intero all'idea di sviluppo della coscienza giuridica popolare, all'interno della quale le singole norme ed i singoli istituti appaiono come manifestazioni di principii obiettivamente preesistenti.

Il giurista storico non deve far altro che registrare questo sviluppo, ed acquisire da esso quei principii, che saranno poi altrettanti punti di partenza della sua costruzione dogmatica. Qualsiasi ulteriore riflessione sull'evoluzione storica di un certo istituto è al di fuori dell'ottica di Gerber; così, quando Beseler sostiene che lo sviluppo del *Volksrecht* può essere anche contraddittorio, nel senso che possono prodursi delle consuetudini in contrasto con i più autentici principii giuridici popolari, Gerber osserva che « die Begriffe 'organisch entstanden' und 'Billigung verdienend' auf ganz verschiedenen Gebieten liegen » ⁽²⁶²⁾.

Il compito dello storico del diritto Germanista non consiste nel riscoprire il ' vero ' *Volksrecht*, quello ' ideale ', ossia, in defi-

⁽²⁶¹⁾ *Ibid.*, pp. 252 e ss. per il rapporto, esposto nel testo, tra storia e dogmatica. Gerber insiste a lungo sull'inscindibilità dei due termini del rapporto: la storia giuridica ha senso come preparazione dei materiali per la dogmatica, e quest'ultima, per parte sua, non è possibile senza l'ausilio della ricerca storico-giuridica.

⁽²⁶²⁾ *Ibid.*, p. 271.

nitiva, quello conforme alle proprie aspirazioni politiche, ma semplicemente nel registrare lo sviluppo storico avvenuto. Il primo sforzo di Gerber è, in definitiva, quello di sottrarre la storia d'ispirazione germanistica alla sua tradizione di ricerca di principii orientativi del liberalismo tedesco ⁽²⁶³⁾, di depurarla di questa sua politicità. Il secondo passo consiste nell'esaltazione del concetto di storia come sviluppo organico e graduale, privo di scosse e di contraddizioni, poichè solo una storia concepita come necessariamente armonica e pacificata può costituire una salda base per la dogmatica giuridica.

Certamente, sostiene Gerber, « bei keiner organischen Entwicklung jedoch ist die Möglichkeit der Einwirkung von Zufälligkeiten ausgeschlossen » ⁽²⁶⁴⁾, ma queste *Zufälligkeiten* vengono eliminate dal giurista nel passaggio dalla fase di ricerca storica alla fase di costruzione dogmatica, poichè la parte « abstrahirende » della ricerca ha bisogno solo « der Natur des Rechtsstoffs », e deve mostrare « in welchen Gestaltungen des heutigen Rechts die wahre organische Entwicklung und die letzte Vollendung des Bildungsprocesses ausgesprochen sei » ⁽²⁶⁵⁾. Insomma, la scienza giuridica utilizza solo quei dati storici « welche nach Abstreifung des Zufälligen und Particulären als Product einer wirklich allgemeinen deutschen Rechtsüberzeugung erscheinen » ⁽²⁶⁶⁾.

È chiaro come la 'convinzione giuridica tedesca' serva qui a Gerber per discriminare ciò che è definito 'naturale', 'generale', 'veramente organico', da ciò che deve invece considerarsi 'casuale' e 'particolare'. Al giurista che compie un'indagine storica interessa solo una parte della storia, o, meglio, quel tipo di storia,

⁽²⁶³⁾ Basti pensare allo Stato costituzionale organico come ideale politico dei Germanisti, che essi ritrovavano nelle tradizioni della Nazione, in opposizione al sistema assolutista, considerato come obbediente a principii estranei alla coscienza collettiva popolare.

⁽²⁶⁴⁾ *Ibid.*, p. 270. Si noti il termine 'Zufälligkeiten': ciò che diverge dal processo storico 'naturale' è niente altro che una 'casualità'; lo sviluppo storico non contiene alcuna contraddizione, perché si svolge lungo un corso maestro, dal quale si dipartono piccoli rivoli da considerarsi prodotti 'marginali' e 'casuali'.

⁽²⁶⁵⁾ *Ibid.*, p. 300.

⁽²⁶⁶⁾ *Ibid.*, p. 301.

che sia funzionale alla sua costruzione dogmatica. ' Naturale ' ed ' organico ' sono chiaramente sinonimi di ' obbiettivo ' e ' scientifico ': quel primato della scienza giuridica, che in Savigny ed in Puchta era fondato sulla presunta universalità del diritto romano e sul monopolio delle relative tecniche giuridiche da parte della *Rechtswissenschaft*, è riconfermato da Gerber sul terreno del diritto nazionale e della sua storia.

Con Gerber, anzi, il primato savigniano della scienza giuridica compie un salto di qualità, poichè non si fonda più sul fatto che la *Rechtswissenschaft* possiede le ' verità universali ' contenute nel *Corpus Juris civilis*, ma sul fatto che solo essa è capace di penetrare al di là della caotica situazione del diritto nazionale, di studiare l'evoluzione storica in modo da scoprire i motivi comuni, i principii generali, gli elementi unificanti ⁽²⁶⁷⁾. Per questo, anche se Gerber è formalmente germanista, nel senso che si occupa di diritto privato tedesco, e di storia giuridica nazionale, in sostanza egli è il continuatore della linea inaugurata da Savigny, e portata avanti da Puchta. Il filo che unisce questi tre giuristi è dato proprio dalla straordinaria fiducia che essi riponevano nella forza di coesione della cultura giuridica, nelle capacità unificanti della scienza giuridica ⁽²⁶⁸⁾.

Se noi assumiamo come punto di discriminazione della *Rechtswissenschaft* tedesca dell'800 la critica di Stein a Savigny, secondo la quale i tempi richiedevano qualcosa di più dell'unità della cultura giuridica e dell'omogeneità delle categorie scientifiche, richiedevano, cioè, unità politica ed un diritto positivo nazionale, è chiaro che Gerber deve essere collocato dalla parte di Savigny, mentre un giurista come Beseler sottolineò molto di più la neces-

⁽²⁶⁷⁾ Afferma Gerber: « Jene Motive enthüllt aber nur die Wissenschaft » (*ibid.*, p. 284).

⁽²⁶⁸⁾ Per il legame Savigny-Puchta-Gerber, vedi RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben*, cit., pp. 182-183, 379, e, soprattutto il volume di WILHELM, *Metodologia giuridica*, cit., che ha studiato tale rapporto sotto il profilo del progressivo abbandono di una linea di ricerca storico-recettiva a favore di una dogmatico-costruttivistica, che sempre più esalterà le capacità di dominio dell'esperienza giuridica da parte di una scienza padrona di una raffinata logica, di un'evoluta tecnica di sistemazione dei dati raccolti: vedi spec. le pp. 46-72 per Savigny, 75-94 per Puchta, 97-122 e 128-140 per Gerber.

sità di un confronto della scienza giuridica con la ricerca, da parte del movimento liberale, di un'unità politica e istituzionale della Nazione.

Questo è il grande valore dell'intervento gerberiano del '46: la riproposizione del primato della scienza giuridica ai giuristi del tempo, e la sua attualizzazione, nel senso dello sganciamento della proposta di Savigny dall'esaltazione dell'universalità dei principii del diritto romano. Gerber capisce che, per salvare l'essenziale, cioè la centralità della *scientia iuris*, è necessario che la scienza medesima si riproponga in un modo diverso, si legittimi, non in base al monopolio delle verità contenute nel C.J.C., ma in base alla sua capacità di analizzare concretamente il materiale germanistico a disposizione e la sua storia, di essere realmente forza unificante rispetto ad esso, a partire dalle contraddizioni e dai particolarismi in esso di fatto esistenti. Gerber è l'uomo capace di dare un'autentica risposta a Beseler, perchè sceglie di agire sul terreno dell'avversario, perchè gli sottrae le sue stesse armi, quelle dell'analisi del passato e del presente del diritto nazionale, e le pone alla base della sua proposta, della costruzione dogmatica.

Con Gerber l'idea del primato della scienza giuridica assume una dimensione dinamica ed espansiva, poichè cerca di conservarsi estendendo il suo raggio d'azione, ponendo a fondamento di sè medesima tutti quelli che possono essere eventuali elementi di critica. È questo certamente il caso della storia giuridica che, in mano a Germanisti come Beseler, minacciava di politicizzarsi ogni giorno di più, e che Gerber riassorbe nel quadro tradizionale della *Rechtswissenschaft*, e pone, anzi, alla base dell'impegno dogmatico. Il termine 'nazionale' cessa, con Gerber, di possedere una valenza politica, di rappresentare la possibilità di confronto della scienza giuridica con i contenuti del movimento liberale, e si assimila ai termini 'organico' e 'naturale', nel senso di una storia depoliticizzata e formalizzata.

La proposta del Gerber del '46 è la dogmatica del diritto nazionale, ossia l'estensione del primato della scienza giuridica dal terreno tradizionale dei principii e degli istituti di diritto romano a quello nuovo delle componenti più autenticamente nazionali dell'esperienza giuridica. A Beseler che chiedeva proprio una dogmatica del diritto privato tedesco, Gerber risponde affermativa-

mente, ma lo fa negando il senso più profondo delle tesi beseleriane, cioè negando l'opportunità di una fase di ripensamento critico e metodologico della scienza giuridica, di 'reimmersione' del giurista nella concreta vita popolare, di scelta a favore di principi di carattere nazionale. Per Gerber la costruzione di un diritto nazionale passa, invece, attraverso la riconferma del primato del lavoro scientifico del giurista, del suo ruolo, così come Savigny lo aveva concepito. La soluzione sta nel trasferire lo 'spirito di sistema' del diritto romano nel campo del diritto nazionale, nel dare a quest'ultimo una veste scientifica: tutto il resto è estraneo al compito della scienza giuridica.

L'obbiettivo ultimo di Gerber è quello di creare un sistema di tutto il diritto privato vigente in Germania, sia esso di estrazione prevalentemente romanistica o germanistica: questa della scienza, e del suo lavoro sistematizzante, è l'unica via possibile per conseguire l'unità del diritto privato ⁽²⁶⁹⁾. La fine dell'opposizione tra Germanisti e Romanisti significa, per Gerber, rinuncia a costruire un sistema orientato da un principio germanistico, in opposizione ad un altro tipo di sistema costruito sulla base di principi romanistici: il sistema non deve essere nè 'germanistico', nè 'romanistico', ma semplicemente 'giuridico', basato, cioè, su principi 'giuridici' ⁽²⁷⁰⁾.

'Giuridico' significa qui 'scientifico': « Das wissenschaftliche Prinzip » è il titolo del volume del '46. I principi giuridici devono essere capaci di raccogliere in sè — e dunque di spiegare — tutti i diritti particolari, devono quindi possedere i caratteri della 'generalità' e della 'nazionalità', che vengono loro attribuiti dal fatto di essere prodotti 'organici' e 'naturali' del processo storico. Nella misura in cui l'evoluzione storica è unilineare, armonica, continua e graduale, i principi giuridici che in essa si formano sono 'generalisti' e 'nazionali', capaci di organizzare e spiegare la totalità dell'esperienza giuridica.

In sintesi: con Gerber il primato della scienza giuridica cessa di essere primato della Romanistica, e diviene compiutamente

⁽²⁶⁹⁾ GERBER, *Das wissenschaftliche Prinzip*, cit., p. 303.

⁽²⁷⁰⁾ Come osservava P. von OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt am Main, 1974, p. 217.

primato del 'giuridico' e dello 'scientifico'. Il processo di unificazione nazionale viene affidato al ceto dei giuristi colti, che detiene il monopolio della scienza, della capacità d'individuazione dei principii giuridici e della loro organizzazione in sistema.

Lo sviluppo della scienza giuridica negli anni '50 dimostrerà che le tesi di Gerber erano destinate ad essere vincenti, che, a livello di diritto privato, la *Rechtswissenschaft* savigniana era in grado di porsi come forza storica determinante nel processo di razionalizzazione della condizione giuridica esistente. Né l'appello steiniano alla necessità di uno Stato interveniente, e di un diritto positivo unitario, né l'appello di Beseler ad una 'reimmersione' dei giuristi nella concreta vita nazionale e popolare, erano valsi a scuotere la scienza giuridica del tempo dalla convinzione di potere essere solo essa — e di esserlo già alle soglie del '48 — la forza capace di dirigere il processo di riorganizzazione della condizione giuridica esistente.

CAPITOLO SECONDO

GLI ANNI CINQUANTA: IL PRIMO APPROCCIO DEI GIURISTI ALLA TEORIA DELLO STATO

Premessa. — I. Il particolare momento storico e la riflessione del movimento liberale. — II. La scienza di diritto privato e le 'novità' gerberiane. — III. Il dibattito sulla scienza della società. — IV. I giuristi e la dottrina dello Stato: la fase organicistica: 1. Alcune osservazioni generali; 2. Il 'Diritto pubblico generale' di Johann Kaspar Bluntschli; 3. I 'Diritti pubblici' di Gerber.

Premessa. Nel corso del primo capitolo abbiamo illustrato le dottrine della Scuola Storica dal punto di vista della concreta dinamica della società tedesca della prima metà del secolo, e del ruolo che, secondo quelle dottrine, i giuristi vi potevano giocare. Abbiamo mostrato come il movimento liberale tedesco, nelle sue diverse articolazioni, esterne ed interne al ceto dei giuristi, non sia riuscito a progettare una teoria politica in grado di contrapporsi efficacemente al programma della Scuola Storica. Abbiamo anche indicato nello stato di particolare arretratezza dello sviluppo sociale e politico della Germania del tempo la causa principale di questa incapacità a costruire una seria alternativa.

È indubbio, infatti, che il primato savigniano della scienza giuridica corrispondeva ad una situazione di scarsa conflittualità sociale, nella quale era ancora possibile eludere il problema della dinamica Stato-società civile, e del ruolo di mediazione da attribuire allo Stato medesimo.

La situazione postquarantottesca è del tutto diversa. Gli anni '50, come è noto, sono gli anni della grande espansione economica e produttiva, della progressiva affermazione della società industriale, con tutte le sue contraddizioni ed i suoi conflitti.

La prima domanda da porsi è, dunque, la seguente: che sorte subiscono le dottrine savigniane, legate al vecchio modello di svi-

luppo? Si può veramente affermare che la loro vittoria sulle alternative progettate nel corso del *Vormärz* si ripercuota nella seconda metà del secolo, ora che le strutture sociali mutano radicalmente? Che senso ha parlare ancora di *Volksgeist*, e di armonia della 'coscienza giuridica collettiva', in una società sempre più dominata dallo scontro tra capitale e lavoro, sempre più nettamente divisa in classi?

Per noi, due possibili risposte sono senz'altro errate, e sono quelle che conseguono, o ad una storia solo 'culturale', che cerchi di mostrare i punti di continuità, come anche i momenti di frattura, tra le elaborazioni dei giuristi di maggior rilievo nella seconda metà del secolo, e le opzioni metodologiche savigniane, che nel precedente capitolo abbiamo illustrato, o ad una storia solo 'strutturale', che tenti di indicare la misura nella quale quelle teorie savigniane erano funzionali al vecchio assetto sociale, e la loro capacità di adattamento alla mutata realtà storica del *Nachmärz*.

I due momenti sono invece inestricabilmente connessi nella totalità di uno sviluppo sociale, dove entrambi giocano un loro specifico ruolo. Non basta accertare che nuovi rapporti di produzione, unitamente ad un nuovo assetto sociale complessivo, si stanno imponendo; bisogna anche indagare sulla consapevolezza che i contemporanei ebbero di tali mutamenti, spesso non automaticamente ad essi conseguente, sul grado di comprensione che essi ebbero del nuovo tipo di sviluppo e delle contraddizioni ad esso inerenti, sul *come* essi pensarono di collocarsi nell'ambito di quei mutamenti, sul *come* progettaron di gestirli.

Se accettiamo la complessità di questo modello interpretativo, allora, da una parte accetteremo la centralità del ruolo giocato dallo sviluppo industriale della seconda metà del secolo, dall'altra non liquideremo i modelli savigniani in quanto irrimediabilmente legati ad una fase storica trascorsa, ma saremo in grado di comprendere che l'idea di *Volk* unitariamente concepito in base a dati etico-culturali, sviluppantesi secondo i ritmi costanti e gradualmente di una storia priva di scosse e di contraddizioni, per quanto concepita in relazione ad una società ben più povera di conflittualità, trova negli anni Cinquanta, nella situazione specifica di quel periodo, nuovi motivi per riproporsi come attuale.

Prima di esaminare l'opera dei giuristi che lavorarono in questo senso, ci sembra dunque opportuno dare un'occhiata allo sviluppo storico complessivo, ed alle correnti culturali, degli anni immediatamente successivi al Marzo 1848.

I. Più volte abbiamo avuto occasione di accennare, nel corso del primo capitolo, al 1848 tedesco come 'rivoluzione mancata', al fallimento delle speranze liberali, e, d'altronde, non è da oggi che la storiografia tedesca ha fornito giudizi di questo tipo, riferendosi ai mancati mutamenti della Costituzione e delle strutture istituzionali (1).

Non solo l'Assemblea di Francoforte non portò in primo piano il principio della sovranità popolare, ma le stesse possibilità di evoluzione del regime costituzionale in direzione del Governo parlamentare sembrarono svanire completamente.

Del resto, il movimento liberale del *Vormärz* si era caratterizzato proprio per la sua ricerca di una dimensione alternativa rispetto allo strapotere del Monarca, che però non sconfinasse nell'affermazione di principii 'rivoluzionari', ritenuti estranei alle tradizioni del popolo e delle istituzioni germaniche. Ed anche in occasione degli eventi quarantotteschi l'ala radicale del movimento si trovò subito in minoranza nell'ambito dei dibattiti alla *Paulskirche*, giocandovi un ruolo marginale, nella piena incapacità di spezzare il cerchio di fedeltà intorno alle istituzioni monarchiche.

Si può parlare, a questo proposito, di cultura politica dominante tra i membri dell'Assemblea di Francoforte; è questa la medesima cultura che aveva orientato le elaborazioni dei giuristi

(1) L'opera fondamentale sul Quarantotto rimane quella di V. VALENTIN, *Geschichte der deutschen Revolution von 1848-49*, vol. I, *Bis Zusammentritt des Frankfurter Parlaments*, vol. II, *Bis zum Ende der Volksbewegung von 1849*, Berlino, 1930, rist., Aalen, 1968. Ad essa devono essere aggiunte: R. STADELMANN, *Soziale und politische Geschichte der Revolution von 1848*, München, 1948; J. DROZ, *Les révolutions allemandes de 1848*, Paris, 1957; F. EYCK, *The Frankfurter Parliament 1848-1849*, London, 1968. Per un bilancio storiografico, seppur limitato al termine ultimo del 1915, vedi F. BAUMGART, *Die verdrängte Revolution. Darstellung und Bewertung der Revolution von 1848 in die deutsche Geschichtsschreibung vor dem I. Weltkrieg*, Düsseldorf, 1971. Tra i più recenti contributi, ricordo il volume *Vormärz und Revolution 1840-49*, a cura di H. FENSKE, Darmstadt, 1976.

— e le ricerche degli storici — nella prima metà del secolo, ed è caratterizzata dall'assunzione del *Volk* come soggetto omogeneo per tradizioni storico-culturali, da mediare, all'interno della figura unitaria dello Stato, con il principio di autorità rappresentato dalla Monarchia.

I personaggi di primo piano alla *Paulskirche* sono, infatti, proprio i giuristi ⁽²⁾, e gli storici, che abbiamo visto protagonisti delle dispute scientifiche della prima metà del secolo, e che qui sono tutti accomunati da identiche prospettive politiche, dalla necessità, da tutti loro sentita, di far barriera contro le 'degenerazioni' democratiche, repubblicane e radicali ⁽³⁾.

⁽²⁾ Se calcoliamo che il 19,7% dei membri della *Paulskirche* era costituito da funzionari dello Stato, formatisi generalmente in Facoltà giuridiche, il 16,3% da avvocati, il 14,9% da giudici, il 15,4% da docenti universitari, dei quali una gran parte in materie giuridiche, possiamo dedurre che quasi il 70% dei membri dell'Assemblea di Francoforte era costituito da giuristi. Su tutti questi dati, vedi l'antologia *Die Grundrechtsdiskussion in der Paulskirche. Eine Dokumentation*, curata da H. SCHOLLER, Darmstadt, 1973 (con tabelle sulle percentuali sopra indicate a p. 269). Sulla dominanza dei giuristi alla *Paulskirche*, e sulla teoria politica, della quale essi erano portatori, sulla scia dell'organicismo della Scuola Storica ed in contrapposizione alle teorie radicali ed al diritto naturale della Rivoluzione francese, abbiamo ora un'indagine specifica di W. SIEMANN, *Die Frankfurter Nationalversammlung 1848-49 zwischen demokratischem Liberalismus und konservativer Reform. Die Bedeutung der Juristendominanz in den Verfassungsverhandlungen des Paulskirchenparlaments*, Berlin und Frankfurt am Main, 1976, *passim*, e pp. 290 e ss. per le tabelle che riassumono graficamente la misura della *Juristendominanz* all'Assemblea di Francoforte.

⁽³⁾ Nella frazione di 'centro-destra' (la c.d. 'Casino-Partei') troviamo insieme Welcker, Albrecht, Dahlmann, Beseler, J. Grimm; tra i giuristi più noti, solo Robert von Mohl si collocava nel gruppo di 'centro-sinistra', anch'esso assai distante dalle posizioni radicali, ma più aperto alle rivendicazioni costituzionali. Il gruppo più forte era proprio quello di 'centro-destra', con 156 seggi, al quale seguiva il 'centro-sinistra' con 121, i radicali con 46, e, infine, i conservatori con 43: su questi dati, vedi ancora *Die Grundrechtsdiskussion in der Paulskirche*, cit., pp. 9-11, e p. 270 per la tabella riassuntiva della composizione numerica dei vari gruppi. Per una loro analisi più ravvicinata, sono da esaminare i seguenti contributi: W. BOLDT, *Die Anfänge des deutschen Parteiwesens. Fraktionen, politische Vereine und Parteien in der Revolution 1848*, Paderborn, 1971; H. GEBHARDT, *Revolution und liberale Bewegung. Die nationale Organisation der konstitutionellen Partei in Deutschland 1848-49*, Bremen, 1974; D. LANGEWIESCHE, *Die Anfänge der deutschen Parteien. Partei, Fraktion und Verein in der Revolu-*

Ma nel moderatismo del gruppo dirigente della *Paulskirche* è contenuta un'opzione politica che supera la dimensione dell'anti-radicalismo, della fedeltà alle istituzioni monarchiche, dell'avversione alla democrazia parlamentare. Nella cultura politica e nel comportamento concreto della maggioranza dei liberali del '48 troviamo quella diffidenza verso le tematiche di politica sociale che aveva dominato la scena politico-culturale del *Vormärz*, e che era alla radice dell'isolamento di un personaggio come Lorenz von Stein.

A questo proposito, pur mantenendo fermo il giudizio tradizionale sulla generale arretratezza della società tedesca, e sull'assenza di contenuto sociale della rivoluzione del '48, è giusto anche sfatare il mito della società 'immobile', mostrando come già nel *Vormärz* — ed in particolare negli anni Quaranta — si fossero avviati i processi di modernizzazione delle strutture sociali, avesse avuto inizio il passaggio graduale dal vecchio *Pöbel*, definito come *Unterschicht*, come massa di popolo esclusa dalla società articolata in *Stände*, al moderno *Proletariat* (4). Che prima del 1848 non si possa parlare di organizzazione del movimento operaio, è cosa certa, ma è altrettanto vero che il 1848 non fu un momento di stasi sociale, ma, anzi, di estremo fermento, specialmente di quei ceti subalterni che mai prima d'allora avevano recitato un ruolo attivo sulla scena politica tedesca (5).

Torna, così, in primo piano — accanto all'elemento oggettivo del generale stato di arretratezza della società tedesca — quello soggettivo della scarsa consapevolezza, da parte dei dirigenti liberali della *Paulskirche*, delle tensioni sociali in atto. Assenza di contenuto sociale della rivoluzione del '48 significa, dunque, non

tion von 1848-49, in *Geschichte und Gesellschaft. Zeitschrift für historische Sozialwissenschaft*, IV.3 (1978), pp. 324-361.

(4) CONZE, *Vom 'Pöbel' zum 'Proletariat'*, cit., pp. 111-119.

(5) W. CONZE, *Der Beginn der deutschen Arbeiterbewegung*, in *Deutsche Parteien vor 1918*, a cura di G. A. RITTER, Köln, 1973, pp. 331-341, spec. pp. 331-333, osserva che, senza la percezione della crescita degli strati sociali subalterni nel corso degli anni Quaranta, non si potrebbe intendere come essi siano riusciti ad organizzarsi con una certa rapidità nel contesto degli avvenimenti quarantotteschi. Dello stesso Autore, vedi anche, a questi proposito, la voce *Arbeiter*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., vol. I, pp. 216-242.

solo stato embrionale di sviluppo delle contraddizioni tipiche di una moderna società industriale, ma anche fallimento della *Pauls-kirche* sul piano del tentativo d'integrazione con gli strati e gli interessi sociali in movimento (6).

Nel '48 non abbiamo solamente giuristi, filosofi e storici liberali, che si riuniscono in assemblea a Francoforte, ma anche agitazioni delle grandi masse di popolazione agraria, e soprattutto dei piccoli artigiani (7); prende così estremo rilievo l'indagine sulla discrepanza tra il livello sociale e quello politico, tra il movimento reale dei ceti e delle classi, e le astratte discussioni sulla Costituzione e sui *Grundrechte*. Cade l'immagine di una classe politica troppo avanzata rispetto ad una base sociale ancora legata al vecchio ordine, e si pone in primo piano il dato di una società in continuo fermento, che non trova nel movimento liberale un adeguato veicolo per uno sbocco a livello istituzionale.

Il collegamento tra le rivendicazioni politico-costituzionali della *Paulskirche* e le aspirazioni al mutamento delle proprie condizioni materiali di vita da parte di vasti strati della popolazione era certamente possibile, ma non fu attuato, proprio perché i dirigenti della *Paulskirche*, o lo temevano, o, comunque, non si sentivano parte di un rivolgimento dell'assetto sociale, ma solo portatori di esigenze politico-culturali, interpreti di un *Volk* spogliato di ogni determinazione sociale ed economica, tutti protesi alla

(6) CONZE, *Der Beginn der deutschen Arbeiterbewegung*, cit., p. 337.

(7) Anch'essi si riunirono a Francoforte il 15 Luglio del 1848 nell'*Handwerker- und Gewerbecongress*. Su questi aspetti, vedi la raccolta *Ideen und Strukturen der deutschen Revolution 1848*, in *Archiv für Frankfurts Geschichte und Kunst*, quaderno 54, Frankfurt am Main, 1974, specialmente l'articolo di H. STUKE, *Materielle Volksinteressen und liberale Ideale 1848* (pp. 29-42), e quello di W. SCHIEDER, *Die Rolle der deutschen Arbeiter in der Revolution von 1848-49* (pp. 45-57); tra i più recenti contributi, da ricordare il lavoro di J. PASCHEN, *Demokratische Vereine und preussischer Staat. Entwicklung und Unterdrückung der demokratischen Bewegung während der Revolution von 1848-1849*, München, 1977. Del resto, già dal 1950 si era già indicato la necessità di indagini di storia sociale sulla Rivoluzione del 1848: K. GRIEWANK, *Ursachen und Folgen des Scheiterns der deutschen Revolution von 1848*, in *Historische Zeitschrift*, 170 (1950), pp. 495-523, ora anche in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 40-62. Da ricordare, in questo ambito, anche il lavoro di P. H. NOYES, *Organisation and Revolution. Working-class associations in the german revolutions of 1848-1849*, Princeton, 1966.

realizzazione di modifiche del regime costituzionale, senza essere disposti a misurare la funzionalità delle modifiche medesime ai mutamenti che le strutture sociali stavano subendo ⁽⁸⁾.

Il movimento liberale, che avrebbe dovuto dare alle tensioni sociali ed economiche la possibilità di sboccare in rivendicazioni sul piano politico e costituzionale, fu invece causa determinante della crescente dilacerazione tra Stato e società, scegliendo la duplice via dell'accomodamento all'interno del vecchio assetto istituzionale, e della crescita separata della struttura produttiva, senza mai tentare una strategia complessiva, che mirasse alla riunificazione dei due livelli d'intervento ⁽⁹⁾.

Ed è soprattutto con gli anni Cinquanta che la distanza tra lo sviluppo sociale e quello politico aumenta ancora.

Pur tra mille difficoltà e ritardi, negli anni Quaranta avevamo ancora una situazione 'aperta', nell'ambito della quale non a caso si maturavano progetti come quello di Lorenz von Stein.

È proprio il Marzo 1848 il momento di cesura, nel quale si verifica nei fatti l'incapacità di procedere ad una riforma istitu-

⁽⁸⁾ Su questo isolamento della tematica della Costituzione, vedi W. SAUER, *Das Problem des deutschen Nationalstaates*, in *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, cit., pp. 407-436, che mette in luce il boicottaggio contro l'ala democratica e radicale, proprio sotto il profilo della diffidenza nei confronti di un possibile collegamento con le istanze di trasformazione sociale (cfr. spec. le pp. 422-423). Sugli stessi temi, è da vedere anche l'articolo di W. BOLDT, *Konstitutionelle Monarchie oder parlamentarische Demokratie. Die Auseinandersetzung um die deutsche Nationalversammlung in der Revolution von 1848*, in *Historische Zeitschrift*, 216 (1974), pp. 553-622, dove il contrasto tra la maggioranza moderata e la minoranza radicale è considerato al di là della contrapposizione tra due modelli istituzionali, e collocato a livello delle finalità medesime dell'Assemblea di Francoforte, che per radicali come Robert Blum non si esaurivano nell'emanazione di una Costituzione, ma si dovevano estendere allo sforzo di proporre nei fatti un momento centrale di aggregazione dei movimenti sociali diffusi in quasi tutti gli Stati tedeschi. Su questo punto, vedi anche M. STÜRMER, *1848 in der deutschen Geschichte*, in *Sozialgeschichte heute. Festschrift für H. Rosenberg zum 70. Geburtstag*, curata da H. U. WEHLER, Göttingen, 1974, pp. 228-242, il quale pure mette in luce il grande peso attribuito alla discussione sui *Grundrechte*, e la parallela assenza di dibattito sulla necessità di un piano organico di *Sozialpolitik*.

⁽⁹⁾ È la conclusione del saggio di W. CONZE, *Staat und Gesellschaft in der frührevolutionären Epoche Deutschlands*, in *Staat und Gesellschaft*, curato da BÖCKENFÖRDE, cit., pp. 37-76.

zionale che tenga conto del maturarsi delle contraddizioni sociali. Ad un processo d'industrializzazione, che procede con ritmi sempre più elevati, corrisponde una stasi, se non, addirittura, un arretramento delle strutture politico-costituzionali, dalla gestione delle quali rimangono escluse proprio le forze che il rinnovamento del tessuto sociale poneva in luce.

È infatti proprio nel corso degli anni Cinquanta che le nuove classi sociali emergono, eliminando progressivamente il vecchio assetto cetuale, e che ha il suo culmine il processo lentamente maturatosi nel corso della prima metà del secolo. È in questo periodo che si costituisce un nuovo tipo di imprenditore, che prende rilievo la società per azioni, il capitale come motore dell'attività economica. Specialmente in certi centri, come nella Ruhr e nel Sachsen, si va formando un vero e proprio regime di capitalismo industriale; ma anche per tutte le altre zone si può parlare di crescita economica, sia sotto il profilo della rivoluzione nei mezzi di produzione, sia sotto quello dell'aumento della produzione medesima, e dunque dei consumi delle grandi masse.

La nuova borghesia tedesca — e con essa il movimento liberale — punta tutte le sue carte proprio sull'aumento della produzione, vedendovi, non solo accumulazione di profitti a proprio favore, ma anche avviamento a soluzione del problema del pauperismo, attraverso una crescita indefinita del benessere e dei consumi. Manca del tutto, da una parte, la coscienza che lo stesso sviluppo industriale sarebbe stato causa di nuove contraddizioni, dall'altra, la consapevolezza che senza un organico collegamento con le strutture del potere politico sarebbe stato impossibile elaborare un reale piano di crescita collettiva ⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ Per uno sguardo d'insieme su questi problemi degli anni Cinquanta, vedi la parte iniziale del saggio di W. CONZE, *Sozialgeschichte 1850-1918*, in *Handbuch der deutschen Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, a cura di H. AUBIN e W. ZORN, vol. II, Stuttgart, 1976, pp. 602-684. Sui problemi specifici della crescita economica, vedi H. ROSENBERG, *Die Weltwirtschaftskrise 1857-1859*, Göttingen, 1974 (riproduzione inalterata della edizione del 1936), dove si analizza lo smorzarsi degli entusiasmi produttivistici in seguito alla crisi del 1857, che per la prima volta pose all'ordine del giorno il problema dell'organizzazione del mercato. Sugli stessi temi da vedere anche i saggi di W. FISCHER, *Das Verhältniss von Staat und Wirtschaft in Deutschland am Beginn der Industrialisierung*, e *Soziale Span-*

In queste convinzioni del movimento liberale e delle classi emergenti, gioca, peraltro, un grande ruolo il fallimento stesso del '48, e il mancato rinnovamento delle strutture politiche; queste ultime si muovono ora su un piano che non è più quello parzialmente rinnovatore della burocrazia prussiana dell'inizio del secolo, ma chiaramente conservatore ed antiliberale, in funzione repressiva delle speranze di rinnovamento ⁽¹¹⁾. A partire dal '48 si assiste ad una ripresa del peso politico dei vecchi ceti e della nobiltà, in particolar modo sotto il profilo della capacità di direzione della cosa pubblica ⁽¹²⁾. Specialmente in Prussia si ricostituisce un blocco sociale dominante composto di Monarchia, nobiltà terriera, burocrazia, esercito, il quale monopolizza la direzione dello Stato, ed esclude dalla sua gestione le forze sociali espresse dal rinnovamento economico in atto ⁽¹³⁾.

È proprio a partire dagli anni Cinquanta che scompare ogni traccia del dibattito sull'attribuzione della sovranità, che ogni sforzo per un'evoluzione in senso parlamentaristico cade definitivamente; è, in sostanza, da questo momento in poi che la discussione sui poteri della rappresentanza popolare si pone invariabilmente nei termini di una sua 'collaborazione' all'esercizio della sovranità, la quale rimane, per definizione, concentrata nelle mani del Monarca, dei suoi funzionari, e del suo esecutivo ⁽¹⁴⁾.

nungen in den Frühstadien der Industrialisierung, contenuti nella raccolta di contributi dello stesso Autore, intitolata *Wirtschaft und Gesellschaft im Zeitalter der Industrialisierung*, Göttingen, 1972, pp. 60-74 e 224-241 rispettivamente. Per i dati della crescita economica, da consultare i grafici e le tabelle fornite nell'ambito del contributo di R. SPREE e J. BERGMANN, *Die konjunkturelle Entwicklung der deutschen Wirtschaft 1840 bis 1864*, in *Sozialgeschichte heute*, cit., pp. 289-325. Ancora dati ed analisi economiche si trovano nell'articolo di W. ZORN, *Wirtschaft und Gesellschaft in Deutschland in der Zeit der Reichsgründung*, in *Reichsgründung 1870-71. Tatsachen. Kontroversen. Interpretationen*, a cura di T. SCHIEDER e E. DEUERLEIN, Stuttgart, 1970, pp. 197-226.

⁽¹¹⁾ SCHOTT, *Die Grundrechte in der deutschen Verfassungsgeschichte*, cit., ha definito gli anni Cinquanta età di «Neoabsolutismus» (p. 55).

⁽¹²⁾ W. CONZE, voce *Adel*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., vol. I, pp. 1-48, spec. pp. 40-47.

⁽¹³⁾ H. HEFFTER, *Der nachmärzliche Liberalismus: die Reaktion der fünfziger Jahren*, in *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, cit., pp. 177-196.

⁽¹⁴⁾ SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., pp. 313-314; nello stesso senso H. BOLDT, *Deutscher Konstitutionalismus und Bismarckreich*, in *Das kaiserliche Deutschland*.

Si assiste, rispetto alla prima metà del secolo, ad una sorta di inversione dei ruoli: mentre prima del '48 il potere politico aveva giocato un ruolo anche progressivo, come nel caso della burocrazia prussiana dell'inizio del secolo, ed il movimento liberale, per parte sua, si era trovato in difficoltà, proprio a causa di una struttura sociale ancora assai arretrata, ora è questa stessa struttura ad essere più avanzata rispetto all'assetto istituzionale e politico, è quest'ultimo che gioca un ruolo repressivo e frenante, costituendo la roccaforte di potere dei vecchi ceti ⁽¹⁵⁾.

All'osservatore del tempo, la Germania di metà secolo appare, pur nelle sue differenziazioni territoriali, un Paese in via di crescente industrializzazione, con rapporti sociali ed economici già sufficientemente liberati dai condizionamenti del vecchio ordine feudale, ma con una struttura politica assai arretrata rispetto all'esperienza degli altri Paesi europei, caratterizzata dall'avversione più piena al modello di Governo parlamentare, dalla forte concentrazione di poteri e di sovranità nelle mani del Monarca e dei suoi funzionari.

Ciò che è caratteristico della Germania è appunto questa discrepanza tra sviluppo politico ed economico, osservabile proprio sotto il profilo della esclusione delle nuove forze sociali dalla gestione della cosa pubblica ⁽¹⁶⁾. In altre parole, il passaggio dall'antica società cetuale alla moderna società industriale di massa avviene in Germania, non attraverso la costruzione di un moderno Stato liberale, bensì mediante un'instabile simbiosi di Stato autoritario e società civile ⁽¹⁷⁾; il '48 rappresentò il momento decisivo

Politik und Gesellschaft 1870-1918, a cura di M. STÜRMER, Darmstadt, 1976, pp. 119-136, spec. p. 123 per la situazione degli anni Cinquanta. Rilevanti, sotto questo profilo, anche i contributi di M. BOTZENHART, e specialmente il suo volume *Deutscher Parlamentarismus in der Revolutionszeit 1848-1850*, Düsseldorf, 1977.

⁽¹⁵⁾ Così anche M. R. LEPSIUS, *Parteiensystem und Sozialstruktur: zum Problem der Demokratisierung der deutschen Gesellschaft*, in *Deutsche Parteien vor 1918*, cit., pp. 56-80.

⁽¹⁶⁾ Come nota anche BÖHME, *Prolegomena zu einer Sozial- und Wirtschaftsgeschichte Deutschlands*, cit., pp. 51-53. Utile, sotto questo profilo della discrepanza tra sviluppo politico ed economico, l'antologia *Die Reichsgründung*, curata dallo stesso Autore, München, 1967, che raccoglie testimonianze di politici ed intellettuali del tempo.

⁽¹⁷⁾ FABER, *Strukturprobleme des deutschen Liberalismus*, cit., p. 227.

proprio in questo senso, poiché costituì il mancato avvio di un processo di democratizzazione delle strutture statuali in conseguenza della maturazione di spinte sociali di qualità nuova, e segnò invece la data d'inizio di una crescita separata dei due livelli del sociale e del politico, della nuova struttura produttiva capitalistica, e del vecchio *Obrigkeitsstaat*, ponendo il problema della loro coesistenza.

È in questo contesto che il liberalismo tedesco compie scelte definitive, che peseranno su tutto il suo futuro; è in questa età che si matura e viene definitivamente a compimento il compromesso tra le idee liberali e il vecchio Stato assoluto, tra le nuove forze produttive ed i vecchi ceti. Mentre nel *Vormärz* il movimento liberale è, più che altro, incapace di collegarsi con le grandi masse, di inserirsi nelle contraddizioni sociali in atto, a partire dagli anni Cinquanta esso rinuncia deliberatamente a gestire un qualsiasi progetto complessivo di *Sozialpolitik*, abbandona quasi del tutto il terreno dello Stato e della conquista delle leve di potere, lascia che tale campo rimanga in dominio dei vecchi ceti, e si rinchiude nell'ideale dello sviluppo armonico e graduale delle forze produttive, al quale viene demandata la soluzione di ogni problema ⁽¹⁸⁾.

La situazione complessiva tende a cristallizzarsi nelle forme sopra indicate, sulla base di un compromesso tra la nuova borghe-

(18) Non bisogna dimenticare che in questo periodo la Germania viveva — con l'unica eccezione degli anni 1857-1859 — una fase di intenso sviluppo industriale, che durerà fino al 1873, anno in cui inizia un periodo di ristagno produttivo e di grave crisi finanziaria. È solo allora che si comprese pienamente la rilevanza di un piano complessivo di organizzazione del mercato, di una politica sociale diretta dallo Stato, ma a quel punto solo il *Reich* bismarckiano era in grado di gestirla, avendo il movimento liberale già perduto la sua occasione storica: è la tesi centrale del saggio di H. ROSENBERG, *Grosse Depression und Bismarckzeit*, Berlin, 1976², spec. pp. 58 e ss. L'affidamento di ogni progresso sociale allo sviluppo indiscriminato delle forze produttive trova una sua specifica espressione nell'attività di liberali come Schulze-Delitzsch, i quali teorizzano l'organizzazione dei lavoratori e dei ceti produttivi su un terreno puramente socio-economico, escludendo ogni valenza politica del problema, e propugnando la più completa autonomia dallo Stato: W. CONZE, *Möglichkeiten und Grenzen der liberalen Arbeiterbewegung in Deutschland. Das Beispiel Schulze-Delitzschs*, in *Interessenverbände in Deutschland*, a cura di H. J. VARAIN, Köln, 1973, pp. 85-102.

sia ed i vecchi ceti: quest'ultimi conservano le loro posizioni di privilegio nelle strutture dello Stato e rinunciano ad adoperare le leve del potere per perseguire il sogno di una restaurazione in senso feudale; la prima accetta questa divisione di sfere d'influenza, sperando in un tranquillo sviluppo dei propri traffici, e rinunciando, per parte sua, alla formulazione di un progetto complessivo, coinvolgente anche le istituzioni e le strutture dello Stato. Il movimento liberale, accettando di fatto di vivere dentro questo quadro, cessa di essere — come nel *Vormärz* era stato, pur con tutti i suoi limiti — veicolo di emancipazione politica, e si trasforma in fattore di stabilizzazione ⁽¹⁹⁾.

La sua grande rinuncia consiste proprio nell'accettazione del vecchio apparato istituzionale, non solo nella sua forma di Monarchia svincolata da una precisa responsabilità di fronte alle Camere, ma anche nel suo personale politico, formato in prevalenza da funzionari, da professori, da giuristi, spesso di estrazione sociale nobile, e, comunque, portati a considerare il loro ufficio come un ovvio riconoscimento della loro 'naturale' capacità ad amministrare la cosa pubblica ⁽²⁰⁾.

Così, quando si parla delle 'delusioni' del movimento liberale in seguito al fallimento della Costituzione della *Paulskirche*, quando si indica in quel 'trauma' la causa di una sfiducia dilagante in tutto il movimento medesimo ⁽²¹⁾, si deve subito dopo aggiungere che il liberalismo accettò la situazione esistente, ponendo esso medesimo dei limiti alla propria azione, tali da salvaguardare l'inte-

⁽¹⁹⁾ Ricordiamo ancora una volta il saggio di FABER, *Strukturprobleme des deutschen Liberalismus*, cit., p. 222. La centralità di questa fase nello sviluppo del liberalismo tedesco è sottolineata anche da E. ANGERMANN, *Die deutsche Frage 1806 bis 1866*, in *Reichsgründung 1870-1871*, cit., pp. 9-32, spec. pp. 28 e ss.

⁽²⁰⁾ Sul tema è da vedere il volume di H. HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1950, pp. 349-357. È da ricordare che, con ordinanza del 30 Maggio 1849, venne introdotto in Prussia il *Dreiklassenwahlrecht*, cioè un sistema elettorale chiaramente ispirato ad una struttura sociale di tipo cetuale: sull'ordinanza e sul suo contenuto, vedi J. DROZ, *Liberale Anschauungen zur Wahlrechtsfrage und das preussische Dreiklassenwahlrecht*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 195-215.

⁽²¹⁾ Queste espressioni sono adoperate da R. SMEND, *Politisches Erlebnis und Staatsdenken seit dem 18. Jahrhundert*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen und Vorträge*, Berlin, 1968², pp. 346-362, spec. p. 355.

grità del potere politico e del suo assetto, nel quadro del compromesso e del patto sociale sopra indicati.

Il liberalismo degli anni Cinquanta non si limita infatti a subire la situazione, ma inizia ad operare tutta una revisione critica delle proprie dottrine, al fine di legittimarla e consolidarla.

Una delle principali linee di tale revisione è sicuramente quella che ci viene indicata nelle *Grundsätze der Realpolitik* di Ludwig August von Rochau ⁽²²⁾, volume destinato a suscitare un fitto dibattito, e che certamente può qui assumersi in senso emblematico della nuova fase del movimento liberale.

L'Autore invita il liberalismo tedesco ad agire secondo un piano di *Realpolitik*, ad abbandonare le 'fumose' speculazioni filosofiche del *Vormärz*: « Die Erörterung der Frage: wer da herrschen soll, ob das Recht, die Weisheit, die Tugend, ob wenige oder viele, diese Frage gehört in den Bereich der philosophischen Spekulation; die praktische Politik hat es zunächst nur mit der einfachen Tatsache zu tun, dass die Macht allein es ist, welche herrschen kann » ⁽²³⁾. In altre parole: il movimento liberale rinuncia ad una sua teoria politica costruita in opposizione ai principii regolanti l'assetto istituzionale esistente, e si deve solo preoccupare dell'accordo con chi detiene il potere, perché solo quest'ultimo possiede una sua effettiva 'concretezza'. Lo stesso 'diritto', che tutta la teoria politica e giuridica liberale del *Vormärz* — di derivazione hegeliana o kantiana, di stampo giusnaturalista o organicista — aveva posto alla base delle sue rivendicazioni nei confronti della 'potenza arbitraria' dello Stato assoluto, viene respinto nel campo della pura speculazione ⁽²⁴⁾, in quel mondo delle idee così ininteressante per un liberalismo che ormai si proclama apertamente 'realista', dedito esclusivamente al calcolo di potere ⁽²⁵⁾.

⁽²²⁾ L. A. von ROCHAU, *Grundsätze der Realpolitik angewendet auf die staatlichen Zustände Deutschlands*, Stuttgart, 1853. L'Autore (1810-1873) è interessante ai nostri fini solo in funzione del volume ricordato nel testo.

⁽²³⁾ *Ibid.*, p. 25. Citiamo secondo la ristampa della prima edizione del 1853, curata da H. U. WEHLER, Frankfurt am Main, 1972.

⁽²⁴⁾ « Das Recht verhält sich zu der Macht wie die Idee zur Tatsache », ed ancora: « Nur als Macht ist das Recht zur Herrschaft berufen », e cioè l'unico senso possibile del diritto è quello dello strumento di potere (*ibid.*, p. 26).

⁽²⁵⁾ Si può parlare di « Strömung vom Idealismus zum Realismus », come

Si abbandonano, dunque, non solo i principii di sovranità popolare e di eguaglianza, ma anche quelli di ordine giuridico e di legalità, per esaltare unicamente il momento dell'esercizio del potere: « Die Macht ist für die Nationen die erste Bedingung des Glücks »⁽²⁶⁾. In tal modo, esaltando la *Macht*, in realtà si esalta il potere politico esistente, che viene identificato con il potere *tout court*, in base ad una totale rinuncia alla progettazione di un assetto istituzionale diverso, basato su principii politico-giuridici alternativi, da calarsi in forme di governo rinnovate.

Più in generale, il pensiero 'storico', che prima del 1848 era considerato tendenzialmente conservatore, diviene ora patrimonio del movimento liberale, il quale contribuisce anch'esso ad esaltare la 'naturalità' delle istituzioni, a legittimarle sotto il profilo della loro origine storica: lo Stato è un organismo, la cui Costituzione e la cui struttura non sono stabilite in base al consenso dei consociati, ma si sviluppano gradualmente nella storia, e solo da essa traggono i contenuti cui ispirarsi⁽²⁷⁾.

Dei due filoni del liberalismo prequarantottesco, quello giusnaturalista ispirato alle dottrine della Rivoluzione francese, e quello organicista ad esse estraneo, è il secondo che costituisce la tradizione egemonizzante la cultura politico-giuridica dei liberali del *Nachmärz*.

riflesso del processo già indicato di « Resignation im Politischen », e di « bewusste Hingabe an die materiellen Interessen »: W. BUSSMANN, *Zur Geschichte des deutschen Liberalismus im 19. Jahrhundert*, in *Probleme der Reichsgründungszeit 1848-1879*, a cura di H. BÖHME, Köln und Berlin, 1968, pp. 85-103 (p. 93 per le frasi qui riportate).

⁽²⁶⁾ ROCHAU, *Grundsätze*, cit., p. 69.

⁽²⁷⁾ Sulla ripresa del pensiero 'storico' nel *Nachmärz*, vedi T. SCHIEDER, *Vom deutschen Bund zum deutschen Reich 1815-1871*, München, 1970, pp. 126-127, ed inoltre: H. SEIER, *Liberalismus und Staat in Deutschland zwischen Revolution und Reichsgründung*, in *Ideen und Strukturen der deutschen Revolution 1848*, cit., pp. 69-84; BUSSMANN, *Zur Geschichte des deutschen Liberalismus*, cit., pp. 94-95, dove si parla del ripetersi, nel corso degli anni Cinquanta, delle « Denk- und Sprachformen der Historischen Schule », ed, infine, L. GALL, *Liberalismus und 'bürgerliche Gesellschaft'. Zur Charakter und Entwicklung der liberalen Bewegung in Deutschland*, in *Historische Zeitschrift*, 200 (1975), pp. 324-356.

Basti pensare alla fortuna, nel corso degli anni Cinquanta, delle opere di Heinrich Ahrens ⁽²⁸⁾, il quale rilancia l'idea dello Stato come organismo, proprio facendone la bandiera del movimento liberale, e tentando di svincolarla il più possibile dalle sue indubitabili valenze conservatrici. L'obbiettivo polemico è costituito principalmente dalla teoria della sovranità popolare, e dall'astratto ' formalismo politico ' dei teorici della Rivoluzione francese, che l'Autore considera come degenerazioni di un principio giusto: quello Stato come prodotto della libera attività razionale dell'uomo. Tale principio ha bisogno di confrontarsi con l'altra dimensione dello Stato, quella di ordine oggettivo posto dalla storia, indipendente dalla volontà dei consociati.

La storia della dottrina dello Stato nel Vormarz è per Ahrens storia di principii opposti, che non riescono a trovare una sintesi, ed il compito del presente — gli anni Cinquanta — è proprio quello di trovare tale sintesi, di arrivare alla concezione dello Stato come « libero organismo, nel quale la naturale formazione organica che progredisce in perpetuo si congiunge armonicamente con l'attività razionale, che si determina liberamente secondo l'idea della finalità » ⁽²⁹⁾; la scuola storico-organica, e quella di diritto naturale, devono cessare di fronteggiarsi, di considerarsi reciprocamente nemiche, devono espungere da sé gli elementi, che le caratterizzano come estremi inconciliabili, e favorire quelli che conducono

⁽²⁸⁾ H. AHRENS (1808-1874) era già autore di un *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit, fait d'après l'état actuel de cette science en Allemagne*, Bruxelles, 1837, che aveva avuto una fortuna di dimensioni europee, con traduzioni in italiano, spagnolo, portoghese, polacco ed ungherese. Dopo le prime tre edizioni in lingua francese, Ahrens cura una speciale rielaborazione in lingua tedesca, in due volumi, dell'opera, col titolo: *Die Philosophie des Rechts und des Staates*, I, *Die Rechtsphilosophie oder das Naturrecht auf philosophisch-antropologischer Grundlage*, e II, *Die organische Staatslehre auf philosophisch-antropologischer Grundlage*, Wien, 1850-1852. A questa opera si aggiunge, nel corso degli anni Cinquanta, la *Juristische Enzyklopädie oder organische Darstellung der Rechts- und Staatswissenschaft auf Grundlage einer ethischen Rechtsphilosophie*, Wien, 1855, ristampa, Aalen, 1970. La *Rechtsphilosophie* sarà citata col titolo *La dottrina generale dello Stato*, nella traduzione italiana inserita nella *Biblioteca di Scienze politiche*, diretta da A. BRUNIALTI, vol. 7°, Torino, 1891, pp. 475 e ss.

⁽²⁹⁾ *La dottrina generale dello Stato*, cit., p. 485.

ad una sintesi ⁽³⁰⁾. Il diritto naturale non deve compromettersi con le teorie distruttive del contratto e della sovranità popolare; il pensiero storico non deve lasciarsi sedurre dal fascino della tradizione, giungendo a negare il valore del libero contributo individuale.

Il difetto della dottrina tedesca è quello di non essere ancora pervenuta « all'intuizione del libero razionale organismo, perché appoggiata com'è al sistema inglese, si è presentata come una teoria della formazione organica incosciente degli istituti giuridici » ⁽³¹⁾, ossia ha confuso la necessaria ricerca di 'oggettività', da contrapporre giustamente alle teorie contrattualistiche, con l'esclusione di qualsiasi contributo cosciente da parte dei singoli individui. La vera dimensione del liberalismo tedesco, l'unica giusta e possibile, deve essere quella di una posizione intermedia e di sintesi tra un astratto razionalismo nemico della storia ed un realismo storico che significhi passiva accettazione dello *status quo* ⁽³²⁾.

Così, quando Ahrens si occupa specificamente di Stato e di diritto pubblico ⁽³³⁾, ci accorgiamo che per lui il diritto pubblico ha la duplice faccia dello *Staatsrecht* in senso stretto, come complesso di norme che regolano l'attività dello Stato in quanto soggetto interveniente sulla società civile, ma anche del diritto inteso come « *allgemeine Rechtsordnung* », come complesso di valori storico-razionali, etico-giuridici, che tengono unita una determinata

⁽³⁰⁾ È stato efficacemente detto che Ahrens tenta, sul piano filosofico e della teoria del diritto, una sintesi tra i principii della Scuola Storica ed il liberalismo di stampo e matrice kantiana: W. SELNOW, *Gesellschaft. Staat. Recht. Zur Kritik der bürgerlichen Ideologien über die Entstehung von Gesellschaft, Staat und Recht*, Berlin, 1963, p. 167. E, in effetti, così Ahrens presenta al lettore tedesco la terza edizione del suo *Cours de droit naturel* (1848), cit., p. XI della Prefazione: « Die Theorie, welcher ich huldige, verwirft zugleich die Hypothese von einem Naturzustand und die abstracten und rein formellen Principien der Verstandesphilosophie (der Kant'schen Schule), sowie die den Fortschritt hemmende und den Fatalismus begünstigende Lehre der historischen Schule », e si orienta secondo la prospettiva dell'organismo morale e sociale, sottoposto alle « Gesetzen » della « geschichtlichen Entwicklung », ed alla « Natur des Menschen ».

⁽³¹⁾ *La dottrina generale dello Stato*, cit., p. 630.

⁽³²⁾ Secondo HOCK, *Liberales Denken im Zeitalter der Paulskirche. Droyen und die Frankfurter Mitte*, cit., p. 120, tutto il liberalismo della *Paulskirche*, esclusa l'ala radicale del suo schieramento, era già orientato in questo senso.

⁽³³⁾ Nella *Juristische Enzyklopädie*, cit., pp. 749 e ss.

collettività di uomini ⁽³⁴⁾. Sotto questo secondo profilo, lo studio del diritto non può essere separato, secondo Ahrens, da quello della filosofia, dell'etica, e dell'antropologia, proprio perché esso non può essere ridotto alla dimensione di strumento per la regolamentazione dell'attività dello Stato e dei singoli, ma contiene in sé la vocazione ad essere principio ordinativo della totalità della vita dell'uomo ⁽³⁵⁾.

Possiamo, ora, tentare l'abbozzo di un minimo di conclusioni sul clima politico e culturale degli anni Cinquanta. Nel loro complesso, la *Realpolitik* di Rochau e la dottrina organicistica di Ahrens rappresentano i due momenti, le due faccie, del liberalismo post-quarantottesco, ed in tal senso emblematico le abbiamo sopra sommariamente riportate. Da una parte, l'esaltazione della *Macht* e del potere politico esistente, la rinuncia ad una progettazione complessiva alternativa; dall'altra, la teorizzazione del compromesso, la concreta costruzione della teoria politica liberale sulla base di quella rinuncia.

In altre parole, lo Stato non è più un terreno di lotta, non è più da ridefinire in base al suo grado di rispondenza con le tradizioni del popolo germanico, o con le leggi di ragione del giusnaturalismo, ed è, invece, legittimo per definizione, semplicemente in quanto esiste in certe forme, che sono quelle 'naturali' di esercizio del potere, calate in concreto nella concentrazione di sovranità nelle mani del Monarca e dei suoi funzionari; il movimento liberale, le nuove forze espresse dai mutamenti in atto nella società civile, debbono realisticamente prendere atto di tutto questo, e svolgere, unicamente dall'esterno dell'esercizio dei poteri di *Herrschaft*, la funzione di puntualizzare continuamente il fatto che quello Stato si muove all'interno di una tavola di valori etici e giuridici, dai quali esso medesimo non può prescindere. In sintesi: il compito del presente non è quello di incidere sulle strutture statuali, di modificarle in relazione ed in conformità ai mutamenti intervenuti nella società civile, ma di limitare l'esercizio del potere politico, la sua crescita come fattore autonomo di organizzazione della vita collettiva. Il liberalismo degli anni '50 risolve il pro-

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, p. 773.

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, pp. 797-800.

blema dell'arretratezza del quadro istituzionale, semplicemente accantonandolo, cioè puntando tutto sulla crescita armonica delle forze sociali.

È proprio Ahrens a fornirci la seguente definizione di società civile: « ein innig verbundenes Ganzes, d.i. als ein Organismus von einzelnen und moralischen Personen, welche in verschiedenen Tätigkeitsgebieten vernünftige Lebenszwecke verfolgen »⁽³⁶⁾. Dal punto di vista della strategia del movimento liberale, mettere in luce la necessaria armonia e unitarietà del corpo sociale significa porre l'accento su uno sviluppo graduale e costante delle componenti della società civile; rifiutare, dunque, il ruolo organizzante e mediatore del potere politico, isolando, e sminuendo, il suo peso sullo sviluppo complessivo, e con ciò delimitando nettamente la sfera d'azione del Monarca e dei vecchi ceti.

Non è dunque certamente casuale il costante *Aufstieg* nell'uso dei termini *Gemeinschaft* e *Organismus* a partire dall'inizio della seconda metà del secolo⁽³⁷⁾, mentre proprio il contrario si potrebbe supporre pensando all'avanzamento della società industriale e delle sue contraddizioni. Proprio nel momento in cui si afferma il nuovo ordine sociale, i teorici di tale sviluppo vengono accantonati, l'idea di *Gesellschaft*, di società fondata sull'individuo produttore e divisa in classi, scompare sempre più a favore di una concezione organicistica della vita collettiva, per la quale gli individui non sono l'uno contro l'altro contrapposti per la soddisfazione dei bisogni economici, ma l'uno verso l'altro tendenti in base alla 'naturale' razionalità insita nell'azione di ognuno, alla necessaria armonia nascente dall'altrettanto 'naturale' volontà di realizzare quell'ordine etico-giuridico, che è considerato il presupposto di ogni convivenza civile⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, p. 29.

⁽³⁷⁾ Come osserva M. RIEDEL, nella voce *Gesellschaft, Gemeinschaft*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., vol. II, pp. 801-862 (p. 853).

⁽³⁸⁾ Un'analisi da tener sempre presente è quella di C. SCHMITT, *Der Gegensatz von Gemeinschaft und Gesellschaft als Beispiel einer zweigliedrigen Unterscheidung. Betrachtungen zur Struktur und zum Schicksal solcher Antithesen*, in *Estudios jurídico-sociales*, vol. I, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, pp. 165-186, dove l'antitesi *Gesellschaft-Gemeinschaft* è equiparata, nel linguaggio del tempo,

Tra la visione di una società depoliticizzata e ridotta al suo nudo contenuto economico, con l'unica possibilità di salvezza nella capacità di controllo dei meccanismi sociali da parte dello Stato, e quella di una società armonicamente progrediente, capace di trovare al suo stesso interno tutta una serie di mediazioni, è la seconda che prevale, che orienta tutta la filosofia politica, la teoria giuridica, e la dottrina dello Stato del tempo.

Basta osservare la sorte del filone di pensiero hegeliano, che fin dalle sue origini, fin dalle prime elaborazioni del Maestro, conteneva in sé sia il richiamo alla comunità 'organica' e 'naturale', in antitesi al contrattualismo ed all'individualismo delle dottrine della Rivoluzione francese, sia la teorizzazione della società civile come sistema di bisogni economici. Ebbene, è proprio in questa età che gli eredi del pensiero di Hegel restringono il loro interesse al primo di questi due aspetti: si assiste, non solo alla scomparsa degli *Junghegelianer* e dell'ala radicale — dovuta anche alla repressione politica, che già li aveva colpiti nel corso degli anni Trenta e Quaranta, e che si intensifica dopo il fallimento del Quarantotto — ma anche all'abbandono di quella premessa teorica di separazione di Stato e società, che era il presupposto necessario per individuare il primo come concreto soggetto storico agente sulle contraddizioni della seconda, dunque per progettare un'alternativa all'ideologia organicistica dominante in generale nel movimento liberale, ed in particolare nei giuristi della Scuola Storica.

Un discepolo di Hegel, Hinrichs ⁽³⁹⁾ sosteneva, ad esempio, apertamente le comunanze di motivi tra la concezione storica dello Stato elaborata da Schelling e da Hegel, e quella sostenuta da « storici e giuristi » ⁽⁴⁰⁾, quasi annunciando una sorta di necessaria

a quella *mechanisch-organisch*, e dove si esaminano tutte le possibili accezioni di questi termini.

⁽³⁹⁾ H. F. W. HINRICHS (1794-1861), professore ad Halle dal 1824 alla morte. Di lui si possono ricordare le *Politische Vorlesungen*, Halle, 1843-1844, una *Geschichte der Rechts- und Staatsprincipien*, 3 voll., Leipzig, 1849-1852, ed un volume sull'idea monarchica, *Die Könige*, Leipzig, 1852. Su di lui rinviamo alle pagine di H. LÜBBE, *Politische Philosophie in Deutschland*, Basel und Stuttgart, 1963, p. 78, ed a quelle di C. CESA, poste ad Introduzione del volume antologico *Gli hegeliani liberali*, Bari, 1974, pp. xxx-xxxI (traduzione dall'originale tedesco: *Die hegelische Rechte*, a cura di H. LÜBBE, Stuttgart, 1962).

⁽⁴⁰⁾ Come ci fa notare CESA, *op. cit.*, p. XLIII.

riconciliazione tra la Scuola hegeliana e la Scuola Storica, dopo che, negli anni Venti e Trenta, lo stesso Hegel, e poi alcuni suoi allievi come Gans, o intellettuali attingenti alle fonti del suo pensiero come Stein, avevano duramente criticato le tesi di Savigny. La verità era che quell'hegelismo era legato inscindibilmente allo spirito liberale del *Vormärz*, ed era perciò destinato ad essere coinvolto nella caduta delle illusioni conseguente al fallimento del Quarantotto ⁽⁴¹⁾.

Gli allievi di Hegel, che continuavano a svolgere attività scientifica, si dividevano tra coloro che sempre più si rifugiavano in un *Historismus* estraniato dalla realtà, e coloro che invece cercavano un accomodamento con il nuovo corso degli anni Cinquanta ⁽⁴²⁾.

È assai significativo che l'accademico più in vista tra tutti i discepoli di Hegel sia stato proprio quel Johann Eduard Erdmann noto per le sue opzioni politiche antidemocratiche, e non a caso salito alla ribalta a partire dagli anni Cinquanta ⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ LÜBBE, *Politische Philosophie*, cit., p. 88, afferma che, all'inizio degli anni Cinquanta, Hegel « als politischer Denker verlor dabei zwangsläufig seine Aktualität ».

⁽⁴²⁾ Tra i primi, H. F. W. HINRICHS, e K. L. MICHELET (1801-1893), Professore a Berlino dal 1829 (su di lui, vedi CESA, *op. cit.*, pp. XXXI-XXXII, e LÜBBE, *op. cit.*, pp. 80-81); tra i secondi ricordiamo soprattutto C. RÖSSLER, autore di una *Allgemeine Staatslehre*, Leipzig, 1857, e di un volume dal titolo *Das deutsche Reich und die kirchliche Frage*, Leipzig, 1876, che costituisce una vera e propria apologia del Reich del 1871 (su di lui, vedi LÜBBE, *op. cit.*, pp. 81-83).

⁽⁴³⁾ J. E. ERDMANN (1805-1892), Professore all'Università di Halle dal 1836. Significativo il fatto che quell'Università, che era stata nel *Vormärz* il centro di formazione della sinistra hegeliana, divenga negli anni Cinquanta terreno di azione per uomini come Erdmann e Ludwig Pernice, allievo di Savigny, e legato da profonda amicizia con lo stesso Erdmann: su questa storia particolare, che costituisce uno spaccato assai interessante della più generale evoluzione del mondo culturale tedesco, vedi il saggio di H. ROSENBERG, *Geistige und politische Strömungen an der Universität Halle in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in *Politische Denkströmungen im deutschen Vormärz*, Göttingen, 1972, pp. 51-68. Sulla figura e sull'opera di Erdmann, da ricordare il vecchio saggio di K. LARENZ, *Hegelianismus und preussische Staatsidee. Die Staatsphilosophie J. E. Erdmanns und das Hegelbild des 19. Jahrhunderts*, Hamburg, 1940, e le pagine a lui dedicate da LÜBBE, *op. cit.*, p. 79, e da CESA, *op. cit.*, pp. XXXV-XLIII.

Le sue « Philosophische Vorlesungen über den Staat » (44) sono tutte intessute di polemica contro il movimento del Quarantotto, contro le ' astratte ' dottrine della rivoluzione francese, che hanno condotto quel Paese ad una « orribile situazione », la quale « ha la sua ragione nella graduale scomparsa di ogni eticità sostanziale, nel fatto che ciascuno si considera come un atomo, senza rispettare legami familiari e d'altro genere, e conseguentemente promuove l'eguaglianza astratta, che in ogni corpo organico si rende possibile con la putrefazione » (45). Lo Stato è un organismo etico, tenuto insieme dal *Patriotismus* dei cittadini, che deve sempre prevalere sul loro *Egoismus* individuale; ciò che rende stabile ed unita una certa collettività di uomini è « il sentimento del diritto, la legalità ricca di sentimento, in breve ciò che chiamiamo lealtà, pietas, questo forma il vincolo di una comunione etica ed in esso consiste l'eticità » (46).

Lo stato vive dunque nella sfera dell'eticità, e « come ogni comunità etica, anche lo Stato sarà innanzi tutto una unità posta dalla natura » (47): qui il *Rechtshegelianismus* si incontra in modo significativo con le dottrine della Scuola Storica, e ce ne accorgiamo quando Erdmann pone alla base dello Stato « lo spirito pubblico », il quale nasce, come entità unitaria, « inconsapevolmente », da un lento processo che conduce alla formazione del « costume » di un certo popolo (48). Così, gli « ordinamenti o istituzioni di un popolo (Stato) » possono definirsi « il suo costume trasformatosi in precetti »; così, non ha senso porre il problema di chi debba concedere la Costituzione, perché essa viene neces-

(44) Halle, 1851; noi citiamo dall'antologia *Gli hegeliani liberali*, cit., pp. 337-413, dove si riproducono, tradotte in italiano, le pp. 16-76 e 188-192 delle *Vorlesungen* di Erdmann.

(45) *Ibid.*, p. 391.

(46) *Ibid.*, p. 349. Aggiunge Erdmann: « Lo Stato non è un semplice istituto giuridico, e la teoria dello Stato di diritto non trova in me un sostenitore, perché lo Stato di diritto potrebbe derivare da un contratto » (*ibid.*): la teoria dell'organismo etico è più ' sicura ' di quella dello Stato di diritto, perché ancora più lontana dalla minaccia delle dottrine contrattualistiche, ancora più agganciata alla sfera della ' obbiettività '.

(47) *Ibid.*, p. 356.

(48) *Ibid.*, p. 392.

sariamente « da Dio, dalla natura e dalla storia » (49). E, soprattutto, riprendendo un noto tema di Savigny, Erdmann critica la « inclinazione rivoluzionaria alla regolamentazione », a voler tutto disporre e governare, mentre non è la legge che garantisce sicurezza, ma la capacità di coesione interna alla comunità umana, al *Volk*, in sostanza quella che Erdmann ha definito 'eticità' (50).

L'avversione nei confronti dell'individualismo e del diritto naturale (51) conduce a considerare le forze del singolo come necessariamente disgreganti, minaccianti la saldezza e la sicurezza della vita collettiva, la quale può basarsi solo sull'esaltazione del 'Patriotismus', dello 'spirito pubblico'. Non è però il richiamo all'eticità quello che qualifica, e rende interessanti, le posizioni di Erdmann, poiché anche in Hegel tale tema era ben presente; l'elemento che nella sua teoria scompare, rispetto alle elaborazioni del Maestro, è la percezione dello Stato come soggetto autonomo, distinto dalla società civile, e ancor più lo sforzo di analisi sulle contraddizioni di quest'ultima come portato dell'età moderna. Scompare, cioè, proprio l'elemento che differenziava l'hegelismo dalla cultura politica contemporanea, che aveva consentito e fondato la critica di Stein a Savigny. Con Erdmann, e con il *Rechtshegelianismus* del *Nachmärz*, lo Stato torna a coincidere con la *societas civilis*, ad indicare l'aspetto etico-giuridico, o 'politico', della convivenza umana.

Proprio qui si verifica quella confluenza con le dottrine della Scuola Storica, che poco sopra notavamo: come in Savigny, anche nell'organicismo degli anni Cinquanta — sia esso di stampo neo-kantiano, come in Ahrens, o hegeliano, come in Erdmann — la risposta che viene data alle sempre più laceranti contraddizioni della società civile esclude un ruolo centrale dello Stato inteso come soggetto autonomo, e punta, ancora una volta, su un tipo di evoluzione, che affermi in modo graduale, dall'interno stesso

(49) *Ibid.*, pp. 392-393.

(50) *Ibid.*, pp. 407-408.

(51) *Ibid.*, p. 412: « ogni agire egoistico, atomistico, intacca l'essenza dello Stato, essendo questo un organismo ». Anche LENK, *Vom Widerspruch zur Apologie: Hegel und der Rechtshegelianismus*, in *Volk und Staat*, cit., afferma che con l'idea di 'organismo morale' di Erdmann il diritto naturale individuale viene totalmente sepolto (p. 65).

della comunità umana, determinati valori da considerare base di tutta la vita collettiva ⁽⁵²⁾.

Negli anni Cinquanta, la rinuncia del liberalismo al terreno dello Stato, e la sua conseguente scelta per un'evoluzione graduale delle forze produttive e del corpo sociale ⁽⁵³⁾, costituisce il presupposto per un grande rilancio di quel pensiero storico, che nel *Vormärz* era stato dominante, ma anche largamente contestato dai sostenitori del diritto naturale, o da uomini come Stein, che in modo del tutto diverso avevano impostato il loro impianto teorico.

Si afferma sempre più l'idea di una comunità organicamente progrediente sulla spinta di un crescente benessere economico, di un ritmo sempre più elevato delle invenzioni tecnologiche. Finisce l'età della speculazione e della teoria politica, ed inizia quella delle scienze naturali. I grandi progressi della tecnologia, ed i benefici, che questi arrecavano alla vita collettiva, inducono a pensare ottimisticamente al futuro, a non curarsi dei problemi scaturenti da quel medesimo nuovo sviluppo, ad accantonare il contributo di uomini come Stein, che avevano cercato, al contrario, di mettere in luce le contraddizioni, di proporre una loro mediazione tramite l'intervento del potere politico ⁽⁵⁴⁾.

Il liberalismo del *Nachmärz* abbandona il terreno dello Stato a causa della sua debolezza, conseguente al fallimento del Qua-

⁽⁵²⁾ Anche CESA, *op. cit.*, pp. XXXVI-XLIII, ha notato in Erdmann la presenza di temi derivati dalla Scuola Storica.

⁽⁵³⁾ Che ritroviamo a tutti i livelli dell'analisi fin qui condotta, sia nel concreto processo storico di riflusso del movimento liberale dopo il fallimento del '48, sia nell'ipostatizzazione del potere politico esistente nella *Realpolitik* di Rochau, sia nel primato dell'ordine etico-giuridico di Ahrens o di Erdmann.

⁽⁵⁴⁾ È il caso della caduta d'interesse per i temi affrontati nell'opera di Lorenz von Stein, ma è anche il caso dello stesso Hegel, il quale viene considerato 'reazionario' proprio in quanto aveva cercato di adoperare gli strumenti della filosofia e della teoria politica per mettere in luce le contraddizioni di una società che era invece dominata dalle scienze naturali e dalla tecnica: ci riferiamo — è evidente — alla celebre critica ad Hegel di Rudolf HAYM, contenuta nel volume *Hegel und seine Zeit*, Berlin, 1857, sulla quale non possiamo soffermarci. Basterà qui citare il noto volume di J. RITTER, *Hegel e la rivoluzione francese*, Napoli, 1977, pp. 19-25 (apparso originariamente nel 1957 col titolo: *Hegel und die französische Revolution*), ed il saggio di H. ROSENBERG, *Zur Geschichte der Hegelauffassung*, in *Politische Denkströmungen*, cit., pp. 86 e ss.

rantotto, ma, rifugiandosi nell'ambito dei rapporti economici, sembra anche affermare che proprio lì stava la fonte di ogni futuro sviluppo. Il fallimento della rivoluzione politica e la priorità dello sviluppo economico sono i due aspetti inscindibili del liberalismo degli anni Cinquanta ⁽⁵⁵⁾.

Questa centralità del sociale non è però certo quella auspicata da un uomo come Lorenz von Stein, poiché è fondata, non sull'analisi delle contraddizioni nascenti dallo sviluppo, ma, al contrario, sulla loro elusione, sull'idea di una società, che, mediante lo sviluppo economico e tecnologico, risolve gradualmente tutti i suoi problemi, sempre più impone valori comuni a tutte le classi sociali, si afferma come *Gemeinschaft* progressivamente armonizzata ⁽⁵⁶⁾.

Ecco, dunque, il rilancio del pensiero storico, del quale parlavamo: l'idea savigniana di uno sviluppo graduale ed organico, di una storia sviluppantesi senza scosse né contraddizioni, trova negli anni Cinquanta terreno fertile per essere riproposta come attuale. L'ideologia sottesa all'affermazione delle scienze naturali si salda con lo storicismo savigniano, sotto il comune denominatore di una società conciliata, od in via di conciliazione, che non richiede l'intervento mediatore del potere politico, che si afferma in modo unitario a partire dal proprio interno, riproponendosi come comunità storicamente fondata, come *Volk*.

Questo, per ora, ci premeva puntualizzare: a livello di concreto processo storico in atto, di teoria politico-giuridica, di correnti culturali del tempo, esistono tutti i presupposti affinché le dottrine della Scuola Storica non siano considerate una sorta di residuo di un tempo passato, anteriore all'affermazione della società industriale degli anni Cinquanta. Al contrario, tra il modello steiniano e quello organicista, sotteso alle elaborazioni dei giuristi

⁽⁵⁵⁾ Anche H. HOLBORN, *Storia della Germania moderna*, Milano, 1973, p. 135 si esprime in questo senso.

⁽⁵⁶⁾ Ci sembra quindi non chiara l'espressione usata da E. W. BÖCKENFÖRDE, in *Verfassungsprobleme und Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts*, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, cit., pp. 93-105, p. 104, quando egli afferma che in questa età « Das Soziale wird zum Inhalt des Politischen », poiché la centralità del sociale negli anni Cinquanta conduce, inversamente, a trascurare — per lo meno da parte del movimento liberale — la questione del ruolo del potere politico.

della Scuola Storica, è quest'ultimo che trova il terreno adatto per riproporsi come attuale ed aderente al proprio tempo storico.

Non assistiamo, insomma, ad una crisi della generazione dei giuristi formati sotto l'insegnamento della Scuola Storica: sono invece proprio loro a tenere saldamente le redini dello sviluppo della scienza giuridica sul terreno tradizionale del diritto privato, ma anche a progettare l'estensione del metodo 'giuridico' in un campo fino a questo momento dominato indistintamente da storici, filosofi, o teorici della società come Stein: ci riferiamo — è evidente — al diritto pubblico.

Da questo momento in poi la nostra analisi sarà storia del progressivo avvicinamento dei giuristi al tema dello Stato. In questo senso, torna ad essere centrale la figura di Gerber.

II. Quando, nel 1851, Reyscher venne allontanato dalla Cattedra di Tübingen, che fino a quel momento aveva occupato, ed al suo posto subentrò Gerber ⁽⁵⁷⁾, si capì con tutta chiarezza che il riflusso del movimento liberale conseguente al fallimento del Quarantotto non stava investendo solo i radicali, ed in genere i pensatori orientati dalle dottrine della Rivoluzione francese, ma stava agendo ben più in profondo, e, in ogni caso, anche all'interno della scienza giuridica. Si capì, insomma, che il significato della sostituzione era politico: Gerber apparteneva, infatti, a differenza di Reyscher, alla schiera di coloro che avevano salutato con gioia il risultato del Quarantotto ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ Reyscher era malvisto, per motivi politici, dal principe locale: dell'episodio ci informa RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie*, cit., pp. 157, 171, 180. Al contrario, Georg von Beseler, amico di Reyscher, e con lui allineato sulle medesime posizioni, otterrà nel 1859 l'importante cattedra di Berlino, ma si tratta di un Beseler che già dal '49 aveva abbandonato la politica attiva, accomodandosi, in una certa misura, alla nuova situazione (*ibid.*, p. 116).

⁽⁵⁸⁾ *Ibid.*, p. 381: « fu il '48 a decidere (la sorte della cattedra di Reyscher) ». In seguito alla sua chiamata a Tübingen, Gerber acquisisce anche la carica di Cancelliere dell'Università, e da qui inizia la sua fortunata carriera politica, che lo condurrà, a partire dal 1871, a svolgere l'importante funzione di *Kultusminister* nel *Sachsen*, dove promuoverà rilevanti riforme dell'insegnamento universitario e dell'intero sistema scolastico ed educativo. Da quel momento, egli si dedica esclusivamente all'attività politica, arrestando completamente la sua produzione

Quando i principi tedeschi, con il *Bundesbeschluss* del 23 Agosto 1851, cancellarono tutta la normativa sui *Grundrechte* promulgata dall'Assemblea di Francoforte, Gerber affermò, senza mezzi termini: « Nessun giurista, ad un esame soltanto un po' approfondito della questione, pretenderà certo di poter dedurre, dall'origine contrattuale della Costituzione, che non sia giuridicamente ammissibile la sua abolizione o revisione unilaterale da parte del Monarca » (59), con ciò legittimando in pieno l'atto compiuto dai principi tedeschi.

Del resto, che Gerber non abbia partecipato al fiorire delle speranze liberali negli anni Quaranta, e che abbia sempre nutrito simpatie conservatrici, è ormai un fatto acclarato da tutta la letteratura, che si è occupata di lui e della sua opera (60). Di contro, Reyscher, pur non essendo certo ispirato da convinzioni radicali o giacobine, nondimeno era stato tra coloro che avevano creduto nei possibili sviluppi della Costituzione della *Paulskirche*, e che avevano sofferto del suo fallimento.

È dunque indubbio che la chiamata di Gerber alla Cattedra di Tübingen deve inserirsi nel generale clima di riflusso del movimento liberale, che il suo senso fu eminentemente politico, e tale dovette apparire anche ai contemporanei.

Sarebbe però falsante la visione di una vittoria gerberiana propiziata unicamente dalla repressione politica conseguente al Qua-

scientifica, se si eccettuano gli aggiornamenti delle sue opere fondamentali degli anni Cinquanta e Sessanta. La sua figura fu comunque sempre, anche prima del '71, ben distante da quella dell'erudito lontano dalle vicende politiche del tempo, tanto che si può parlare di continua « oscillazione di Gerber tra la ricerca scientifica e l'attività politica », come osserva LOSANO, in *La teoria giuridica al bivio tra sistema e funzione*, cit., p. LXV.

(59) C. F. von GERBER, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852; noi citiamo dalla traduzione italiana di P. L. Lucchini, *Sui diritti pubblici*, in *Diritto pubblico*, Milano, 1971, p. 36, nel quale è contenuta anche la traduzione dell'altra fondamentale opera di Gerber, i *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865, con il titolo *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, pp. 96-213, che costituiranno oggetto di specifica indagine nel corso del terzo capitolo.

(60) Basterà ricordare il lavoro di WILHELM, *Metodologia giuridica*, cit., pp. 136-137, ed il saggio di C. E. BÄRSCH, *Der Gerber-Laband'sche Positivismus*, in *Staat und Recht. Die deutsche Staatslehre*, cit., pp. 43-71, spec. 56-62.

rantotto: la verità è che i Germanisti furono sconfitti anche sul piano scientifico.

Mentre Beseler taceva, e Reyscher ripeteva sempre più stancamente la polemica 'diritto romano-diritto nazionale' ⁽⁶¹⁾, Gerber saltava questo ordine di problemi sempre più disinvoltamente ⁽⁶²⁾, non attardandosi neppure più a dimostrare storicamente l'integrazione del diritto romano nel tessuto nazionale, e mirava sicuro allo scopo: il diritto nazionale si consegue solo ed unicamente per la via della costruzione dogmatica della scienza giuridica.

Mentre negli anni Quaranta sollevare il problema dell'opposizione tra diritto romano e diritto germanico aveva un concreto significato, quello di indicare un'alternativa al ruolo del giurista inteso come isolato operatore scientifico, ragionante in termini di astratta dogmatica, ora che il fallimento del movimento liberale aveva dimostrato l'impossibilità di costruire il diritto nazionale tramite l'edificazione di strutture istituzionali centrali, proprio ora si apriva definitivamente la via al primato del lavoro scientifico della giurisprudenza. Ora che il movimento liberale, non più soltanto nella teoria, ma anche nella prassi politica quarantottesca, aveva dimostrato la sua incapacità a costruire un punto di riferimento istituzionale, cui appoggiare il processo di unificazione del diritto nazionale, ora più che mai è la scienza giuridica che deve assumersi tale compito.

Non è dunque un caso se solo negli anni Cinquanta Gerber esce allo scoperto, rompendo tutti gli indugi che, tutto sommato, ancora caratterizzavano il suo intervento del '46 ⁽⁶³⁾: non si tratta più solo di sottrarre ai liberali germanisti il loro terreno tradizio-

⁽⁶¹⁾ LOSANO, *La teoria giuridica al bivio tra sistema e funzione*, cit., pp. XXIX-XXXV, accenna agli interventi dei due germanisti in questo periodo.

⁽⁶²⁾ C. F. VON GERBER, *System des deutschen Privatrechts*, Jena, 1855⁵, p. XXVIII, affermava di lavorare « in piena indipendenza dal diritto romano » (citato secondo LOSANO, *op. cit.*, p. XXXIII).

⁽⁶³⁾ Ci riferiamo al *Das wissenschaftliche Prinzip*, che abbiamo esaminato nell'ultimo paragrafo del precedente capitolo. Poiché ci accingiamo a continuare il nostro discorso sul Gerber privatista, estendendolo agli scritti degli anni Cinquanta, vogliamo puntualizzare una volta di più che a noi interessa il Gerber scienziato di diritto privato solo per la formazione del metodo 'giuridico', mentre non può rientrare nel nostro lavoro un'analisi a livello della concezione gerberiana dei singoli istituti di diritto privato.

nale — la storia giuridica nazionale ⁽⁶⁴⁾ —, ma di affermare a chiare lettere che, accanto all'indagine storica, esiste autonomamente un compito dogmatico-sistematico. Non c'è più solamente da funzionalizzare la storia alla dogmatica, ma anche, e soprattutto, da propugnare una dogmatica che si muova autonomamente rispetto alla storia medesima.

Afferma Gerber — e ci sia perdonata la lunga citazione —: « Die Natur des Rechts fordert noch eine andere Behandlung als die historische. Die geschichtliche Darstellung knüpft das Recht an seine erzeugende Momente in der Vergangenheit an, sie erzählt sein Entstehen und allmähliges Wachsen bis zur gegenwärtigen Erscheinung. Damit ist aber zunächst nur der eine Theil des Bedürfnisses befriedigt. Das Recht ist aber nicht bloss eine Thatsache, die gewusst, es ist zugleich eine lebendige Macht, von der die Gegenwart beherrscht werden soll. Daher ist es notwendig, dass die aus der Geschichte gewonnen Rechtsideen nun wiederum aus ihrer historischen Bindung gelöst und nicht bloss als folgenreiche Thatsache äusserlich erzählt und geschildert, sondern als lebendige Glieder eines in unserem eigenen Willen und Empfinden begründeten Organismus erkannt werden. Diese Thätigkeit ist eine wesentliche produktive. Sie ist ein vollständiges Wiedererzeugen des Geschichtlichen für die unmittelbare Gegenwart » ⁽⁶⁵⁾. Queste affermazioni di Gerber sono senza dubbio di estrema importanza da diversi punti di vista; ed in primo luogo per l'opzione a favore di un ruolo produttivo della scienza giuridica, che non ha più il compito unico di 'descrivere' la successione storica delle forme giuridiche, ma anche, e soprattutto, quello di 'riprodurre' i risultati dell'analisi del passato in direzione del presente. In nessuno scritto dei giuristi del tempo troviamo una tensione così forte nei confronti dell'operatività della scienza giuridica, della

⁽⁶⁴⁾ Vedi ancora l'ultimo paragrafo del precedente capitolo.

⁽⁶⁵⁾ C. F. VON GERBER, *Zur Charakteristik der deutschen Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1851: è la *Antrittsrede* di Gerber alla Facoltà di Tübingen, ed ha il carattere programmatico di discorso fondato su una sorta di bilancio della scienza giuridica tedesca; noi citiamo dalla raccolta di saggi dello stesso Gerber, intitolata *Gesammelte juristische Abhandlungen*, Jena, 1878², dove la prolusione di Gerber è ripresa come prima parte del saggio *Über deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt*, pp. 1-35 (p. 11 per la frase citata nel testo).

necessità di un suo concreto intervento: « das spezifische juristische Denken und juristische Construiren » è « das juristische Beherrschen der thatsächlichen Verhältnisse des Lebens » (66).

Si può osservare che tra il « Volksrecht und Juristenrecht » di Georg von Beseler del '43 e gli scritti di diritto privato di Gerber degli anni '50 intercorre un tempo durante il quale si assiste ad una sorta di inversione di ruoli: mentre all'inizio degli anni Quaranta la protesta germanista era condotta in nome di una maggiore vitalità della scienza giuridica, contro una certa figura di romanista, caratterizzata dalla sua sordità di fronte alle concrete esigenze della vita della Nazione, ora è proprio il dogmatico, il giurista-scienziato che opera con i suoi strumenti specifici, colui che appare come il più legato ai bisogni del presente.

È Gerber, in altre parole, l'uomo in sintonia col suo tempo, capace di comprendere quale grande mutamento sia in atto a livello di collocazione del dato giuridico nel complesso dell'assetto sociale.

Mentre i Germanisti rimangono nella scia del liberalismo del *Vormärz*, concependo il diritto come ordine obbiettivo e razionale, come tavola di valori costituente sicuro punto di riferimento per la vita dell'intera collettività, nonché prodotto della storia di essa medesima, per Gerber il diritto non è più solo un ' fatto ' da ' descrivere ', ma anche una ' potenza vitale ', uno strumento da utilizzare per ' dominare ' il presente (67).

Il passaggio da una concezione all'altra è, in fondo, il passaggio dal Medioevo all'età moderna, e Gerber ne ha chiara consapevolezza. Il diritto medievale era « noch innig verbunden mit der Sitte », e « in Mittelalter ist nur ein schwacher Zug nach Formulierung des Rechts in abstracten Sätzen erkennbar » (68); ora, all'opposto, si va affermando l'autonomia e la specificità del dato

(66) *Ibid.*, p. 14.

(67) Vedi il brano di Gerber riportato alla nota 65.

(68) C. F. von GERBER, *Über den Begriff der Autonomie*, in *Gesammelte juristische Abhandlungen*, cit., p. 39 (il saggio uscì per la prima volta nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, 37 (1854), pp. 35 e ss.). Il termine ' Sitte ' deve intendersi come ' costume ', ossia come complesso di componenti *lato sensu* etiche e sociali, che condizionano il dato giuridico, che lo legano alla situazione particolare, sottraendo al giurista la possibilità di pensarlo in ' abstracten Sätzen '.

giuridico, la sua *Objektivierung*. La dogmatica è il compito del presente in quanto è il diritto stesso a porsi in concreto come pensabile in forme astratte: « Sobald das Recht eines Volks bis zum Objektivierungsprozesse gelangt ist, bildet sich im Bewusstsein der Rechtskundigen ein System, d.h. ein Ganzes von ineinander greifenden und sich gegenseitig bestimmenden Sätzen » (69). Il diritto medievale è il diritto del particolarismo giuridico e del caso concreto, il diritto che si va formando dal superamento del passato è il diritto della generalità e dell'astrattezza: la scienza giuridica principe non è più la storia, ma la dogmatica.

L'astrazione-base è quella della 'personalità individuale', che viene posta a fondamento di tutta l'opera costruttivistica della giurisprudenza: è necessario giungere « zu einem System freier Möglichkeiten der individuellen Beherrschung der Dinge, welche meistens keine besonderen geschichtlichen und sozialen Verhältnisse, sondern nur die unmittelbare Kraft der Persönlichkeit zur Voraussetzung haben » (70).

Mentre Savigny fondava la scientificità delle operazioni della giurisprudenza sull'idea di diritto quale ordine obbiettivo preesistente, in contrapposizione a chi di esso voleva fare uno strumento di riforma in mano ad un potere politico troppo soggetto agli influssi politici e sociali del momento, Gerber, che opera in una fase storica successiva, accetta una concezione del diritto come atto di dominazione dell'uomo sul mondo delle cose, ma proprio su questo fonda una nuova scientificità dell'operato del giurista,

(69) *Ibid.*, p. 45.

(70) C. F. von GERBER, *Zur Theorie der Reallasten*, in *Gesammelte juristische Abhandlungen*, cit., p. 215 (originariamente in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, II (1858), pp. 35 e ss.). Già nel 1850, Gerber aveva affermato: « a me sembra che un vero sistema giuridico sia quello determinato non dai rapporti giuridici (i cui elementi fondamentali sono situazioni storiche provocate da influenze esterne), ma soltanto il sistema dei diritti, che considera l'intera materia giuridica come la possibile espressione della volontà individuale. Solo ricollegando il diritto tedesco alla forza immediatamente viva ed efficace della volontà umana, cioè solo costruendolo in sistema, lo si riconduce tra i fenomeni che dominano il presente »: *System des deutschen Privatrechts*, Jena, 1850², p. XXIV (citato secondo il *Carteggio Jhering-Gerber*, cit., p. 704; da p. 697 a p. 718 dello stesso volume, troviamo un'accurata bibliografia delle opere di Gerber, senz'altro la migliore disponibile).

anzi, pensa che prima di lui non vi sia stata alcuna scienza del diritto, poiché i rapporti medievali impedivano di pensare in termini generali ed astratti, di costruire in senso dogmatico.

La scienza giuridica precedente a Gerber non ci ha, secondo lui, fornito « ein System von Rechtsinstituten, deren jedes in irgend einer Möglichkeit der menschlichen Willensrichtungen seinen Grund hat, sondern eine systematische Darstellung von Rechtszuständen welche zum grossen Theile dem Wechsel socialer und politischer Krisen anheim fallen und daher unmöglich die Grundlage einer unabhängigen Wissenschaft sein können. Diese Wissenschaft des deutschen Privatrechts war daher nicht eigentlich ein Theil der juristischen construirenden Dogmatik, sondern vielmehr ein Theil der nur schildernden und das Thatsächliche reproduzierenden Geschichte » (71). Gerber pone dunque sé medesimo al confine tra il primato della *Rechtsgeschichte*, e quello della dogmatica, ma tale confine è anche quello tra diritto medievale e diritto dell'età moderna, tra diritto come struttura di vita dell'intera collettività, e diritto come espressione della volontà individuale.

In sostanza, il nostro giurista parte sempre dal presupposto di vivere in un assetto sociale e politico completamente diverso da quello nel quale operavano i suoi Maestri, compreso Savigny. Ciò che lo differenzia da loro è la netta percezione che il vecchio ordine si sta sfaldando, che è inutile il tentativo di mantenerlo in vita richiamandosi continuamente ai valori etici e culturali, considerando l'espressione di volontà individuale necessariamente disgregante, figlia di una tradizione politica estranea al *Volk* tedesco. Al contrario, Gerber intende chiaramente che i mutamenti in atto nel concreto processo storico sono irreversibili e che non si può più a lungo soffocare l'affermazione dell'*homo novus*, della sua volontà di incidere sul mondo delle cose.

È perciò errato sottolineare unilateralmente la 'astrattezza' della dogmatica gerberiana, poiché, se per 'concreto' intendiamo il fatto di possedere un'alta consapevolezza dei mutamenti storici, Gerber fu certamente assai più concreto dei Germanisti a lui contemporanei, dello stesso movimento liberale degli anni Cin-

(71) GERBER, *Über deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt*, cit., p. 20.

quanta. E, del resto, se noi pensiamo alle condizioni generali di quel periodo, allo sbandamento ed al riflusso della volontà politica di trasformazione, non è davvero sorprendente che proprio un conservatore sia stato il più lucido, l'uomo maggiormente in grado di percepire ciò che stava maturando, di elaborare un progetto complessivo.

Certo, quando Gerber si rivolgeva ai Germanisti, polemizzando con loro ⁽⁷²⁾, distruggendo le loro tesi, la sua era anche la voce del politico, che collaborava al clima di restaurazione del tempo ⁽⁷³⁾, ma questo non toglie nulla alla sua capacità di comprensione del nuovo ordine che stava maturando, alla lucidità con la quale egli propose di rivoluzionare gli strumenti scientifici, al fine di adeguarli alla mutata realtà storica. La lotta per la dogmatica è la lotta a favore della capacità d'analisi, da parte del giurista, dei nuovi rapporti sociali che negli anni Cinquanta si affermano ⁽⁷⁴⁾.

Ci sembrava giusto puntualizzare che lo straordinario successo cui erano destinate le opere di Gerber ⁽⁷⁵⁾ non può essere spiegato esclusivamente con un clima politico a lui favorevole e che i motivi di tale successo debbono essere ricercati anche in una sua superiore capacità di stare al passo con l'affermazione del nuovo ordine sociale; e tuttavia ci sembra fuorviante un'immagine di lui quale teorico della società civile borghese, quasi uno Stein degli anni Cinquanta ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷²⁾ Nella quinta edizione del suo *System des deutschen Privatrechts*, Jena, 1855, Gerber afferma: « Die wirkliche bestehende Gegensätze sind hiernach andere. Sie heissen nicht: Romanismus und Germanismus, sondern: Jurisprudenz und Dilettantismus » (p. XII).

⁽⁷³⁾ Walter Wilhelm, nella sua *Metodologia giuridica*, cit., pp. 136 e ss., sottolinea giustamente questo aspetto.

⁽⁷⁴⁾ OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, cit., pp. 216-232, ci ha fornito una brillante analisi degli scritti di diritto privato di Gerber, proprio sotto il profilo della sua percezione dell'emergere di un nuovo ordine sociale; WILHELM, *Metodologia giuridica*, cit., pp. 97-140, compie un'analisi degli stessi testi, soffermandosi però maggiormente sugli aspetti interni alla scienza giuridica, di affermazione del suo ruolo produttivo.

⁽⁷⁵⁾ Il *System des deutschen Privatrechts* è una delle opere più fortunate dell'Ottocento tedesco: di essa si contano ben sedici edizioni, dalla prima del 1848 all'ultima del 1895.

⁽⁷⁶⁾ È l'impressione che si ricava dalla lettura del volume di Peter von OERT-

Mentre Stein aveva compreso la centralità del momento dello scontro economico, della soddisfazione dei bisogni individuali, e dunque aveva proposto una scienza sociale, che servisse di orientamento all'attività mediatrice del potere politico, Gerber dà assoluta prevalenza al dato giuridico, propone una lettura esclusivamente giuridica dei nuovi rapporti sociali: la necessaria razionalità e concatenazione logica del suo sistema di istituti corrisponde alla necessaria razionalità del nuovo ordine sociale.

Non sussiste il bisogno di un ruolo attivo della legislazione e dell'amministrazione per comporre le contraddizioni della società civile; queste sono invece riconducibili ad unità mediante l'attività scientifica del giurista, il quale fornisce la nozione generale ed astratta di istituto giuridico, nella quale rientrano necessariamente tutti i rapporti concreti. L'unica scienza sociale, che può fornire una lettura univoca dell'assetto sociale, che può garantire la sua certezza e la sua stabilità, è la scienza giuridica.

Non v'è dubbio che il primato savigniano della scienza giuridica trovi qui nuova forza e vitalità. Esso non ha più il significato di superiorità delle sistematiche romanistiche, ma del 'giuridico' in quanto tale, in quanto forma di lettura del complesso della società civile. L'emersione dei nuovi rapporti sociali è l'emersione della specificità e dell'autonomia del 'giuridico'. Il passaggio dall'età medievale alla moderna non consiste nello sgretolarsi di antiche certezze, nell'esplosione di mille contraddizioni, ma, al contrario, nell'affermarsi di una razionalità, di una forza ordinativa, che era sconosciuta al Medioevo; consiste, in definitiva, nell'affrancarsi del giuridico dal sociale e dall'etico, nella sua rinnovata capacità di riorganizzare ed uniformare l'intera vita collettiva.

Mentre Stein guardava alla riduzione dell'antica *societas civilis* alla dimensione del nudo scontro economico, alla scomparsa di molti livelli di mediazione, alla liberazione delle forze produttive ed alla formazione delle classi sociali, con tutte le tensioni che ne derivavano, Gerber guardava, invece, alla progressiva emersione di una dimensione 'oggettiva' della vita collettiva, all'affermarsi del

ZEN, *Die soziale Funktion*, cit., che così conclude la sua analisi su questo punto: « eines ist gewiss: die Gerbersche Auffassung entspricht der Wirklichkeit des modernen, d.h. des souveränen bürgerlichen nationalen Staates » (pp. 231-232).

‘ principio giuridico ’ al di là delle singole situazioni soggettive, dei particolari condizionamenti etici e sociali dominanti nel Medioevo.

Mentre la storia di Stein è fatta di uomini, di atti di volontà, di forze sociali, quella di Gerber è pienamente *Rechtsgeschichte* nel senso savigniano, fatta solo di principii e di istituti giuridici, di costruzioni della scienza. Essa avanza in modo necessariamente organico e graduale, proprio perché consiste nella progressiva affermazione di una sua intrinseca razionalità, senza possibilità di scosse, di salti bruschi, di deviazioni di lungo periodo dal corso maestro, quello che conduce alla tappa finale e all’instaurazione di quell’ordine oggettivo, che Gerber afferma essere già presente, od in via di definitiva formazione.

È la scienza giuridica, inevitabilmente, il soggetto protagonista di un processo storico così inteso, poiché solo essa, con la costruzione dogmatica, con la scoperta degli istituti giuridici, e con il loro coordinamento in sistema, può efficacemente interpretare questo progresso dal soggettivo all’oggettivo, dall’indistinto al definito. Solo alla scienza giuridica può essere chiesto di assolvere al compito del presente, e cioè di operare affinché « die geschichtliche Stoffe des deutschen Rechts geistig durchdrungen und zu selbständigen begrifflichen Existenzen gefördert werden. Vor allem es ist erforderlich, aus diesen Stoffen ... selbständige Rechtsinstitute zu bilden, die, wie Jhering trefflich sagt, nicht blosse Conglomerate von einzelnen Rechtssätzen sind, sondern Existenzen, logische Individualitäten, juristische Wesen » (77): la storia non ha altra

(77) *Über den Begriff der Autonomie*, cit., p. 69. Il metodo giuridico gerberiano è stato studiato in questa chiave soprattutto da Walter WILHELM, *Metodologia giuridica*, cit., pp. 95-140. Wilhelm ha sottolineato anche lo stretto rapporto, negli anni Cinquanta, tra Gerber ed Jhering, che sboccò, nel 1857, nella fondazione, e nella comune direzione, dei noti *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*; è qui superfluo ricordare ancora una volta il Carteggio tra i due giuristi, di recente pubblicato, e che testimonia, con le lettere comprese tra il 1849 ed il 1857, della straordinaria coincidenza di punti di vista dei due studiosi. Nel brano gerberiano riportato nel testo, il nostro giurista riprende espressioni adoperate da Jhering nel suo celebre articolo *Unsere Aufgabe*, pubblicato proprio in testa al primo numero degli *Jahrbücher*, dove il noto romanista così si esprimeva a proposito dei compiti della storia giuridica: « Das Evangelium der Rechtsgeschichte der Zukunft besteht in dem Satz

funzione se non quella di offrire al diritto le occasioni per venire alla luce, ed è ben lungi dall'essere un possibile strumento da adoperare per sottoporre a verifica critica le costruzioni dogmatiche del giurista ⁽⁷⁸⁾.

Ma, allora, partendo dal presupposto — del tutto corretto — che le concezioni savigniane della storia, e del ruolo della scienza giuridica, sono prodotto ed espressione di un tempo storico anteriore all'affermazione dei nuovi rapporti sociali, qual'è il 'vero' Gerber, quello interprete dei grandi mutamenti strutturali, conscio di vivere in un'età di sfaldamento del vecchio assetto sociale, o quello che ci ripropone ancora una volta il programma di lavoro del Maestro della Scuola Storica, sia pure accentuando il ruolo produttivo della dogmatica giuridica?

Crediamo che la risposta sia già implicita in quanto abbiamo illustrato in questi primi due paragrafi, ma converrà qui esplicitare quanto già risulta da tutto il contesto della nostra analisi.

A nostro avviso, affermare che esistono due faccie del giovane Gerber, che il suo pensiero vive in una costante tensione tra 'vecchio' e 'nuovo', ha una sua validità solo se ci riferiamo alla concreta situazione storica della Germania del tempo. Capiremo, in questo modo, che la tensione interna a Gerber coincide con la contraddizione fondamentale della sua epoca, tra l'avanzamento dei nuovi rapporti sociali, e la persistenza delle vecchie strutture istituzionali, dei vecchi modelli politici e culturali ⁽⁷⁹⁾.

L'affermazione della società civile borghese non è accompagnata da un radicale mutamento delle strutture politico-istituzionali, cosicché è possibile percepire il passaggio dal vecchio assetto

dass hinter dem, was in der geschichtlichen Entwicklung des Rechts als äussere Thatsache hervortritt, hinter dem rechtsgeschichtlich Concreten, noch ein anderes Stück Rechtsgeschichte steht, und zwar das beste Theil» (p. 4); anche per Jhering, la 'migliore parte' della storia è costituita dai principii e dagli istituti giuridici, in quanto essi possano essere considerati elementi unificanti una grande quantità e pluralità di concrete esperienze particolari, valide nella misura in cui siano a loro volta concepibili come espressione specifica di quei più generali principii.

⁽⁷⁸⁾ WILHELM, *Metodologia giuridica*, p. 127: «la storia del diritto era, ora, soltanto svolgimento del sistema».

⁽⁷⁹⁾ Nel primo paragrafo di questo capitolo, abbiamo cercato di illustrare questa fase storica.

al nuovo come un progressivo miglioramento dei modi di produzione e del benessere collettivo ed individuale, senza che ciò dia il senso di una rivoluzione in atto, di un profondo cambiamento a tutti i livelli dell'esperienza. La comunità umana, la *Gemeinschaft*, progredisce nell'ambito di una sostanziale continuità, dentro l'involucro delle medesime forme politiche.

Così, Gerber, fedele interprete del suo tempo, può percepire il passaggio dall'assetto medievale al moderno nel senso esclusivo della storia giuridica savigniana, secondo il modello di un'evoluzione graduale e costante, verso l'affermazione di principii ed istituti giuridici finalmente depurati dagli antichi condizionamenti etici e sociali.

Alla base delle analisi di Savigny stava una società scarsamente conflittuale, tenuta insieme da dati etico-culturali, organicamente progrediente; anche Gerber, pur facendo leva sull'emersione del 'giuridico' quale principio unificante, e non tanto sulle comuni tradizioni del *Volk*, rimaneva sulla stessa linea.

Nel primo capitolo abbiamo sostenuto che nessuna teoria politica del *Vormärz* riesce a costituire una valida alternativa al programma della Scuola Storica: ora possiamo affermare che neppure il passaggio ad un assetto sociale diverso riesce a distruggere quel primato, proprio perché il mutamento avviene in Germania con caratteristiche tali da mantenere attuale il discorso savigniano. Il giurista è ancora al centro del progetto sociale, poiché, con Gerber, l'affermazione della società civile borghese è nient'altro che la vittoria del 'giuridico', il suo definitivo affrancamento. Scompare del tutto l'altro versante, quello della liberazione delle contraddizioni, dell'intensificarsi dello scontro economico, della necessità di un potere politico in grado di mediare e di comporre. Questo ci premeva per ora rilevare: pur essendo le dottrine savigniane indubitabilmente legate al vecchio assetto sociale, la risposta che viene data al suo eclissarsi è ancora nella direzione del primato della scienza giuridica.

Anzi, proprio con Gerber tale primato si svincola dal compito di difesa del vecchio ordine, per riproporsi nel contesto del mutamento sociale, indicando nella scienza giuridica la scienza della transizione al nuovo assetto. C'è, però, chi ancora si rifiuta di ridurre la storia a processo giuridico, chi ancora pretende di mettere

il dito sulla piaga, sottolineando le storture e le contraddizioni del nuovo assetto sociale in via di formazione, chi ancora parla di scienza sociale e di ruolo del potere politico: uomini come Mohl e Stein non potevano scomparire dal dibattito, proprio ora che la società civile da loro intuita sempre più diveniva realtà. Attraverso l'analisi del dibattito suscitato dalle loro proposte, ci addenteremo compiutamente nel complesso tema dello Stato.

III. All'inizio degli anni Cinquanta, Heinrich Bernhard Oppenheim⁽⁸⁰⁾, uno degli allievi di Hegel maggiormente coinvolto nelle insurrezioni degli anni precedenti al '48, noto per le sue simpatie repubblicane, affermava con tutta chiarezza: « È uno Stato di diritto quello in cui la popolazione si smembra in due campi avversi, nel campo degli sfruttati e degli sfruttatori? »⁽⁸¹⁾. Per esplicitare il pensiero di Oppenheim: che senso ha parlare di diritto e di norma giuridica in una società nella quale l'unica norma possibile sembra essere quella dello scontro economico, dello sfruttamento di un individuo sull'altro? Cosa può il diritto in senso unificante a fronte di una divisione imposta nei fatti dalle leggi della dinamica sociale?

Prima di tutto è necessario, secondo Oppenheim, non identificare il diritto *tout court* con il diritto privato, non riporre eccessiva fiducia nei suoi automatismi, poiché esso esiste solo come parte di « un'armonia superiore », che è compito dello Stato — in quanto soggetto autonomo — creare, imponendo « il suo proprio diritto »⁽⁸²⁾; in secondo luogo, lo Stato medesimo deve operare secondo alcune direttive di « socialismo pratico », cercando di intervenire sulle contraddizioni dello sviluppo⁽⁸³⁾.

⁽⁸⁰⁾ H. Bernhard Oppenheim (1819-1880) fu più uomo politico che non filosofo e teorico. Nel 1849 fu costretto in esilio, a causa delle sue opinioni politiche radicali; tornato in Germania, fu attivo come giornalista, ed aderì al partito nazionale-liberale, ripiegando rispetto alle intransigenti posizioni giovanili.

⁽⁸¹⁾ H. B. OPPENHEIM, *Philosophie des Rechts und der Gesellschaft*, Stuttgart, 1850 (citato secondo la traduzione italiana contenuta nell'antologia *Gli hegeliani liberali*, cit., p. 295).

⁽⁸²⁾ *Ibid.*, p. 71 (citato secondo l'introduzione di CESA all'antologia sopra menzionata, p. xxxiv).

⁽⁸³⁾ *Ibid.*, pp. 299-309.

Non è difficile scorgere qui alcune delle tematiche caratteristiche dell'opera di Lorenz von Stein, che proprio in quell'anno pubblicava la sua « *Geschichte der sozialen Bewegung* » (84). Nella *Einleitung*, Stein delineava i contorni di una dottrina della società, che riuscisse finalmente a porsi in una dimensione 'scientifica', a sistematizzare quei concetti e quei principii, che potessero essere ritenuti di validità generale (85).

Il programma rimane, però, nell'Introduzione: in tutti e tre i volumi della *Geschichte* è ancora assai vivo quel 'realismo', quella tensione verso i problemi del presente ed i concreti bisogni sociali, che era stata tipica di tutta la produzione del nostro Autore nel corso degli anni Quaranta; la ricerca è ancora prevalentemente empirica, diretta all'analisi di concrete situazioni, tutta funzionale all'intervento su di esse; la definizione dell'ambito della dottrina della società si ha ancora in base al dato dei bisogni economici, considerato come caratterizzante in modo prevalente quella società civile, che era risultata dal processo di depoliticizzazione dell'antica *societas civilis* (86).

Per uno Stein che aveva vissuto intensamente le vicende del suo tempo, che più degli altri aveva saputo scorgere i mutamenti strutturali in corso, una data come il 1850 è ancora troppo vicina a quel 1848, nel quale egli seppe percepire, a differenza di molti suoi contemporanei, non solo l'aspetto della rivoluzione politica mancata, ma anche quello dell'abbozzo, sia pur molto larvato, di rivoluzione sociale. La *Geschichte* è dunque ancora nella scia delle opere degli anni Quaranta, e la dottrina della società, che essa propone, è ancora una scienza largamente empirica, non eccessivamente preoccupata di fissare le leggi 'eterne ed immutabili' del vivere sociale, ma più protesa, invece, in una dimensione immediatamente operativa.

Torna, a questo punto, il problema di sempre: *chi* avrebbe dovuto operare? È noto che Stein pensava ad una funzione me-

(84) L. von STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, 3 voll., Leipzig, 1850.

(85) Come osserva anche DE SANCTIS, *Crisi e scienza*, cit., pp. 159 e ss.

(86) Non possiamo certo soffermarci sul contenuto della *Geschichte* steiniana: rinviamo qui ancora all'analisi di De Sanctis, nelle pagine indicate alla nota precedente.

diatrice ed unificante del potere politico, di quello Stato e di quella Monarchia, nei quali egli scorgeva l'elemento di 'generalità' necessario per combattere i disgreganti particolarismi della società civile.

Ed è proprio in questo senso che Stein, più ancora che negli anni Quaranta, risulta battuto. Egli si trovava di fronte ad una situazione che sempre più progrediva verso la cesura tra la configurazione e la gestione delle strutture statuali ed i problemi affioranti nella società civile. La separazione di Stato e società, che stava alla base della teorica steiniana, non era assunta criticamente dalle forze sociali e politiche degli anni Cinquanta, ma era accettata e sanzionata da un compromesso politico tra i vecchi ceti e le classi sociali emergenti.

Da una parte abbiamo strutture statuali che operano più che altro per la propria conservazione e continuità, senza un autentico sforzo di corresponsabilizzazione delle nuove energie scaturenti dalla dinamica della società civile, dall'altra una crescita economica che si suppone indefinita e priva di scosse⁽⁸⁷⁾. Si ha come la sensazione di essere giunti ad una tappa finale, di essere entrati in un'età di conciliazione e di pacificazione, nella quale sia le istituzioni politiche come le dinamiche sociali sono regolate da leggi naturali e necessarie.

A questo clima è costretto ad adeguarsi anche Stein, che nel secondo volume del suo « System der Staatswissenschaft » del 1856 ci propone una formulazione completamente diversa della sua dottrina della società⁽⁸⁸⁾: nel momento in cui Stein giunge allo sbocco ultimo del suo itinerario teorico, a proporre l'innesto delle tematiche sociali all'interno della tradizionale considerazione del fenomeno statale, non vi è più molto di realmente alternativo nella sua proposta, poiché la sua idea di *Gesellschaft* è sempre più vicina alla tradizionale *Gemeinschaft*, sempre meno incentrata sui dati derivanti dalla soddisfazione dei bisogni economici, sempre più vista come un fatto collettivo di 'civiltà'. Lo Stein del '56 rive-

(87) Esprimiamo qui, con formula sintetica, quel processo storico degli anni Cinquanta, che abbiamo illustrato nel primo paragrafo di questo capitolo.

(88) L. v. STEIN, *System der Staatswissenschaft*, vol. II, *Der Begriff der Gesellschaft und die Lehre von den Gesellschaftsklassen*, Stuttgart und Tübingen, 1856.

de le sue posizioni giovanili in chiave di eccesso 'economicistico', e sottolinea i vincoli solidaristici di natura etica, che si pongono in funzione unificante a monte degli stessi contrasti economici ⁽⁸⁹⁾.

In corrispondenza di ciò, e inevitabilmente, si esalta sempre più l'astoricità delle istituzioni politiche, poste anch'esse al di sopra dello scontro tra le classi, tanto che si può parlare di « reine Natur des Staats, in so fern sie eben noch den Einwirkungen der Gesellschaft und ihrer Ordnungen frei ist » ⁽⁹⁰⁾; Monarca e burocrazia sono « die natürlichen Träger dieser Idee des Staats » ⁽⁹¹⁾.

L'introduzione della scienza della società nell'ambito della scienza dello Stato non rivoluziona niente, non induce Stein a pensare in modo nuovo alcun istituto di diritto pubblico ⁽⁹²⁾; e lo vediamo anche in occasione del suo giudizio sulla Costituzione prussiana del 1851, accettata nei suoi tratti fondamentali ⁽⁹³⁾.

⁽⁸⁹⁾ Nello stesso senso l'analisi di DE SANCTIS, *Crisi e scienza*, cit., pp. 155-156, 191-192, 226-229. Afferma il nostro Autore: « Questa modifica di prospettiva interna al sistema tende realmente a consumare le valenze giovani-hegeliane, ancora vive nella *Geschichte* (si pensi solo al *pathos* del futuro), a favore di un restaurativo 'positivismo tedesco' in cui riemergono Schelling e la *Historische Schule* nel loro ontologismo più sclerotizzato » (p. 192). Un mutamento nella prospettiva dello Stein del *Nachmärz* è segnalato anche da U. SCHEUNER, *Zur Rolle der Verbände im Rahmen der sozialen Verwaltung nach der Lehre von Lorenz von Stein*, in *Staat und Gesellschaft. Studien über Lorenz von Stein*, cit., pp. 273-304, spec. pp. 276-285.

⁽⁹⁰⁾ STEIN, *System der Staatswissenschaft*, cit., vol. II, p. 51.

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*, p. 72.

⁽⁹²⁾ D. BLASIUS, *Lorenz von Stein Lehre von Königtum der sozialen Reform und ihre verfassungspolitischen Grundlagen*, in *Der Staat*, 10 (1971), pp. 33-51, che ha studiato lo Stein costituzionalista, conclude proprio per la sua omogeneità con la dominante dottrina organicistica.

⁽⁹³⁾ L. von STEIN, *Zur preussischen Verfassungsfrage*, in *Deutsche Vierteljahrschrift*, 57 (1852), pp. 5-59 (ora anche in *Lorenz von Stein. Gesellschaft. Staat. Recht*, cit., pp. 115-145): qui il nostro Autore afferma sì l'impossibilità di studiare gli istituti di diritto costituzionale senza far riferimento al contesto della società civile (pp. 118, e 130-134), ma il discorso metodologico rimane sulla carta, nella piena accettazione delle concrete soluzioni fornite dalla Costituzione prussiana, la quale aveva sanzionato l'esclusione della rappresentanza popolare dall'esercizio della *Herrschaft*, per definizione concentrata nelle mani del Monarca e del suo esecutivo (pp. 138 e ss.). Sullo scritto di Stein, vedi R. KOSELLECK, *Geschichtliche Prognose in Lorenz von Stein Schrift zur preussischen Verfassung*, in *Der Staat*, 4 (1965), pp. 469-481, *passim*.

Lo Stein degli anni Quaranta, tutto impegnato nello studio del concreto processo storico di depoliticizzazione dell'antica *societas civilis*, tutto proteso ad illustrare le tensioni nascenti dal nuovo assetto in via di formazione, si smarrisce nel nuovo contesto degli anni Cinquanta, e vi si adegua; la sua teoria perde la carica riformatrice ed operativa della fase giovanile, e diviene descrittiva del presente, alla ricerca di leggi assolute e necessarie, di *Naturgesetzen*.

La dinamica tra Stato e società civile è sempre meno concepita come concreto intervento del potere politico sulla spinta dei bisogni e delle contraddizioni via via emergenti, e sempre più è intesa come affermazione della *Gemeinschaft*: lo Stato non risulta portatore di un piano cosciente di mediazione tra definiti interessi sociali in contrasto, ma di valori storici in esso insiti, che costituiscono essi medesimi l'antidoto migliore contro i particolarismi e le spinte disgreganti della società civile. Tra uno Stato che riesce a svolgere una funzione unificante in quanto portatore di un consapevole programma di *Sozialpolitik* ed uno Stato che rappresenta per sua stessa natura l'aspetto etico e solidaristico della vita collettiva, è quest'ultimo che anche in Stein prevale.

Il momento qualificante di tutta la problematica steiniana, consistente nell'assunzione dello Stato quale soggetto autonomo agente sulle contraddizioni della società civile, è abbandonato a favore della vecchia concezione dello Stato quale complesso di valori etico-giuridici rappresentanti l'aspetto 'oggettivo' della vita collettiva, da collocarsi a monte delle spinte individualistiche. Per lo Stein del '56, lo Stato — come lo stesso diritto — cessa di essere uno strumento da utilizzare per la soddisfazione dei bisogni espressi dalle dinamiche sociali, esaurendosi così la carica di rinnovamento metodologico delle scienze dello Stato, che era insita nelle sue opzioni degli anni Quaranta ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹⁴⁾ Parliamo, naturalmente, dello Stein degli anni Cinquanta, cioè del 'secondo' Stein, mentre si potrebbe parlare addirittura di una terza fase nel pensiero del nostro Autore, che ha inizio alla fine degli anni Cinquanta, con il pieno inserimento di Stein nel clima culturale e politico austriaco, dopo la sua chiamata a Vienna alla Cattedra di Economia politica e Scienza dell'Amministrazione. Appartengono a questo periodo il *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, Wien, 1860, la *Verwaltungslehre*, Stuttgart, 1865-1868, e *Gegenwart und Zukunft der Rechts-*

La centralità del sociale nel primo Stein significava, infatti, dal punto di vista della teoria dello Stato, inserimento delle istituzioni politiche nel flusso della società civile, tentativo di loro strutturazione in senso corrispondente alle esigenze espresse dalla società medesima; è proprio questo il versante di Stein che viene a mancare, poiché anch'egli torna a sottolineare lo Stato come ordinamento etico-giuridico, collocato per definizione a monte delle contraddizioni sociali.

Non vogliamo insistere più a lungo sul nostro Autore, e su questa svolta nello sviluppo del suo pensiero, che, del resto, a noi interessava solo come elemento indicativo di un certo clima culturale e politico; ci sembra, infatti, assai significativo il fatto che il pensatore, che più degli altri negli anni Quaranta aveva posto l'accento sui movimenti reali della società civile, torni sui suoi passi proprio nel momento in cui quello sviluppo da lui analizzato dava i suoi risultati concreti. È il sintomo più evidente del soffocante clima di 'conciliazione' degli anni Cinquanta, del compromesso in atto tendente, in ultima analisi, ad ammettere il nuovo conservando il vecchio, a prendere coscienza dei mutati rapporti sociali, pretendendo che possano coesistere col vecchio apparato politico e istituzionale.

La vicenda di Gerber, che applicava la vecchia metodologia savigniana ai nuovi rapporti di diritto privato, e quella appena illustrata di Stein, che riproponeva la sua dottrina della società, ma, contemporaneamente, esaltava la continuità storica ed il contenuto etico delle istituzioni politiche, sono in questo senso esemplari.

Eppure, non si può negare che le analisi di Stein rispondessero ad un'esigenza di fondo, che era quella di non considerare in

und Staatswissenschaft Deutschlands, Stuttgart, 1876. La domanda se queste opere costituiscono il compimento di tutto l'itinerario teorico di Stein, e, sotto questo profilo, la ripresa dei suoi temi giovanili, o se, invece, rappresentino il definitivo accantonamento di quei temi dopo la svolta degli anni Cinquanta, non può essere posta nell'ambito di questo capitolo, che è temporalmente circoscritto, e neppure nel contesto di tutto il nostro lavoro, che non contempla la specificità della situazione austriaca, cui è indubbiamente legato quest'ultimo Stein. Seppur solo marginalmente, torneremo, comunque, anche sul 'terzo' Stein, quando affronteremo il tema della scienza di diritto pubblico della fine del secolo.

astratto la razionalità dell'agire individuale quale fonte di necessaria armonia sociale. Nonostante tutto, si comprendeva che il diritto privato, per quanto 'scientificamente' fondato, non era più sufficiente a contenere le spinte disgreganti di una società, che si evolveva pur sempre con ritmi non paragonabili a quelli della prima metà del secolo. Lo testimonia il fatto che la scelta a favore di una dottrina della società, di un'attenzione specifica ai problemi della collettività da un punto di vista non strettamente statale, è diffusa nel corso degli anni Cinquanta, e trascende i confini della particolare storia intellettuale di Stein.

Sarebbe qui inutile citare tutta una serie di opere minori in questo senso ⁽⁹⁵⁾; ci sembra invece più significativo ricordare la presa di posizione di un personaggio da noi già incontrato, di quel Robert von Mohl, giurista liberale noto per la sua opzione a favore del Governo parlamentare ⁽⁹⁶⁾, il quale, nel corso degli anni Cinquanta, si pronuncia per la costituzione di un'autonoma scienza della società: « ist jetzt eine neue grosse Aufgabe entstanden. Die Wissenschaft der Gesellschaft ist zu begründen und zu entwickeln; namentlich aber auch ihre Gränze gegen die Staatswissenschaft festzustellen » ⁽⁹⁷⁾.

Secondo Mohl, lo studio della collettività umana è sempre avvenuto dal punto di vista dello Stato ⁽⁹⁸⁾; è giunto ora il momento di prendere coscienza di questa lacuna, di considerare autonomamente la società ed i suoi problemi specifici. Per Mohl, l'analisi non può esaurirsi con lo Stato e con l'individuo; esiste un terzo *Zustand* che si muove in modo autonomo dall'uno e dall'altro; esiste, in altre parole, tutto un complesso di *Lebenskreisen*, di associazioni tra i singoli, che non è comprensibile, né in termini di esplicazione della volontà individuale (diritto privato), né in termini di schemi autoritativi imposti dall'alto (diritto pubbli-

⁽⁹⁵⁾ Vedi la voce *Gesellschaft, Gemeinschaft*, a cura di M. RIEDEL, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., vol. II, pp. 801-862 (p. 847 nota 200 per l'elencazione di alcune di queste opere).

⁽⁹⁶⁾ Vedi il paragrafo III, 3, del primo capitolo.

⁽⁹⁷⁾ R. von MOHL, *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, 3 voll., Erlangen, 1855-1858 (vol. I, p. 71, per la frase citata nel testo).

⁽⁹⁸⁾ *Ibid.*, pp. 72-73.

co) ⁽⁹⁹⁾. La realtà sociale non è una creazione delle volontà dei singoli o dello Stato, ma possiede una sua autonomia ed oggettività, dalla quale è necessario prendere le mosse per una corretta considerazione scientifica. La dottrina della società ha appunto il compito di ricercare le leggi che presiedono alla formazione di questa realtà sociale, e che non possono considerarsi identiche con quelle della volontà individuale o statale.

Come in Stein, anche in Mohl, troviamo questa insoddisfazione nei confronti di una scienza che pretende di affermare la necessaria razionalità della vita collettiva, prima ancora di aver indagato sulle sue reali strutture, prima ancora di aver studiato la reale capacità del sistema politico a produrre quell'armonia sociale, che pur essi auspicavano e ricercavano. Sostiene Mohl che « die Aufgabe des philophischen Staatsrechts nicht darin setzt, den Staat als eine Folgerung eines bestimmten philosophischen Systems zu begreifen, sondern welche ihn als eine Anstalt zur Befriedigung menschlicher Zwecke auffasst » ⁽¹⁰⁰⁾: il problema non è quello di definire lo Stato come *Organismus* o come *Macht*, ma di sondare in concreto la sua capacità a soddisfare i bisogni dell'individuo e della collettività.

Ma anche il limite di Mohl è lo stesso di Stein, ed attiene al momento nel quale viene a porsi il problema dell'ingresso delle dinamiche sociali nello Stato: qui Mohl afferma chiaramente che tra scienza dello Stato e scienza della società deve esistere « eine völlige Trennung » ⁽¹⁰¹⁾. Si può, anzi, affermare che « im wesentlichen wird durch das Entstehen der neuen Disciplinen (la scienza della società) nichts an der Art, der Zahl und dem Zusammenhange der Staatswissenschaften geändert. Eben weil der Staat ein von der Gesellschaft völlig geschiedenen Lebenskreis ist, bleibt auch seine wissenschaftliche Bearbeitung und ihr System unberührt » ⁽¹⁰²⁾.

Così come Stein, al momento nel quale aveva proposto l'innesto delle tematiche sociali nella scienza dello Stato, aveva criti-

⁽⁹⁹⁾ *Ibid.*, pp. 88 e ss.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibid.*, p. 260.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibid.*, p. 104.

⁽¹⁰²⁾ *Ibid.*, p. 104.

cato le sue posizioni giovanili, e l'economicismo del suo concetto di *Gesellschaft*, così anche Mohl, dopo aver rivendicato una maggiore considerazione dei problemi della società, si guarda bene dal sottoporre le strutture statuali ad una conseguente critica: con diverse modalità, si assiste ad un'eguale riluttanza dei due Autori a portare nell'ambito dello Stato tutto il peso dell'analisi condotta a livello del sociale ⁽¹⁰³⁾.

È la concreta condizione storica degli anni Cinquanta che impedisce al discorso di Stein e di Mohl di procedere. Mentre negli anni precedenti al '48 il richiamo alla centralità del sociale coinvolgeva inevitabilmente anche le strutture statuali, proponeva una nuova concezione dello Stato medesimo, gli indicava una serie di compiti fino a quel momento sconosciuti, ora che si era esaurita la volontà di rinnovamento, che era venuta a termine l'età del dibattito e della messa in discussione dell'intero modello di sviluppo, lo Stato, che appariva nelle forme della continuità politica ed istituzionale, era la prima componente ad essere sottratta alle critiche. La scienza della società cessava di costituire il veicolo attraverso il quale si rivendicava un maggiore spazio per le forze sociali emergenti, una diversa qualità dell'intervento del potere politico, e poteva, al massimo, conservarsi come scienza ausiliaria, in funzione di sostegno alle strutture politiche esistenti.

Ci si avviava, anzi, verso una totale eliminazione delle prospettive di analisi sociale, verso un totale rifiuto di una qualsiasi scienza della società.

Di fronte alle proposte di Stein e di Mohl abbiamo un atteggiamento di dura critica da parte della scienza giuridica e politica dominante; in particolare, Johann Kaspar Bluntschli ⁽¹⁰⁴⁾ attacca

⁽¹⁰³⁾ Secondo Francesco DE SANCTIS, *Crisi e scienza*, cit., p. 113, Mohl, separando la scienza della società da quella dello Stato, cercava di superare « l'astrattezza del principio borghese dell'individuo, senza per altro voler perdere la purezza del concetto liberale di Stato ».

⁽¹⁰⁴⁾ Johann Kaspar Bluntschli (1808-1881) nasce a Zurigo ed opera in Svizzera fino al 1848, anno in cui viene chiamato alla Cattedra di Monaco. È autore di una *Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich*, 2 voll., Zürich, 1838-1839, con la quale propugna l'applicazione del metodo germanistico

in modo specifico le tesi di Mohl (105), e lo fa con argomenti, che è interessante brevemente esaminare. Si hanno qui a confronto due giuristi, entrambi interessati al fenomeno statale, ma orientati da una cultura politica completamente diversa, l'una ispirata al clima degli anni Quaranta, all'età dell'ascesa del movimento liberale e delle nuove forze sociali (Mohl), l'altra modellata sugli insegnamenti della Scuola Storica, del tutto inserita nella volontà di compromesso e di conciliazione degli anni Cinquanta (Bluntschli).

Secondo Bluntschli « die Erfahrungen des neunzehnten Jahrhunderts mit ihren Wechsellern und ihren fortgesetzten Kämpfen sind dem Gefühl der Sicherheit und der politischen Wissenschaft nicht günstig. Diesem Zustand entspricht die skeptische und kritische Richtung in der Wissenschaft » (106). Mohl è uno degli esponenti di questa scienza politica 'critica e scettica', poiché considera « den Staat als Organismus, aber denkt sich darunter nicht ein belebtes Wesen, nicht eine Person, sondern nur ein System von Einrichtungen »: per lui lo Stato è « nur ein Mittel für die

della Scuola Storica al diritto svizzero. Una volta inserito nella realtà tedesca, è coinvolto nelle polemiche tra Germanisti e Romanisti, che egli interpretò sempre anche in senso politico. Fu assai attivo sul piano dell'organizzazione della cultura giuridica e politica: nel 1853 fondò con Arndts e Pözl la Rivista intitolata *Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, e nel 1857, con Karl Brater, il noto *Staatswörterbuch*, del quale usciranno undici volumi, fino al 1870. Il *Wörterbuch* di Bluntschli è da considerarsi espressione delle linee fondamentali del liberalismo del *Nachmärz*. Nel 1861 Bluntschli succede a Mohl alla Cattedra di diritto pubblico dell'Università di Heidelberg, giungendo così al tetto della sua carriera accademica. Sulla sua figura torneremo comunque in seguito in modo più analitico, mentre, in questo contesto, ci interessa unicamente il Bluntschli contraddittore delle tesi di Stein e Mohl riguardo alla *Gesellschaftslehre*.

(105) J. K. BLUNTSCHLI, *Über die neuen Begründungen der Gesellschaft und des Gesellschaftsrechts*, in *Kritische Übersicht*, cit., 3 (1856), pp. 229 e ss. Ancor più efficacemente, le critiche a Mohl vengono riprese da Bluntschli nella sua *Geschichte des allgemeinen Staatsrechts und der Politik*, München, 1864: noi citeremo da questo secondo testo, che, pur conservando per intero i contenuti della critica del '56 alla *Gesellschaftslehre* di Stein e di Mohl, offre un panorama più vasto della cultura politico-giuridica di Bluntschli. Per l'intervento di Bluntschli, vedi anche ANGERMANN, *Robert von Mohl*, cit., pp. 368-372.

(106) BLUNTSCHLI, *Geschichte des allgemeinen Staatsrechts und der Politik*, cit., p. 614.

gemeinsamen Lebenszwecke der Menschen» (107). Bluntschli vede cioè in Mohl il giurista che si è fatto coinvolgere nelle 'prolungate lotte' del secolo diciannovesimo, e che ha così perduto la dimensione ideale dello Stato, considerandolo solo un puro e semplice mezzo per il raggiungimento di certi scopi.

Ma il contrasto è ancora più profondo, ed attiene alle categorie medesime adoperate dai due giuristi: per Bluntschli lo svilimento e l'impoverimento del concetto di Stato avviene in Mohl essenzialmente a causa del suo scetticismo di fronte all'idea di *Volk*: «Der ganze Gedanke der Volksindividualität erscheint ihm (a Mohl) mystisch und unverständlich» (108).

Il *Volk* di Bluntschli è palesemente quello di Savigny (109), cioè un'entità storico-culturale priva di connotati sociali ed economici; lo Stato è per lui la personificazione del *Volk*, e solo in questo modo si legittima, per il fatto di portare a compimento e realizzazione i caratteri originari del popolo tedesco.

Non è necessaria alcuna scienza della società, poiché l'unica dialettica possibile è quella insita in quel processo storico, che conduce un popolo unitariamente inteso a darsi delle strutture istituzionali. La scienza della società è anzi dannosa perchè induce a pensare lo Stato come un sistema di disposizioni a favore della società civile, semplicemente come un mezzo per il raggiungimento di certi scopi, e non un punto di arrivo, una conquista di civiltà. La scienza della società è per Bluntschli frutto di un'età dilaniata da lotte e contraddizioni, che aveva smarrito il senso dell'unitarietà del vivere collettivo; gli anni Cinquanta, gli anni del compromesso e della conciliazione, rappresentano in questo senso il ritorno al corso storico 'naturale', la possibilità di un rilancio dell'idea di Stato come realizzazione delle energie morali del *Volk*.

Proprio da questa angolazione, è utile estendere la nostra analisi alla *Habilitationsschrift* del giovane Heinrich von Treitschke (110),

(107) *Ibid.*, p. 614.

(108) *Ibid.*, p. 614.

(109) Sui rapporti di Bluntschli con il Maestro della Scuola Storica, torneremo più avanti.

(110) Heinrich von TREITSCHKE, *Die Gesellschaftswissenschaft. Ein kritischer Versuch, Habilitationsschrift* del 1859, ristampato negli *Aufsätze, Reden und Brie-*

un liberale destinato a divenire lo storico ufficiale del *Reich* bis-marckiano ⁽¹¹¹⁾, il quale intervenne nel dibattito sulla dottrina della società assumendo punti di vista assai simili a quelli di Bluntschli.

Anche Treitschke, infatti, sostiene che pensatori come Stein e Mohl miravano ad un pericoloso impoverimento dell'idea di Stato, ad una sua riduzione a « System von Einrichtungen » ⁽¹¹²⁾; la risposta è la stessa di Bluntschli: « der Staat ist ein Volk in seinem einheitlichen äusseren Zusammenleben » ⁽¹¹³⁾. È vero che lo Stato è determinato dalla società, ma solo « durch jenes geistige Kapital, das wir den Volkscharakter nennen » ⁽¹¹⁴⁾. Per la scienza dello Stato la società civile coincide con il *Volk*, è un'entità necessariamente pacificata e conciliata: « Die Blüte des Staates ist erreicht, wo der Friede zwischen allen sozialen Gruppen gewahrt ist » ⁽¹¹⁵⁾. Il popolo si realizza nello Stato, cosicché la scienza dello Stato ha ad oggetto « das gesammte Volksleben », comprese « Gemeinden und Landschaften »; ciò che rimane fuori da questa analisi sarà oggetto del diritto privato ⁽¹¹⁶⁾. Scienza dello Stato e diritto privato sono sufficienti: non vi è alcun bisogno di una scienza della società.

fe dello stesso Autore, curato da K. M. SCHILLER, vol. II, Meersburg, 1929, pp. 737-809.

⁽¹¹¹⁾ Sulla vita e sulle opere di Treitschke (1834-1896), vedi G. IGGERS, *Heinrich von Treitschke*, in *Deutsche Historiker*, cit., pp. 174-188. L'opera più nota di Treitschke è senza dubbio la *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert*, 5 voll., Leipzig, 1876-1894, la quale celebra lo Stato come *Macht*, e, dal punto di vista del metodo storiografico, conduce un'indagine basata sull'assoluta prevalenza del potere politico sulla società civile: si può dire che Treitschke abbia influenzato in questa direzione la storiografia tedesca fino al secondo dopoguerra.

⁽¹¹²⁾ TREITSCHKE, *Die Gesellschaftswissenschaft*, cit., p. 804. Secondo Treitschke, la concezione di Stato di Mohl è « zu enge » (p. 806). Sullo scritto qui analizzato, sotto il profilo della polemica condotta contro Mohl, vedi ANGERMANN, *Robert von Mohl*, cit., pp. 373-383, e, brevemente, la voce *Gesellschaft, Gemeinschaft*, curata da M. RIEDEL, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., vol. II, pp. 847-848.

⁽¹¹³⁾ TREITSCHKE, *Die Gesellschaftswissenschaft*, cit., p. 786.

⁽¹¹⁴⁾ *Ibid.*, p. 794.

⁽¹¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 797.

⁽¹¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 807.

Secondo Treitschke, « die ganze Staatswissenschaft ist sozialpolitisch » ⁽¹¹⁷⁾, nel senso che essa non si può limitare all'analisi del potere centrale, ma deve studiare anche tutta l'articolazione del *Volk* nelle comunità locali. Per questo la scienza dello Stato deve « Staat und Gesellschaft als untrennbar betrachten » ⁽¹¹⁸⁾; anzi, proprio questa considerazione unitaria di Stato e società « rettet die Notwendigkeit des Staates » ⁽¹¹⁹⁾, perché, altrimenti, avremmo « eine Staatseinrichtung ohne Kenntniss des Volkslebens » ⁽¹²⁰⁾, e, dunque, destinata a deperire.

Le matrici culturali di Treitschke sono evidenti, e da lui medesimo proclamate. Egli combatte contro il diritto naturale, che conduce, a suo giudizio, ad una visione formalistica e meccanicistica della vita collettiva: da una parte una società civile disgregata ed atomizzata, fondata sulle sole forze del singolo individuo, dall'altra uno Stato come complesso di disposizioni a favore della società medesima. Tale ' formalismo ' è, peraltro, nella sua ultima fase storica ⁽¹²¹⁾, ed il compito del presente si è ormai delineato chiaramente nel senso di porre lo Stato « auf die ganze Breite des historischen Bodens » ⁽¹²²⁾. Il punto di riferimento deve essere costituito dal *Volk* tedesco, senza cedimenti a « fremde Einrichtungen »; la tradizione culturale cui rifarsi è anch'essa autenticamente tedesca, e consiste nella considerazione dello Stato « als das organisierte Volk »; è sufficiente riprendere le fila degli insegnamenti della Scuola Storica ⁽¹²³⁾, e del grande Maestro del liberalismo tedesco, che ha ricondotto la politica « auf den Grund und das Mass der gegebenen Zustände » ⁽¹²⁴⁾.

⁽¹¹⁷⁾ *Ibid.*, p. 792.

⁽¹¹⁸⁾ *Ibid.*, p. 806.

⁽¹¹⁹⁾ *Ibid.*, p. 794.

⁽¹²⁰⁾ *Ibid.*, p. 794.

⁽¹²¹⁾ *Ibid.*, p. 800: si susseguono, significativamente, le citazioni della ' Politica ' aristotelica (pp. 800 e ss.).

⁽¹²²⁾ *Ibid.*, p. 804.

⁽¹²³⁾ *Ibid.*, pp. 808-809: Treitschke parla dei « giuristi storici » (p. 809).

⁽¹²⁴⁾ *Ibid.*, p. 809: si tratta — è evidente — di Friedrich Christoph Dahlmann, autore della nota *Die Politik, auf den Grund und das Mass der gegebenen Zustände zurückgeführt*, Leipzig, 1835. Sull'influsso di Dahlmann su Treitschke, vedi ANGERMANN, *Robert von Mohl*, cit., p. 373.

L'appello di Treitschke non è certo destinato a cadere nel vuoto: egli stesso continuerà — negli anni successivi — la sua opera di demolizione di quella parte della cultura politica e giuridica tedesca, che si era legata agli insegnamenti del diritto naturale importato dalla vicina Francia, e la parallela opera di valorizzazione di intellettuali come Savigny e Dahlmann, che invece avevano basato le loro teorie sulla centralità del *Volk* germanico e del suo specifico sviluppo storico (125).

Tra il modello che si fonda sull'analisi della depoliticizzazione dell'antica *societas civilis*, e che affida allo Stato, ridotto ad autonomo soggetto agente sulla società civile, il compito di mediare le crescenti contraddizioni dello sviluppo economico, e quello che nega una qualsiasi separazione di Stato e società, di politico ed economico, riunificando le due dimensioni nel processo storico, che naturalmente conduce un certo *Volk* a realizzarsi in determinate istituzioni politiche, è quest'ultimo che prevale.

La scienza sociale di Stein e di Mohl non può avere un proprio spazio autonomo, perché pretende di descrivere i meccanismi della società civile, al fine di regolarli, mentre, invece, quella società, o si presenta sotto il profilo dei rapporti tra gli individui, ed allora si configura come organismo autoregolato (diritto privato), o si presenta sotto il profilo pubblicistico, ed allora si riunifica naturalmente in *Volk*, e si realizza altrettanto naturalmente nello Stato. La dinamica steiniana non ha futuro in Germania, perché si fonda sulla riduzione della società civile al suo nudo contenuto economico, mentre il popolo tedesco possiede, ancora intatta, la capacità di realizzarsi unitariamente sulla base della propria tradizione storica e culturale.

Ciò che nella prima metà del secolo poteva essere sentito come condizione di arretratezza dello sviluppo sociale, è ora orgogliosamente affermato come ragione di primato della Nazione: « Wir sind in unserer politischen Entwicklung später gekommen als die

(125) Assai note furono le lezioni tenute da Treitschke all'Università di Freiburg, e, in seguito, di Heidelberg e Berlino nel corso degli anni Sessanta e Settanta, poi riunite in due volumi sotto il titolo di *Politik*, Berlin, 1897-1898. Per un'analisi di questa opera, vedi O. WESTPHAL, *Der Staatsbegriff Heinrich von Treitschkes*, in *Deutscher Staat und deutsche Parteien*, München, 1922 (rist. 1973), pp. 159-200.

übrigen europäischen Völker; deshalb können wir auch universeller sein » (126). Il ritardo nell'emersione dei nuovi rapporti economici e sociali, la conseguente debolezza del movimento liberale, proprio per carenza di base nella società civile, il fallimento del '48, infine la conservazione delle vecchie strutture politiche, pur a contatto con una realtà sociale mutata, sono qui considerati in chiave di 'specificità' della storia tedesca, sono valutati positivamente come presupposti per l'affermazione di quella 'generalità', che sfugge ormai a Nazioni come la Francia, dilaniate dalle lotte politiche e sociali, nelle quali finiscono per venir coinvolte le stesse istituzioni.

Il clima di conciliazione nazionale degli anni Cinquanta, al quale più volte ci siamo richiamati, e che abbiamo descritto in termini di compromesso tra i vecchi ceti e le classi sociali emergenti, è l'ideale trampolino di lancio per una scienza politica che rifugga dall'analisi dei contrasti sociali, che faccia appello al *Volk*, ed alla 'naturalità' delle istituzioni politiche (127).

Anche per la via del dibattito sulla scienza della società, torna in primo piano l'insegnamento della Scuola Storica, ed, in genere, tutta quella cultura politico-giuridica, che si era prodotta in Germania nella prima metà del secolo, in reazione alle dottrine giusrazionalistiche.

La sconfitta delle proposte di Stein e di Mohl, le radici culturali dei loro contraddittori Bluntschli e Treitschke, dimostrano quanto ancora fossero vitali le idee dei padri del pensiero storico, dei Savigny e dei Dahlmann. Per loro, come per gli stessi Treitschke e Bluntschli, in una netta linea di continuità, lo Stato è il complesso dell'esistenza storico-politica di un popolo; non vi è alcun spazio per una scienza della società, poiché quest'ultima coincide con il *Volk*, e dunque con lo Stato medesimo (128).

(126) TREITSCHKE, *Politik*, cit., vol. I, p. 86.

(127) Afferma giustamente Erich ANGERMANN, *Robert von Mohl*, cit., p. 373: « Treitschkes Staatsauffassung der in der Reichsgründungszeit vorherrschenden Tendenz kongenialer war als Mohls Lehre, die doch viel stärker in vormärzlichen, von westeuropäischen Ideen beeinflussten Gedankengängen gründete ».

(128) Per la continuità Dahlmann-Treitschke, proprio sotto il profilo del mantenimento dell'antica unità classica, secondo il modello della 'Politica' aristotelica, vedi M. RIEDEL, *Der Staatsbegriff der deutschen Geschichtsschreibung des*

È questa cancellazione di una qualsiasi dinamica Stato-Società il presupposto metodologico, che sta alla base dell'interesse scientifico dei giuristi per lo Stato. Esso si fonda su un'ipotesi di chiaro stampo organicistico, nonché sull'affossamento di una qualsiasi prospettiva di analisi sociale. Inoltre, esso si situa storicamente negli anni Cinquanta, nell'età del riflusso del movimento liberale e del compromesso con i vecchi ceti dominanti.

Ora che le grandi dispute filosofiche dei primi decenni del secolo sono venute a termine, ora che sta venendo a cessare anche la pretesa di considerare le strutture statuali in relazione alle contraddizioni ed ai bisogni della società civile, ora, finalmente, i giuristi possono superare le antiche diffidenze verso la sfera del potere politico, ed iniziare il cammino, che li condurrà a divenire i protagonisti della teoria dello Stato.

IV. 1. Nei primi tre paragrafi di questo capitolo, abbiamo visto, relativamente agli anni Cinquanta, come il concreto processo storico in atto, la teoria politica, l'impegno della scienza di diritto privato, il rapporto della scienza dello Stato con quella della società, si muovano tutti nella direzione di riassumere le tensioni scaturenti dai nuovi rapporti sociali sotto l'etichetta di 'Volk', nel senso savigniano di comunità unitariamente concepita in base ad una determinata tradizione storico-culturale.

Muta, però, rispetto alla prima metà del secolo, il campo di applicazione di questa categoria, o, meglio, essa si estende dal terreno tradizionale del diritto privato a quello della scienza dello Stato. Mentre Savigny si richiamava allo spirito popolare per individuare una dimensione 'obbiettiva' del fenomeno giuridico, che risiedeva essenzialmente a livello dei rapporti di diritto privato, in antitesi al primato del potere politico e del legislatore, alla tendenza a voler tutto regolare e riformare dall'alto, ora, i giuristi della seconda metà del secolo comprendono che questa schematica contrapposizione deve essere superata.

19. *Jahrhunderts in seinem Verhältnis zur klassisch-politischen Philosophie*, in *Der Staat*, 2 (1963), spec. pp. 51 e ss.; sullo stesso problema, ancora M. RIEDEL, la voce *Gesellschaft, bürgerliche*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., vol. II, spec. pp. 787 e ss.

È questa anche l'espressione di una posizione di forza del ceto dei giuristi, conseguente al fallimento del movimento liberale nel Quarantotto. Mentre Savigny costruiva la sua teoria in difesa di un ordine, che lui medesimo sentiva profondamente minacciato, uomini come Gerber e Bluntschli, per vie diverse, potevano vedere proprio nel fallimento quarantottesco la conclusione di un'età incerta, di turbamento sociale e politico, e l'inizio di un periodo di pacificazione nazionale, che consentiva loro di elaborare il progetto di una società interamente conciliata, all'interno della quale potesse essere assorbita la figura dello Stato, non più preda delle contingenze sociali e politiche del momento, ma anch'essa saldamente ancorata alle tradizioni storiche del *Volk*, sicuramente comprensibile in termini scientifici, alla pari dei rapporti di diritto privato.

In definitiva, la complessa situazione degli anni immediatamente successivi al Marzo 1848 produce fondamentalmente un effetto a livello di storia della teoria dello Stato: i giuristi iniziano a pensare di non dover essere necessariamente relegati al campo del diritto privato, a vedere lo Stato come possibile oggetto d'indagine scientifica, dopo che nei decenni precedenti soprattutto i filosofi, gli storici, o i teorici della società come Stein, avevano monopolizzato la discussione. Ora, invece, è passata l'ubriacatura dei grandi dibattiti, la situazione politica tende a stabilizzarsi, la storia torna a fluire nel suo corso maestro, a determinare la vita e l'evoluzione delle istituzioni. Esse sono, insomma, comprensibili scientificamente: è possibile una teoria giuridica dello Stato.

Già nel 1852 due giuristi educati alla Scuola Storica si cimentano col tema dello Stato e del diritto pubblico, fornendo due opere di estremo interesse: lo « *Allgemeines Staatsrecht geschichtlich begründet* » di Johann Kaspar Bluntschli, e « *Über öffentliche Rechte* » di Carl Friedrich von Gerber ⁽¹²⁹⁾.

Conosciamo, dal contesto della nostra analisi, quello che accomuna i due giuristi: entrambi escludono dal loro lavoro una prospettiva di analisi sociale, entrambi sono debitori nei confronti della Scuola Storica soprattutto della nozione di *Volk*, che essi

⁽¹²⁹⁾ München, 1852, l'opera di Bluntschli, Tübingen, 1852, il volume di Gerber.

pongono alla base del processo storico di costituzione delle strutture politiche.

Ma esistono anche notevoli differenze, che sembrano quasi ricalcare le polemiche degli anni Quaranta tra Germanisti e Romanisti. Mentre l'opera di Bluntschli è destinata a grande successo ed a notevole diffusione ⁽¹³⁰⁾, la monografia a contenuto dogmatico di Gerber cade nel silenzio generale ⁽¹³¹⁾, e questo può essere spiegato in un solo modo: mentre il primo rappresenta col suo impegno teorico una sorta di sbocco conclusivo di tutta una tradizione liberale di stampo germanistico ed organicistico, che aveva avuto i suoi campioni in uomini come Eichhorn, Waitz, Beseler, Reyscher, e rappresenta il risveglio di tale tradizione dopo la sconfitta del '48, nonché il suo adattamento al nuovo clima politico ⁽¹³²⁾, Gerber tenta, invece, *ex novo*, l'applicazione della dogmatica privatistica al campo del diritto pubblico, compiendo un'operazione che sconvolgeva un assetto ormai definito, in base al quale il terreno dello Stato era riservato ai liberali germanisti, alla tradizionale *Verfassungsgeschichte*.

⁽¹³⁰⁾ Già nel 1857 abbiamo la seconda edizione, ampliata in due volumi: *Allgemeines Staatsrecht*, München, 1857; abbiamo poi la terza e la quarta (München, 1863 e 1868). Con la quinta edizione (Stuttgart, 1875), muta tutto l'impianto dell'opera: il primo volume prende il titolo di *Allgemeine Staatslehre*, il secondo di *Allgemeines Staatsrecht*, per indicare la necessità di separare la dottrina generale dalla concreta analisi degli istituti di diritto pubblico; un terzo volume si intitola *Politik*, e costituisce una sorta di *summa* della scienza politica germanistica; il complesso dei tre volumi prende il titolo di *Lehre vom modernen Staat*, e tale rimane nell'edizione postuma curata da E. LOENING, Stuttgart, 1886.

⁽¹³¹⁾ I *Diritti pubblici* di Gerber non ebbero alcuna edizione successiva al 1852. Solo nel 1913 abbiamo una ristampa presso l'editore Mohr di Tübingen. In una lettera a Jhering del 14 Luglio 1853, Gerber si lamenta proprio dello scarso successo del volume: « Sarebbe per me la più grande delle gioie se vedessi alcuni giovani seguire il metodo che io ho adottato per la disciplina germanistica: alla generazione attuale ho rinunciato da tempo » (*Carteggio Jhering-Gerber*, cit., p. 58).

⁽¹³²⁾ Hermann Schulze, autore di un 'diritto pubblico prussiano', del quale parleremo in seguito, ebbe occasione di affermare che Bluntschli, col suo *Allgemeines Staatsrecht*, aveva compiuto un atto di coraggio in un'età in cui tutte le speranze del movimento liberale sembravano essere svanite: ricorda l'episodio E. LOENING (curatore), *Lehre vom modernen Staat*, Stuttgart, 1886⁶, p. VIII.

Torneremo più avanti su questo tema, poiché nel corso degli anni Sessanta, ed oltre, avremo momenti di aperta polemica tra due schiere di giuristi, che potremmo sinteticamente definire 'organicisti' e 'positivisti', in corrispondenza delle posizioni assunte da Bluntschli e da Gerber; per ora ci premeva sottolineare che le opere di questi due studiosi nascono da un comune interesse del ceto dei giuristi alla teoria dello Stato, ma possiedono un impianto completamente diverso, come pure perseguono — come vedremo — distinte finalità.

Converrà, dunque, esaminare partitamente i due volumi, iniziando dal contributo di Bluntschli.

2. Sul rapporto di Bluntschli con la Scuola Storica, non possono sussistere dubbi, ed è altrettanto certo che Bluntschli conobbe Savigny, e con lui instaurò un fertile rapporto ⁽¹³³⁾. Non v'è dubbio che dal Maestro della Scuola Storica Bluntschli ricavò la concezione secondo la quale lo Stato nasce naturalmente dal *Volk*, da un graduale processo storico, e non dall'arbitraria e contingente volontà politica dei consociati: « Die Völker sind organische Wesen; und deshalb stehen sie unter den Naturgesetzen alles organischen Lebens » ⁽¹³⁴⁾; e ancor più efficacemente: « Verdienst der historischen Schule ist es, den organischen Charakter des Staates von neuem ins Bewusstsein gebracht zu haben » ⁽¹³⁵⁾.

La storia intellettuale di Bluntschli è, però, soprattutto la storia della tradizione politico-culturale germanistica, che sempre fu debitrice alla Scuola Storica delle categorie di analisi della realtà

⁽¹³³⁾ Da studiare, in questo senso, il *Briefwechsel Johann Kaspar Bluntschli mit Savigny, Niebhuhr, Leopold Ranke, Jakob Grimm und Ferdinand Meyer*, a cura di W. OECHSLI, Frauenfeld, 1915; Bluntschli si rivolge a Savigny con l'appellativo di 'mein hochverehrter Lehrer'. Per altre notizie sulla biografia intellettuale di Bluntschli, da leggere le pagine a lui dedicate da F. ELSENER, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. zum 19. Jahrhundert*, Zürich, 1975, pp. 151-159, e 381 e ss.

⁽¹³⁴⁾ BLUNTSCHLI, *Allgemeines Staatsrecht*, München, 1857, I, p. 66; citiamo da questa edizione, perché, pur essendo sorretta dalla stessa ispirazione di fondo della edizione del 1852, è, rispetto a quest'ultima, più completa e maggiormente rispondente ad un disegno organico.

⁽¹³⁵⁾ *Ibid.*, I, p. 53; insieme a Savigny, i più citati sono Ahrens e Waitz (spec. pp. 54 e ss.).

sociale, ma che molto spesso avvertì anche la contraddizione tra le proprie convinzioni scientifiche, e la volontà di collocarsi nell'ambito del movimento liberale ⁽¹³⁶⁾. Così, Bluntschli tende a distinguere ben chiaramente Savigny da Stahl, dal campione dell'assolutismo, dichiarando superata la teoria della derivazione divina del potere, come pure ogni legame con il vecchio assetto feudale ⁽¹³⁷⁾.

Il nostro giurista, peraltro, non mira solo a depurare il metodo storico dai suoi contatti con la teoria politica reazionaria, ma anche a criticarlo per quanto di fatto esso medesimo aveva fino a quel momento realizzato. Nel 1862, nella seconda edizione di un suo saggio giovanile, Bluntschli critica proprio l'irrigidimento delle tesi della Scuola Storica, ed afferma: « Nichts widerspricht mehr der echten historischen Wissenschaft, als die Behauptung der Unveränderlichkeit des Gewordenen und die Lügnerung jedes Fortschritts » ⁽¹³⁸⁾. Pur non sottraendosi certo alla critica delle teorie contrattualistiche in nome della tradizione storica del *Volk* ⁽¹³⁹⁾, Bluntschli mantiene in sé lo spirito del liberale impegnato nella lotta contro l'immobilismo delle strutture politiche dello Stato assoluto, e sottolinea anche la necessità di un cosciente intervento

⁽¹³⁶⁾ È il caso di *Volksrecht und Juristenrecht* di Georg von Beseler, è il caso dell'episodio dei 'sette di Göttingen': vedi *supra*, primo capitolo, specialmente i paragrafi secondo e quarto.

⁽¹³⁷⁾ *Allgemeines Staatsrecht*, cit., I, pp. 226-227; ed, inoltre, sempre di Bluntschli, la *Geschichte des allgemeinen Staatsrechts und der Politik*, München, 1864, pp. 630 e ss. (nota anche col titolo della terza edizione *Geschichte der neueren Staatswissenschaft*, München, 1881). Tra le opere minori, da ricordare il saggio *Über den Unterschied der mittelalterlichen und der modernen Staatsidee*, München, 1855, dove Bluntschli coglie il passaggio dall'assetto medievale a quello moderno come passaggio dalla struttura cetuale alla figura unitaria di *Volk*, con la conseguenza che la rappresentanza popolare diviene un istituto fondamentale del diritto pubblico.

⁽¹³⁸⁾ J. K. BLUNTSCHLI, *Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*, Zürich, 1862², p. 59.

⁽¹³⁹⁾ Le argomentazioni di Bluntschli sono comuni a tutto il costituzionalismo tedesco di stampo germanistico ed organicistico, sviluppatosi da Eichhorn fino a lui: le teorie giusrazionalistiche e contrattualistiche riducono la società civile a somma di individui, e lo Stato ad espressione della loro volontà di accordo, togliendo ogni base obbiettiva alla vita della collettività; per Bluntschli, vedi *Allgemeines Staatsrecht*, cit., I, pp. 231-234, e la *Geschichte des allgemeinen Staatsrechts*, cit., pp. 296-321.

dell'individuo in senso modificativo del suo presente storico: « Die organische Betrachtung von Staat und Recht kann, einseitig verstanden, zu dem Missverständnisse der sogenannten Naturwüchsigkeit führen, welche die freie That der Individuen ausschliesst » (140). Se l'affermazione che lo Stato è un « Naturprodukt » deve significare che una qualsiasi espressione di cosciente volontà umana è da esso esclusa, allora è necessario rivedere quella affermazione (141). Questo è stato, secondo Bluntschli, il difetto della Scuola Storica, la quale ha sottolineato unilateralmente la 'naturalità' del processo storico, che conduce alla creazione dello Stato, sottovalutando il peso « der individuellen Arbeit und der freien That » (142).

Alla sostanziale accettazione del patrimonio della Scuola Storica si affianca, dunque, come già era avvenuto negli anni Quaranta per personaggi come Georg von Beseler, la volontà di evitare un irrigidimento nei confronti delle filosofie contrattualistiche, che conduca di fatto all'esaltazione dello *status quo*, all'esclusione di un cosciente piano di trasformazione delle istituzioni. L'uomo non può modificare a proprio piacimento il contesto in cui vive, determinato dalle forze della tradizione, ma non per questo deve dichiararsi impotente, rinunciando ad un qualsiasi ruolo attivo nell'ambito del processo storico: metodo 'storico' e metodo 'filosofico' debbono cessare di fronteggiarsi, cercando invece la strada della sintesi (143).

Secondo Bluntschli, non è un caso che la Scuola Storica abbia prodotto i suoi migliori frutti sul terreno del diritto privato, poiché qui effettivamente gioca un ruolo centralissimo la forza della storia, come veicolo attraverso il quale si cristallizzano e si tipiciz-

(140) *Geschichte des allgemeinen Staatsrechts*, cit., p. 571.

(141) *Allgemeines Staatsrecht*, cit., I, p. 234.

(142) *Geschichte des allgemeinen Staatsrechts*, cit., p. 571. Su questa presa di posizione di Bluntschli nei confronti della Scuola Storica, insiste anche J. VON TOBEL, *J. K. Bluntschlis Lehre von Staat und Recht*, Zürich, 1956.

(143) *Geschichte des allgemeinen Staatsrechts*, cit., pp. 565-570. Parlando di metodo 'filosofico', Bluntschli intende, evidentemente, il complesso delle filosofie giusrazionalistiche e contrattualistiche: anche alla voce *Staatswissenschaft* dello *Staatswörterbuch*, cit., vol. 10° (1867), Bluntschli propone un metodo che risulti dalla sintesi dell'analisi storica e di quella filosofica.

zano tutta una serie di comportamenti, che divengono norma giuridica regolante i rapporti tra gli individui; diverso è il caso del diritto pubblico, per sua stessa natura maggiormente sottoposto agli influssi contingenti della politica, più facilmente modificabile secondo gli orientamenti dei soggetti protagonisti (144).

In questo campo, secondo Bluntschli, il diritto quale portato della tradizione storica non può pretendere, come nel caso dei rapporti di diritto privato, di essere autosufficiente, ma ha bisogno continuamente della presenza vivificante della politica, intesa come cosciente attività dell'uomo in senso modificativo, perché, altrimenti, esso subirebbe una « Erstarrung », diverrebbe, in breve, inadeguato rispetto ad una mutata situazione di fatto (145). Così, il giurista svizzero si oppone ad un meccanico passaggio della metodologia giuridica privatistica nel campo del diritto pubblico, riconoscendo che la considerazione dello Stato non può esaurirsi a livello dell'analisi storico-giuridica; lo Stato risulta anche dall'incontro e dallo scontro tra le forze politiche, si sostanzia, non solo nell'ordinamento etico-giuridico della collettività, ma anche in una deliberata volontà d'azione (146).

Nell'ambito dello Stato vivono, dunque, due componenti, quella giuridica, nel senso savigniano del consolidamento della tradizione storica, e quella politica, nel senso del soggetto agente in funzione dei problemi della collettività. I due versanti della vita statuale non devono essere separati, ma posti in comunicazione: « Man darf Staatsrecht und Politik nicht absolut von einander trennen. Der wirkliche Staat lebt; d.h. er ist Verbindung von Recht und Politik. Auch das Recht ist nicht absolut ruhend, nicht un-

(144) *Geschichte des allgemeinen Staatsrechts*, cit., p. 571.

(145) *Allgemeines Staatsrecht*, cit., I, pp. 1-3; nel 1875, nel terzo volume della sua *Lehre vom modernen Staat*, intitolato *Politik*, cit., p. 24, Bluntschli afferma che « obwohl das Recht einen dauernden Charakter hat, so hat es doch keinen Anspruch auf Ewigkeit »: il compito della 'politica' è proprio quello di individuare le forme giuridiche non più adeguate al presente, e di promuovere la loro modificazione.

(146) Il diritto non è volontà di dominazione, ma possiede un insopprimibile « geistig-sittlichen Gehalt », e tuttavia si deve riconoscere che « ohne Macht kann weder ein Staat entstehen, noch sich behaupten »: *Allgemeines Staatsrecht*, cit., p. 230.

veränderlich, und die Bewegung der Politik will wieder zur Ruhe kommen. Es gibt nicht bloss ein Rechtssystem, sondern eine Rechtsgeschichte; und es gibt eine Politik der Gesetzgebung. Zwischen beiden Seiten ist eine Wechselwirkung wahrzunehmen, wie überall, wo organische Wesen erscheinen. Damit wird jener Unterschied nicht beseitigt, sondern besser erklärt » (147). Lo Stato non può essere pensato come un immutabile complesso di valori storico-giuridici, poiché esso vive in concreto anche nella dimensione della politica e dell'intervento legislativo; questo secondo elemento non può essere esorcizzato ed accantonato, ma deve essere posto in fecondo colloquio con il primo.

Si coglie qui la differenza che intercorre tra il Savigny del *Beruf* e Bluntschli. Mentre per il Maestro della Scuola Storica lo Stato doveva intendersi, o come tradizionale complesso di valori storico-culturali, o come primato del potere politico, e della 'politica' in quanto tale, sul modello della rivoluzione francese, ed in antitesi all'ordine giuridico (privatistico) da lui difeso, per Bluntschli lo Stato è espressione di una contingente volontà politica, che però può essere razionalizzata e definita all'interno di uno stabile quadro giuridico.

Le minacce della democrazia popolare, del radicalismo prequarantottesco, si sono allontanate, la costituzione politica tedesca ha dimostrato capacità di tenuta, resistendo alla bufera del 1848, ed è possibile, solo ora, iniziare l'opera di progressiva collocazione della volontà statale nell'ambito di un complesso di istituti giuridici. Lo Stato non è più il terreno esclusivo di azione delle forze politiche, ed anch'esso, come i rapporti di diritto privato, può rispondere ad una logica giuridica, seppur mediata con quella specificità, che Bluntschli riconosceva alla sfera delle strutture pub-

(147) *Allgemeines Staatsrecht*, München, 1863³, pp. 2-3: la frase non è contenuta nella precedente edizione del 1857, che sopra abbiamo adoperato, ma, nella sostanza, deve essere considerata come esplicitazione di un pensiero già ampiamente contenuto anche nella seconda edizione. A testimonianza della continuità del metodo di Bluntschli, è da notare l'inserimento, già ricordato, nel 1875, del terzo volume, intitolato *Politik*: i tre volumi così risultanti vennero chiamati *Lehre vom modernen Staat*, indicando in tal modo chiaramente il fatto che una dottrina dello 'Stato moderno' era composta di 'dottrina generale dello Stato', di 'diritto pubblico generale', e di 'politica'.

bliche, nel senso della loro influenzabilità da parte delle contingenti volontà politiche individuali e di gruppo. Non si può trasferire — come già osservato — la signoria del diritto dal terreno privatistico allo Stato, ma si può iniziare a pensare lo Stato medesimo in termini giuridici, a studiare come il diritto possa controllare e razionalizzare la volontà politica.

Questo è possibile perché la storia tedesca dimostra come siano ormai alla conclusione i grandi contrasti politici tra sovranità del principe e del popolo, o della società, tra Assolutismo e Rivoluzione, essendosi ormai affermata « die organische Monarchie », la quale « ist notwendig zugleich eine konstitutionelle, denn der Organismus ist selbst die Konstitution » (148). In una situazione pacificata, nella quale popolo e monarca non si disputano più la sovranità in nome di 'particolari' ideali politici (149), ma si considerano componenti di un ordinamento che è frutto di un concorde processo storico, il diritto può iniziare ad affermarsi anche a livello di strutture statuali.

L'organicismo di Bluntschli costituisce la prima tappa di questo processo. La Costituzione coincide con l'organismo statale, quale prodotto dell'evoluzione storica, ed è in tal senso formalizzata e giuridicizzata, in quanto non più concepita come risultato dello scontro tra le forze politiche e sociali. Lo spettro della Costituzione giacobina del '93 è lontano, e Bluntschli può avere il sicuro punto di riferimento della Costituzione prussiana del 1851. Le vicende storiche tedesche hanno ormai dimostrato che « die deutsche Nation hat eine ihr eigene politische Lebensaufgabe und ein ihr eigenes Staatsideal » (150); non si tratta di considerare il livello raggiunto dalle istituzioni tedesche in relazione agli ideali politici del liberalismo europeo, soprattutto inglese e francese, ma di affermare con orgoglio la specificità della storia e della cultura politica tedesca. Quello Stato nazionale organico, cui aspiravano

(148) *Allgemeines Staatsrecht*, cit., I, p. 393.

(149) Il più grande errore della Rivoluzione Francese è stato quello di aver posto « das Volk dem Könige gegenüber », spezzando qualsiasi possibilità di organica unità, e creando così un « Monstrum mit zwei Köpfen »: *Allgemeines Staatsrecht*, cit., I, pp. 356-357.

(150) *Ibid.*, I, p. 353.

i Germanisti della prima metà del secolo ⁽¹⁵¹⁾, Bluntschli lo considera già realizzato, o, comunque, in via di realizzazione nel corso degli anni Cinquanta.

Con Bluntschli, il movimento germanista, che aveva ormai egemonizzato lo schieramento liberale tedesco, dopo che il '48 aveva eliminato dalla scena l'ala radicale ispirata alle dottrine della rivoluzione francese, rinuncia definitivamente a concepire il *Volk* come un soggetto autonomo rispetto allo Stato, su cui far leva per stimolare il mutamento dello Stato medesimo. Il popolo assume un rilievo giuspubblicistico in quanto — e solo nella misura in cui — si realizza nello Stato: la sovranità dell'intero organismo può essere definita *Staatssoveranität* ⁽¹⁵²⁾.

Si coglie qui tutta l'importanza del dibattito sulla dottrina della società, illustrato nel paragrafo precedente. Bluntschli — e con lui Treitschke — non aveva fatto altro che negare autonomia e soggettività alla società civile, capacità di aggregarsi intorno ad interessi e problemi specifici, al fine di esprimere una volontà di mutamento in direzione delle strutture politiche. La volontà popolare ha valore e validità solo quando si esprime tramite lo Stato, mentre, in tutti gli altri casi, diventa un elemento di disturbo, in contrasto per lo meno potenziale con i rapporti definiti all'interno dell'organismo. Così, le associazioni tra i cittadini perseguono normalmente « eine staatsgefährliche Richtung » ⁽¹⁵³⁾, e costituiscono « ein unorganisches Element » ⁽¹⁵⁴⁾, come pure le « Volksversammlungen sind offenbar eine demokratische Erscheinung, aber eine unorganische » ⁽¹⁵⁵⁾, nel senso che si tratta di assemblee di 'partito', e non di popolo. Così, le elezioni sono solo un mezzo per scegliere gli uomini più 'capaci' a dirigere la cosa pubblica, ma non costituiscono espressione di volontà degli elettori in ragione dei loro interessi e dei loro ideali. Il corpo elettorale non ha una sua autonoma soggettività, non esprime volontà di partecipa-

⁽¹⁵¹⁾ Vedi *supra*, capitolo primo, paragrafo secondo.

⁽¹⁵²⁾ *Allgemeines Staatsrecht*, cit., I, p. 8; in tutta la sua opera, Bluntschli adopera costantemente i due termini *Staat* e *Volk* come sinonimi: « Das ganze Volk (der Staat) gibt das Gesetz » (*ibid.*, I, p. 10).

⁽¹⁵³⁾ *Ibid.*, I, p. 520.

⁽¹⁵⁴⁾ *Ibid.*, I, p. 519.

⁽¹⁵⁵⁾ *Ibid.*, I, p. 523.

zione, ma si limita a svolgere una funzione nell'interesse e nell'ambito dell'organismo statale ⁽¹⁵⁶⁾.

Nel suo complesso, il popolo è savignianamente concepito come un'entità già definita, naturale risultato del processo storico, e qualsiasi tentativo dei singoli individui e gruppi sociali di esprimersi autonomamente finisce per essere considerato contrario a questo equilibrio, tendenzialmente disgregante e dannoso: da qui, tra l'altro, tutta la sostanziale incomprensione di Bluntschli per i partiti politici, anch'essi considerati pericolosi per l'armonia dell'organismo sociale e politico ⁽¹⁵⁷⁾. Tutti quelli che noi oggi definiamo come diritti politici — il diritto di voto, di associazione e di riunione — sono considerati, non come veicoli di partecipazione, che contribuiscono ad avvicinare il singolo individuo alla sfera della politica e della cosa pubblica, ma come potenziali portatori di disgregazione, perché tendenti a disturbare il processo 'naturale' di realizzazione dello spirito popolare nello Stato. Quest'ultimo non deve tener conto della dinamica di specifici gruppi d'interesse, ma solamente essere rispondente al generico *Geist* di un popolo unitariamente concepito.

È in questa luce che dobbiamo ora riesaminare quanto dicevamo all'inizio della nostra nota su Bluntschli a proposito della sua critica alla Scuola Storica, della rivendicazione, nel campo del diritto pubblico, di uno spazio per la 'libera attività individuale'. Siamo ora infatti in grado d'intendere chiaramente quale fosse il senso attribuito da Bluntschli alla necessità del 'lavoro individuale'. La sua posizione non è certamente anomala nell'ambito del liberalismo postquarantottesco, il quale, da una parte continua la sua polemica contro il pensiero storico, contro la pretesa di ridurre le istituzioni politiche a prodotto di forze storiche inconsapevoli, dall'altra mantiene una ferma posizione di chiusura

⁽¹⁵⁶⁾ *Ibid.*, I, pp. 436 e ss. Sulla differenza tra concezioni razionalistiche ed organicistiche in materia di elezioni, vedi R. SMEND, *Massstäbe des parlamentarischen Wahlrechts in der deutschen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1968², pp. 19-38.

⁽¹⁵⁷⁾ Bluntschli dedicò al tema uno specifico saggio, *Charakter und Geist der politischen Parteien*, Nordlingen, 1869, cercando di spiegare tutta la dinamica dei partiti politici in termini psicologici, e ritornò su questi temi nell'ambito della sua *Politik*, cit., pp. 497 e ss.

nei confronti delle concezioni contrattualistiche, fornendo una nozione di individuo — così come Bluntschli fa — del tutto diversa da quella delle filosofie che avevano orientato gli eventi collegati alla rivoluzione francese.

Il singolo individuo ha rilevanza nel diritto pubblico solo in quanto componente dell'organismo politico, e la sua volontà serve solo a vivificare quell'organismo — che altrimenti si irrigidirebbe nelle formule giuridiche consolidate —, ma sempre nei limiti dei rapporti naturalmente definiti al suo interno, e mai secondo una logica propria ed autonoma. Non sono attribuibili diritti al singolo cittadino in quanto tale, ma solo a quel particolare individuo, al quale è assegnato, in ragione delle sue capacità, il compito di svolgere una determinata funzione nell'interesse dello Stato.

È a tale individuo, e solo a lui, che è richiesto quel consapevole contributo, del quale Bluntschli parla: egli intende, in sostanza, affermare che lo Stato non è solo un complesso di principii etico-giuridici risultanti dal processo storico, ma anche un insieme di soggetti concretamente agenti con la propria intelligenza. Dal monarca fino all'ultimo cittadino, esiste tutta una scala gerarchica posta dalla natura medesima, secondo la quale è richiesto ai singoli individui un contributo, più o meno importante, alla vita dello Stato.

Per Bluntschli, infatti, il popolo è « die politisch gegliederte Gesamtheit », nell'ambito della quale « das Haupt », e, poi, ciascun « Glied », svolgono il loro compito « naturgemäss »⁽¹⁵⁸⁾. Gli individui sono, per il diritto pubblico, naturalmente « ungleich », poiché questo corrisponde « der Natur des Staates », il quale, « als organische Ordnung der Gesamtheit », si fonda sulle differenze tra gli individui medesimi⁽¹⁵⁹⁾. L'attuale richiesta di eguaglianza — sostiene Bluntschli — dipende dallo spirito democratico del tempo, ma possiede una natura meramente politica, e non può essere confusa con « einem natürlichen und allgemeinen menschlichen Rechtsprincip »⁽¹⁶⁰⁾, poiché, anzi, l'osservazione 'naturale'

⁽¹⁵⁸⁾ *Allgemeines Staatsrecht*, cit., I, p. 8.

⁽¹⁵⁹⁾ *Ibid.*, II, pp. 511-514.

⁽¹⁶⁰⁾ *Ibid.*, II, p. 513; secondo Bluntschli, sulla via dell'indiscriminata eguaglianza tra gli uomini, si aprono le porte « dem Wahnsinn des Kommunismus », che è alla fine di ogni diritto (*ibid.*, II, pp. 510-511).

e ' giuridica ' della vita collettiva ci conduce a rilevare le sostanziali differenze tra gli uomini.

Si possono, a questo punto, tirare delle conclusioni in ordine all'idea di organismo, che sostiene tutta la costruzione di Bluntschli. Vi è, prima di tutto, una matrice di carattere politico: è il movimento liberale che fa leva su questa idea in funzione antiassolutista, per indicare nel monarca un soggetto che necessariamente vive all'interno di questo organismo, che può impartire ordini e pretendere obbedienza solo nei limiti della Costituzione, alla quale egli medesimo è sottoposto ⁽¹⁶¹⁾: la sovranità è « eine Rechtsinstitution des Staates », e « der Wille des Souveräns setzt die Souveranität voraus, nicht umgekehrt diese jenen » ⁽¹⁶²⁾.

Esiste, però, anche un'altra valenza dell'idea di organismo: in questo secondo senso essa esprime una tendenza nettamente antiegalitaria dello stesso movimento liberale del *Nachmärz*. Il diritto pubblico non si costruisce come sistema di rapporti tra lo Stato ed i singoli individui privati paritariamente considerati, ma come complesso di rapporti di sopra- e sottoordinazione, determinati in relazione alle distinte capacità individuali, in una scala gerarchica costruita proprio a partire dalla figura centrale del monarca.

Ecco perché Bluntschli, dopo aver affermato che tale figura è, come tutte le altre, sottoposta alla Costituzione, si affretta ad aggiungere che « alle einzelnen Staatsorgane sind dem Monarchen untergeordnet » ⁽¹⁶³⁾. La sovranità è dello Stato, dell'organismo, dell'intero ordinamento, e non di un singolo soggetto, ma questo non toglie niente al fatto che, all'interno dell'organismo medesi-

⁽¹⁶¹⁾ *Ibid.*, I, pp. 366-367.

⁽¹⁶²⁾ *Ibid.*, I, p. 3.

⁽¹⁶³⁾ *Ibid.*, I, p. 367. Vedi la voce *Gleichheit* di O. DANN, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., vol. II, pp. 997-1046, dove si analizza il crescente « Antiegalitarismus im deutschen Bürgertum » dopo il 1850 (pp. 1041-1044), espresso proprio attraverso il dilagante uso della nozione di 'organismo' in senso polemico contro le tendenze democratiche, ed egualitarie (*ibid.*). Lo stesso concetto di eguaglianza assume sempre più un significato negativo, come sinonimo di appiattimento della complessità della vita sociale; ciò anche da parte del movimento liberale, che in tal modo riprendeva temi, che nel *Vormärz* erano stati portati avanti dai conservatori e dall'aristocrazia (*ibid.*, p. 1044).

mo, vi siano come dei punti di concentrazione della sovranità, e che il monarca sia proprio uno di questi, anzi il principale: tra la sua sovranità e quella dell'ordinamento non vi è contraddizione, così come non c'è contrasto « zwischen dem ganzen Menschen und seinem Kopf » (164). Così come la testa non è pensabile senza l'intero corpo umano, così anche il Sovrano non è pensabile al di fuori della totalità dell'organismo, ma per ciò stesso è ribadito che proprio lui è la testa di quell'organismo, il cervello pensante, l'espressione più alta della capacità di dominazione. È al monarca ed ai suoi funzionari, da lui scelti, che è, infatti, imputata per intero la capacità di governo, tanto che si può parlare ancora di « Fürstensouveranität » (165), mentre le assemblee elette hanno solo una funzione di controllo dall'esterno dell'esercizio di un potere, dal quale rimangono rigorosamente escluse (166).

L'idea di organismo è, in conclusione, l'espressione, a livello della teoria dello Stato, del compromesso in atto tra il movimento liberale e i vecchi ceti: essa consente — come abbiamo visto — di collocare il monarca all'interno della Costituzione, nello stesso tempo conservandogli una posizione di privilegio, non riducendolo a mero organo dello Stato, alla pari delle Assemblee elettive. Il fatto che il monarca non sia vincolato da una Costituzione intesa come complesso di dogmi politico-giuridici, concordata dalla totalità del corpo sociale, ed alla quale egli stesso sia tenuto a prestare obbedienza, ma solo dalla sua collocazione all'interno di un organismo, nell'ambito del quale sono rispettate le 'naturali' disequaglianze tra gli individui, esprime, appunto, la volontà di

(164) *Allgemeines Staatsrecht*, cit., I, p. 10.

(165) *Ibid.*, II, pp. 18-20.

(166) *Ibid.*, I, pp. 428-429. Bluntschli non parla mai di potere legislativo ed esecutivo, poiché l'organismo è unitario, e si esprime per intero nella sovranità del Monarca (*ibid.*, I, p. 398 per le argomentazioni contro la divisione dei poteri). Secondo von OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, cit., p. 122, « der Verzicht auf die unmittelbare Willensbestimmung des Staatsoberhauptes durch das Volk ist freilich nur einer Staatsanschauung erträglich, die von der sittlichen Macht der 'organisch' Fürst und Volk umfassenden Rechtsordnung tief durchdrungen ist. Dies ist tatsächlich die Weltanschauung des national und liberal gesinnten deutschen Bürgertums. Der Begriff des Organismus ist der staatstheoretischer Ausdruck dieses Sachverhalts ».

compromesso del movimento liberale con le vecchie istituzioni politiche.

Giunti a questo punto, si sconta per intero l'insufficienza della carica di rinnovamento delle strutture politico-costituzionali, che si era avuta nel corso di tutto il secolo. Nessuna Costituzione era stata, durante il *Vormärz*, imposta ai Sovrani, e lo stesso '48 era stato assai ambiguo su questo punto; non si era, insomma, maturata l'idea di una normativa costituzionale vincolante in modo positivo la stessa figura del Principe. Organismo e Costituzione sono per Bluntschli assolutamente sinonimi, nel senso che la Costituzione è il complesso dei valori storico-giuridici, ed etico-politici, che caratterizzano nel profondo la natura dell'organismo sociale e politico: il Sovrano è vincolato al rispetto di questi principii, ma, nello stesso tempo, rappresenta il momento massimo della loro espressione, il punto nel quale essi storicamente si realizzano.

Appunto qui risiede quel compromesso, del quale più volte abbiamo parlato: la Costituzione perde la dimensione specifica di testo normativo a contenuto positivo, cui vincolare anche l'operato del monarca, e viene a stemperarsi nella totalità dell'organismo, offrendo così la possibilità teorica di parlare contemporaneamente di sovranità dello Stato, inteso come totalità dell'ordinamento giuridico e politico (organismo), e di sovranità del monarca, che, pur essendo inserito in quell'ordinamento, è, nel contempo, il soggetto-principe, l'unico capace di esprimere quella totalità, nella quale egli medesimo si muove.

Ma c'è di più: il concetto di organismo, racchiudendo in sé Stato e società, monarca e popolo, nega proprio alla società ed al *Volk* una qualsiasi autonoma soggettività, elimina, cioè, la possibilità di immaginare il secondo termine di un eventuale contrasto, di una concreta contrattazione dei contenuti della Costituzione tra i vecchi ceti, ancora dominanti nelle strutture politiche, e le forze socialmente ascendenti. Queste ultime, al contrario, sono riassunte nell'ambito dell'assetto istituzionale esistente come *Geist*, come spirito popolare che, naturalmente e necessariamente, si esprime nello Stato.

L'organicismo rappresenta, dunque, qualcosa di più della mediazione del movimento liberale con le strutture politiche esisten-

ti, sotto forma della riaffermata centralità dell'istituto della monarchia e della rinuncia ad una posizione di sovranità delle Assemblee elettive; esso costituisce il punto d'avvio di una considerazione scientifica dello Stato totalmente prescindente dalle concrete dinamiche sociali.

Nell'opera di Bluntschli troviamo ancora una grande quantità di elementi extra-giuridici, di natura politica o storico-filosofica. Quello che, però, è ormai divenuto chiaro è che si è definitivamente chiusa la via all'alternativa metodologica rappresentata da Lorenz von Stein; che non è più possibile una scienza dello Stato fondata sullo studio della funzionalità delle strutture pubbliche all'intervento sui singoli problemi della società civile.

Lo Stato vive, già con Bluntschli, di una sua logica autonoma, che è quella dell'organismo 'naturale', e la società interessa, non nelle sue diverse e contraddittorie manifestazioni, ma nella sua dimensione unitaria ed 'organica' di *Volk*: dunque, di fatto, solo in quanto coincide con lo Stato medesimo. Sotto il segno della sostanziale unitarietà di Stato e società civile, scompare proprio quest'ultima, con il suo autonomo carico di problemi e di tensioni, e la scienza dello Stato, in quanto studio dell'organismo politico, pretende di essere contemporaneamente scienza della società.

3. È proprio sotto questo profilo che l'analisi condotta sull'opera di Bluntschli richiama l'impegno sul tema dello Stato di un altro grande giurista del tempo, quel Carl Friedrich von Gerber, che proprio nel 1852 pubblicava il suo « Über öffentliche Rechte »⁽¹⁶⁷⁾, anch'esso in piena adesione alle ipotesi organicistiche.

⁽¹⁶⁷⁾ Del volume, da noi già ricordato, esiste la traduzione di P. Luigi Lucchini, in *Diritto Pubblico*, cit., pp. 7-87, dalla quale citeremo. Ricordiamo qui anche i principali autori, che si sono occupati dei 'Diritti pubblici' di Gerber: WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, cit., pp. 143-172, dove, però, l'analisi del saggio gerberiano è compiuta congiuntamente a quella dei più tardi *Grundzüge*; von OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., pp. 196-213; G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965, pp. 66-75; M. NIGRO, *Il 'segreto' di Gerber*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 293-333 (pp. 301-304 più specificamente sui 'Diritti pubblici').

Torneremo più avanti su questa significativa convergenza di due tradizioni politico-culturali, quella liberal-germanistica di Bluntschli, e quella romanistica, estranea al movimento politico di opposizione, di Gerber, che ancora negli anni Quaranta erano in clamoroso dissidio ⁽¹⁶⁸⁾; ci preme, per ora, analizzare più da vicino l'opera gerberiana del '52.

Proprio in quegli anni, Gerber era in stretto e fecondo contatto con Rudolf Jhering, col quale più tardi avrebbe fondato i noti « *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* », che avrebbero segnato una vera e propria svolta in senso dogmatico-costruttivistico nell'ambito della scienza di diritto privato. I due giuristi perseguivano un identico scopo, che era quello di fornire ai rapporti giuridici di diritto privato una veste scientifica, di attribuir loro un elevato grado di certezza e di stabilità.

È, dunque, assai significativo notare la reazione di Jhering alla notizia che Gerber si stava apprestando ad occuparsi di diritto pubblico. In una sua lettera, così egli si rivolge all'amico, che gli aveva confidato la propria intenzione: « Ella parla di un diritto costituzionale? Oh, mio ottimo amico, non vorrei; non è il momento ora di affrontare il diritto costituzionale e le forze migliori non riusciranno a fare nel campo della scienza altrettante cose buone e durature quante un solo cattivo ministro ne rovina. Si tenga al suo diritto privato, scriva una buona volta una monografia dogmatica ... Ella possiede un rilevante interesse dogmatico (fenomeno raro tra i germanisti), conosce il diritto romano ed è estremamente atto a produrre qualcosa di solido nel campo della dogmatica » ⁽¹⁶⁹⁾.

Qui Jhering, educato dalla tradizione savigniana a far coincidere diritto privato e diritto *tout court*, a percepire la dimensione privatistica come quella naturalmente giuridica, ed a sentire, invece, la sfera della cosa pubblica come qualcosa di ostile, di con-

⁽¹⁶⁸⁾ Ricordo qui il dibattito suscitato dalla pubblicazione di *Volksrecht und Juristenrecht* di Georg von Beseler nel 1843: dell'episodio abbiamo già parlato nel primo capitolo, paragrafo quarto.

⁽¹⁶⁹⁾ Lettera di Jhering a Gerber del 6 Aprile 1851, in *Carteggio Jhering-Gerber*, cit., p. 12.

trario alla stabilità dei rapporti giuridici, invita Gerber a non inoltrarsi in un terreno, che, per il giurista, appare sconosciuto e pieno di insidie. È da presumere che l'atteggiamento di scetticismo di Jhering fosse condiviso da molti contemporanei, e lo dimostra l'indifferenza della cultura giuridica del tempo di fronte alla pubblicazione del volume gerberiano del '52 ⁽¹⁷⁰⁾. Ma il destino di Gerber, o, meglio, la misura della sua straordinaria intelligenza critica, è rappresentato proprio dal suo costante anticipare i tempi della riflessione metodologica della scienza giuridica a lui contemporanea: nel 1846 era stato il primo germanista a proporre una dogmatica del diritto privato nazionale, ora, nel 1852, è il primo giurista a proporre una dogmatica del diritto pubblico.

Certo, anche Gerber si rendeva conto delle difficoltà dell'opera da lui intrapresa, tanto che nella Prefazione scriveva: « Il presente trattato non ha altro scopo se non quello di ricavare, o di porre in rilievo, dal materiale politico fornito dalla nostra vita pubblica dei punti di vista per la definizione giuridica di alcuni degli elementi più essenziali del diritto pubblico. È un tentativo; perché chi volesse credere che in questo campo si possa offrire qualcosa di compiuto e di già pronto, dimenticherebbe che si tratta di una materia che è, in parte, ancora in formazione » ⁽¹⁷¹⁾. Secondo Gerber, infatti, il « comune spirito nazionale tedesco », che sta alla base dell'unità scientifica del diritto privato, non è stato così attivo ed efficace nel caso del diritto pubblico ⁽¹⁷²⁾. A parte gli oltre trecento territori in cui era spartito il Paese, lo stesso *Reich* non aveva mai rappresentato, nella comune coscienza giuridica tedesca, « un vero e proprio Stato, ma soltanto una somma di diritti sovrani, di origine storica, fondati su di un titolo di diritto privato, che dovevano stare in luogo del potere statale » ⁽¹⁷³⁾. È appunto in questo senso che il diritto pubblico è una 'materia ancora in formazione'; è, cioè, assai recente la reazione a questo

⁽¹⁷⁰⁾ Vedi la nota 131 di questo capitolo.

⁽¹⁷¹⁾ C. F. von GERBER, *Über öffentliche Rechte*, citato secondo la traduzione italiana di P. Luigi Lucchini, in *Diritto pubblico*, cit., p. 6.

⁽¹⁷²⁾ *Ibid.*, p. 15.

⁽¹⁷³⁾ *Ibid.*, pp. 8-9.

stato di cose, in favore del « realizzarsi dell'idea politica » (174) di Stato.

Tale svolta, per quanto recente, è però talmente radicale da recidere del tutto i legami col secolo passato (175); in particolare, appare chiaro che non è più possibile considerare la cosa pubblica come patrimonio del Sovrano, che i popoli chiedono di riorganizzare lo Stato « prendendone in mano il timone e determinandone liberamente lo sviluppo » (176). Non si può negare, secondo Gerber, l'irreversibilità di questo tipo di sviluppo, e la scienza ne deve prendere atto, cessando di dibattersi, come fino a quel momento aveva fatto, tra la mera raccolta dei diritti a rilevanza pubblica e gli astratti prologhi « nelle regioni della politica e della filosofia dello Stato » (177), e ricercando, invece, un serio « fondamento scientifico » (178) al diritto pubblico. Il compito della scienza non è facile, perché questo risveglio dei popoli può essere cosa « pericolosa e temeraria », ed è accompagnato da « impazienza febbrile », dalla volontà di risolvere tutti i problemi nell'ambito della vita di una generazione (179); non è facile soprattutto perché tutto è in discussione, tutto è minacciato di rivolgimento, si vive in un'epoca che « non è propizia alla scienza giuridica; è un'epoca della politica e non del diritto » (180).

L'analisi di queste prime pagine del volume di Gerber consente già alcune osservazioni generali, che ci richiamano a quanto lo stesso Gerber andava elaborando proprio in quegli anni nel campo della scienza di diritto privato. Già abbiamo visto (181) come egli fu il primo giurista ad intuire il grande rivolgimento che

(174) *Ibid.*, p. 8.

(175) Afferma Gerber: « può darsi per dimostrata la tesi che tra l'attuale diritto pubblico e quello del secolo scorso non vi sia intimo legame » (*ibid.*, p. 12).

(176) *Ibid.*, p. 12. Von OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., pp. 172-173, citando questo, ed altri brani di Gerber, affianca il *Volksstaat* gerberiano al Programma di Eisenach del 1869 del Partito socialdemocratico, che parlava, al punto primo, di « Errichtung des freien Volksstaates »: l'interpretazione ci sembra quanto meno arrischiata.

(177) *Diritto pubblico*, cit., p. 14.

(178) *Ibid.*, p. 13.

(179) *Ibid.*, p. 12.

(180) *Ibid.*, p. 15.

(181) In questo capitolo, paragrafo secondo.

era in atto in tutta la struttura sociale, e la conseguente necessità di rivedere l'impostazione del diritto privato; è questo stesso Gerber, estremamente sensibile all'evoluzione storica, che noi troviamo nell'intervento del 1852, quando afferma a chiare lettere che il passaggio ad una qualità diversa dell'organizzazione statale è già in atto, che si tratta di un processo storico irreversibile. Così come, a livello di diritto privato, il vecchio assetto medievale andava scomparendo a favore del nuovo soggetto giuridico, libero da condizionamenti etici, e sociali *lato sensu*, capace di incidere e di dominare sul mondo delle cose, comprensibile in termini di astratta personalità giuridica, così, anche nel diritto pubblico, si era, secondo Gerber, completamente esaurito il significato storico del prodotto dell'età precedente, dello Stato patrimoniale con la sua caratteristica confusione tra pubblico e privato. Tutto questo costituisce un sicuro punto di partenza, ma bisogna anche vedere *come* Gerber intenda, e *come* egli progetti, questo passaggio dalla vecchia età alla nuova.

A nostro avviso, tutta la chiave interpretativa del volume del nostro giurista sta nel rapporto che egli stabilisce tra diritto privato e pubblico. Gerber parte, savignianamente, dalla convinzione che il primo sia il regno della certezza e dell'obiettività, e, conseguentemente, che, per dare un fondamento scientifico al diritto pubblico, sia necessario « un ravvicinamento formale al diritto privato » ⁽¹⁸²⁾; ciò nel senso che « è l'elemento puramente formale, la costruzione giuridica, ciò che il diritto pubblico trae dal privato. Tutta quella somma di concetti giuridici formali che nel diritto privato vengono analizzati nella loro semplicità e purezza elementare, occorrono anche al diritto pubblico, ed esattamente nella stessa maniera » ⁽¹⁸³⁾.

Ma i rapporti tra i due rami dell'esperienza giuridica sono assai più complessi. Gerber prende l'avvio — non lo dimentichiamo mai — dalla necessità di fondare una scienza di diritto pubblico, che costituisca un reale superamento della vecchia visione, tipica dell'età dello Stato patrimoniale, secondo la quale la sovra-

⁽¹⁸²⁾ *Diritto pubblico*, cit., p. 29.

⁽¹⁸³⁾ *Ibid.*, p. 34.

nità era quasi una proprietà privata del monarca. Egli ricerca, cioè, « il principio giuridico specifico, che distingue l'elemento pubblicistico rispetto agli altri diritti, cioè al diritto privato » (184).

Mentre, nel caso del diritto privato, il segno dell'età nuova è dato dall'affrancamento del 'giuridico' dai condizionamenti del mondo medievale, nel caso del diritto pubblico il momento discriminante in questo senso dovrebbe essere rappresentato dall'emersione di uno specifico 'giuridico' pubblicistico, diverso da quello già realizzatosi a livello privatistico. Dove risiede, dunque, questo elemento differenziale?

Secondo Gerber, il tratto distintivo del diritto privato è quello di essere per intero riconducibile alla « facoltà di una persona di sottomettere un oggetto alla sua volontà giuridica. Il sistema del diritto privato non fa che sviluppare le diverse forme di manifestazione che questa volontà può assumere nel rivolgersi agli oggetti del mondo esterno; la persona è, di conseguenza, l'unico e solo punto di partenza, il centro del sistema di diritto privato » (185). In altre parole, il diritto privato offre una serie di forme giuridiche, delle quali la volontà individuale può servirsi come meglio crede, sul presupposto di una realtà naturale modificabile a proprio piacimento dall'individuo, inteso come vero e proprio centro assoluto di tutto il sistema.

È a questo punto che scatta la differenza con il diritto pubblico: « Qui abbiamo innanzitutto una materia che resta completamente al di fuori delle attribuzioni individuali della persona, e che poggia su di una base obbiettiva: la volontà generale » (186). Questa 'volontà generale' coincide, per Gerber, con lo Stato medesimo, in quanto « organismo », in quanto « istituzione già realizzata in fatto » (187): è questa la dimensione caratteristica del diritto pubblico, che è, anch'esso, un sistema di facoltà giuridiche.

(184) *Ibid.*, p. 17.

(185) *Ibid.*, p. 31.

(186) *Ibid.*, p. 32.

(187) *Ibid.*, p. 33. Illuminante il paragone di Gerber tra lo Stato e la famiglia, la quale, al di là dei rapporti giuridici che al suo interno si instaurano, « è vincolata ad un'istituzione naturale, la quale non dipende da determinazioni arbitrarie » (*id.*, p. 33).

che ⁽¹⁸⁸⁾, ma « non direttamente basato sulla libera personalità, bensì solo entro un quadro precedentemente stabilito » ⁽¹⁸⁹⁾.

La differenza tra il diritto privato ed il pubblico è data, quindi, dal fatto che il secondo, a differenza del primo, non è fondato su un'illimitata capacità di trasformazione della realtà circostante da parte dell'individuo: nel diritto pubblico i singoli soggetti agenti si muovono all'interno dello Stato, inteso come organismo posto dalla natura e dalla storia, indipendentemente dalle volontà individuali. Per il Gerber del '52 « lo Stato è un organismo morale che si muove, non come il meccanismo, ad opera di una forza che gli stia al di fuori, ma in virtù del proprio principio vitale che in lui stesso risiede » ⁽¹⁹⁰⁾.

In sostanza, mentre nel diritto privato si è realizzata pienamente quella scissione tra soggetto e mondo delle cose, che costituiva il presupposto necessario al fine di instaurare un rapporto di dominazione del primo sul secondo, nel diritto pubblico i singoli soggetti si muovono *all'interno* della realtà storico-naturale dell'organismo statale, e le loro manifestazioni di volontà sono, in tal senso, necessariamente limitate.

In altre parole: mentre nel diritto privato è stato possibile creare le figure della personalità giuridica e del diritto soggettivo, nel diritto pubblico non è possibile parlare in questi termini, non solo della posizione dei singoli cittadini, ma anche dello stesso Stato.

Per Gerber, la dimensione del 'giuridico' consiste nella possibilità di prevedere in astratto un soggetto dotato di personalità giuridica, che instaura, sulla base della sua volontà preventivamente ordinata in determinati schemi giuridici, un rapporto di dominazione su un certo oggetto, oppure due soggetti egualmente dotati di personalità giuridica, che pongono in essere un rapporto negoziale. Tutto ciò sul modello del diritto privato: ebbene, è proprio questo che non è possibile nel diritto pubblico, poiché la

⁽¹⁸⁸⁾ Non a caso, il volume di Gerber portava il titolo *Über öffentliche Rechte*; e vedremo più avanti che per diritto pubblico Gerber intende proprio un sistema di facoltà individuali, di diritti pubblici del monarca, dei funzionari, dei sudditi.

⁽¹⁸⁹⁾ *Ibid.*, p. 33.

⁽¹⁹⁰⁾ *Ibid.*, p. 21.

struttura statale non può essere, né oggetto di un rapporto di dominazione da parte di un soggetto che si pone al di fuori di essa — come era nel vecchio Stato patrimoniale da parte del Sovrano —, né parte di un rapporto negoziale con un altro soggetto, dopo che ad essa medesima venisse riconosciuta la personalità giuridica.

In questa seconda direzione si era mossa proprio la scienza giuridica tedesca, che, reagendo alla precedente fase dello Stato patrimoniale, aveva affermato il principio della personalità giuridica unitaria e della sovranità dello Stato, formulato — come è noto — per la prima volta da Albrecht nel 1837 ⁽¹⁹¹⁾. In questo modo — osserva però Gerber — si ritorna al diritto privato, a concepire tutto il diritto pubblico come un sistema di relazioni intersubiettive sul modello privatistico, da costruirsi come complesso di rapporti tra lo Stato-persona ed i sudditi, tra lo Stato ed il monarca medesimo. La teoria giusta è, invece, secondo Gerber, quella dell'organismo morale, che colloca lo Stato su un piano superiore a quello di parte di un normale negozio giuridico e che riesce a mettere pienamente in luce la sua peculiare natura, soprattutto di fronte ai rapporti di diritto privato ⁽¹⁹²⁾.

Torniamo così alla domanda che Gerber aveva posto a fondamento di tutta la ricerca: qual'è lo specifico principio giuridico pubblicistico? La risposta gerberiana del '52 è nettamente negativa: tale principio non esiste. Non esiste, cioè, un principio-base, che, in ipotesi, avrebbe potuto essere la personalità giuridica dello Stato, intorno al quale costruire un sistema sul modello privatistico. Al contrario, il concetto di organismo, che sta a fondamento di tutta la costruzione gerberiana dei diritti pubblici, è « tutt'altro che un concetto giuridico » ⁽¹⁹³⁾. La scienza giuridica deve ri-

⁽¹⁹¹⁾ Gerber lo cita a pp. 18-19.

⁽¹⁹²⁾ Afferma Gerber che la teoria organicistica « trova adesso sempre maggiori riconoscimenti » (*ibid.*, p. 21). Jhering, in una sua lettera del Luglio 1852, appena ricevuto il volume di Gerber, così scrive all'amico: « Ella ha a mio parere espulso per sempre la persona giuridica dal campo del diritto costituzionale ed ha avuto una mano assai felice col suo diritto individuale che risulta dall'organismo dello Stato e su esso riposa » (*Carteggio Jhering-Gerber*, cit., p. 41).

⁽¹⁹³⁾ *Diritto pubblico*, cit., p. 21. Secondo Gerber, il concetto di organismo

nunciare a determinare il concetto stesso di Stato, che appartiene « alla teoria generale della politica e dell'etica » (194). Il diritto non deve definire lo Stato nel suo complesso, ma presupporlo come esistente, e lavorare su di esso con « un'indagine sul particolare, una definizione giuridica dei singoli organi e dei principii fondamentali del loro movimento » (195).

La nostra analisi ci consente già alcune prime conclusioni. È indubbio che l'operazione che Gerber compie deve essere inquadrata in quel clima generale degli anni Cinquanta, al quale più volte abbiamo avuto occasione di accennare. Il compromesso in atto tra la borghesia ed i vecchi ceti, tra il movimento liberale e le vecchie strutture politico-istituzionali, finisce per influire inevitabilmente anche all'interno della scienza giuridica. Mentre nel corso degli anni Quaranta si era avuto non solo la dura critica di Stein a Savigny, ma anche il momento più acuto di dibattito all'interno della Scuola Storica, con la pubblicazione del noto volume di Georg von Beseler, ora tutti i contrasti sembrano appianati. Mentre la dottrina della società di Stein veniva rifiutata dalla scienza giuridica e politica del tempo, le soluzioni che Gerber e Bluntschli fornivano per il diritto pubblico erano assolutamente simili.

È interessante notare come due distinte personalità, rappresentanti due distinte tradizioni politico-culturali, quella liberale del *Vormärz* (196), e quella della Scuola Storica nella sua linea di sviluppo Savigny-Puchta-Gerber, vengano nel *Nachmärz* ad avvicinarsi, ed anche a trovare momenti di confluenza. Sono lontane, non solo le contrapposizioni radicali degli anni Trenta fra teoria politica liberale e strutture statuali esistenti, ma anche episodi come quello dei 'sette di Göttingen', che avevano posto l'uno contro l'altro giuristi e storici della medesima estrazione cul-

« costituisce il punto di partenza per la costruzione del sistema di diritto pubblico » (*ibid.*, p. 43).

(194) *Ibid.*, p. 22.

(195) *Ibid.*, p. 23.

(196) Della quale faceva parte senza dubbio anche Bluntschli, naturalmente nell'ambito dell'ala germanista moderata, in opposizione alle tendenze democratiche e radicali.

turale, quali Savigny ed i fratelli Grimm, divisi nella loro volontà di contribuire o meno al rinnovamento delle strutture politiche esistenti.

Significativa è l'egemonia della filosofia politica organicistica negli anni Cinquanta: in sostanza, scomparendo le prospettate distinzioni tra Stato e società civile, tra Stato e *Volk*, viene a svanire la possibilità di un qualsiasi progetto di rinnovamento delle istituzioni fondato sull'analisi del sociale. Lo Stato stesso non è una struttura più o meno rispondente agli ideali politici ed ai bisogni economici espressi dalla società civile, ma il necessario riflesso di quest'ultima, naturalmente coincidente con essa. È questo, in ultima analisi, il punto di vista che accomuna Bluntschli e Gerber, il senso più profondo della loro accettazione del concetto di organismo quale fondamento della scienza dello Stato e del diritto pubblico.

Se tuttavia analizziamo più a fondo le due opere, vediamo anche come la metodologia organicistica sia per Bluntschli un punto di arrivo, e per Gerber, al contrario, un punto di partenza. Mentre il primo intendeva, in questo modo, sistemare la teoria politica liberale, scartando le ipotesi contrattualistiche, e dando una formulazione scientifica del primato della monarchia, come anche del suo contemporaneo inserimento all'interno della Costituzione esistente, per Gerber il concetto di organismo era solo il momento iniziale nella considerazione scientifica dello Stato, obbligato punto di passaggio per il giurista di diritto pubblico non ancora in grado di parlare intieramente in termini giuridici.

La voce di Bluntschli è la voce, sempre più stanca ed affievolita, di un movimento liberale, che aveva già perduto importanti battaglie; la voce di Gerber è quella, nuova e squillante, di una scienza giuridica che, dopo aver affermato il suo primato nella prima metà del secolo, intravedeva ora la possibilità di estendere la sua azione a livello di teoria dello Stato.

È nel momento in cui il movimento liberale abbandona la via del progetto istituzionale complessivo, rinunciando a far leva sui mutamenti della società civile per chiedere adeguamenti della struttura costituzionale, è in questo momento che la struttura statuale si ipostatizza, divenendo terreno fertile per quel giurista, che fino a quel momento vi aveva visto la sede del conflitto so-

ziale e politico. È Bluntschli, nel senso sopra indicato, che apre la via a Gerber, ed è quest'ultimo, molto più del primo, l'uomo destinato a comprendere gli sviluppi ulteriori, ad essere in essi protagonista.

Certamente, tutto questo vale in prospettiva, come linea di tendenza, mentre, alla data del 1852, le cose andavano diversamente. Per dirla con Gerber, si viveva ancora nell'età della politica, gli echi del '48 erano ancora troppo vicini, le carte costituzionali tedesche erano state pur sempre influenzate dai principi di quella rivoluzione francese, che aveva preteso di costruire una Costituzione « nel fumo dell'astrazione ideale » (197).

Afferma Gerber che « la possibilità di costruire giuridicamente una situazione costituzionale rappresenta un'importante garanzia della sua persistenza; ancora più essa è segno di intima bontà e capacità di durata » (198), ma che questo sforzo di costruzione, questo tentativo di dare stabilità alle istituzioni politiche, è poco praticabile in un'epoca « in cui tutti gli elementi della vita statale sono presi in oscuri gorghi e torbidi flutti » (199).

D'altra parte, in antitesi alla politicizzazione del modello francese, Gerber esalta la Costituzione inglese, non tanto per i suoi contenuti, quanto per il fatto che essa si è sviluppata in modo organico, senza « sconsiderata smania di novità », contentandosi « di estendere vecchie forme radicate nella coscienza del popolo », con una sicura e stabile connessione con « quei nuclei originari, corporativi, locali e familiari che da secoli sono considerati i soggetti della vita pubblica » (200).

Nell'età della 'politica', Gerber rinuncia — come già abbiamo visto — ad una formulazione totalmente giuridica dello Stato, ma, scegliendo il concetto di organismo, pone un presupposto che, pur essendo di natura extragiuridica, lo aiuta nel suo progetto complessivo di giuridicizzazione dello Stato. Infatti, quando Gerber parla di organismo, egli pensa in concreto ad uno sviluppo costituzionale naturale e necessario, privo di scosse e di contrad-

(197) *Ibid.*, p. 25.

(198) *Ibid.*, p. 26.

(199) *Ibid.*, p. 26.

(200) *Ibid.*, p. 23.

dizioni, sganciato dalla lotta politica ed economica, e dunque, in definitiva, a quelle condizioni di stabilità, che egli considerava indispensabili per poter operare una costruzione giuridica dello Stato: è tutta qui la funzionalità del concetto di organismo alla teoria giuridica dello Stato.

Ed infatti, tutta la seconda parte del volume del '52 è già nella sfera della dogmatica giuspubblicistica, come primo tentativo di esporre, in forma giuridica, i diritti del monarca, delle Assemblee, dei sudditi. Qui Gerber mantiene quanto in Prefazione aveva promesso, cioè tenta di ricavare dal materiale politico esistente dei punti di vista, che valgano per la definizione giuridica delle principali figure di diritto pubblico ⁽²⁰¹⁾. Il problema che egli si pone è quello di fornire una nozione giuridica dei diritti del monarca e dei sudditi nel contesto dell'organismo statale.

Proprio qui cogliamo fino in fondo la funzionalità di questo concetto di organismo al tipo di dogmatica gerberiana del 1852. La rinuncia di Gerber ad una visione totalmente giuridica dello Stato ha un senso ben più specifico del generico riconoscimento, da parte sua, di vivere nell'età della politica.

Il motivo reale della rinuncia gerberiana è un altro: un sistema di diritto pubblico come rete di rapporti giuridici tra lo Stato-persona ed i singoli cittadini sarebbe stato, nel 1852, inevitabilmente *politico*, certamente interpretabile in chiave di teoria politica liberale.

Troppo vicina era ancora la reazione antiassolutista, che rivendicava, contro la sovranità del monarca, la personalità giuridica e la sovranità dello Stato, ma, soprattutto, troppo vicino ancora era il '48, il rivolgimento sociale, dietro al quale il giurista vedeva la richiesta di un eguale diritto di cittadinanza, di diritti politici, lo sforzo di partecipazione alla vita dello Stato. In tale contesto, è chiaro che parlare di rapporto giuridico tra lo Stato come persona ed il singolo cittadino avrebbe significato solo formulare in termini scientifici ciò che il movimento liberaldemocratico aveva già espresso a livello politico.

(201) Principalmente monarca e sudditi: al 'diritto dei funzionari' Gerber dedica solo poche pagine (pp. 61-63), che ci sembrano irrilevanti nel piano generale dell'opera, e che riteniamo di poter trascurare.

Ma questo era proprio ciò che Gerber voleva evitare: la scienza non era chiamata a dare espressione alle esperienze politiche ⁽²⁰²⁾, ma a contrapporvisi, ed il diritto doveva costituire la nuova forza, il nuovo punto-cardine dell'organizzazione statale. Non si propugnava lo « Stato giuridico » in quanto tale, ma solo nella misura in cui esso rappresentava l'esigenza di stabilità delle istituzioni politiche, dopo che gli avvenimenti degli ultimi decenni avevano scosso la vita civile fin nelle sue fondamenta: il diritto e la scienza giuridica dovevano fungere da argine all'irruzione della politica e della società civile nello Stato.

La posizione di Gerber è, in questo senso, nel 1852, ancora difensiva: egli non ci fornisce il sistema di diritto pubblico, ma suggerisce il modo con il quale il diritto può iniziare a dare stabilità alle istituzioni. Non costruisce lo Stato come ente giuridico, posto al di fuori della società civile, e su di essa agente, ma suggerisce il modo con il quale quest'ultima può giuridicamente esprimersi nello Stato medesimo. Gerber tiene sempre presente un modello ⁽²⁰³⁾ di dinamica Stato-società civile, che è per lui il principale nemico da combattere: « In tal modo, a furia di realizzazione delle teorie 'semplici' in forma di legge con votazioni a maggioranza, si dispone dei diritti e della proprietà, e quando si è ossessionati dal valore degli scopi che si credono liberali, si trascura assai facilmente che lo Stato sanguina da tante ferite e che lo sradicamento dei diritti fondati scuote la fiducia nella durata delle istituzioni, a causa della sostituibilità illimitata delle istituzioni stesse » ⁽²⁰⁴⁾.

In altre parole, la società civile continuamente chiede, ed ottiene, mutamenti del quadro istituzionale, e lo Stato, per parte sua, ritiene di poter sempre intervenire sui diritti dei privati, modificandoli a suo piacimento. È proprio a questo tipo di lotta che si deve metter fine, secondo Gerber: la società civile non deve

⁽²⁰²⁾ Come era invece per il liberale Bluntschli, per il quale l'idea di organismo costituiva il punto di arrivo delle precedenti esperienze del movimento liberale tedesco.

⁽²⁰³⁾ Egli pensa ancora alla Rivoluzione francese, alle filosofie contrattualistiche, alle Costituzioni giacobine.

⁽²⁰⁴⁾ *Diritto pubblico*, cit., p. 85.

costituire fonte di instabilità delle istituzioni politiche, ma loro solido fondamento naturale, così come lo Stato non deve essere lo strumento, del quale servirsi per sconvolgere gli equilibri conseguiti dalla collettività dei privati, ma il momento più alto di espressione di essa medesima. Ritorniamo, così, al Gerber organicista, che, però, non si limita a formulare astratti auspici di 'ri-conciliazione' nazionale, ma che cerca anche di indicare le vie da praticare in tal senso.

Con ciò siamo anche giunti alla dogmatica dei diritti pubblici, ed alla proposta fondamentale di Gerber: l'unico modo per dare stabilità alla vita collettiva è quello di agganciare i diritti pubblici ai rapporti di diritto privato. La 'giuridicità' della quale lo Stato ha bisogno non è quella derivante dalla titolarità di un'astratta personalità giuridica, ma dal fatto che i concreti soggetti agenti a livello pubblico hanno il loro *status* saldamente ancorato alle proprie situazioni giuridiche di diritto privato. Quest'ultimo non deve prestare al diritto pubblico solo il metodo, bensì vi deve essere anche un collegamento di carattere « sostanziale » ⁽²⁰⁵⁾, nel senso che i diritti pubblici devono essere fondati nei rapporti di diritto privato.

I diritti di sovranità del monarca, ed i diritti pubblici degli *Stände*, non sono loro attribuiti, né da una Costituzione, né da una legge elettorale, ma dal fatto, stabile e sicuro, che una certa successione, nell'ambito della monarchia ereditaria, si è verificata a favore di quel determinato soggetto, dal fatto che un certo diritto di proprietà è stato acquistato, e con esso anche la qualifica di membro degli *Stände* ⁽²⁰⁶⁾.

Una prima conseguenza è intuibile: la società civile come complesso autonomo di tensioni politiche ed economiche non esiste più ai fini del diritto pubblico. La rappresentanza, che da essa scaturisce mediante le elezioni, non può essere un soggetto giuri-

⁽²⁰⁵⁾ *Ibid.*, p. 34.

⁽²⁰⁶⁾ *Ibid.*, p. 35; Gerber ha in mente soprattutto la funzione dirigente dell'aristocrazia inglese, « con i suoi diritti statali individuali » (p. 86): è ad essa che si deve guardare, quando si parla del legame tra rapporti di diritto privato e diritti pubblici, e non certo alla confusione tra pubblico e privato tipica del vecchio Stato patrimoniale, dallo stesso Gerber considerato come una fase storica del tutto superata (p. 77).

dico, cui attribuire un complesso di diritti: esiste, invece, solo il diritto di ciascun deputato ad adoperarsi per le finalità istituzionali dell'Assemblea, poiché solo il singolo membro ha un titolo giuridico valido, quello proprio di diritto privato ⁽²⁰⁷⁾.

La società civile non ha alcuna espressione a livello di diritto pubblico, se non attraverso le singole situazioni di diritto privato: l'organicismo, che abbiamo visto dominante a tutti i livelli negli anni Cinquanta, costituisce il ponte ideale per l'ingresso del 'giuridico' nello Stato. È, infatti, nel momento in cui si nega alla società civile uno spazio autonomo, e, conseguentemente, la legittimità scientifica di una *Gesellschaftslehre*, riducendo la comprensione scientifica dell'esistente alla tradizionale scienza dello Stato, ed al diritto privato ⁽²⁰⁸⁾, è in questo momento — ed in conseguenza di ciò — che si creano i presupposti per definire 'scientifica' solamente quella considerazione dei soggetti di diritto pubblico, che fonda il loro titolo nei rapporti di diritto privato. Al di fuori dello Stato esiste solo il diritto privato, che è riuscito ad ordinare la società civile, a fornire di essa una versione 'scientifica' ed 'obiettiva': solo *questa* società civile può costituire una sicura base per la costruzione dei rapporti di diritto pubblico. Tutto il resto è 'politico', e, come tale, ha necessariamente effetti destabilizzanti, in quanto riduce lo Stato a semplice prodotto dello scontro tra contrapposti ideali politici ed interessi sociali, a mero strumento per la risoluzione di una serie di conflitti.

Non altrimenti si potrebbe comprendere il Gerber, che, dapprima, imposta la sua monografia sulla ricerca di un nuovo principio che costituisca un effettivo superamento della vecchia confusione tra pubblico e privato tipica dello Stato patrimoniale, e poi propone una fondazione dei diritti pubblici proprio nei rapporti di diritto privato. La contraddizione è solubile solo comprendendo che il superamento del vecchio modello non avviene per il Gerber del '52 attraverso una concentrazione della decisionalità politica nello Stato, ed una conseguente riduzione della società civile a sede dello scontro economico, così come Stein pen-

⁽²⁰⁷⁾ *Ibid.*, p. 74.

⁽²⁰⁸⁾ Così come Bluntschli sosteneva in contrasto con le posizioni di Stein e di Mohl: vedi il paragrafo precedente.

sava, ma attraverso una sorta di 'purificazione' complessiva dei rapporti tra gli individui, che conduceva all'affrancamento del giuridico, alla sua emersione definitiva quale principio organizzatore dei rapporti interindividuali ⁽²⁰⁹⁾, e, in prospettiva — come abbiamo visto —, degli stessi diritti pubblici: è la forza di coesione del 'giuridico' che deve estendersi dal privato al pubblico.

In questo senso, Gerber intende superare, non solo il vecchio assetto medievale, ma, contemporaneamente, anche la reazione 'politica', che a quell'assetto si era avuta a partire dalla Rivoluzione francese, cioè quella che appariva ai suoi occhi come una continua lotta tra Stato e società, foriera di una rovinosa instabilità, sia delle istituzioni politiche, come dei rapporti privati. Il 'giuridico' è, non solo il segno dell'affermazione del nuovo modello, ma anche il miglior argine possibile contro la 'politicità' della reazione al vecchio modello fino ad allora espressa.

È secondo questo metro che Gerber giudica i rapporti di diritto pubblico, e propone soluzioni 'giuridiche'.

Con riferimento alle istituzioni parlamentari, fondarle su una legge elettorale che può essere mutata in qualsiasi momento, significa dare di esse una nozione politica, costruirle su principi astratti, che risultano dal gioco contingente delle forze politiche: « Solo quel diritto pubblico, che può essere concepito come un diritto privato, e quindi può essere determinato in tutti i lati secondo il suo valore durevole, sarà considerato dall'individuo, cui esso spetta, come un bene sicuro », non « come una condizione creata dall'interpretazione delle leggi esistenti al momento » ⁽²¹⁰⁾.

L'aggancio dei diritti pubblici ai rapporti di diritto privato è tutto qui, e significa per Gerber stabilizzazione delle istituzioni, tentativo di sottrarle alla dirompente dinamica risultante dal gioco delle forze politiche. Le elezioni non costituiscono espressione di volontà della società civile o del *Volk*, ma si riferiscono al « ceto dei latifondisti indipendenti », ed alle corporazioni in genere; solo in tal modo esse « escono dall'esistenza vaga ed amorfa come diritti della massa ed entrano in una strada giuridica » ⁽²¹¹⁾, poiché

⁽²⁰⁹⁾ Vedi il paragrafo secondo di questo capitolo, dove si tratta del Gerber privatista degli anni Cinquanta.

⁽²¹⁰⁾ *Ibid.*, p. 78.

⁽²¹¹⁾ *Ibid.*, p. 79.

solo così l'eletto conserva saldi legami con il cerchio sociale dal quale proviene, o, meglio, mantiene uno stretto rapporto con la sua situazione privatistica di base ⁽²¹²⁾.

Lo stesso deve dirsi del concetto di cittadinanza, che è, per Gerber, esclusivamente politico, poichè indica la somma dei diritti politici spettanti ad un certo soggetto in un determinato momento storico, secondo l'interpretazione corrente delle leggi vigenti in materia ⁽²¹³⁾. Da un punto di vista giuridico, invece, l'individuo non può essere altro che « un dominato staturalmente » ⁽²¹⁴⁾, nel senso che i suoi diritti esistono in « quella parte della persona umana la quale non può assoggettarsi all'azione coercitiva della volontà generale secondo le idee della vita popolare germanica », e dunque hanno un contenuto puramente negativo, di limitazione del potere statale ⁽²¹⁵⁾. Mentre le leggi sulla cittadinanza e sui diritti politici possono mutare in qualsiasi momento, è determinato e stabile il fatto che un certo soggetto vive all'interno di una collettività, che ha un'espressione pubblica, dalla quale egli è dominato: quest'ultima è la nozione giuridica.

Ed, infine, i diritti pubblici del monarca: egli è posto come centrale nella totalità dell'organismo statale, proprio perché è solo attraverso il riferimento a lui che il potere politico acquista carattere *giuridico* ⁽²¹⁶⁾. Il Sovrano è il « detentore del potere statale », ed ha « il diritto di emanare le leggi » ⁽²¹⁷⁾; è, quindi, il soggetto di diritto pubblico per eccellenza, proprio in quanto il suo diritto è più degli altri « originario », più degli altri chiaramente identificabile in base ad un rapporto di diritto privato ereditario, quindi 'giuridico' in sommo grado ⁽²¹⁸⁾. La centralità del monarca si riflette nel suo rapporto con le Assemblee rappresentative, secondo

⁽²¹²⁾ Il modello è poi estendibile a tutta la società civile: « Certamente sarebbe poi necessario che una ulteriore organizzazione ed una formazione corporativa del popolo penetrasse anche nelle sfere inferiori, affinché l'azione politica non sia riservata alle sole rappresentanze di una folla indistinta » (*ibid.*, p. 86).

⁽²¹³⁾ *Ibid.*, p. 66.

⁽²¹⁴⁾ *Ibid.*, p. 65.

⁽²¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 67.

⁽²¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 47.

⁽²¹⁷⁾ *Ibid.*, p. 52.

⁽²¹⁸⁾ *Ibid.*, p. 57.

un modello ormai accettato anche da liberali come Bluntschli: la sovranità è esercitata dal monarca medesimo, ed il Parlamento svolge unicamente un ruolo di controllo dall'esterno ⁽²¹⁹⁾.

Che le concrete soluzioni fornite dalla dogmatica giuspubblicistica di Gerber fossero orientate in senso conservatore sul piano del riconoscimento dei diritti dei cittadini e della rappresentanza popolare, era poco più che ovvio, date anche le note opinioni politiche di Gerber, e, del resto, le soluzioni di un liberale come Bluntschli non differivano di molto; importante era, però, soprattutto mettere in luce *come* Gerber giunge alle sue conclusioni, quale tappa segnino i suoi « Diritti pubblici » nel processo di definizione giuridica dello Stato.

Il saggio del '52 è stato possibile, in primo luogo, in virtù di una tradizione politico-culturale, che, da Savigny a Georg von Beseler, da Reyscher a Bluntschli, aveva invariabilmente considerato lo Stato quale prodotto di un processo di crescita organica del *Volk*, e che, alla fine, si era trasformata, negli anni Cinquanta, in filosofia politica organicistica, in aperto contrasto con una concezione dello Stato quale soggetto interveniente su una società civile da esso medesimo emancipatasi e resasi autonoma.

Ma i « Diritti pubblici » di Gerber rappresentano qualcosa di più, e di diverso, dei consueti volumi degli anni Cinquanta sullo Stato come organismo morale: qui si tratta della scienza giuridica, che entra in gioco a livello di teoria dello Stato.

Il volume del '52 costituisce un tentativo, ma fondato su una intuizione ben precisa: se in Germania le condizioni sociali e politiche consentono di non considerare lo Stato come soggetto agente sulle contraddizioni della società civile, se esso medesimo viene descritto dalla teoria politica e dallo stesso movimento liberale come organismo, e così sottratto alla dialettica con la società civile, allora è possibile il lavoro del giurista a livello di diritto pubblico. La scienza giuridica non avrà più solamente il compito di difendere l'ordine giuridico privatistico dall'invasione del potere politico, ma potrà tentare di sottrarre anche lo Stato agli impulsi contingenti della 'politica', non solo affermando che esso costituisce l'aspetto etico ed 'oggettivo' della vita collettiva, col-

⁽²¹⁹⁾ *Ibid.*, p. 71.

locato a monte delle contraddizioni sociali, ma, di più, costruendolo e fissandolo secondo un procedimento di dogmatica giuridica.

In fondo, il saggio del '52, nella sua brevità, costituiva un vero e proprio programma, e, quel che più conta, destinato ad attuazione. Gerber dichiarava, quasi con rassegnazione — lui giurista —, di vivere nell'età della 'politica', ma, in fondo, aveva già capito che quella del diritto non era poi così lontana.

CAPITOLO TERZO

VERSO LA FONDAZIONE DEL *REICH*: LA DOTTRINA DELLO STATO TRA 'ORGANICISMO' E 'STATUALISMO'

Premessa. — I. La nuova fase del movimento liberale: la testimonianza di Rudolf von Gneist. — II. L'emersione del 'modello' prussiano. — III. La crisi del Gerber privatista. — IV. La costituzione come sistema di principii giuridici: i *Grundzüge* gerberiani del 1865. — V. La dottrina dello Stato nell'imminenza della fondazione del *Reich*: 1. La reazione di parte liberale alla pubblicazione dei *Grundzüge* di Gerber; 2. La polemica Hermann Schulze-Gerber; 3. Il primo intervento di Paul Laband (1871).

Premessa. Se dovessimo, con una sola frase, indicare il carattere dominante la teoria politica, e la riflessione tedesca sullo Stato, della prima metà del secolo, nessun'altra ci sembrerebbe più appropriata di questa di Dahlmann: « Wer in diesem unter der Last so manches unabwendbaren Wechsels fast erliegendem Weltteile noch die Monarchie entwurzeln möchte, der vergisst, dass zwar oftmals aus der Ordnung die Freiheit, niemals aber aus der Freiheit die Ordnung hervorgegangen ist » ⁽¹⁾.

Infatti, ciò che caratterizza il *Vormärz* tedesco rispetto alle altre esperienze europee è il fatto che il movimento di opposizione non ha mai tentato, nel suo complesso, una rifondazione totale del potere politico; le concrete soluzioni costituzionali degli anni Cinquanta — dei Bluntschli e dei Gerber —, secondo le quali la sovranità è attribuita al monarca, con totale esclusione della rappresentanza popolare, cui spetta unicamente un potere di controllo dall'esterno, sono perfettamente coerenti, non solo con il mo-

⁽¹⁾ DAHLMANN, *Die Politik, auf den Grund und das Mass der gegebenen Zustände zurückgeführt*, cit., p. 122.

mento specifico di riflusso conseguente alle delusioni quarantottesche, ma anche con uno sviluppo complessivo che ha le sue origini alla fine del secolo precedente, e segnatamente nel momento in cui l'assetto sociale e politico esistente è costretto a fare i conti con quel grande evento che fu la rivoluzione francese.

Non intendiamo riferirci a quelle opere scritte in aperta polemica con il nuovo corso instaurato in Francia, ed in chiara difesa del vecchio ordine ⁽²⁾, ma, soprattutto, al complesso della riflessione politica tedesca, ivi compresa quella del nascente movimento liberale. Anche chi non si pose, fin dall'inizio, ed *a priori*, contro gli eventi rivoluzionari francesi, mostrò, tuttavia, di non comprenderne la grande portata, il loro significato più profondo.

La Rivoluzione aveva soprattutto dimostrato una cosa: che la storia non era un terreno necessariamente dominato da forze trascendenti, che essa poteva essere invece considerata come un complesso di dati politici e sociali alla portata della capacità d'intervento e di trasformazione dell'uomo. La storia si emancipava dal dominio dell'etica, e si trasformava in terreno di realizzazione delle aspirazioni individuali e collettive. È soprattutto questa, al di là dello specifico principio politico-giuridico dell'individualismo, la *Freiheit*, della quale Dahlmann parla, e che viene così nettamente contrapposta alla *Ordnung*, da lui prediletta.

È questo il punto di partenza necessario per comprendere molti degli eventi che si verificano nell'ambito della dottrina tedesca dello Stato. Prima di tutto, il grande successo della filosofia organicistica, che certo trascende le sue indubbe matrici romantiche, e trova la sua vera base nello sforzo di delineare un modello sociopolitico, nel quale sia la *Freiheit* ad essere determinata dalla *Ordnung*, e non quest'ultima ad essere rifondata sulla prima: dalla *Politik* di Dahlmann alla concezione del potere politico nei giuristi della Scuola Storica, fino allo Stato nazionale organico dei liberali germanisti, sussiste, indubbiamente, in questo senso, una forte continuità. Soprattutto, ritroviamo costantemente la diffidenza nei confronti dell'emancipazione dell'individuo, dell'affermazio-

(2) Com'è il caso della nota opera di HALLER, *Restauration der Staats-Wissenschaft*, cit., *passim*.

ne della sua capacità d'incidere sul mondo delle cose, di contribuire a determinare il corso della storia.

Tutto questo non poteva non avere influsso anche a livello di teoria dello Stato e dei suoi organi: la monarchia, in quanto potere 'originario', non derivato da alcuna delega, viene privilegiata, proprio perché garante, e, nel contempo, punto più alto di realizzazione, di quella *Ordnung*, che si voleva ad ogni costo preservare. La rappresentanza popolare, al contrario, è sentita fin dall'inizio come veicolo attraverso il quale può pericolosamente realizzarsi la presunzione di ogni individuo a contribuire, con la sua espressione di volontà, al mutamento dell'assetto esistente. Il complesso del movimento liberale rimane invischiato in questo tipo di logica, tanto che si può affermare che, nell'Ottocento tedesco, lo schema secondo il quale la sovranità è concentrata nelle mani del monarca e le Camere sono chiamate ad una pura e semplice attività di controllo, non viene mai messo in discussione (3).

Ma non si tratta solo di un problema di equilibrio tra gli organi dello Stato, bensì, soprattutto, di rapporto tra lo Stato medesimo e la società civile.

Nella dominante concezione organicistica c'era qualcosa di più di una scelta antiindividualistica. C'era la resistenza ad una totale emancipazione della società civile dallo Stato: quello che più spaventava gli storici, i filosofi, ed i giuristi tedeschi, nei risultati della rivoluzione francese, era la visione di una società civile privata delle tradizionali mediazioni etico-politiche, dove gli individui si scontravano l'uno contro l'altro, non solo per il predominio economico immediato, ma anche per la conquista del potere politico, da adoperare, a sua volta, per intervenire sugli equilibri nel frattempo raggiunti.

(3) Hartwig BRANDT, *Landständige Repräsentationen im deutschen Vormärz*, Neuwied und Berlin, 1968, *passim*, lo ha dimostrato con riferimento alla prima metà del secolo, ma è proprio qui che si pongono le basi delle soluzioni che si imporranno nel corso di tutto il secolo. Sul punto, vedi anche H. O. MEISNER, *Staats- und Regierungsformen in Deutschland seit dem 16. Jahrhundert*, in *Die Entstehung des modernen souveränen Staates*, a cura di H. H. HOFMANN, Köln und Berlin, 1967, pp. 321-350 (per i periodi per noi interessanti, cfr. soprattutto pp. 332-336 e 340-344).

Agli occhi della maggioranza degli intellettuali tedeschi della prima metà del secolo, partire dalla *Gesellschaft* per costruire lo Stato, significava non costruire niente, porre le basi per una continua instabilità, sia dei rapporti privati, come delle istituzioni politiche. L'alternativa proposta è ormai nota: è nel *Volk*, inteso come comunità storico-culturale organica, che deve essere ricercato il saldo fondamento 'obbiettivo' della vita collettiva.

Al livello più specifico della scienza giuridica, si può affermare che quel *Volksgeist*, nel quale la *Rechtswissenschaft* savigniana ricercava e scopriva gli istituti di diritto privato, è il medesimo che viene posto a fondamento dello Stato. Il processo storico non è di emancipazione della società civile dallo Stato, ma, al contrario, di realizzazione delle energie collettive del *Volk* nello Stato medesimo: tra quest'ultimo e la società civile non vi è un rapporto di opposizione dialettica, ma di necessaria concordanza, poiché esso è nient'altro che il momento più alto di espressione dell'intera collettività.

Già abbiamo visto come Gerber, dogmatico del diritto privato, ponga l'ipotesi organicistica a fondamento del primo abbozzo di costruzione dogmatica nel nuovo campo del diritto pubblico. Tra la sua opera e quella di Savigny vi è, in questo senso, una forte continuità: così come il Maestro della Scuola Storica opponeva l'obbiettività del *Volksgeist* all'arbitrarietà del potere politico, e, criticando i Codici, proponeva il primato della scienza giuridica, così anche Gerber, criticando l'instabilità derivante dalla dirompente dinamica Stato-società, ed opponendovi la sua scelta organicistica, supponeva quelle condizioni minime di 'stabilità' necessarie al fine di un lavoro dogmatico.

Se il metodo gerberiano fosse stato quello di partire dalle contraddizioni della società civile, per studiare come esse si riflettano, o debbano riflettersi, nello Stato, la sua proposta concreta non avrebbe mai potuto consistere nella fondazione dei diritti pubblici nei rapporti di diritto privato, mentre quest'ultima soluzione è del tutto logica, se si accettano i presupposti organicistici, cioè se si vede nello Stato la necessaria espressione delle energie morali del *Volk*. Se lo Stato non deve far altro che corrispondere al *Geist* popolare, allora gli uomini più adatti a governare sono semplicemente i più 'capaci', ed i più 'eminenti', in sostanza

coloro che occupano posizioni di rilievo nella società, facilmente identificabili sulla base dei rapporti di diritto privato. Non v'è bisogno di alcuna elezione, poiché questi soggetti non devono essere designati: essi sono già, in ragione del posto che occupano nella società, le persone naturalmente più 'adatte' ad interpretare il *Geist* popolare, ad aiutare la sua realizzazione nello Stato.

Ripetiamolo ancora una volta: da Savigny a Gerber, è sempre sulla base di una filosofia organicistica che si concretizza il primato del lavoro dogmatico, sia a livello di diritto privato, come anche nell'ipotesi gerberiana di passaggio al campo del diritto pubblico: i successi della scienza giuridica sono certamente fondati sulla preminenza culturale e politica del concetto di organismo.

Dobbiamo, però, misurarci anche con gli sviluppi ulteriori delle vicende dello Stato e della scienza giuridica nella Germania dell'Ottocento.

I giuristi giungono ad occuparsi dello Stato, con l'opera di Gerber, proprio nel momento in cui l'organicismo sta vivendo i suoi momenti di più alto splendore, ma dagli anni Cinquanta in poi le cose sono destinate a mutare radicalmente, e le ipotesi organicistiche subiranno un progressivo declino.

Molto tempo era passato da quando Savigny, nel *Beruf*, aveva indicato nella certezza e nell'obiettività dei rapporti privati l'unica ancora di salvezza possibile contro la necessaria arbitrarietà del potere politico, e certamente Gerber aveva superato le posizioni del Maestro, nel momento in cui aveva compreso che era necessario il lavoro del giurista anche a livello dello Stato. Non dimeno permaneva in lui l'antico 'pregiudizio': non a caso l'unica soluzione possibile era per lui quella di costruire i diritti pubblici sui rapporti di diritto privato, perché *solo* la *naturale* certezza dei secondi poteva fondare la *futura*, ed *eventuale*, certezza dei primi. In fondo, anche per Gerber, lo Stato in quanto tale rimaneva nella sfera della politica e dell'etica, anche se il suo presupposto extragiuridico, il concetto di organismo, era certamente funzionale — come sopra abbiamo visto — all'avvio di un progressivo processo di definizione giuridica della realtà statale.

La verità è che a Gerber mancava un dato essenziale del sistema pubblicistico, un dato che nessuna opera di sforzo intellettuale poteva creare, che solo la storia poteva fornire: gli mancava, nella realtà circostante, l'esistenza stessa di un saldo potere politico, al quale appoggiare le sue costruzioni dogmatiche. Si potrà obiettare che gli anni Cinquanta costituiscono una realtà sociale e politica in continua via di pacificazione e di conciliazione, che sicuramente Gerber aveva percepito la delusione del movimento liberale, ed il suo progressivo abbandono del terreno dello Stato, ma questo è precisamente ciò che fa ritenere a Gerber *possibile* una dogmatica giuspubblicistica; è, però, altrettanto significativa la sua rinuncia al principio della personalità giuridica dello Stato, che, nel '52, come già abbiamo visto, avrebbe avuto ancora un inevitabile sapore *politico*, sulla scia delle rivendicazioni liberali ed antiassolutiste.

In definitiva, si può già studiare da un punto di vista giuridico il rapporto Stato-società, avvalendosi delle ipotesi organicistiche, ma non si può ancora fornire una definizione giuridica unitaria dello Stato: qui domina ancora la 'politica'. Esistevano, dunque, i presupposti per un interesse della scienza giuridica per lo Stato, ma non esistevano ancora le concrete condizioni storiche perché si potesse verificare un pieno incontro. Quelle condizioni, però, erano in via di formazione, anche se il Gerber del 1852 ancora non le poteva scorgere. Con gli anni Sessanta si avvierà concretamente il processo di unità nazionale, e, nel suo ambito, saranno proprio i giuristi a svolgere un ruolo essenziale: questo è, appunto, l'oggetto delle prossime pagine.

I. Sia nel primo come nel secondo capitolo abbiamo avuto più volte occasione di illustrare le posizioni, ed i progetti, del movimento liberale tedesco. Dobbiamo ora ritornare su questo tema, prima di passare definitivamente la parola ai giuristi.

Lo dobbiamo fare soprattutto perché nel precedente capitolo potremmo aver dato l'impressione di un movimento liberale completamente distrutto dalla delusione del Quarantotto, impegnato ormai solo in funzione di compromesso con le vecchie strutture statuali. Il significativo interesse della scienza giuridica per lo Stato, con il Gerber del '52, potrebbe, poi, meccanicamente far con-

cludere l'analisi nel senso della fine della teoria politica liberale, e del parallelo avvio del processo di definizione giuridica dello Stato.

Non è così: processi storici come quello che cerchiamo di delineare non sono mai così univoci, così nettamente definiti e definibili.

Già abbiamo visto tutte le incertezze del Gerber del '52, la sua consapevolezza di vivere nell'età della 'politica'; ora dobbiamo aggiungere che il movimento liberale tedesco non era, come per incanto, scomparso, che le tensioni della prima metà del secolo non potevano essersi pacificate — e non lo erano, infatti — nel giro di pochi anni.

Certo, erano definitivamente cadute le alternative radicali, i progetti di sovranità popolare, ma, per molti liberali, la totale esclusione delle rappresentanze dall'esercizio della sovranità era comunque qualcosa di difficilmente accettabile. Tra la soluzione di Gerber, che negava soggettività alla *Volksvertretung*, riducendo i suoi singoli membri quasi alla figura di ausiliarii del principe, sia pure in funzione di controllo, ed una visione che, pur mantenendo intatta la sovranità del monarca, considerava l'atto del potere statale come effetto di una *Mitwirkung* dei due organi centrali dello Stato, passava una notevole differenza, che non poteva non essere fonte di equivoco e di tensione.

Il problema era anche molto concreto: la stabilità di tutto il sistema si fondava sull'assoluta omogeneità politica di monarca e Camere, ma cosa sarebbe accaduto un giorno se le rappresentanze avessero negato la loro approvazione ad un atto del sovrano? Nessuna Costituzione vigente prevedeva questa possibilità, ed era, quindi, in grado di regolarla (4).

In definitiva, se era caduta una delle due alternative estreme, quella della sovranità popolare, non per questo si era affermata l'altra, ed il movimento liberale aveva ancora margini di manovra nella lotta per l'affermazione dei diritti delle rappresentanze popolari.

(4) È quanto accadrà in Prussia negli anni Sessanta col noto conflitto costituzionale, del quale parleremo più avanti.

Vi erano realtà, come quella prussiana, dove, nel mantenimento delle vecchie strutture, più che la volontà di compromesso dei liberali, aveva prevalso una loro spietata repressione. Il vecchio liberalismo e costituzionalismo tedesco, quello educato alla scuola di Dahlmann, al culto della storia e delle tradizioni germaniche, fieramente avverso alle soluzioni della rivoluzione francese, alle filosofie contrattualistiche, ed alla stessa sovranità popolare, nondimeno si sentiva nemico dell'assolutismo principesco, che sempre aveva considerato egualmente estraneo allo sviluppo storico tedesco.

Se è vero che a questo liberalismo si doveva se il '48 tedesco non si era trasformato in rivoluzione sociale, in rivolgimento complessivo, è altrettanto vero che le sue antiche 'libertà germaniche', di stampo essenzialmente cetuale, erano difficilmente conciliabili con l'opera di centralizzazione del potere, di vero e proprio neo assolutismo, che veniva portata avanti da sovrani come quello prussiano nel corso degli anni Cinquanta.

È poco più che superfluo osservare che questi liberali non si ponevano come difensori dei diritti dei ceti di fronte al principe ⁽⁵⁾, ma è certo che, in un contesto storico nettamente diverso, essi si ispiravano a quegli antichi ideali, per trasformarli in rivendicazioni costituzionali per il presente: i diritti della *Volksvertretung* non potevano essere così facilmente disattesi dal monarca, non perché essa fosse espressione di una 'astratta' sovranità popolare, ma in quanto fedele specchio di un *Volk* organicamente concepito nelle sue diverse articolazioni ⁽⁶⁾.

Quello che i liberali tedeschi del *Nachmärz* propugnavano era, in definitiva, un passaggio organico e graduale dall'antico Stato

⁽⁵⁾ L'ultimo esempio in questo senso è quello di Justus Möser (1720-1794), autore di una storia del Principato vescovile di Osnabrück, in Westfalia, dove egli visse: sulla sua figura, e sulla sua opera, vedi BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale*, cit., pp. 59-77.

⁽⁶⁾ BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale*, cit., pp. 111-135, coglie molto bene questo passaggio dalla pura e semplice descrizione della società tardo-cetuale (J. Möser) alla fase della rivendicazione politica liberale, fondata sulle specifiche tradizioni tedesche (Waitz e Maurer): siamo alle origini di quel liberalismo 'organico', così definito dallo stesso Böckenförde, che più volte abbiamo incontrato nel corso della nostra ricerca.

per ceti al moderno Stato costituzionale, ed a ciò costituiva ostacolo, non solo il modello della rivoluzione francese, ma anche la tradizione assolutistica con il suo sforzo di concentrazione di potere nel monarca: per il liberalismo tedesco il suddito dello Stato assoluto era altrettanto 'astratto' quanto il cittadino della rivoluzione (7).

La 'concretezza' della libertà propugnata dal liberalismo del *Nachmärz* era invece rappresentata dal fatto che i singoli individui rimanevano strettamente legati alle specifiche situazioni locali, dalle quali emergevano gli uomini 'capaci', destinati alla direzione dell'autogoverno locale, ed anche alla rappresentanza politica: il potere centrale era il vertice di una piramide composta di molteplici realtà collettive specifiche, e non qualcosa di opposto al popolo sovrano, o all'indistinta massa dei sudditi.

Tornano, come vediamo, i temi organicistici, così come torna il rifiuto di una netta separazione di Stato e società, ma, questa volta, sotto il profilo di un preciso ideale costituzionale, che, raccogliendo tutta la precedente tradizione, si matura definitivamente a contatto con lo strapotere monarchico conseguente al fallimento del Quarantotto. Mentre nella prima metà del secolo il liberalismo 'organico', in una situazione in continuo movimento, ed ancora aperta a soluzioni di tipo radicale, aveva badato soprattutto a differenziare il proprio modello da quello della vicina Francia; mentre, all'inizio degli anni Cinquanta, aveva cercato soprattutto il compromesso dopo la bruciante sconfitta, ora che

(7) Non bisogna dimenticare che c'era anche un esempio concreto nella Germania del tempo, riferentesi al periodo delle conquiste napoleoniche, quando il modello amministrativo francese era venuto a saldarsi con le esigenze di accentramento di alcuni Sovrani tedeschi: sul problema, vedi E. HÖLZLE, *Das napoleonische Staatssystem in Deutschland*, in *Die Entstehung des modernen souveränen Staates*, cit., pp. 262-272, spec. pp. 268-269. Dello stesso Hölzle, dall'opposto punto di vista della continuità storica della libertà germanica dall'antica struttura cetuale agli ideali costituzionali del liberalismo organicista ottocentesco, vedi *Frattura e continuità nell'evoluzione della moderna 'libertà' tedesca*, in *Lo Stato moderno*, a cura di E. ROTELLI e P. SCHIERA, vol. I, *Dal Medioevo all'età moderna*, Bologna, 1971, pp. 91-111 (tit. orig. *Bruch und Kontinuität im Werden der deutschen modernen Freiheit*, in *Vorträge und Forschungen*, Sigmaringen, 1955, pp. 159-177). Sull'idea di 'libertà germanica', vedi anche L. KRIEGER, *The German idea of freedom. History of a political tradition*, Chicago, 1972², *passim*.

è scomparsa la minaccia della sovranità popolare, e, nello stesso tempo, ci si rende conto che il prezzo da pagare alla monarchia ed al vecchio gruppo di potere è troppo alto, è proprio ora, alla fine degli anni Cinquanta, che spunta fuori la seconda 'anima' del liberalismo organicista, quella antiassolutista.

L'occasione storica è offerta dalla crisi dinastica che si apre in Prussia, e dal conseguente ricambio nella compagine governativa, con l'allontanamento, o l'isolamento, di uomini come Gerlach, Manteuffel, e lo stesso Bismarck, che avevano diretto l'azione reazionaria nel decennio dal '48 al '58. Al loro posto vengono chiamati uomini di idee politiche più liberali ⁽⁸⁾, che aprono un processo di rivalutazione della funzione della *Volksvertretung*, all'interno della quale, nel frattempo, il partito liberale conquista la maggioranza assoluta dopo le vittoriose elezioni del 1858.

Tutto ciò proprio in quella Prussia, che era stata, negli anni precedenti, la salda roccaforte della reazione ⁽⁹⁾: non v'è dubbio che agli occhi dei liberali del tempo sembrò veramente l'inizio di una nuova era ⁽¹⁰⁾.

Questa rinascita liberale, nell'ambito della quale deve collocarsi anche la fondazione dei noti « *Preussische Jahrbücher* » del 1857 ⁽¹¹⁾,

⁽⁸⁾ Su di loro, e sui particolari di tutta la vicenda, vedi HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, cit., vol. III, pp. 269-275.

⁽⁹⁾ Rudolf Jhering, in una lettera a Gerber del 7 Febbraio 1859, scrive: « Che ne dici della chiamata di Beseler a Berlino? Il vento è cambiato assai per renderla possibile » (*Carteggio Jhering-Gerber*, cit., p. 247): è evidente che solo un anno o due prima sarebbe sembrato impossibile che il vecchio e battagliero Beseler potesse sedere sulla Cattedra di una delle conservative Università prussiane.

⁽¹⁰⁾ *Neue Ära* è, appunto, il termine coniato per intendere il periodo che inizia con il 1858, e che riapre le speranze liberali dopo gli oscuri anni della reazione; rimane qui fondamentale, in attesa di nuove indagini, il vecchio saggio di H. G. SCHROTH, *Welt- und Staatsideen des deutschen Liberalismus in der Zeit der Einheits- und Freiheitskämpfe 1859-1866. Ein Beitrag zur Soziologie des deutschen politischen Denkens*, in *Historische Studien*, 201 (1931), pp. 45 e ss., spec. pp. 75-102; per alcune notizie sul periodo, vedi anche T. SCHIEDER, *Vom deutschen Bund zum deutschen Reich 1815-1871*, cit., pp. 128 e ss.; infine, tra i contributi più recenti, ricordo quello di S. BAHNE, *Vor dem Konflikt. Die Allliberalen in der Regentschaftsperiode der 'Neuen Ära'*, in *Soziale Bewegung und politische Verfassung. Beiträge zur Geschichte der modernen Welt*, Stuttgart, 1976, pp. 154-196.

⁽¹¹⁾ Anche per i *Preussische Jahrbücher* siamo in attesa di un'approfondita indagine, in carenza della quale siamo ancora costretti a rinviare al vecchio sag-

si muove in una pluralità di direzioni, in primo luogo contestando il divario esistente tra lo sviluppo della società civile e l'arretratezza delle strutture politiche ⁽¹²⁾, e, dunque, proponendo il ritorno del liberalismo al tema dello Stato; ma la differenza col passato era data, non solo dal ritenere di nuovo possibile una teoria politica liberale, ma anche, e soprattutto, dal fatto che quella teoria poteva essere vissuta come programma da realizzare in un immediato futuro, nel quadro della generale liberalizzazione dei rapporti politici, che era in atto nella Prussia del tempo. Questa ultima poteva essere la forza da collocare a fondamento di una nuova fase del processo di unità nazionale, ma era necessario che si allentasse il legame che il monarca aveva stretto con la burocrazia, e con i vecchi gruppi di potere, per dare progressivamente vita ad un nuovo modello.

La domanda da porsi subito è la seguente: quale modello? A che cosa concretamente pensavano questi liberali, certamente lontani da ogni idea di sovranità popolare? Secondo la loro analisi, che in parte già conosciamo, la monarchia, la burocrazia, l'esercito, la nobiltà terriera, insomma tutte le forze che nel '48 avevano visto minacciati i loro privilegi, apparivano troppo arroccate a difesa delle vecchie strutture, del tutto chiuse a qualsiasi possibilità di riforma.

Proprio in connessione a questo tipo di analisi, e come primo tentativo di definizione del 'nuovo modello', dal 1858 al 1861 appaiono sui *Preussische Jahrbücher* una serie di articoli di Treitschke, il quale, criticando aspramente il burocratismo prussiano, esalta il modello inglese di *selfgovernment*, e, soprattutto, la funzione attiva della nobiltà inglese, che aveva saputo inserirsi nel movimento di riforma ⁽¹³⁾.

gio di O. WESTPHAL, *Welt- und Staatsauffassung des deutschen Liberalismus. Eine Untersuchung über die Preussische Jahrbücher und den konstitutionellen Liberalismus in Deutschland von 1858 bis 1863*, München, 1919 (rist., Aalen, 1964); al saggio di Westphal possono essere aggiunte le pagine dedicate al tema da H. HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1950, pp. 357-372.

⁽¹²⁾ Vedi *supra*, capitolo secondo, paragrafo primo.

⁽¹³⁾ Vedi il saggio di IGGERS, *Heinrich von Treitschke*, in *Deutsche Historiker*, cit., pp. 176-177 specificamente sugli articoli ricordati nel testo.

Più volte abbiamo incontrato questa sorta di ammirazione del liberalismo tedesco per la Costituzione inglese, in Savigny come in Dahlmann, e nello stesso Gerber dei « Diritti pubblici » del '52, ma, ora, non si tratta più solamente di mettere in rilievo la gradualità e l'organicità di quello sviluppo costituzionale, in contrapposizione con l'esperienza francese, ma, soprattutto, di assumere un vero e proprio modello, cui in concreto ispirare la propria azione politica. Se l'aspirazione dei liberali del *Nachmärz* consisteva in un passaggio graduale dall'antico Stato per ceti alle moderne libertà costituzionali, ebbene, era proprio questo che si era verificato in Inghilterra, dove la nobiltà terriera non si era ritirata a difesa delle proprie posizioni di potere, ma aveva saputo inserirsi nel movimento di riforma, svolgendo un ruolo di direzione politica, sia centrale, che locale, nell'ambito del *selfgovernment*.

Se questo — nelle sue linee essenziali — è il modello cui si riferiscono i liberali tedeschi, la scienza giuridica, per parte sua, procedeva per vie del tutto simili. Ci riferiamo qui a quel Rudolf von Gneist (14), che è giurista assai noto per le sue opere più tarde sullo Stato di diritto e sulla giustizia amministrativa (15), ma meno conosciuto per la sua produzione giovanile, che si colloca proprio nel clima berlinese della *Neue Ära*; è infatti, nel corso degli anni Cinquanta che Gneist contribuisce con i suoi scritti all'orientamento del liberalismo tedesco secondo il modello inglese (16).

(14) Rudolf von Gneist (1816-1895) nacque e morì a Berlino, e sempre ebbe in Prussia il suo centro di azione; allievo di Savigny a Berlino, deputato alla *Paulskirche*, fu anche magistrato e giurista pratico. Ebbe anche una speciale sensibilità per i problemi sociali: nel 1851 contribuì alla fondazione del *Verein für das Wohl der arbeitenden Klassen*, nel 1872-73 fu il primo presidente del più noto *Verein für Sozialpolitik*. È, comunque, nel 1858 l'ingresso ufficiale di Gneist nella vita pubblica, sia mediante le vittoriose elezioni del partito liberale, che lo portarono alla Camera, sia attraverso la chiamata all'Università di Berlino, dove rimase fino alla morte. Per queste notizie, si veda la *Neue deutsche Biographie*, vol. 6° (1964), pp. 486-489.

(15) In particolare: *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg. Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen mit besonderer Rücksichtigung auf Verwaltungsreform und Kreis-Ordnungen in Preussen*, Berlin, 1869; *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Berlin, 1872; *Englische Verfassungsgeschichte*, Berlin, 1882.

(16) Il primo saggio rilevante di Gneist è *Adel und Ritterschaft in England*,

Per noi, è soprattutto assai significativo il fatto che attraverso Gneist rispunti fuori Lorenz von Stein, e la tematica del rapporto Stato-società, che all'inizio degli anni Cinquanta sembrava scomparsa ad opera del dominante organicismo (17). Non v'è dubbio alcuno che il costante interesse di Gneist per i problemi sociali e la sua diretta partecipazione a tutta una serie di iniziative di *Sozialpolitik* (18) non sono qualcosa di accessorio alla sua attività politica, ma costituiscono parte integrante del suo sistema scientifico (19). Come pure è altrettanto certo che Gneist fu sempre contrario ad ogni tentativo di restaurare un ordine sociale ormai superato, destinato ad essere definitivamente battuto dall'emergente società civile borghese.

Berlin, 1853. Ad esso segue *Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht*, in due volumi, *Geschichte und heutige Gestalt der Ämter in England*, Berlin, 1857, e *Die heutige englische Kommunalverfassung und Kommunalverwaltung oder das System der Selfgovernment in seiner heutigen Gestalt*, Berlino, 1860. Vogliamo subito precisare che non intendiamo affatto compiere un'analisi dettagliata di questi saggi di Gneist, poiché la sua figura ci interessa solo in quanto emblematica, nel periodo storico che consideriamo, di un certo atteggiamento del movimento liberale, e della stessa scienza giuridica, di fronte al problema dello Stato.

(17) Fin dal suo primo saggio del '53 (vedi *supra*, nota precedente), Gneist mostra, con frequenti citazioni, di aver letto le opere di Stein. Del resto, la già ricordata *Englische Verfassungsgeschichte* è dedicata proprio a Stein, così come questi dedica a Gneist la prima edizione, del 1865, della sua *Verwaltungslehre*. Infine, il noto *Rechtsstaat* di Gneist si apre con un capitolo sui « Wechselbeziehungen zwischen Staat und Gesellschaft », e, sempre nel medesimo volume, leggiamo: « Diese innere Organisation der Gesellschaft ist in leichten Grundzügen nach dem Gedankengang Steins gegeben » (p. 334 nota 3). BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, cit., pp. 132 e ss., accomuna Hegel, Stein e Gneist, seppure da punti di vista diversi, nell'acquisizione del presupposto metodologico di separazione di Stato e società civile.

(18) Vedi la nota 14 di questo capitolo.

(19) Degno di rilievo il fatto che BLUNTSCHLI, *Geschichte der neueren Staatswissenschaft*, cit., critichi insieme Stein e Gneist per aver essi concepito la società civile « als blosse *Erwerbsgesellschaft*, so dass ihre gemeinnützige Thätigkeit und ihre Kulturarbeit nicht zu rechter Geltung kommen » (p. 729). Il fatto è che Gneist, più del giurista svizzero, aveva saputo percepire l'avanzamento della società industriale, che, nella Prussia degli anni Cinquanta e Sessanta, stava compiendo passi da gigante: a questo proposito, vedi H. BÖHME, *Deutschlands Weg zur Grossmacht*, Köln, 1972², pp. 57-77, proprio sull'espansione industriale e finanziaria prussiana.

Il problema era però — e qui torna il tema della strategia del movimento liberale — *come* la transizione dovesse avvenire in una Germania, e specialmente in una Prussia, che ancora sembrava oscillare tra il vecchio ed il nuovo ordine. È appunto il complesso delle opere di Gneist degli anni Cinquanta e Sessanta che tenta di dare una risposta concreta a questo problema ⁽²⁰⁾.

Diciamo subito che due possibili soluzioni sono del tutto estranee al nostro giurista: la prima — come già abbiamo osservato — è quella, testimoniata dal presente storico della sua Prussia, di una alleanza tra i vecchi ceti e la monarchia, tutta tesa a conservare i vecchi privilegi e ad ostacolare così la definitiva affermazione della società civile borghese; la seconda è quella opposta, consistente nella diffusione del costituzionalismo borghese fin nelle radici ultime della vita collettiva.

Se era inevitabile accettare il fatto che il nuovo sviluppo sociale stava spezzando i vincoli di vecchio tipo tra gli individui, non per questo era necessario regolare le singole realtà locali secondo principii 'elettorali', concependo anche la più minuscola realtà politica come un'assemblea parlamentare. Tra la reazione prussiana ed il costituzionalismo di stampo radicale, era possibile scegliere una terza via, che veniva indicata proprio dal concreto sviluppo storico inglese.

Il punto focale stava nel ruolo del ceto nobiliare, cui, in verità, erano dirette le analisi e le proposte di Gneist. La nobiltà prussiana si doveva rendere conto, secondo il nostro giurista, di aver commesso un grave errore nell'allearsi con la monarchia in funzione esclusivamente conservativa, poiché, in questo modo, essa contribuiva a creare una situazione di continuo conflitto tra lo Stato e la società civile, nella quale lentamente stava maturando un nuovo ordine, che, abbandonato a sé stesso, avrebbe finito per travolgere le vecchie strutture, facendo crollare ogni certezza collettiva. La nuova classe borghese avrebbe avvertito ogni giorno di più lo stridente contrasto tra la propria capacità di lavoro e la titolarità formale di certi beni garantita ai vecchi ceti esclusivamente da misure di carattere politico ed amministra-

⁽²⁰⁾ La migliore analisi esistente di queste opere è senza dubbio quella di HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung*, cit., pp. 372-403.

tivo; in breve, la società civile si sarebbe ribellata allo Stato, così come in Francia, e l'avrebbe travolto.

L'assolutismo genera inevitabilmente rivoluzione e disgregazione sociale, ma la Germania è ancora in grado, secondo Gneist, di imboccare una strada diversa, purché muti la funzione del ceto nobiliare. Quest'ultimo deve rinunciare ai suoi antichi privilegi, nella loro forma feudale, ma non per questo perderà la sua funzione di preminenza sociale complessiva: a livello locale, il nobile — che prima era dominante in quanto feudatario — continuerà ad esserlo in quanto membro di quella specifica comunità, rappresentante dei suoi interessi non per designazione elettorale, ma unicamente in virtù del fatto che quella medesima collettività riconosce 'naturalmente' in lui il soggetto più adatto alla direzione della cosa pubblica, quello storicamente legittimato in tal senso.

In sostanza, Gneist, come già Lorenz von Stein, percepiva la pericolosità di una troppo netta separazione di Stato e società, che egli verificava nella Prussia del suo tempo, dove contemplava una nobiltà ed una monarchia racchiuse nelle strutture politiche a difesa dei proprii privilegi, e, insieme, un nuovo ordine sociale che autonomamente si stava formando; a differenza di Stein, però, non vedeva la soluzione in un'opera d'intervento del potere politico centrale sulle contraddizioni della società civile, ma in un piano complessivo e capillare di riorganizzazione di essa medesima.

Per spiegarci meglio: mentre in Stein la separazione di Stato e società era il prodotto ineluttabile, ed il segno, dell'età moderna iniziata con la rivoluzione francese, e bisognava prenderne atto per cercare di controllare i suoi effetti potenzialmente distruttivi, secondo Gneist non bisognava affatto accettare *a priori* la scomparsa di ogni tipo di mediazione ed il predominio della conflittualità economica nell'ambito della società civile. Così, mentre Stein pensa ad una costante dialettica di Stato e società, ad un continuo riprodursi delle contraddizioni, e ad un altrettanto continuo intervento del potere politico su di esse ⁽²¹⁾, Gneist crede di poter giungere ad una *conciliazione* di Stato e società, proprio attraverso

⁽²¹⁾ Ma abbiamo visto (capitolo secondo, paragrafo terzo) che anche Stein muta negli anni Cinquanta le sue opinioni, criticando il suo 'economicismo' giovanile.

il suo piano di *Selbstverwaltung*. Infatti, le comunità hanno il compito di omogeneizzare gli interessi sociali, appianando i conflitti, e creando una solidarietà, che sarebbe impossibile senza l'esistenza di un vincolo politico locale: la nuova società civile non deve necessariamente essere composta solo di classi e di individui produttori, ma deve essere concepita soprattutto come una complessa rete di realtà politiche locali.

A questo punto, può risultare chiaro cosa Gneist proponeva con la sua *Selbstverwaltung*, concepita sulla base del modello inglese. Non solo non troviamo mai in lui riferimenti all'autonomia locale, o alla necessità di attivare nuove energie; non solo Gneist ha sempre escluso elezioni popolari a livello delle singole realtà specifiche, sempre sostenendo la figura del funzionario statale ⁽²²⁾, ma risulta altresì vero l'inverso, e cioè che il sistema di *Selbstverwaltung* del giurista berlinese ha il compito essenziale di imbrigliare l'emersione dei nuovi rapporti sociali, consentendola fino al punto in cui essa risulti compatibile con i tradizionali rapporti politici.

Tutto questo non sminuisce la rilevanza delle proposte di Gneist, che si batteva — nei termini che ormai conosciamo — per spezzare l'alleanza tra monarchia e ceti nobiliari, per i diritti della *Volksvertretung* quale specchio di tutta quell'articolazione politica locale, che egli propugnava. Il fatto è che queste sue proposte sono motivate proprio dalla volontà di evitare un rivolgimento complessivo: le strutture politiche non devono operare per il mantenimento del vecchio ordine sociale, ma inserirsi nell'ambito del nuovo, per poterlo controllare e frenare.

In questo senso, Gneist rappresenta il culmine di quella tradizione politico-culturale tedesca, la quale, da Savigny a Georg von Beseler, da Dahlmann a Bluntschli, aveva costantemente conce-

⁽²²⁾ Come sappiamo, reclutato di massima dal ceto nobiliare, sempre seguendo l'esempio del modello Inglese. Anche Otto GIERKE — *Gedächtnissrede*, pronunciata alla società giuridica di Berlino il 19 Ottobre 1895, in occasione della morte di Gneist (Berlino, 1896) — ha messo in luce la proposta del giurista berlinese di « Versöhnung » di Stato e società, ma ciò solo nel senso di « Erfüllung staatlicher Funktionen; nicht die Verwaltung eigener Angelegenheiten eines engeren Verbandes durch dessen Organe, sondern die Verwaltung staatlicher Angelegenheiten in engeren Verbände » (p. 29).

pito una totale emancipazione della società civile dallo Stato come premessa di un dominio incontrastato della prima sul secondo e della conseguente caduta di ogni certezza collettiva. Gneist costituisce la più valida dimostrazione di come costituzionalismo e liberalismo tedeschi siano sempre stati dominanti da questa paura della rivoluzione sociale, o, meglio, del sopraggiungere di un'età in cui i contrasti sociali divengano dominanti, spezzando gli antichi vincoli di coesione derivanti dal tradizionale primato del diritto e dell'etica, distruggendo l'esistenza stessa di un generale *Rechtsbewusstsein*, di una dimensione 'oggettiva' del vivere collettivo.

Secondo il giurista berlinese, la rivoluzione francese costituisce la negazione di ogni diritto, proprio perché la società civile ha preteso « dem Staat ihre Gesetze su geben » (23); in quella situazione, « unter Verwaltung denkt eine jede Gesellschaftsklasse die Verwirklichung ihrer Interessen » (24), cosicché lo Stato non è altro che uno strumento per la realizzazione di determinati interessi e non esiste più nella dimensione di garante della coesione dell'intera collettività (25).

Gneist, che aveva letto Stein, ma che, soprattutto, viveva in una realtà nella quale l'emersione dei nuovi rapporti sociali appariva inevitabile, non propone la difesa del vecchio ordine, e neppure si schiera con un organicista come Bluntschli (26), ma, assai più realisticamente, punta tutte le sue carte sullo Stato, esaltando la sua autonomia dai contrasti della società civile, e, più ancora, propugnando una « staatliche Ordnung der Gesellschaft », contro la « gesellschaftliche Ordnung des Staates » (27).

(23) *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, cit., p. 61.

(24) *Ibid.*, p. 57.

(25) Si parla addirittura di « dämonische Gewalt, mit welcher die französische Gesellschaft den Staat selbst zerbrochen hat » (*Ibid.*, p. 61).

(26) Afferma GIERKE, *Gedächtnissrede*, cit., p. 12, che a Gneist fu sempre estranea la nozione di organismo. Bluntschli, per parte sua, nella *Geschichte der neueren Staatswissenschaft*, cit., pp. 730-732, afferma di non comprendere tutto il favore con il quale Gneist guarda alla funzione dello Stato: secondo lui, il giurista prussiano « misstraut der Fähigkeit der Gesellschaft, das Recht zu bilden » (p. 731).

(27) *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, cit., p. 51.

Il piano di *Selbstverwaltung* di Gneist è, in ultima analisi, diretto a far sì che la lotta tra Stato e società sia risolta in Germania a favore dello Stato ⁽²⁸⁾, e segna, così, una tappa ben precisa nell'evoluzione della teoria politica liberale.

Se è vero — come abbiamo visto — che alla fine degli anni Cinquanta è rilevabile una forte ripresa del liberalismo tedesco, è anche vero che proprio questa è l'età nella quale si tirano le somme di tutto il precedente sviluppo.

La costante paura della rivoluzione sociale, la sfiducia totale nelle forze emergenti dal mutamento della società civile, vengono duramente pagate dal movimento liberale, che, essendosi precluso ogni possibilità di autonoma organizzazione di quelle forze al fine di imporre una radicale ristrutturazione del potere politico, finisce per sfogare la propria volontà di ripresa all'interno dello Stato esistente.

Il problema della dinamica Stato-società, a lungo eluso dal trionfante organicismo, viene ora ripreso, ma non più per sottolineare la necessità di una fondazione dello Stato nelle dinamiche sociali — come ancora poteva essere per lo Stein degli anni Quaranta ⁽²⁹⁾ —, ma, inversamente, per stimolare la polarizzazione

⁽²⁸⁾ Così, espressamente, Gneist: *Ibid.*, p. 62. Nel suo più tardo *Rechtsstaat*, cit., Gneist definisce lo Stato giuridico quello Stato che riesce a vincere la sua lotta con i contrasti disgreganti della società civile (spec. pp. 26 e ss. e 234 e ss.). Sul punto, vedi anche G. C. von UNRUH, *Spannungen zwischen Staats- und Selbstverwaltung im bürgerlichen und im sozialen Rechtsstaat*, in *Der Staat*, 4 (1965), pp. 442-444, e E. W. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, cit., pp. 72-73, dove l'elaborazione di Gneist a proposito dello Stato di diritto viene giudicata come punto di arrivo di tutta un'evoluzione nell'ambito della quale erano progressivamente scomparse le valenze contenutistiche, e soprattutto garantistiche, a favore di una nozione puramente giuridico-formale.

⁽²⁹⁾ Gneist, nel suo *Rechtsstaat*, cit., p. 333, dopo aver affermato di essere debitore, per la sua dottrina della società, di Stein e di Mohl, ricorda la polemica di Bluntschli contro l'ammissibilità di una scienza sociale autonoma (cfr. capitolo secondo, paragrafo terzo, dove abbiamo trattato questi temi), e si dichiara d'accordo con lui nella necessità di lottare contro « eine Überhebung der sozialen Grundauffassung über den Staat ». D'altra parte, è chiaro che « jede berechtigte neue Richtung zunächst mit einer Übertreibung, mit einem Bestreben nach ausschliesslicher Geltung auftritt, bis sie die ihr zukommende Stellung erlangt hat »:

delle energie nello Stato medesimo, al fine di controllare le spinte provenienti dalla società civile.

L'organicismo sarà ancora dominante fino agli anni Settanta, ma risulterà sempre più chiaro che il problema reale non era quello dell'ordine etico-giuridico in funzione limitativa del potere statale, bensì quello, sollevato da Gneist, della concreta capacità dello Stato di attuare un siffatto ordine *contro* le pressanti pretese della società civile.

In altre parole, da questo momento in poi si assiste ad una progressiva inversione dei termini: non è più lo Stato il soggetto portatore della 'politica' e dell'arbitrarietà, contro la saldezza dei rapporti privati (Savigny), o contro l'oggettività dell'ordine storico-organico (secondo il liberalismo organicista nella sua battaglia contro lo Stato assoluto), ma è la società civile che esce fuori nel suo contenuto disgregante, ed è quindi lo Stato che diviene sempre più il regno della certezza e del diritto.

Il modello inglese, così ricorrente in Gneist, non è altro che il simbolo del primato del diritto ⁽³⁰⁾ sulle contraddizioni sociali, ottenuto attraverso la realizzazione di un 'ordine statale della società'. La vecchia *Ordnung* di Savigny e di Dahlmann trova nello Stato il suo necessario punto di riferimento: il vecchio organicismo si avvia a divenire statualismo, proprio nel momento in cui, nel cuore degli anni Sessanta, il 'modello' prussiano si imponeva all'attenzione nazionale. A queste vicende, che preludono al definitivo ingresso sulla scena della scienza di diritto pubblico, è dedicato il prossimo paragrafo.

II. La terminologia — che Gneist adoperava — parlando di conflitto tra Stato e società, della necessità che il primo attuasse sulla seconda quell'ordine giuridico, che costituiva l'unico rime-

Stein e Mohl rappresentano la prima fase della scienza sociale, durante la quale alcune 'esagerazioni' erano inevitabili.

⁽³⁰⁾ Gneist nasce come giurista, con Savigny, e sempre rimane tale, mai operando critiche metodologiche del tipo di quella di Lorenz von Stein. GIERKE, *Gedächtnisrede*, cit., p. 14, ci ricorda che Gneist insegnò fino ai suoi ultimi giorni all'Università di Berlino, spaziando in tutti i campi della scienza giuridica, compreso il diritto privato, più degli altri distante dalla sua formazione e dai suoi interessi.

dio possibile contro le disgreganti spinte della società civile, non era certo cosa consueta tra gli *Staatsrechtslehrer* del tempo, tra i quali dominava ancora largamente la nozione di Stato come organismo.

Vi era, in primo luogo, un gruppo di autori, tutti collocabili nel campo conservatore, i quali sostenevano l'autorità del monarca, proprio in quanto la tradizione storica individuava in lui il naturale interprete della totalità dell'organismo sociale e politico. Essi si rifacevano esplicitamente a Friedrich Julius Stahl, la cui « Philosophie des Rechts » aveva rappresentato nel *Vormärz* il programma delle forze reazionarie, che ostacolavano il diffondersi delle teorie contrattualistiche provenienti dalla vicina Francia ⁽³¹⁾. Giuristi come Heinrich Zöpfl, Joseph Held, Otto Meier ⁽³²⁾ hanno in comune, da una parte la difesa del vecchio assetto sociale o, comunque, l'incapacità di comprendere l'emersione del nuovo ⁽³³⁾, dall'altra il rifiuto di concepire lo Stato come un soggetto auto-

⁽³¹⁾ Friedrich Julius Stahl (1802-1861), dal 1834 Professore Ordinario ad Erlangen, dal 1840 a Berlino, dove fu anche membro dello *Herrenhaus*. L'opera principale è la *Philosophie des Rechts*, in due volumi, *Geschichte der Rechtsphilosophie*, München, 1829, e *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, in due parti, Erlangen, 1833-37: su questo secondo volume, vedi l'analisi di von OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., pp. 72-82.

⁽³²⁾ Heinrich Zöpfl (1807-1877), dal 1841 Professore Ordinario all'Università di Heidelberg; autore delle *Grundsätzen des allgemeinen und deutschen Staatsrechts*, Heidelberg, 1841. Joseph Held (1815-1890), dal 1843 Professore Ordinario all'Università di Würzburg; autore di *Staat und Gesellschaft vom Standpunkte der Geschichte, der Menschheit und des Staates, mit besonderer Berücksichtigung auf die politisch-sozialen Fragen unserer Zeit*, 3 voll., Leipzig, 1861-1865. Otto Meier (1818-1893), Professore Ordinario dal 1847 a Königsberg, e dal 1874 a Göttingen, autore di una *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, Rostock, 1861. Per ulteriori notizie biografiche, in assenza di specifici contributi, rinviamo a STINTZING-LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., *Abt. 3, Halbband 2*, pp. 545-548 e 238-239 (Note) per Zöpfl, pp. 346-347 (Note) per Held, pp. 581-582 e 256-257 (Note) per Meier. Sull'opera dei tre *Staatsrechtslehrer*, vedi von OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., pp. 82-95.

⁽³³⁾ Così O. MEIER, *Einleitung*, cit., pp. 8-9, 'concede' il fatto che nella moderna società civile non si possa più parlare solamente di « natürliches Bund der Familie », ma si debbano considerare anche i « natürliche Gruppen der Handarbeiter, der Gewerbtreibenden, der Industriellen, der Kapitalisten », mostrando peraltro di voler assimilare i prodotti più tipici della società industriale alla tradizionale figura di 'formazione naturale', al pari della famiglia.

mo, cui attribuire quel potere d'imperio, che essi, invece, ancora conservavano al monarca ⁽³⁴⁾. Non esiste separazione di Stato e società, bensì un complessivo ordine etico-giuridico, del quale solo il monarca può essere il soggetto interprete: la sovranità è *nello* Stato, che coincide con quella *Ordnung*, ma non *dello* Stato, che, in quanto soggetto autonomo, non esiste.

Da un punto di vista metodologico, poco diversa era la situazione nel campo liberale, dove la nozione di organismo era altrettanto dominante. Solo le differenze di carattere politico inducevano gli *Staatsrechtslehrer* liberali a conclusioni diverse dai difensori del principio di legittimità monarchica. Invece di sottolineare la sovranità del monarca, in quanto centro dell'organismo politico e sociale, essi sottolineavano la sovranità dell'organismo medesimo, proprio in funzione limitativa del potere monarchico, ma identico era il rifiuto a delineare lo Stato come soggetto autonomo dotato di personalità.

Accade così che autentici liberali, come Heinrich Albert Zachariae e Ludwig Peter Rönne, a lungo politicamente impegnati ⁽³⁵⁾, in sede scientifica oscillino tra astratte prolusioni politico-filosofiche ed aride descrizioni esegetiche dei testi costituzionali ⁽³⁶⁾,

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, p. 219 nota 8: « dass die Staatsgewalt zu dem Staate zustehe, ist eine Abstraction. Jene Gewalt steht im Staate der Obrigkeit zu, und in Monarchieen ist diese Obrigkeit der Fürst ». Nello stesso senso, anche ZÖPFL, *Grundsätze*, cit., p. 109: « Die Rechte des Staates sind keine anderen als die des Staatsherrschers », cioè del Sovrano.

⁽³⁵⁾ Heinrich Albert Zachariae (1806-1875), Professore Ordinario a Göttingen dal 1835, autore di un *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, 3 voll., Göttingen, 1841-45, fu deputato alla *Paulskirche*, nonché strenuo oppositore dell'espansione prussiana, e rigoroso difensore dei principii liberali; per ulteriori notizie biografiche, rinviamo a STINTZING-LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., *Abt.* 3, *Halbband* 2, pp. 658-664 e 283-284 (Note). Ludwig Peter Moritz von Rönne (1804-1891), prima magistrato, e poi quasi esclusivamente uomo politico, è autore di uno *Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 2 voll., Leipzig, 1856 e 1863; sulla sua figura, vedi la *Allgemeine deutsche Biographie*, vol. 55 (1910), pp. 879-883. Sull'opera di Zachariae e Rönne, vedi von OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., pp. 115-118 e 105-113 rispettivamente.

⁽³⁶⁾ Caratteristica in questo senso è proprio la figura di Rönne, il quale, influenzato da Mohl, dichiarò di scegliere il modello di Governo Parlamentare, ma, in concreto, non fa altro che esaltare in modo assai fumoso le forze del 'progresso' e della 'ragione', per poi fornirci un arido quadro compilativo delle norme

proprio perché non sanno trovare nello Stato-persona il necessario punto di riferimento per una più concreta analisi. Si può dire che, all'inizio degli anni Sessanta, il movimento liberale è riuscito a fornire solo generiche teorie dello Stato, nonché alcuni commenti delle disposizioni costituzionali, ma non si è ancora misurato — con la sola eccezione di Gneist — con il problema del rapporto tra potere politico e società civile, dopo che i temi sollevati da Stein erano stati, nel corso degli stessi anni Cinquanta, accuratamente accantonati ⁽³⁷⁾.

Contro la monarchia e contro la nobiltà, collocate a difesa dei propri privilegi, esisteva solo il richiamo al rispetto della normativa vigente, all'unità dell'organismo statale, alla necessità storica di uno stretto legame tra monarchia e *Volksvertretung*, tra lo Stato medesimo ed il *Volk*.

Eppure, l'equilibrio raggiunto era assai precario: da parte del blocco di potere dominante esisteva la continua tentazione di un pieno ritorno alle strutture politiche prequarantottesche, mentre, sull'altro versante, la maturazione del nuovo ordine sociale non poteva non far sentire la necessità di una maggiore partecipazione delle nuove forze sociali a livello politico.

La tensione accumulata in questo senso esplose all'inizio degli anni Sessanta in Prussia, quando il sovrano si vide negato dalle Camere il finanziamento necessario per la riorganizzazione dell'esercito ⁽³⁸⁾. Al principio di sovranità del monarca, ed al suo potere

vigenti in materia costituzionale: RÖNNE, *Staatsrecht der preussischen Monarchie*, cit., *passim*, ma spec. vol. I, p. 110 per l'adesione dell'Autore alle proposte di Mohl sul Governo Parlamentare. La 'duplicità' di Rönne è stata rilevata anche da Ernst Wolfgang Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, cit., pp. 201 e ss., spec. p. 205.

⁽³⁷⁾ Vedi *supra*, capitolo secondo, paragrafo terzo.

⁽³⁸⁾ È l'inizio del conflitto costituzionale prussiano, che si svolse dal 1862 al 1866: sui particolari della vicenda, vedi HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, cit., vol. III, pp. 275-369. Sono inoltre da consultare: il volume collettaneo *Entscheidungsjahr 1866*, Bonn, 1966; R. WAHL, *Der preussische Verfassungskonflikt und das konstitutionelle System des Kaiserreiches*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 171-194; H. BOLDT, *Verfassungskonflikt und Verfassungshistorie*, in *Probleme des Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 76 e ss.; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, cit., pp. 112-145. Da tener presente anche l'antologia *Der Verfassungskonflikt in Preussen 1862-1866*,

di comando sull'esercito, si oppone la necessità di un bilancio regolarmente approvato dalle Camere.

Il vecchio governo della *Neue Ära*, che aveva alimentato le speranze liberali, viene sciolto, ma le nuove elezioni del 6 Maggio 1862 costituiscono una grande vittoria dei partiti liberali, che, complessivamente, raggiungono l'ottanta per cento dei seggi (39). Tutte le mediazioni falliscono, e, nel Settembre dello stesso anno, il sovrano decide la prova di forza, affidando il governo, contro il responso delle elezioni, al conservatore Bismarck, a tutti noto come protagonista della reazione degli anni Cinquanta.

Questi sostenne una tesi a dir poco audace: poiché la Costituzione nulla prevedeva nel caso di conflitto tra monarca e Camere, far prevalere la volontà dell'uno o delle altre costituiva un puro e semplice *fatto*, che si muoveva in una zona d'indifferenza rispetto ai problemi di legittimità costituzionale, ma, poiché, in questo caso, seguire la volontà del sovrano significava consentire il funzionamento dello Stato, che richiedeva, per la sua efficienza, una riforma dell'esercito, mentre l'ostinata opposizione delle Camere paralizzava tale minima efficienza, allora era preferibile portare avanti la riforma, anche senza un bilancio regolarmente approvato dalle Camere.

La posizione di Bismarck è chiara: tutta la Costituzione si fonda su un compromesso tra le forze in campo, ma, quando un incontro di volontà non è più possibile, si esce dal terreno costituzionale; l'unica cosa da salvare è allora l'efficienza dello Stato, l'unica da evitare è la sua paralisi (40).

curata da J. SCHLUMBOHM, Göttingen, 1970, e, tra i più recenti contributi, quello di C. BRODERSEN, *Rechnungsprüfung für das Parlament in der konstitutionellen Monarchie. Ein Beitrag des parlamentarischen Budgetrechts in Preussen-Deutschland 1848-1877*, Berlin, 1977, *passim*.

(39) Al partito moderato, detto degli *Alliberalen*, dove troviamo anche Gneist, si aggiunge la sinistra liberale, che, dopo la repressione degli anni Cinquanta, ritorna sulla scena politica, fondando, nel Giugno del 1861, la *Fortschrittspartei*, che, con le elezioni del 1862, diventa addirittura il gruppo parlamentare più forte: su queste vicende, vedi H. A. WINKLER, *Preussischer Liberalismus und deutscher Nationalstaat. Studien zur Geschichte der deutschen Fortschrittspartei 1861-1866*, Tübingen, 1964, *passim*.

(40) Mette conto di riportare un brano del discorso di Bismarck alle Camere del 27 Gennaio 1863: « Die Verfassung hält das Gleichgewicht der drei gesetzge-

I fatti sono noti: Bismarck governa per quattro anni senza un bilancio regolarmente approvato, e solo nel 1866, nell'ambito della vittoriosa fase di espansione, e della costituzione della Lega del Nord, primo passo verso l'unità nazionale, chiede, ed ottiene, non senza resistenza, la ratifica del suo operato mediante un'apposita legge ⁽⁴¹⁾.

Questo è il contesto — sommariamente ricordato — entro il quale la *Staatslehre* tedesca è costretta a fare i conti con sé stessa. L'opposizione liberale all'azione di Bismarck è fondata sulla convinzione della illegittimità costituzionale di un comportamento violativo della norma secondo la quale ogni legge dello Stato deve essere regolarmente approvata dalle Camere, almeno sotto il profilo del finanziamento necessario per realizzarla. Va detto subito che è ancora una volta la nozione di organismo ad orientare l'azione dei liberali, i quali sono ben lungi dal sostenere i diritti delle rappresentanze sulla base di un'ideologia di sovranità popolare. Essi contrappongono alla c.d. *Lückentheorie* di Bismarck — sopra già illustrata — la c.d. *Appeltheorie*, la quale conservava in pieno la sovranità del monarca, affidandogli il compito di decidere se sciogliere il Governo o le Camere, per far sì, attraverso

benden Gewalten (König, Herrenhaus, Abgeordnetenhaus) in allen Fragen, auch in der Budgetgesetzgebung, durchaus fest; keine dieser Gewalten kann die andere zum Nachgeben zwingen; die Verfassung verweist daher auf dem Weg der Compromisse. Wird der Compromiss dadurch vereitelt, dass eine der beteiligten Gewalten ihre eigene Ansicht mit doctrinarem Absolutismus durchführen will, so wird die Reihe der Compromisse durchbrochen, und an ihre Stelle treten Conflict, und Conflict ... werden zu Machtfragen. Wer die Macht in Händen hat, geht dann in seinem Sinn vor, weil das Staatsleben auch nicht einen Augenblick stillstehen kann » (citato secondo HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., vol. III, pp. 309-310).

(41) È la c.d. *Indemnitätsgesetz*, sul contenuto della quale vedi ancora HUBER, *op. ult. cit.*, vol. III, pp. 348 e ss. Da notare che, in occasione del dibattito parlamentare, che si svolge sotto l'emozione della vittoriosa battaglia di Königgrätz del 3 Luglio del '66, si spezza l'unità del fronte liberale e si costituisce il partito nazional-liberale, che si muove in direzione del compromesso con Bismarck; alle successive elezioni i conservatori salgono da 28 seggi a 142, i liberali scendono da 253 a 148. Su queste vicende, vedi H. BÖHME, *Deutschlands Weg zur Grossmacht*, Köln, 1972², pp. 221 e ss.; sulla fondazione del partito nazional-liberale, vedi anche G. EISFELD, *Die Entstehung der liberalen Parteien in Deutschland 1858-1870*, Hannover, 1969, spec. pp. 178 e ss.

il ricorso a nuove elezioni ed attraverso la sua stessa opera di mediazione, di riportare l'armonia tra i poteri costituzionali (42).

Ma c'è di più: per il liberalismo del tempo, la Costituzione coincideva con la totalità dell'organismo sociale e politico, nell'ambito del quale tutte le componenti dovevano trovare la loro 'naturale' collocazione. Non era dunque ammissibile che la Costituzione medesima potesse contenere delle lacune, nel senso che gli eventuali vuoti legislativi potevano comunque essere riempiti facendo ricorso a quelle *Grundsätze*, che tenevano unito tutto l'organismo, e che si potevano ritrovare nello sviluppo storico tedesco, nella coscienza collettiva, che in esso era maturata (43).

Bismarck muoveva da presupposti del tutto diversi: per lui, in primo luogo, esisteva lo Stato, in quanto soggetto autonomo dotato d'imperio, e solo in un secondo momento la Costituzione, in quanto patto regolativo la vita dello Stato medesimo. Così come lo Stato è un concreto soggetto dotato di *Herrschaft*, così anche la Costituzione, sullo stesso piano, è un compromesso tra le diverse forze sociali e politiche, che ha confini altrettanto concreti. Quando si giunge a questi confini, quando cessa la Costituzione, e non si può trovare un accordo per estenderla, allora rimane lo Stato, nella sua cruda esistenza di *Macht*. In definitiva,

(42) La *Staatslehre* di Bluntschli (già analizzata: capitolo secondo, paragrafo quarto), ed il *Deutsches Staats- und Bundesrecht* di Heinrich Albert Zachariae (vedi la nota 35 di questo capitolo), certamente le due opere più note tra quelle degli *Staatsrechtslehrer* liberali del tempo, sono rigorosamente impostate sul concetto di organismo, ed altrettanto rigorosamente contrarie al principio di sovranità popolare. Anche H. BOLDT, *Verfassungskonflikt und Verfassungshistorie*, cit., pp. 78-79, mette in luce il fatto che la *Appelltheorie* liberale non fu mai concepita come tentativo di ricorso al corpo elettorale, e dunque nella logica della sovranità popolare, ma, piuttosto, come tentativo d'indicare una via che consentisse il ritorno « zur notwendigen, von der Verfassung vorausgesetzten Übereinstimmung der gesetzgebenden Faktoren », sempre conservando la « Rolle des Monarchen als notwendiger Garant der Ordnung ». Sembra, dunque, da rivedere la vecchia tesi di HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, vol. III, pp. 298-299 e 333-348, il quale sostiene che Bismarck si mosse nell'ambito della Costituzione esistente per difenderla dagli attacchi che l'avrebbero distrutta, o, comunque, sospinta in direzione del Governo Parlamentare.

(43) Tra queste *Grundsätze*, non v'è dubbio che la principale era proprio quella della organica connessione di monarchia e *Volk*, vista come specifica caratteristica dello sviluppo storico tedesco.

mentre per i liberali uno Stato retto dalla sola Monarchia con la burocrazia e l'esercito non è uno Stato, ma una potenza arbitraria in contrasto col senso del diritto come con quello della storia, per Bismarck è semplicemente uno Stato che vive in una condizione di emergenza.

Di fronte alle astratte speculazioni organicistiche, che dipingevano il conflitto come lotta tra 'diritto' e 'potenza', tra 'storia' ed 'arbitrio', e che in tal modo denunciavano il loro distacco dai concreti interessi della società civile (44), lo Stato bismarckiano si mostrava ogni giorno di più soggetto capace di programmare, d'intervenire sui concreti problemi sociali ed economici, di avviare, infine, il processo di unità nazionale (45). La sua azione è minutamente calcolata, sulla base della legittima convinzione dell'incapacità dei liberali tedeschi a progettare un diverso modo dello Stato di porsi in rapporto con la società civile, un diverso modo di costruire l'unità nazionale.

Il movimento liberale paga un duro prezzo a quella tradizione che, dieci anni prima, aveva fatto orgogliosamente affermare a Bluntschli ed a Treitschke: diritto privato e scienza dello Stato sono sufficienti, non abbiamo alcun bisogno di una scienza sociale (46). Ora che le condizioni storiche sono maturate, ora, soprat-

(44) Anche WINKLER, *Preussischer Liberalismus*, cit., *passim*, ma spec. pp. 16-27 e 117-125, vede nella carenza di base sociale del liberalismo tedesco la causa principale della sua debolezza di fronte all'azione di Bismarck; anche secondo BUSSMANN, *Zur Geschichte des deutschen Liberalismus*, cit., pp. 85-103, i liberali sono dominati da una fede assoluta nella forza del diritto e della storia: «Der Glaube an die unbesiegbare Kraft des Rechtes bestimmte das Verhalten der Liberalen» (p. 98).

(45) Non a caso, troviamo tra i più intransigenti oppositori di Bismarck quel Rudolf von Gneist, che, data la sua formazione politico-culturale, capiva molto bene che i problemi si ponevano non solo in termini di equilibrio costituzionale, ma anche, e soprattutto, nell'ambito della costruzione di un modello, di un nucleo di potere, capace di agire concretamente sulla società civile. Significativamente, Gneist rifiuterà il suo assenso all'*Indemnitätsgesetz*, laddove molti liberali, che si proclamavano più a 'sinistra' di lui, ma che erano di estrazione culturale organicistica, votarono a favore, approvando così l'operato di Bismarck: cfr., a questo proposito, HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, vol. III, cit., p. 358.

(46) Respingendo, così, le proposte di Stein e di Mohl: vedi *supra*, capitolo secondo, paragrafo terzo. Piuttosto indicativa anche la sorte di Treitschke e di Bluntschli, dopo la conclusione del conflitto costituzionale. Il primo, dopo una

tutto, che il nuovo ordine sociale sta emergendo, l'unica risposta organizzativa realistica, l'unica possibile, è quella offerta dallo Stato bismarckiano, da una saldatura diretta tra gli interessi in gioco nella società civile ed il vecchio, ma efficiente, apparato di potere.

Troppo i liberali tedeschi avevano insistito contro le 'fumose astrazioni', riferendosi ai diritti costituzionali del cittadino della rivoluzione francese. Ora, tutto questo si ritorce contro di loro, che pretendono di difendere i diritti delle rappresentanze; e Bismarck ha buon gioco nel bollarli di 'dottrinarismo', di astratta speculazione filosofica, in un momento nel quale è necessario soprattutto agire ed organizzare (47). Solo lo Stato-persona, nel suo nudo contenuto di *Herrschaft*, è 'concreto'; di più, solo esso è 'obbiettivo', mentre le richieste del movimento liberale restano di natura 'dottrinarie' e 'filosofica', fondate sulla soggettività delle intenzioni politiche.

fase di dura opposizione a Bismarck, si avvicina sempre più a posizioni di compromesso, fino al celebre saggio *Das konstitutionelle Königtum Deutschlands und die preussische Monarchie*, Leipzig, 1870, dove si giustifica in pieno l'iniziativa dello statista prussiano nel 1862: su questi aspetti della figura di Treitschke, vedi IGGERS, *Heinrich von Treitschke*, cit., pp. 179-188. Bluntschli, per parte sua, in un saggio del 1867, afferma: « Es ist ein Glück für Deutschland dass die Revolution von 1866 nicht von unten in Form von Volksaufständen, sondern von oben durch das Königtum durchgeführt wurde »: J. K. BLUNTSCHLI, *Die Neugestaltung von Deutschland und die Schweiz*, Zürich, 1867, p. 57.

(47) È questa, sempre più, l'età della *Realpolitik*, della politica intesa come calcolo di forze, come realizzazione di concreti obiettivi; per rendersene conto basta sfogliare la bibliografia della pubblicistica di questi anni, curata da K. G. FABER, *Die nationalpolitische Publizistik Deutschlands von 1866 bis 1871*, 2 voll., Düsseldorf, 1963 (elaborata sulla base del vecchio lavoro di H. ROSENBERG, *Die nationalpolitische Publizistik Deutschlands vom Eintritt der neuen Ära Preussen bis zum Ausbruch des deutschen Krieges. Eine kritische Bibliographie*, 2 voll., Berlino, 1935). Lo stesso Ludwig August von Rochau, che nel 1853 aveva coniato l'espressione *Realpolitik* (vedi *supra*, capitolo secondo, paragrafo primo), significativamente, nel 1869, pubblica ad Heidelberg il secondo volume della medesima opera, dove afferma: « Der Staat ist Realpolitiker von Natur », mentre « im Gegensatz zu der Staatspolitik ist die Volkspolitik den häufigsten und stärksten Anwendungen des Idealismus und der Phantasterei ausgesetzt » (p. 209), così concludendo: « Die Politik als Lehre vom Staat hat wenig oder nichts gemein mit der philosophischen Forschung, sie ist vielmehr eine Erfahrungswissenschaft wie die Naturkunde » (p. 255).

Quell'organicismo, che aveva rivendicato a sé, fino a questo momento, i valori della ' storia ' e del ' diritto ', contro l'arbitrarietà del potere politico, dello Stato scaturito dalla rivoluzione francese come anche dell'assolutismo monarchico, si vede sospinto, contro la sua impotente volontà, nella sfera delle tanto vestate ideologie politiche, e lo Stato medesimo diviene il portatore di quella *Ordnung*, che sta al centro di tutta la riflessione politico-giuridica dell'Ottocento tedesco.

Esiste un significato assai profondo dell'opera compiuta da Bismarck nei suoi quattro anni di governo senza bilancio: quell'alleanza tra monarchia, nobiltà in quanto ' naturale ' classe politica (48), burocrazia ed esercito — che negli anni Cinquanta era

(48) Hermann Baumgarten (1825-1893), storico e uomo politico, attivo durante il periodo della *Neue Ära*, e, in seguito, del tutto concorde con la politica bismarckiana, poco interessante dal punto di vista scientifico, ' premiato ' per la sua fedeltà al regime con la cattedra di storia all'Università di Strasburgo fondata nel 1872 come Accademia del *Reich*, proprio nel 1866 pubblica sui *Preussische Jahrbücher* (vol. 18, pp. 455-515 e 572-629; noi citiamo dalla ristampa curata da A. M. BIRKE, Frankfurt am Main, Berlin und Wien, 1974) un lungo saggio, che avrà grandissima diffusione, dal significativo titolo: *Der deutsche Liberalismus. Eine Selbstkritik*. In esso la nobiltà viene individuata come ' naturale ' classe politica dirigente: « Der Bürger ist geschaffen zur Arbeit, aber nicht zur Herrschaft, und des Staatsmannes wesentliche Aufgabe ist zu herrschen » (p. 43). Tra borghesia e nobiltà non deve esistere contrasto, « sondern eine wohltätige Arbeitsteilung », cosicché « kann das Bürgertum dem Adel die oberste Staatsleitung überlassen » (p. 46). Come vediamo, vengono qui ripresi alcuni temi di Gneist sulla ' capacità di governo ' della nobiltà, ma, a testimonianza del rapido mutare dei tempi, non più sotto il profilo della critica liberale all'accordo monarchia-ceti nobiliari, ma dall'angolatura opposta della ' autocritica ' del liberalismo, che, specialmente nel '48, aveva ' assurdamente ' pensato al borghese come uomo di governo (spec. pp. 43 e 150). Lo stesso Gneist — com'è noto — si adatterà progressivamente al nuovo clima, e sarà, anzi, uomo di primo piano dell'apparato, sia come Presidente dell'*Oberverwaltungsgericht*, sia per il ruolo centrale da lui giocato nelle riforme amministrative prussiane attuate dal 1872 al 1886. Sempre più isolate erano invece le voci come quella del radicale Heinrich Bernhard Oppenheim (già abbiamo incontrato la sua figura: vedi *supra*, capitolo secondo, paragrafo terzo), più tardi confluito nel partito nazional-liberale, ma che, ancora negli anni intorno al 1866, lamentava, proprio contro Baumgarten, il distacco tra la borghesia ed il terreno politico, e, più in generale, la crescita della società civile, avvenuta più a livello di « virtù della vita privata », che non nell'ambito delle « qualità politiche » (OPPENHEIM, *Vermischte Schriften aus bewegter Zeit*,

stata portatrice di una cruda reazione e che, all'inizio dello stesso conflitto costituzionale, era ancora vista come blocco di potere agente in difesa dei propri interessi — alla fine del conflitto appare a tutti come nucleo essenziale dello Stato, come sua struttura fondamentale, posta a garanzia della sua efficienza, collocata al di sopra dei contrasti ideologici e sociali, in una sfera di ' autonomia ' ed ' obbiettività ' (49).

Tutto ciò prescinde dalla valutazione del contingente esito del conflitto sul piano dei rapporti politici (50): il risultato fondamentale di questa fase storica, dal punto di vista della teoria dello

Stuttgart und Leipzig, 1866, citato secondo l'antologia *Gli hegeliani liberali*, cit., p. 335). Su tutto questo complesso di problemi, e in particolare sull'intervento di Baumgarten, e sul profondo eco che ebbe, vedi SEIER, *Liberalismus und Staat in Deutschland zwischen Revolution und Reichsgründung*, cit., pp. 75 e ss.; CONZE, voce *Adel*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., vol. I, pp. 1-48, spec. pp. 42 e ss.; e, infine, T. SCHIEDER, *Vom deutschen Bund zum deutschen Reich*, cit., pp. 184 e ss.

(49) Anche secondo W. TREUE, *Parlamentarismus in Deutschland von den Anfängen bis zum Jahre 1918*, Bonn, 1961, pp. 16 e ss., che si occupa più della storia delle istituzioni che non della teoria politica, il risultato del '66 fu quello di collocare il complesso monarchia-burocrazia-corpo degli ufficiali in una posizione di « Selbständigkeit » (p. 18), al di sopra dei partiti. Sotto un diverso profilo, interessante anche il contributo di K. G. FABER, *Realpolitik als Ideologie*, in *Historische Zeitschrift*, 203 (1966), pp. 1-45, spec. pp. 17-39, che nota come i risultati del '66 siano stati percepiti dai contemporanei quale prodotto di un processo ' naturale ', posto quasi a livello di « naturwissenschaftliches Experiment » (p. 17). Rimangono comunque fondamentali i saggi di Otto HINTZE, *Staatsverfassung und Heeresverfassung*, e *Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung*, in *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, a cura di G. OESTREICH, Göttingen, 1962², rispettivamente pp. 52-83 e 359-383.

(50) La storiografia tedesca è divisa su questo punto: BÖCKENFÖRDE, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie*, cit., pp. 126-127, sostiene che il ' ritorno ' di Bismarck alle Camere nel 1866 costituì una vittoria di queste ultime, perché il loro *Budgetrecht* fu definitivamente affermato; al contrario, secondo Rainer WAHL, *Der preussische Verfassungskonflikt*, cit., pp. 183-184, proprio nei risultati del '66 deve essere vista la svolta definitiva contro una possibile evoluzione nel senso del Governo Parlamentare. Concordano con Wahl: O. KIMMINICH, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 372-376; H. U. WEHLER, *Das deutsche Kaiserreich 1871-1918*, Göttingen, 1975, pp. 31 e ss.; F. KAHLENBERG, *Das Epochenjahr 1866 in der deutschen Geschichte*, in *Das kaiserliche Deutschland. Politik und Gesellschaft 1870-1918*, a cura di M. STÜRMER, Darmstadt, 1976, pp. 51-74, spec. pp. 65 e ss.

Stato, consiste nell'emersione della possibilità di distinguere nello Stato medesimo ciò che è sua 'obbiettiva' struttura essenziale, garante della necessaria continuità delle istituzioni, nonché, nel momento specifico, motore del processo di unità nazionale ⁽⁵¹⁾, da ciò che è 'contingente', che si può aggiungere a questo nucleo centrale sulla base dell'accordo tra le forze politiche e sociali.

È inutile dire che questo secondo elemento è la Costituzione, che il movimento liberale per troppo tempo aveva astrattamente fatto coincidere con la totalità dell'organismo, e che è destinata a scomparire progressivamente dall'analisi degli *Staatsrechtslehrer* della fine del secolo. L'attenzione si appunta invece sempre più sulla definizione dogmatica di quel nucleo centrale della vita dello Stato, che, dopo la vittoriosa fase di espansione prussiana del '66, esce dai confini della Prussia medesima, per porsi come modello a livello nazionale.

Dal dibattito, e dallo scontro politico, a cavallo tra gli anni Cinquanta e Sessanta, scaturisce la dimensione 'obbiettiva' dello Stato, sulla quale anche lo stanco movimento liberale finisce per concordare; il compromesso non è più in termini di pura e semplice caduta di un modello di sovranità popolare, né solo nel senso di una generica connessione organica di *Volk* e monarchia intesa come portato della tradizione storica germanica, ma si riferisce ora ad una concreta struttura di potere esistente ⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ Per comprendere il clima culturale e politico di quei mesi del 1866, nei quali si compivano i primi concreti passi verso l'unità nazionale, basterà qui riportare questa frase del giurista Rudolf von Jhering, uomo vissuto in disparte dalla vita politica, ma che ora si sente travolto dagli avvenimenti, e così li commenta, scrivendo nel Luglio all'amico Gerber: « Qualunque così si verifichi all'interno (assolutismo, *Junkertum*, potere in mano ai militari) accetterò tutto volentieri, dal momento che è riuscita la cosa più importante e difficile: saldare insieme in un'unità politica il concetto geografico di Germania. E che l'unità politica sia assicurata nonostante la Germania meridionale mi riesce assolutamente indubitabile: la Germania meridionale ci toccherà da sé » (*Carteggio Jhering-Gerber*, cit., p. 483).

⁽⁵²⁾ È solo così, attraverso il compromesso con il modello bismarckiano, che anche i liberali giungeranno ad una « positive Staatsidee », anche se il vecchio organicismo, ancora profondamente radicato, resisterà a lungo: sul punto, è da vedere SEIER, *Liberalismus und Staat in Deutschland zwischen Revolution und Reichsgründung*, cit., pp. 82-85. Al contrario, piuttosto ingenuamente, Hock,

È qui che, per il futuro, dovranno essere ricercate le certezze della vita collettiva, è qui che l'incerto Gerber del 1852, ancora dentro l'età della 'politica', potrà far riposare le proprie ansie dogmatiche.

III. Il nostro Gerber non era certo uomo da vivere passivamente, da puro e semplice spettatore, le vicende del suo tempo.

Dal complesso del suo epistolario, ed in particolare dalle lettere che egli scambiò con Jhering, balza fuori la figura di uno studioso largamente coinvolto dagli eventi contemporanei, certamente impegnato a ricercare il tempo utile per dedicarsi alla sua prediletta scienza, ma, soprattutto, costantemente insoddisfatto di un lavoro puramente accademico, sempre in ansia per il timore di restare estraneo ai grandi rivolgimenti del suo tempo ⁽⁵⁸⁾.

Il binomio politica-diritto è in Gerber inscindibile, nel senso che il suo problema principale è di vivere intensamente l'evoluzione storico-politica della società e delle istituzioni tedesche, senza rinunciare al proprio *status* specifico di giurista, rimanendo rigorosamente tale. In questo sforzo, egli si sentiva assolutamente solo: « Quando cominciai la mia carriera, vivevano due partiti nella mia disciplina: l'uno era composto di antiquari e di raccoglitori

Liberales Denken im Zeitalter der Paulskirche, cit., afferma che i liberali non furono sconfitti, poiché non fu sconfitto il loro « Glaube an das Recht », e poiché essi non cessarono mai di considerare la *Macht* prussiana come un puro e semplice strumento da utilizzare per la realizzazione « der rechtlichen Ordnung der Welt » (p. 170); il che è come dire che il liberalismo può essere solo parzialmente sconfitto, ma alla fine non può non prevalere, perché è portatore dei valori del 'diritto' e della 'storia', quando — come abbiamo visto — proprio una 'fede' di questo tipo fu, al contrario, causa di debolezza del movimento liberale di fronte all'azione di Bismarck.

⁽⁵⁸⁾ Nel 1861, Gerber viene chiamato all'Università di Jena, ed accetta anche per sottrarsi ai sempre più pressanti impegni politici, che gli erano procurati dalla carica di Cancelliere dell'Università di Tübingen. Il suo entusiasmo per la riconquistata 'libertà', per la possibilità di dedicarsi di nuovo per intero alla scienza, dura però poco: nel 1863, dopo solo due anni, chiamato all'Università di Lipsia, abbandona Jena, e così scrive all'amico Jhering: « Tutto il periodo di Jena non mi appare certamente come un periodo della mia vita, ma piuttosto come la conclusione di una stagione accademico-balneare » (*Carteggio Jhering-Gerber*, cit., Lettera del 16 Marzo, p. 420).

di anticaglie, l'altro, quello veramente autorevole, era composto di uomini che con la loro scienza intendevano servire una certa tendenza politica e sacrificavano la scienza a tale scopo esterno. A questo gruppo apparteneva in particolare Beseler. La sua vuotà pateticità, la sua pomposa eloquenza unita a meriti scientifici assai modesti mi ripugnavano profondamente. Opponendomi aspramente a ciò, ho cominciato la mia carriera ed ho per questo dovuto conoscere anche lo sfavore generale di entrambi i partiti » (54).

Gerber non poteva, dunque, sentirsi a proprio agio, né tra i vecchi storici germanisti 'raccoltori di anticaglie', né accanto ad un uomo come Beseler, che, nel suo « *Volksrecht und Juristenrecht* » del '43, aveva esplicitamente teorizzato la necessità di una scienza giuridica al servizio del processo di unità nazionale, in un momento nel quale tale processo era condotto da un 'partito', mosso dalle aspirazioni liberaldemocratiche (55).

La politicità di Gerber era essenzialmente diversa, e consisteva nella pretesa, da parte della scienza, di fornire risposte, precise ed univoche, ai bisogni del presente: in essa non dovevano penetrare ideali politici, ma unicamente la consapevolezza di costituire la sola forza storica capace di mettere ordine nella caotica situazione della prassi giuridica tedesca. Qui è, senza dubbio, la dimensione savigniana ortodossa di Gerber, che dal Maestro della Scuola Storica aveva appreso, non solo, al pari dei germanisti come Beseler, la lezione del diritto quale prodotto organico dell'evoluzione storica, ma anche, e soprattutto, quella del giurista-scienziato quale centro dell'esperienza giuridica, capace di dare sicurezza al presente molto più di un Codice dettato da un potere politico inevitabilmente soggetto a pressioni contingenti di varia natura.

Sono queste le verifiche, di funzionalità pratica della scienza, che Gerber continuamente ricerca. Un esempio è sicuramente la sua partecipazione alla Conferenza di Norimberga, che tra il 1857 ed il 1861 diede forma al diritto commerciale tedesco. Alla fine

(54) Lettera a Jhering del 9 Novembre 1856, in *Carteggio Jhering-Gerber*, cit., pp. 167-168.

(55) Sulla posizione di Beseler in quella occasione, vedi *supra*, capitolo primo, paragrafo quarto.

del primo anno di lavori, così Gerber scrive all'amico Jhering: « Stimo altamente i benefici che ne verranno per i traffici, ma anche per il vantaggio per la scienza. Proprio in questo campo vi era bisogno di basi solide e nuove. La scienza oscillava tra una pedantesca riproduzione del diritto romano, e mirabili fantasie, che il germanista covava nel proprio studio con l'intenzione di essere molto concreto e di voler venire incontro a simulate necessità della vita: di queste pretese nessuno era più terrorizzato del commerciante stesso » (56). Come vediamo, siamo ben lontani da una scienza giuridica orgogliosa dei propri schemi e insensibile alle concrete esigenze della vita. Al contrario, la chiarezza e la simmetria delle costruzioni giuridiche procedono di pari passo con la razionalizzazione e la semplificazione della prassi: è la scienza giuridica che, direttamente, deve rispondere al commerciante, che chiede certezza nei propri traffici.

Qui sta la chiave di comprensione dell'opera di Gerber: egli cercò sempre, durante tutta la sua attività scientifica, di trovarsi laddove, con i propri strumenti di indagine e di costruzione dogmatica, era possibile giocare un ruolo di protagonista. In questo senso, Gerber rimane il più 'ortodosso' tra gli allievi di Savigny, anche quando compie la scelta a favore del diritto pubblico, contro la vecchia identificazione, dello stesso Maestro della Scuola Storica, tra diritto privato e diritto *tout court*.

In fondo, nelle tesi di Savigny, era contenuta, non solo la condanna contro l'arbitrarietà del potere politico, ma, di più, la convinzione che quell'arbitrarietà non riuscirà mai a vincere la tradizionale solidità dei rapporti di diritto privato, se dalla loro parte starà, non solo la forza della storia e della consuetudine, ma anche una scienza giuridica intelligente, capace di fornire concrete risposte ai bisogni del presente.

(56) Lettera a Jhering del 18 Marzo 1858 (*Carteggio Jhering-Gerber*, cit., p. 214). Tra i suoi impegni di Cancelliere all'Università di Tübingen, e la partecipazione alla Conferenza di Norimberga, a Gerber rimane poco tempo da dedicare agli *Jahrbücher* per la dogmatica del diritto privato, da lui medesimo fondati, insieme a Jhering, nel 1857, tanto che quest'ultimo è costretto più volte a sollecitarlo (*Ibid.*, pp. 177 e ss.); la vicenda deve essere interpretata tenendo presenti le caratteristiche generali della figura di Gerber, sempre alla ricerca di concrete occasioni d'intervento.

Gerber, per parte sua, rimase privatista solo fin quando mantenne, alla pari del Maestro, questa convinzione, e, in questo senso, lo è ancora nel '52, quando, nei suoi « Diritti pubblici », propone di legare le figure di diritto pubblico alla certezza ed alla stabilità dei rapporti di diritto privato.

A questo livello della sua analisi, la differenza rispetto a Savigny sta solo nel fatto che il problema del potere politico non può più essere ignorato; esso non è però ancora cresciuto fino al punto di ricevere considerazione autonoma: è sufficiente agganciare i diritti pubblici ai rapporti di diritto privato, proprio perché quest'ultimi sono ancora savignianamente dominanti. È ancora su di essi che la scienza giuridica costruisce il proprio primato, con l'unica variante costituita dal loro necessario riflesso a livello di diritto pubblico.

Del resto, Savigny e Gerber non erano certo soli a pensarla così nell'ambito del ceto dei giuristi. Lo stesso Georg von Beseler, nelle note pagine del suo « *Volksrecht und Juristenrecht* » concernenti la figura giuridica della *Genossenschaft*, si pone su un piano esclusivamente privatistico. La sua analisi mira a dimostrare l'inutilizzabilità dello schema romanistico *universitas-communio* di fronte alla complessa esperienza germanica, nell'ambito della quale si trovano soggetti collettivi, dotati di autonoma personalità, in ragione dell'atto di volontà dei fondatori e dei partecipanti, ma nei quali questi ultimi conservano, a loro volta, la loro specifica individualità ⁽⁵⁷⁾. Queste realtà collettive sono comprensibili solo tramite la figura germanistica della *Genossenschaft*, che è da Beseler utilizzata — e qui è il punto per noi più interessante — solo ed esclusivamente a livello privatistico, al fine di delineare un *Gesamteigentum*, un diritto di proprietà, che possa essere attribuito all'ente giuridico in quanto tale, mantenendo contemporaneamente ai singoli componenti i loro *Sonderrechte* ⁽⁵⁸⁾. Al contra-

⁽⁵⁷⁾ Al contrario, lo schema romanistico prevedeva, o la perdita di ogni diritto individuale a favore dell'*universitas*, o la permanenza di tali diritti, con la conseguente impossibilità di parlare di un'autonoma personalità giuridica, come nel caso della *communio: tertium non datur*; a questo proposito, vedi Georg von BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, cit., pp. 158 e ss., spec. pp. 164 e ss.

⁽⁵⁸⁾ È la conclusione del capitolo dedicato alle *Genossenschaften*: *Ibid.*, pp. 185-194.

rio, non solo non si parla dello Stato come *Genossenschaft*, ma si dichiara esplicitamente che tali realtà collettive costituiscono « keinen Teil der Staatsverfassung », la quale è collocata su un piano del tutto diverso ⁽⁵⁹⁾.

Dunque, tutto il dibattito all'interno della scienza giuridica è privatistico, ed è estremamente significativo che Germanisti come Bluntschli e Heinrich Albert Zachariae, che non potevano non conoscere il significato tecnico-giuridico del termine *Genossenschaft*, a livello di diritto pubblico adoperino, com'è noto, la parola *Organismus*, di natura prettamente politico-filosofica, testimoniando così, fin nella terminologia, la loro consapevolezza del fatto che il 'vero' diritto stava a livello di diritto privato. Così come il Gerber del '52 aveva rinunciato alla costruzione dello Stato come persona giuridica, così anch'essi rinunciano a costruirlo come *Genossenschaft*: lo Stato nella sua totalità non poteva essere giuridico.

Esiste, però, una differenza notevole tra questi germanisti e Gerber, e concerne il tema dell'operatività della scienza giuridica, del suo ruolo produttivo. Mentre per studiosi come Bluntschli e Zachariae la *Ordnung* etico-giuridica è qualcosa di naturalmente dato, dove ciascun componente — i singoli individui a livello di diritto privato, monarchia e popolo a livello del pubblico — trova la sua collocazione, per Gerber non esiste alcuna *Ordnung* senza l'intervento della scienza giuridica, senza la sua immediata risposta ai bisogni del presente.

Quali erano questi bisogni: questa la domanda da porre. Si può affermare che fino agli anni Cinquanta Gerber non ebbe dubbi, nel senso che, sulla scia di Savigny, pensava alla necessità di una grande saldezza dei rapporti di diritto privato, che costituisse un vero e proprio argine di fronte alle pretese del potere politico di sconvolgere gli equilibri storicamente raggiunti. Poi, gradualmente, questa convinzione entra in crisi. Il Gerber privatista si rende sempre più conto che non vi poteva essere alcuna sicurezza dogmatica, alcuna stabilità nei rapporti tra gli individui, senza un punto di riferimento autoritativo nello Stato.

Nel 1855, in un saggio scritto ancora una volta in polemica con Beseler, e dedicato al problema delle *Genossenschaften*, Gerber

⁽⁵⁹⁾ *Ibid.*, p. 162.

avverte già la necessità di uscire dai confini del diritto privato ⁽⁶⁰⁾. Anche un anno prima, di fronte al problema delle *Hausgesetze*, cioè di quella sorta di statuti, con i quali le grandi famiglie nobiliari regolavano i loro rapporti patrimoniali interni ⁽⁶¹⁾, il problema della sussunzione di tali atti nella tipologia del negozio giuridico rendeva necessaria la loro riduzione da fonti di diritto ad espressioni di autonomia privata, e si collegava, quindi, inevitabilmente, col richiamo alla centralizzazione del potere politico ⁽⁶²⁾.

Ma più ancora — come già abbiamo accennato — le difficoltà di Gerber a rimanere nel campo del diritto privato crescono di fronte allo spinoso problema delle *Genossenschaften* ⁽⁶³⁾.

Qui Gerber si rende conto che gli strumenti tecnici della scienza giuridica non sono sufficienti a spiegare ed inquadrare la complessa realtà associativa. Alla base del suo ragionamento c'è ancora lo schema romanistico *universitas-communio* ⁽⁶⁴⁾, ma non c'è più alcuna fiducia nell'autonomo imporsi di queste categorie scientifiche sulla concreta esperienza giuridica.

A livello di quest'ultima, la situazione 'anomala' della *Genossenschaft* — non rispondente né allo schema della *universitas*, né a quello della *communio* — continuerà a riprodursi fin quando ci si affiderà all'espressione di volontà dei fondatori e dei partecipanti, nella quale si potrà sempre facilmente rinvenire, sia il

⁽⁶⁰⁾ C. F. von GERBER, *Bemerkungen zur Beurtheilung genossenschaftlicher Verhältnisse*, in *Gesammelte juristische Abhandlungen*, cit., pp. 188 e ss. (originariamente in *Zeitschrift für Civilrecht und Process*, Nuova serie, 12 (1855), pp. 193 e ss.).

⁽⁶¹⁾ C. F. von GERBER, *Über den Begriff der Autonomie*, in *Gesammelte juristische Abhandlungen*, cit., pp. 36-64 (originariamente in *Archiv für civilistische Praxis*, 37 (1854), pp. 35 e ss.); Gerber è poi tornato sul tema sugli *Jahrbücher* da lui diretti con Jhering (III (1859), pp. 411 e ss., ancora in *Gesammelte juristische Abhandlungen*, pp. 64 e ss.).

⁽⁶²⁾ Secondo Peter von OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., p. 230, già in questi scritti di diritto privato Gerber si muoveva nella direzione della « Anerkennung nur einer Rechtsquelle, der Gesetzgebung ».

⁽⁶³⁾ Lo stesso Gerber dichiara di rendersi conto della particolare difficoltà del tema « für die juristische Construction »: *Bemerkungen zur Beurtheilung*, cit., p. 210.

⁽⁶⁴⁾ *Universitas e communio* « sind directe logische Gegensätze, welche die allgemeinen Möglichkeiten innerhalb dieses Genus erschöpfen » (*ibid.*, p. 206).

riconoscimento di una personalità giuridica unitaria, sia la consapevolezza di conservare diritti individuali. Il problema si poteva risolvere solo stabilendo il principio per cui una determinata realtà associativa acquisisce la personalità giuridica, non sulla base dei contenuti della « Begründung », ma in virtù di un atto autoritativo della « Staatsgewalt », dopo aver verificato l'esistenza di certe condizioni materiali e di certi requisiti formali ⁽⁶⁵⁾. In tutti gli altri casi, o si aveva una semplice *communio*, o si rimaneva nel campo extragiuridico, confinando il vincolo che si era creato in un terreno di natura esclusivamente etica, o sociale *lato sensu* ⁽⁶⁶⁾.

Nell'operazione compiuta da Gerber vi è, dunque, l'espressa rinuncia ad un dominio puramente scientifico-intellettuale dell'esperienza giuridica: nessuna opera di razionalizzazione e sistemazione è possibile senza il momento autoritativo, senza il sicuro punto di riferimento nello Stato.

Torna il problema di sempre: questo punto di riferimento non era storicamente presente, non era visibile, nella Germania del tempo. Se Gerber, nel '52, aveva ritenuto di vivere ancora nell'età della 'politica', ciò si doveva, non solo al fatto che i tumultuosi eventi del '48 erano ancora vicini, ma anche alla consapevolezza della estrema provvisorietà delle soluzioni raggiunte. Nel settembre 1859, in una lettera a Jhering, Gerber scrive: « Oggi è per noi il genetliaco del re: predica, discorso, banchetto. Il vecchio Sire compie settantotto anni. Da tempo il suo umore deve essere estremamente tetro. Come potrebbe essere diversamente? Tutto è stato vissuto a sazietà, tutto è passato. È nota l'inanità di ogni cosa. Nessuno vuole più credere a ciò che esiste presentemente e le vie per figurarsi il nuovo sono del tutto introvabili » ⁽⁶⁷⁾.

Il pessimismo del nostro giurista è ben comprensibile: egli auspica una stretta collaborazione tra Stato e scienza giuridica per

⁽⁶⁵⁾ *Ibid.*, p. 189.

⁽⁶⁶⁾ *Ibid.*, p. 193: « Wielmehr liegt ein grosser Theil dieser Genossenschaften in dem Bereich der nicht juristischen, rein dem gesellschaftlichen und sittlichen Leben angehörenden Thatsachen »; in questo caso, « die statutenmässigen Verpflichtungen haben nur den Charakter sittlicher, conventioneller, religiöser Pflichten » (*ibid.*, p. 195).

⁽⁶⁷⁾ Lettera del 27 Settembre (*Carteggio Jhering-Gerber*, cit., p. 280).

l'organizzazione ed il controllo delle dinamiche della società civile, ma si trova di fronte ad una situazione storica, che non favorisce affatto il suo disegno. Il fragile compromesso degli anni Cinquanta tra monarchia, vecchi ceti e forze sociali e politiche di rinnovamento, era destinato a rompersi, e Gerber ne era cosciente ⁽⁶⁸⁾. Cosa ne sarebbe uscito fuori? Alla fine degli anni Cinquanta si potevano immaginare solo due soluzioni: o la conferma delle vecchie strutture, che a Gerber sembravano inadeguate rispetto ai grandi compiti del presente, o una ripresa di vigore del movimento liberale, con il pericolo che l'età della 'politica' si trasformasse in una perenne condizione di incertezza.

È, dunque, con questa esperienza, con questo carico d'insoddisfazioni, con questi occhi, che Gerber guarda ai grandi avvenimenti degli anni Sessanta. Era lui l'unico giurista tedesco in grado di comprenderli. Era, infatti, l'unico del suo tempo che non poteva essere annoverato, né tra gli aridi dogmatici del diritto privato, noncuranti di quanto maturava a livello collettivo, né tra i 'filosofi', tra gli *Staatsrechtslehrer*, che dissertavano sulla natura 'organica' dello Stato.

Guardando agli avvenimenti prussiani, Gerber comprende che si sta giocando una partita decisiva. Dal suo punto di vista, la posta in palio è altissima, poiché non vi possono essere che due alternative: lo scontro ad oltranza, la fine di ogni certezza collettiva, l'affermazione definitiva dell'età della 'politica', o, inversamente, l'accordo, l'integrazione, la vittoria della dimensione 'obiettiva' del potere politico, di una sua immagine non più discussa e discutibile. Una terza soluzione non esisteva, ed il vecchio organicismo non salvava più niente, né le speranze liberali di fronte all'ascesa di Bismarck ⁽⁶⁹⁾, né quelle conservatrici di fronte alla possibilità di una rivolta della società civile contro le strutture politiche, sul modello della rivoluzione francese.

La scienza giuridica non poteva assistere passivamente ad avvenimenti, nell'ambito dei quali si decideva la sua stessa sorte.

⁽⁶⁸⁾ Gerber aveva benissimo compreso quanto ampi fossero i rivolgimenti nel passaggio dal vecchio assetto feudale al nuovo ordine sociale (vedi *supra*, capitolo secondo, paragrafo secondo).

⁽⁶⁹⁾ La vicenda storica è già stata descritta nel precedente paragrafo.

Cosa avrebbe contato, in un prossimo probabile futuro, la precisione dogmatica degli istituti di diritto privato, a fronte di un potere politico in grado, in ogni momento, di sconvolgere gli equilibri raggiunti, ed in direzioni diverse, a seconda del partito prevalente?

La scienza giuridica era dunque costretta a fornire un sostanzioso contributo per far prevalere una visione dello Stato quale soggetto giuridico collocato, nelle sue strutture fondamentali, al di sopra dei contrastanti interessi politici ed economici, poiché solo in tal modo essa salvava sé medesima ed il suo antico primato. Per mantenere il proprio ruolo centrale, essa non aveva altra strada se non quella della giuridicizzazione dello Stato.

Nel marzo 1863, Gerber annunzia a Jhering la sua intenzione di ritirarsi dalla redazione degli *Jahrbücher* di diritto privato, che i due giuristi avevano congiuntamente fondato nel 1857, lamentando « mancanza di produttività » nel campo privatistico e manifestando il contemporaneo desiderio di dedicarsi al diritto costituzionale ⁽⁷⁰⁾.

Noi conosciamo, ormai, le cause di quella improvvisa 'mancanza di produttività': un uomo come Gerber non poteva produrre in un campo che non riteneva più essenziale per le sorti della scienza giuridica, dopo aver compreso che esse si giocavano nella sua capacità d'apertura a livello di diritto pubblico, nel complesso della svolta storica che stava maturando.

Alla fine dello stesso 1863, il progetto è già cresciuto interiormente: la soluzione è da cercarsi « in un unico punto focale ... Voglio vedere se per questa strada arriverò ad un libro che possa valere come opera giuridica scientifica in un campo che attualmente è dominato, in parte da chiacchieroni come Bluntschli, e

(70) Così Gerber scriveva a Jhering: « ho urgente necessità di abbandonare per qualche tempo il diritto privato. Le cose non vanno come dovrebbero: sento una mancanza di produttività che mi opprime ... Viceversa ho ora una vera brama di scrivere qualcosa di diritto costituzionale ... tralascio ciò che è una vera necessità nell'attuale fase del mio sviluppo intellettuale ... un volume di lavori di diritto costituzionale che può rappresentare un progresso di alcune miglia per questa disciplina trascurata»: Lettera del 16 Marzo 1863, in *Carteggio Jhering-Gerber*, cit., p. 421. La decisione di Gerber di ritirarsi dagli *Jahrbücher* era già maturata nei mesi precedenti: *ibid.*, p. 417.

Mohl, in parte da aridi descrittori come Zachariae. Se ci arriverò e quando? Questo non lo so. Ma ho la sensazione di aver colto nel segno, quanto al mio modo di lavoro » (71).

È facile intuire che quell'« unico punto focale » è il concetto di personalità giuridica dello Stato, al quale il Gerber del '52 aveva dovuto rinunciare: le incertezze scompaiono, ed intorno a quel principio centrale, nel corso del 1864, Gerber costruisce il sistema di diritto pubblico (72).

Alla fine delle sue fatiche, il prodotto che ne scaturisce è da Gerber sentito come « il nocciolo del mio pensiero e della mia vita » (73).

La 'sua' vita è anche la vita della scienza giuridica tedesca, che, orgogliosamente cresciuta sotto l'insegnamento di Savigny, affermatasi nel corso del secolo, nell'ambito del dominante organicismo, come la regina delle *Geisteswissenschaften*, ora tenta, con Gerber, di dominare il più antico e temibile dei suoi nemici: il potere politico.

Quel Gerber, che nel corso degli anni Quaranta aveva difeso Savigny dagli attacchi di Georg von Beseler e del liberalismo germanista (74), difendendo, in realtà, il primato del lavoro scientifico del giurista, ora, in mutate condizioni storiche, può finalmente passare alla controffensiva, spingendo l'affermazione di quel primato fin dentro i confini del potere politico, in una regione nella quale il vecchio Savigny non avrebbe mai pensato di poter giungere.

IV. I *Grundzüge* di Gerber del 1865 (75) furono possibili per il maturarsi di tre processi interdipendenti: il sempre più evidente

(71) Lettera a Jhering del 15 Novembre (*Carteggio Jhering-Gerber*, cit., p. 440).

(72) La lettera a Jhering del 18 Ottobre 1864 è scritta proprio nel momento più 'caldo' di costruzione del sistema: così Gerber, in terza persona, parla del suo stato d'animo: « D'un colpo si fa luce ... Vi si butta con passione, ghermendo la felicità di cui a lungo è stato privato ... Ad ogni istante deve ammonirsi che non può ora voler recuperare in una volta sola gli anni perduti, ma prendere tempo per lasciare maturare lentamente l'opera della sua vita » (*Carteggio Jhering-Gerber*, cit., pp. 453-454).

(73) Lettera a Jhering del 7 Giugno 1865 (*Carteggio Jhering-Gerber*, cit., p. 459).

(74) Vedi *supra*, capitolo primo, paragrafo quarto.

(75) C. F. von GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865. La seconda edizione è Leipzig, 1869, la terza Dresden, 1880. La

compromesso del movimento liberale e la sua progressiva integrazione nelle vecchie strutture di potere, il conseguimento di una dimensione 'obbiettiva' dello Stato quale concreto soggetto storico, il crescente bisogno della dogmatica giuridica di estendere il suo raggio d'azione a livello pubblicistico ⁽⁷⁶⁾.

Il vecchio equilibrio, raggiunto sulla base della formula organicistica, nella quale si riconoscevano, sia il complesso della tradizione culturale tedesca, sia la più larga parte del movimento liberale, sia la scienza giuridica privatistica da Savigny in poi, si spezza a favore di un nuovo punto di riferimento, che è costituito dallo Stato quale sede privilegiata delle certezze collettive: i *Grundzüge* segnano l'inizio della crisi organicistica, ed aprono la via al nascente statualismo.

Peraltro, poichè pensiamo che un termine come 'statualismo' debba essere adoperato con una certa cautela, cerchiamo di chiarire preliminarmente il significato, col quale noi lo assumiamo in queste pagine.

struttura concettuale del volume rimane inalterata nel corso delle tre edizioni, con limitati ampliamenti dell'apparato di note grazie agli apporti della letteratura più recente, e con nuovi riferimenti ai mutamenti intercorsi nella normativa costituzionale. Mutamenti sostanziali sono introdotti solo nell'edizione del 1869, quando Gerber lascia inalterato il testo, ma vi aggiunge quattro *Beilagen* (appendici): I, *Der Staat als Organismus*, II, *Die Persönlichkeit des Staates*, III, *Abgränzung des Staatsrechts*, IV, *Der Norddeutsche Bund*. Da notare anche che nella terza edizione del 1880 il titolo diviene *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, per evidenziare il fatto che il discorso di Gerber può ora riferirsi ad una concreta struttura di potere esistente; d'altra parte, nella Prefazione alla medesima edizione, Gerber dichiara che ogni tentativo di adattare la sua analisi alle strutture del *Reich* del '71 sarebbe inutile, dal momento che questo lavoro è già stato compiuto da Laband (della sua figura parleremo specificamente più avanti). Poiché — come ripetiamo — esiste una sostanziale continuità fra le tre edizioni dell'opera di Gerber, riteniamo opportuno citare dalla traduzione italiana di P. L. Lucchini, che si riferisce alla terza edizione del 1880, in *Diritto pubblico*, cit., pp. 91-213; nello stesso volume sono anche tradotti i primi tre *Beilagen*, che citeremo come *Appendice* I, II, e III, tenendo presente che sono stati scritti nel 1869, cosa che può per noi essere rilevante; la quarta appendice sarà citata invece in tedesco dalla ristampa della terza edizione, Aalen, 1969, pp. 244-257, così come alcune parti dello stesso testo principale, non tradotte da Lucchini.

(76) È il processo che abbiamo descritto nei precedenti tre paragrafi di questo capitolo.

Max Weber, in un suo celebre saggio ⁽⁷⁷⁾, indicava puntualmente le tre caratteristiche dominanti nello sviluppo delle istituzioni e della classe politica tedesca durante il diciannovesimo secolo: la carenza di potere delle Camere, con la conseguente tendenza a concentrare i migliori uomini direttamente nel Governo e nella burocrazia, il grande peso storico di quest'ultima, ed, infine, la 'vocazione' dei partiti a rappresentare 'ideali', a stabilire un rapporto molto labile e mediato con i concreti interessi in movimento nella società civile.

Ne deriva, complessivamente — ed a partire dagli anni Sessanta — una crescente *Entpolitisierung* del modello tedesco, nell'ambito del quale, dopo i tumultuosi anni del conflitto costituzionale, i partiti assolveranno sempre meno al compito di mediazione tra società civile e Stato, e sempre più a loro si sostituirà la gestione tecnico-amministrativa della burocrazia.

Il futuro Stato bismarckiano sarà capace di assorbire, in parte con misure di politica sociale, in parte con una dura repressione, persino le istanze del movimento operaio, che proprio in questi anni stava nascendo ⁽⁷⁸⁾. Quella dinamica Stato-società, che Stein,

⁽⁷⁷⁾ M. WEBER, *Folitik als Beruf*, München und Leipzig, 1926, spec. pp. 46-47 e ss.

⁽⁷⁸⁾ A partire dagli anni Sessanta, il fermento sociale cresce sempre più, in corrispondenza al progressivo formarsi di un proletariato urbano. Nel Maggio del 1863, Lassalle fonda l'*Allgemeiner Deutscher Arbeiterverein*; nel 1867, con la formazione della Lega degli Stati del Nord, e con le relative elezioni, abbiamo i primi deputati di ispirazione socialista; nel 1869, Liebknecht e Bebel sono tra i fondatori, al Congresso di Eisenach, della *Sozialdemokratische Arbeiterpartei*. In tutto questo periodo, ed anche nel corso degli anni Cinquanta, le agitazioni sociali non cessarono mai e raggiunsero il massimo culmine proprio alla metà degli anni Sessanta in Prussia, quando si pose il concreto obbiettivo dell'abolizione dei vecchi *Koalitionsverbote*, e del diritto dei lavoratori a riunirsi ed a difendere i propri interessi. Con la legge del 21 Giugno 1869, si raggiunse un compromesso, che prevedeva la libertà di associazione, ma anche severe misure penali per la regolamentazione degli scioperi. Sulla complicata vicenda sopra riportata, vedi G. TRAUTMANN, *Gewerkschaften ohne Streikrecht. Lohntheorie und Koalitionsrecht in Deutschland 1861 bis 1878*, in *Soziale Bewegung und politische Verfassung. Beiträge zur Geschichte der modernen Welt*, cit., pp. 472-537, e, nello stesso volume, U. ENGELHARDT, *Gewerkschaftliche Interessenvertretung als 'Menschenrecht'. Anstöße und Entwicklung der Koalitionsrechtsforderung in der preussisch-deutschen Arbeiterbewegung*, pp. 538-598, dove si cita anche ulteriore letteratura sul tema

guardando allo sviluppo storico francese, già negli anni Quaranta indicava ai suoi contemporanei, si realizza concretamente negli anni Sessanta-Settanta, ma senza possibilità d'inserimento da parte del movimento liberale, che in quei decenni si era precluso sia la scienza sociale nella teoria, sia il collegamento con gli interessi della società civile nella prassi ⁽⁷⁹⁾: i problemi non si ponevano più in termini di adeguamento delle strutture politiche alla rinnovata società, dando sfogo alla domanda di partecipazione da essa nascente, ma esclusivamente in direzione dell'assorbimento delle contraddizioni sociali nel quadro istituzionale esistente, in termini di crescente efficienza della burocrazia statale.

Questo intendiamo significare, quando parliamo di 'nascente statualismo': non si tratta di un generico 'autoritarismo', spesso

(p. 540 nota 11); dello stesso Engelhardt, è da vedere, in forma più ampia, il saggio 'Nur vereinigt sind wir stark'. *Die Anfänge der deutschen Gewerkschaftsbewegung. 1862-63 bis 1869-70*, Stuttgart, 1977. Più in generale, sulla politica sociale, e sulla storia del movimento operaio di questi anni, vedi K. E. BORN, *Sozialpolitische Probleme und Bestrebungen in Deutschland von 1848 bis zur Bismarckschen Sozialgesetzgebung*, in *Vierteljahrsschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, 1959, pp. 29 e ss.; ed inoltre i due articoli di W. KOLLMANN, *Die Anfänge der staatlichen Sozialpolitik in Preussen bis 1869*, e *Politische und soziale Entwicklung der deutschen Arbeiterschaft 1850-1914*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., rispettivamente pp. 410-425 e 430-450. Dal complesso di queste analisi, emerge la figura di un proletariato urbano in via di formazione, ma le cui rivendicazioni erano ancora confuse con quelle dei piccoli artigiani, che nella organizzazione fondata da Lassalle nel 1863 costituivano ancora la maggioranza. Sul piano dell'ideologia politica, le tesi di Marx e di Engels avevano scarsa incidenza, mentre si poneva in luce soprattutto il problema dell'unità nazionale da condurre in alternativa all'egemonia prussiana, tenendo presente che in uomini come Liebknecht e Bebel svolgevano un ruolo importante anche sentimenti tedesco-meridionali, solo genericamente antiprussiani: sull'intreccio di questione sociale e nazionale, nell'ambito del nascente movimento operaio, vedi W. CONZE e D. GROH, *Die Arbeiterbewegung in der nationalen Bewegung. Die deutsche Sozialdemokratie vor, während und nach der Reichsgründung*, Stuttgart, 1966, pp. 41-86.

⁽⁷⁹⁾ Nell'ambito dello stesso problema dei *Koalitionsrechte*, e del diritto di sciopero (v. nota precedente), dove si ebbe un episodio più unico che raro di saldatura tra il movimento liberale e le istanze provenienti dalla società civile, i liberali della *Fortschrittspartei*, che si fecero carico del problema a livello parlamentare, sembrarono poco consapevoli dell'importanza di questo collegamento, e preoccupati solo di frenare l'ascesa del movimento operaio, nonché di veder realizzati i loro ideali liberistici: sul punto, vedi ENGELHARDT, *Gewerkschaftliche Interessenvertretung*, cit., spec. pp. 555 e ss.

dipinto a forti tinte nella figura di Bismarck, ma di un concreto modello socio-politico, che viene ad affermarsi nella Germania della fine degli anni Sessanta, in base al quale la società civile borghese non trova i propri momenti di mediazione, e di aggregazione del consenso, nei partiti politici, nelle associazioni di produttori, nelle formazioni politiche locali, ma esclusivamente nella capacità di controllo, e di direzione, dello Stato esistente, nell'efficienza della burocrazia prussiana, e poi tedesca.

In questo senso, lo statualismo non nasce improvvisamente, ma è il coerente risultato della precedente fase organicistica, vista nel suo aspetto conservatore, di opposizione ad una totale emancipazione della società civile dallo Stato. La continuità è fornita, per tutto il secolo, dalla paura della rivoluzione sociale, della ribellione della società civile allo Stato nella forma della rivoluzione francese, del prevalere dei conflitti economici sulle tradizionali mediazioni etico-politiche ⁽⁸⁰⁾.

L'elemento differenziatore della nuova fase è costituito unicamente dal fatto che è nello Stato, inteso come autonomo soggetto storicamente concretizzato nel modello prussiano, che si ricerca la difesa della vecchia *Ordnung*, la tutela del primato dell'ordine etico-giuridico, del *Rechtsbewusstsein*, di fronte alle crescenti contraddizioni sociali. Il vecchio organicismo non è battuto come ideologia politica, ma, più semplicemente, si trasforma apertamente in statualismo, adeguandosi alla crescente necessità di gestire dall'alto il nuovo ordine sociale.

Per parte sua, Gerber, come al solito autentico interprete dei mutamenti del suo tempo, è, proprio nella misura sopra indicata, legato al vecchio organicismo, e, nello stesso tempo, ben al di là dei suoi tradizionali confini. Proponendo l'idea della personalità giuridica dello Stato, egli afferma la separazione di Stato e società civile, fondandola, però, sull'assorbimento della seconda nel primo: egli supera, dunque, la tradizione organicistica, nello stesso tempo confermandola. Nelle parole che aprono i *Grundzüge* si ha una conferma, splendidamente sintetica, di tutto ciò: « Nello Stato

⁽⁸⁰⁾ Sul tema della paura della Rivoluzione, nel corso di tutto l'Ottocento tedesco, vedi T. SCHIEDER, *Das Problem der Revolution im 19. Jahrhundert*, in *Historische Zeitschrift*, 170 (1950), pp. 233-271.

un popolo trova la disciplina giuridica della sua vita collettiva, in esso un popolo giunge ad essere riconosciuto e a valere giuridicamente come un'unità etica totale » (81).

È il *Volk*, nell'accezione storico-naturale ed etico-giuridica dominante in Germania da Savigny in poi, che è a fondamento della costruzione dogmatica gerberiana. È questa nozione, che Gerber eredita da tutta la tradizione organicistica, a consentirgli di porre il problema dello Stato come persona, saltando quello, correlato, della dialettica da stabilire tra esso medesimo e la società civile. La separazione tra quest'ultima e lo Stato, ora chiaramente posta, non è fonte di tensione e di conflitto, poiché essa ha il suo corrispondente nella sussunzione della prima nel secondo: il *Volk* ' giunge ad essere riconosciuto ' solo attraverso lo Stato. L'identificazione di Stato e popolo non è più data in *rerum natura*, come nel vecchio organicismo, ma conseguita tramite il ruolo attivo dello Stato medesimo, che assorbe tutte le energie della vita sociale.

Gerber non sconvolge la precedente tradizione organicistica, ma la assume a fondamento di un secondo livello di analisi, ad essa sconosciuto, quello *giuridico*. Se « da un punto di vista naturale » il popolo è un'unità organica, ed il suo rapporto con lo Stato è di ' naturale ' identificazione, « se si considera, però, dal punto di vista *giuridico*, lo Stato, si coglie innanzitutto il fatto che in esso il popolo assurge, nel suo insieme, alla coscienza ed alla capacità di volere richiesta dal diritto; in altre parole, che in esso il popolo consegue la personalità giuridica. Lo Stato, custode e rivelatore di tutte le forze del popolo che sono tese al compimento etico della vita collettiva, è la suprema *personalità di diritto* che l'ordinamento giuridico conosca; la sua capacità di volere possiede la massima attribuzione che il diritto possa conferire. La forza di volontà dello Stato è la potestà *d'imperio*; essa si dice *potere dello Stato (Staatsgewalt)* » (82). Si potrebbe anche così sintetizzare: il punto di vista organicistico ci fornisce la dimensione statica dello Stato, quello giuridico la dinamica. E cioè: in *rerum natura* lo Stato è una collettività etico-politica fondata su certi valori

(81) C. F. VON GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in *Diritto Pubblico*, cit., p. 95.

(82) *Ibid.*, pp. 95-96; i corsivi sono dello stesso Gerber.

storicamente consolidati, giuridicamente esso è un soggetto dotato di personalità e di volontà di dominio.

Il passaggio dagli anni Cinquanta agli anni Sessanta è, nella dottrina dello Stato, proprio questo: ciò che prima si tendeva puramente a 'descrivere', come assetto esistente in 'natura' ⁽⁸³⁾, diventa, in una situazione storica mutata ⁽⁸⁴⁾, un soggetto in continuo movimento, dotato di personalità e di volontà di azione.

Il rapporto, però, che questo Stato-persona instaura con la società civile sulla quale esso agisce, non è — ripetiamolo ancora una volta — di recezione delle tensioni sociali in termini di partecipazione, ma di controllo dall'alto di esse medesime ⁽⁸⁵⁾: è così che lo Stato diventa il centro assoluto dei rapporti pubblicistici, al pari dell'individuo nel campo del diritto privato. Così come « il sistema di diritto privato è un sistema di facoltà giuridiche che poggiano sulla capacità di volere individuale della persona umana », così anche « il diritto pubblico è un sistema di facoltà di volere, basato però sulla capacità, rivestita della personalità, del popolo politicamente unito », cioè dello Stato, la cui « volontà giuridica è il dominio » ⁽⁸⁶⁾.

La possibilità medesima di concepire lo Stato da un punto di vista giuridico, di elaborare una teoria ed una costruzione giuridica dello Stato, è, per Gerber, come vediamo, indissolubilmente legata allo schema privatistico dell'espressione di volontà individuale: « La forza di volontà dello Stato, il potere dello Stato, è il diritto dello Stato. Il diritto pubblico è dunque la dottrina del potere dello Stato e risponde a queste domande: cosa può volere

⁽⁸³⁾ Che prevalesse l'aspetto conservatore della difesa del vecchio ordine politico e sociale, o quello liberale antiassolutista, contro le pretese del potere monarchico, non importa: la metodologia era la medesima (cfr. *supra*, questo capitolo, paragrafo primo).

⁽⁸⁴⁾ Ci riferiamo — ancora una volta — a quanto abbiamo illustrato a proposito dell'emergere del modello prussiano, in questo capitolo, paragrafo secondo.

⁽⁸⁵⁾ Torna quanto abbiamo detto a proposito del primato della burocrazia e dell'amministrazione sul Parlamento e sulla 'politica', ciò che abbiamo definito dimensione 'obbiettiva' del potere statale (cfr. *supra*, questo capitolo, paragrafo secondo, ed ancora questo stesso paragrafo).

⁽⁸⁶⁾ GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in *Diritto pubblico*, cit., p. 97 nota 5.

lo Stato in quanto tale? (contenuto e limiti del potere statale). Per mezzo di quali organi ed in quali forme può e deve manifestarsi la sua volontà? Nella personalità dello Stato si trova il punto di partenza ed il nucleo di tutto il diritto pubblico; dal riferimento ad esso dipendono, al tempo stesso, la possibilità ed il criterio informatore di un sistema scientifico » (87).

Il 'grande dubbio' del precedente saggio del '52 è risolto, e Gerber afferma ora decisamente la possibilità di una considerazione globale dello Stato da un punto di vista giuridico.

Questo è stato possibile per due vie distinte, ma parallele. In primo luogo, si è maturata la situazione storica (88), poichè il nascente modello prussiano può ora costituire un valido punto di riferimento, capace di controllare ed assorbire le spinte provenienti dalla società civile; nei *Grundzüge*, Gerber si guarda bene dal tesserne esplicitamente le lodi, ma è chiaro che la differenza di tono rispetto al '52 e la mancanza assoluta di polemica antiliberale denotano nel nostro giurista una maggiore sicurezza, una crescente consapevolezza di un presente per lui sempre più tolle-

(87) *Ibid.*, pp. 96-97. Manca una storia approfondita del principio della personalità giuridica dello Stato. Basti pensare al vecchio lavoro di U. HÄFELIN, *Die Rechtspersönlichkeit des Staates*, Tübingen, 1959, il quale è niente di più di una sorta di enciclopedia dell'idea di personalità giuridica dello Stato dal sedicesimo secolo ad oggi, nel cui ambito sono dedicate a Gerber solo tre pagine. Poco utilizzabile ci sembra anche il lavoro di C. E. BÄRSCH, *Der Staatsbegriff in der neueren deutschen Staatslehre und seine theoretischen Implikationen*, Berlin, 1974, pp. 34-54 e 61-74 su Gerber; e lo stesso deve dirsi dell'analisi di H. QUARITSCH, *Staat und Souveranität*, vol. I, *Die Grundlagen*, Frankfurt am Main, 1970, pp. 493-505.

(88) Non ripeteremo qui, ancora una volta, quanto abbiamo già illustrato a proposito dei fallimenti del movimento liberale e dell'ascesa del modello prussiano, che Gerber aveva sicuramente avvertito. Basterà aggiungere che il nostro giurista, deputato al *Reichstag* della Lega degli Stati del Nord per la circoscrizione di Leipzig, è fra i pochissimi eletti del Sachsen, tradizionalmente antiprussiano, ad appoggiare la politica di Bismarck: « Unsere Interessen sind jetzt allein bei der preussischen Regierung garantiert, nicht im Parlament », così afferma Gerber, proclamandosi « aufrichtiger Anhänger der neuen Entwicklung in Preussen » (« *Aus den Briefen C. F. von Gerbers vom konstituierenden Reichstag des Norddeutschen Bundes*, in *Neues Archiv für Sächsische Geschichte*, Dresden, 1938, citato secondo BÄRSCH, *Der Staatsbegriff*, cit., p. 64).

rabile, un presente che appare sempre meno come l'età della 'politica' (89).

La seconda via, attraverso la quale si giunge alla formulazione dei *Grundzüge*, passa, parallelamente, all'interno della scienza giuridica. Senza questa seconda dimensione, non si intende niente del significato dell'opera gerberiana, che non è di mera registrazione di ciò che è stato già deciso a livello politico, ma di attivo intervento nella totalità del processo storico. I *Grundzüge* costituiscono l'apologia del nascente modello prussiano solo nella misura in cui essi rappresentano, principalmente, l'apologia della dogmatica, della sua capacità di essere forza organizzante il presente storico.

Gerber non interviene in un momento nel quale il suo lavoro avrebbe potuto limitarsi a fissare i rapporti politici già affermatosi, ma nel cuore del processo di unità nazionale, negli anni del conflitto costituzionale e delle prime agitazioni popolari organizzate (90). Nel 1869, dopo che gli *Staatsrechtslehrer* liberali ed organicisti avevano duramente criticato il suo volume del 1865 (91), Gerber, tornando sul tema della differenza tra il suo metodo e quello della precedente giuspubblicistica, così esporrà sinteticamente il senso della svolta avvenuta: « La vecchia scienza giuridica tedesca si limitò a rappresentare lo Stato come una comunità storica e a descrivere i diritti dei singoli che in essa si erano sviluppati ... Ma quella vecchia scienza dello Stato non si può biasimare per questo: essa non aveva da creare lo Stato, doveva solo rappresentarlo così come l'aveva di fronte » (92).

Dietro a quel 'creare' vi è tutto l'orgoglio di una scienza giuridica che, per più di mezzo secolo, in assenza di codificazione, era stata, sulla base dell'insegnamento di Savigny, al centro dell'esperienza giuridica, e che tale primato voleva mantenere anche in una situazione nella quale sempre più il potere politico diveniva

(89) È quanto ha messo in luce l'analisi di WILHELM, *Metodologia giuridica*, cit., pp. 143 e ss., spec. pp. 145-148.

(90) Vedi nota 78.

(91) Più avanti entreremo nel merito di queste critiche a Gerber.

(92) GERBER, Appendice I, cit., p. 195.

protagonista ⁽⁹³⁾. È certamente vero che il 'giuridico' di Gerber era funzionale al disegno bismarckiano, diretto a favorire la sua attuazione ⁽⁹⁴⁾, ma è altrettanto certo che non esistono due tempi, quello della decisionalità politica e quello della sua copertura ideologica tramite lo strumento del diritto, ma la totalità di un processo storico, nell'ambito del quale la scienza giuridica gioca un ruolo di primissimo piano.

Alla base della vittoria dello statualismo prussiano — come già abbiamo cercato di mettere in luce — stanno le carenze di un movimento liberale, che non aveva saputo (o voluto) scorgere in tempo l'affermazione del nuovo ordine sociale, che di esso non aveva saputo (o voluto) farsi interprete, al fine di elaborare, ed imporre, una rifondazione del potere politico. Ma non sono forse questi gli stessi motivi, che hanno consentito l'affermarsi, il conservarsi, ed infine, ora, l'espandersi del primato della scienza giuridica? Debolezza del liberalismo del *Vormärz* e dominanza del progetto 'scientifico' savigniano su quello 'politico' della codificazione, sconfitta del Quarantotto e rinuncia definitiva alla scienza sociale proposta da Stein, in favore della filosofia organicistica elaborata da storici e giuristi: le due linee corrono parallelamente ed in modo interdipendente.

Tutto il secolo è dominato da una crescente *Entpolitisierung*, corre verso l'affermazione di una *Gemeinschaft*, di una società armonica, nella quale le nascenti contraddizioni sociali siano attutite e coperte dalla dimensione collettiva del *Rechtsbewusstsein*. È al fine di costruire questo modello che scienza giuridica e burocrazia, le due forze storiche che più avevano prosperato nell'ambito del processo storico descritto, si alleano: la prima fornisce alla seconda il crisma della 'giuridicità', questa fornisce alla scienza

⁽⁹³⁾ In questo capitolo, paragrafo terzo, abbiamo descritto la crisi di Gerber come privatista.

⁽⁹⁴⁾ Basterà ricordare la reazione unanime, quasi sdegnata, degli *Staatsrechtslehrer* liberali all'indomani della pubblicazione dei *Grundzüge* (sulla quale più avanti riferiremo in dettaglio). Sulla funzione legittimante del metodo giuridico gerberiano, vedi ancora WILHELM, *Metodologia giuridica*, cit., pp. 143 e ss.; U. SCHEUNER, *Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre*, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend*, Tübingen, 1962, pp. 225-260; e, infine, C. E. BÄRSCH, *Der Gerber Laband'sche Positivismus*, in *Staat und Recht. Die deutsche Staatslehre*, cit., pp. 43-70.

giuridica il sicuro punto di appoggio per le sue costruzioni dogmatiche.

È vivendo questo momento storico, nel 1865, che Gerber parla di personalità giuridica dello Stato: vi è molto di più della legittimazione delle scelte di Bismarck, c'è la conclusione dello sviluppo di tutto il secolo, che si concretizza nella pretesa del giurista di organizzare con i propri strumenti dogmatici, non solo i rapporti tra gli individui, ma anche la dialettica tra potere politico e società civile, dunque tutto il complesso della vita collettiva.

Una volta affermata, su questi presupposti ed in questo senso, la personalità giuridica dello Stato quale punto di partenza e centro di tutto il sistema di diritto pubblico, Gerber procede alla effettiva costruzione di quel sistema, adoperando la tecnica dogmatica privatistica, a lui ben nota. Seguiamolo in questa operazione.

Prima di tutto, egli tende a puntualizzare il fatto che personalità giuridica e volontà di dominio dello Stato non sono 'astrazioni', creazioni 'artificiali' della dottrina: il potere dello Stato « sussiste assai più di per sé e non come un fenomeno puramente concettuale, ma come una entità che poggia su una base naturale, cioè sul popolo: non gli viene fittiziamente attribuita la volontà altrui, ma ha una sua volontà nello spirito morale del suo popolo, determinato a vivere nello Stato. Questa volontà esiste in sé e per sé, è una realtà e perciò è suscettibile di una trattazione scientifica » ⁽⁹⁵⁾.

Come vediamo, insieme alla centralità dello Stato, torna continuamente la figura del *Volk*: chi leggesse i *Grundzüge* nel senso dell'esaltazione della capacità di dominio dello Stato, in reazione al precedente organicismo fondato sulla 'creatività' del *Volk* germanico, avrebbe un'immagine deformata del significato dell'opera gerberiana. Questo tipo di lettura è fondato su nozioni equivocate, in base alle quali lo 'statualismo' di Gerber sarebbe 'autoritarismo', mentre il vecchio concetto di organismo corrisponderebbe al 'senso' moderno dello Stato, all'idea di una partecipazione collettiva alla gestione della cosa pubblica ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁵⁾ GERBER, *Lineamenti*, cit., p. 109, nota 1.

⁽⁹⁶⁾ L'analisi più nota tra quelle condotte in questo senso è dovuta a E. KAUF-

Noi sappiamo già quanto tutto ciò non risponda alla realtà: il *Volk* organicistico è un'entità data in *rerum natura*, la quale, ben lungi dal favorire la 'partecipazione' collettiva, rappresenta quella *Ordnung*, che si deve storicamente preservare contro l'emancipazione della società civile dallo Stato, e, dunque, contro la reale possibilità di avviare un concreto processo partecipativo ⁽⁹⁷⁾.

Tolto di mezzo questo tipo di equivoco, si può allora comprendere il continuo ricorrere delle nozioni di *Volk*, e di spirito popolare, nell'opera di Gerber ⁽⁹⁸⁾: è proprio su di esse, nella loro accezione organicistica dominante in Germania nel corso dell'Ottocento, che egli, coerentemente, fonda il suo statualismo, poiché da quel *Volk* non nascono tensioni partecipative, esso non è un soggetto rivendicante alcunché nei confronti delle strutture statuali, ma costituisce, invece, l'ideale substrato 'naturale' dello Stato medesimo.

Un reale processo di partecipazione può essere avviato solo quando si riconosca l'esistenza di una soggettività autonoma, estranea allo Stato-persona, e ponentesi con esso in un rapporto dialettico — ciò che può chiamarsi *Gesellschaft*, popolo, diritti naturali individuali, o altro —; nell'Ottocento tedesco, invece, è proprio questo che si vuole negare, prima attraverso la nozione di Stato come organismo, poi attraverso la figura della personalità giuridica statale, in funzione di assorbimento del *Volk* medesimo ⁽⁹⁹⁾.

MANN, *Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts, Habilitationsvorlesung*, Heidelberg, 1908.

⁽⁹⁷⁾ Von OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., pp. 130-153, ha già provveduto a contestare le tesi di Kaufmann.

⁽⁹⁸⁾ Alcuni esempi: il diritto pubblico è lo « spirito etico nazionale che perviene a espressione giuridica » (*Lineamenti*, cit., p. 100); una scienza del diritto pubblico tedesco è possibile poiché, al di là della frammentazione politica, ha avuto « una parte innegabile lo spirito nazionale tedesco consapevole della sua unità » (*ibid.*, p. 101, e p. 103 rivedendo esplicitamente quanto Gerber medesimo aveva affermato nel suo saggio del '52); infine, secondo Gerber, come punto di partenza di una trattazione giuridica, « basta dire che il potere dello Stato è la volontà generale del popolo come un tutto etico teso al raggiungimento degli scopi dello Stato » (*ibid.*, pp. 110-111, nota 2).

⁽⁹⁹⁾ Non ci sembra che von OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., pp. 175-

Infatti, secondo Gerber, proprio in quanto lo Stato « deve incarnare veramente la volontà collettiva di un popolo, allora esso deve essere tale da trovare i motivi del proprio agire non in una forza superiore ed esterna, ma semplicemente in sé, in altre parole, esso deve essere *sovrano* » (100).

238, abbia colto questo aspetto dell'opera gerberiana. L'Autore, impegnato nella polemica con Kaufmann (vedi nota 96), ha studiato Gerber soprattutto dal punto di vista dei suoi contrasti con gli *Staatsrechtslehrer* organicisti, marcando eccessivamente le differenze, e precludendosi la possibilità di scorgere quel tipo di continuità che noi abbiamo cercato di individuare. Così, Gerber, in opposizione alla vecchia dottrina dello Stato, legata ad un assetto sociale semi-feudale, diventa l'interprete del « souveränen bürgerlichen nationalen Staates » (p. 232), e poi, inevitabilmente, siccome non si riesce a spiegare in lui la persistenza della centralità della nozione di *Volk*, si giunge ad affermare che egli era una sorta di potenziale 'democratico', il quale non poté sviluppare le sue tesi a causa dell'arretratezza del quadro politico (pp. 170-174, spec. p. 172 dove si avvicina l'opera di Gerber all'idea di *Volksstaat*, della quale parlava il programma socialdemocratico di Eisenach). Lo stesso von Oertzen, ritornando sul tema nell'articolo *Die Bedeutung C. F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre*, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung*, cit., pp. 183-208, difende il 'suo' Gerber dalle interpretazioni più recenti, che hanno messo in luce la funzione politicamente conservatrice del suo metodo giuridico, ed afferma: « Die hier skizzierte gerbersche Auffassung der Staatspersönlichkeit als die Willensmacht des staatlich geeinten Volkes ... kommt der modernen dynamischen Theorie der Demokratie (!) sehr nahe » (p. 198); l'impostazione di Gerber lo avrebbe condotto « zur kollektiven Selbstbestimmung (!) » (*ibid.*), ma la sfavorevole situazione politica gli impedì di sviluppare il suo discorso in questa direzione. Il saggio si conclude ribadendo, ancora una volta, « die antikonservative, 'moderne', um nichts zu sagen zersetzende Funktion des juristischen Positivismus » (p. 207 nota 108). A nostro avviso, all'analisi di von Oertzen mancano due punti di riferimento: 1) la specificità del passaggio, in Germania, dalla vecchia società cetuale alla moderna società divisa in classi, che avviene quasi come fatto 'ineluttabile', cercando di conservare il più possibile la vecchia cultura ed i vecchi strumenti scientifici (ad es. proprio l'idea di *Volk*, dominante nell'Ottocento tedesco da Savigny in poi); 2) il versante della storia del pensiero giuridico, cioè la dimensione di Gerber quale allievo della Scuola Storica, sia sotto il profilo della continuità della nozione di *Volk* — in tal modo comprensibile, e non certo con fumosi richiami a dubbi sentimenti 'democratici' —, sia dal punto di vista della dogmatica giuridica e della sua necessità di espandersi a livello di diritto pubblico, come *supra* abbiamo illustrato (cfr. questo capitolo, paragrafo terzo). La tesi di von Oertzen è stata ripresa in Italia da M. NIGRO, *Il 'segreto' di Gerber*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 293-333, dove Gerber è visto come anticipatore del « dinamismo integratore del moderno Stato democra-

La sovranità dello Stato viene qui a coincidere con la sua autonomia, con il fatto che esso non deve rispondere ad alcuna soggettività esterna, che lo possa condizionare; e questo avviene, a sua volta, proprio in quanto lo Stato-persona continua ad essere, contemporaneamente, Stato-totalità, necessariamente assorbente l'intera dimensione dello 'spirito popolare': ancora una volta tornano i temi organicisti, ed ancora una volta sono utilizzati per fondare la 'giuridicità' del sistema, poiché *questa* sovranità è l'unica accettabile da un punto di vista giuridico, mentre « le espressioni 'sovranità del principe', 'sovranità popolare', 'sovranità nazionale' sono soltanto parole d'ordine per differenti tendenze ed aspirazioni politiche » (101).

Per chiarire: lo Stato è 'giuridico' in quanto è 'autonomo', non dipendendo la sua espressione di volontà da alcuna forza esteriore — ciò che provocherebbe la sua 'politicalità', il suo dipendere da una determinata tendenza o aspirazione 'politica' —, ed è 'autonomo' in quanto è 'totale', in quanto racchiude in sé il complesso della vita collettiva sul modello della tradizione organicistica. Come è dato vedere, non vi può essere alcuna 'giuridicità' dello Stato, se si prescinde dalla sua dimensione di organismo socio-politico.

È *solo* a questo punto della trattazione, dopo che sono stati risolti i problemi-base della personalità e della sovranità dello Stato, che l'analisi di Gerber cambia direzione, che le ipotesi organicistiche cessano di costituire un valido sostegno, e divengono un fardello insopportabile, per il giurista ormai proteso al compimento definitivo del sistema. È lo stesso Gerber ad annunziare la variazione di piano nella sua analisi.

La visuale del *Volk* come « base naturale dello Stato » viene abbandonata, poiché nessun rapporto « è così determinante per la posizione giuridica del popolo nello Stato nel sistema di diritto pubblico, quanto quello per cui il popolo, nei suoi singoli membri,

tico e sociale » (p. 306), ed ancora una volta si parla delle sue « tentazioni democratiche », citando ampiamente il lavoro di von Oertzen.

(100) GERBER, *Lineamenti*, cit., p. 111.

(101) *Ibid.*, p. 112, nota 5.

è oggetto della signoria dello Stato » (102). Se fino ad ora il *Volk* era visto come « unità spirituale », come « individualità etica collettiva », ora « la costruzione giuridica del potere dello Stato si rivolge invece al singolo cittadino in quanto tale. Di qui procede il piano della seguente trattazione » (103).

Dopo che il *Volk* — come abbiamo visto — era servito a fondare la personalità giuridica e la sovranità dello Stato, a fornirle 'concretezza' ed 'autonomia', il rapporto si ribalta, ed è dallo Stato medesimo, ormai solidamente impostato come soggetto giuridico, che si prende l'avvio per la concreta costruzione del sistema: « lo Stato ha portato a compimento il concetto giuridico del potere statale, allo stesso modo che, per altro verso, il concetto di popolo, come l'insieme dei soggetti dominanti dallo Stato, ha con ciò ottenuto la sua determinazione giuridica unitaria » (104). Quello che, sotto il profilo della fondazione dello Stato, è 'unità spirituale', diventa, dal punto di vista del suo concreto funzionamento, il complesso dei soggetti statualmente dominanti, il *Volk* in senso più propriamente 'giuridico'.

Rispetto al suo saggio del '52, Gerber inverte la direzione dell'analisi: mentre allora il 'giuridico' filtrava dagli individui nello Stato, attraverso la fondazione dei diritti pubblici soggettivi nei rapporti di diritto privato, ora è lo Stato, giuridicamente definito nella sua totalità, che determina la 'giuridicità' della stessa vita collettiva, attraverso i rapporti che esso instaura con i singoli soggetti. Mentre nel '52 si doveva contenere l'affermazione del 'pubblico', che sarebbe stata inevitabilmente 'politica', ora è giunto il momento in cui tale affermazione non è più differibile, e coincide, anzi, con la vittoria del 'giuridico'.

Tutta la dottrina gerberiana dei diritti pubblici soggettivi è orientata secondo questo criterio di fondo: non solo non ha più rilievo, come nel '52, la posizione di diritto privato dell'individuo, ma neppure la sua persona come tale, non essendo i suoi diritti pubblici da intendersi « in senso soggettivo », ma piuttosto come « proposizioni giuridiche, cioè come norme di diritto oggettivo » (105).

(102) *Ibid.*, p. 129.

(103) *Ibid.*, pp. 130-131.

(104) *Ibid.*, p. 134.

(105) *Ibid.*, p. 121.

Si giunge, in tal modo, alla nota affermazione di Gerber, che tanto scandalizzò i Maestri liberali della dottrina dello Stato: « Cittadini, Comuni e territorio sono gli oggetti naturali del potere dello Stato, nel dominio dei quali esso manifesta la sua essenza peculiare » (106); i diritti pubblici dei cittadini si fondano esclusivamente sulla norma di diritto positivo dello Stato, che è espressione del suo potere di dominio, e dunque « appaiono soltanto come gli effetti riflessi di quel potere e non possono quindi essere considerati come i momenti decisivi dal punto di vista sistematico » (107).

Ma questa conclusione di Gerber, al di là della reazione sdegnata (108) degli *Staatsrechtslehrer* liberali, è il logico e conseguente prodotto di quel rapporto Stato-popolo, che già abbiamo descritto, e che Gerber medesimo riprende proprio dalla tradizione liberal-organicistica. È nel momento in cui quel rapporto viene posto in termini di 'naturale' identificazione, ed il *Volk* viene considerato esclusivamente nel suo aspetto di comunità depositaria di valori storico-culturali, e non nella sua dimensione di soggetto pluralisticamente articolato secondo differenziati, e contrastanti, interessi socio-economici, che si creano i presupposti di un'estrema debolezza della società civile di fronte allo Stato, il quale, nella sua dimensione di Stato-persona, non costruita dagli organicisti, ma impostasi poi storicamente loro malgrado, si trova ad essere inevitabilmente il centro assoluto della collettività, il suo necessario interprete.

Per il giurista Gerber, tale centro è, nello stesso tempo, il centro della costruzione dogmatica, la quale « così come ogni co-

(106) *Ibid.*, p. 128.

(107) *Ibid.*, p. 130. Su queste affermazioni di Gerber, si è da sempre appuntata la critica ai *Grundzüge*: così, già nel 1896, in Italia, SANTI ROMANO, *Nozione e classificazione dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Archivio di diritto pubblico*, diretto da V. E. ORLANDO, VI (1896), pp. 420 e ss., considerava Gerber come l'iniziatore di un punto di vista autoritario: « la speciosità della dottrina, la perfetta corrispondenza, già notata, fra essa e le tendenze autoritarie del popolo tedesco, la reazione che sempre più trionfava contro le idee francesi » (p. 426). Anche lavori ben più recenti, come quello di SCHOTT, *Die Grundrechte in der deutschen Verfassungsgeschichte*, cit., p. 57, o di GRABITZ, *Freiheit und Verfassungsrecht*, cit., pp. 177-178, si muovono in direzioni analoghe.

(108) Che sarà oggetto di successiva analisi.

struzione giuridica, ha a che fare con l'identificazione e la delimitazione dei rapporti di volontà. Come nel diritto privato, è questo e solo questo il compito del lavoro giuridico » ⁽¹⁰⁹⁾.

È a questo livello dell'analisi che la concezione organicista deve scomparire dall'orizzonte teorico del giurista, poiché si è costretti con essa ad ammettere che lo Stato « agisca non per una cosciente capacità di volere, ma soltanto in funzione di sorde forze, regolate da astratte leggi di natura », rendendo, in tal modo, impossibile una concezione giuridica dello Stato medesimo, l'unica che ci consenta di pensarlo come « entità capace di libera, unitaria, autodeterminazione. Eppure questa idea è sempre necessaria al diritto pubblico » ⁽¹¹⁰⁾. In sintesi: l'emersione del 'giuridico' nel diritto pubblico avviene come emersione della capacità di volere dello Stato dalle maglie dell'ordinamento etico-giuridico in cui si trovava ancora avvolta.

Il 'rapporto di volontà' non può che partire dallo Stato, ed è necessariamente destinato a trovare minima resistenza in una società civile per troppo tempo trascurata dallo stesso movimento liberale. Anche se « la prima impressione che abbiamo, quando si osserva la posizione del singolo nello Stato, è che egli abbia, di fronte allo Stato, una serie di diritti » ⁽¹¹¹⁾, in realtà essi dipendono tutti « da una connessione giuridica primaria. Tutti quei diritti il singolo li ha solo in quanto egli appartiene a quello Stato come persona giuridicamente sottomessa » ⁽¹¹²⁾.

Dal punto di vista della sistematica giuridica, il rapporto è costituito dal cittadino quale oggetto della volontà di dominio dello Stato, e sarà poi il vario livello storico-politico raggiunto da un certo popolo a determinare l'ampiezza dei diritti che al cittadino competono. Quest'ultimi non sono negati da Gerber, il quale li ammette come « corrispettivi » del dominio statale, ma sono considerati « riflessi », in posizione derivata e « secondaria » rispetto all'asse principale del rapporto *giuridico*, impostato secondo la volontà d'imperio dello Stato ⁽¹¹³⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ *Ibid.*, p. 197 (Appendice I).

⁽¹¹⁰⁾ *Ibid.*, pp. 198-199.

⁽¹¹¹⁾ *Ibid.*, p. 201 (Appendice II).

⁽¹¹²⁾ *Ibid.*, p. 202.

⁽¹¹³⁾ *Ibid.*, p. 203 (ed anche alle pp. 132-133).

È qui che cogliamo il senso più profondo dell'operazione compiuta da Gerber: espellere dalla dottrina dello Stato una serie di osservazioni, a suo giudizio pseudo-scientifiche, che negli ultimi decenni si erano accumulate, e fissare alcuni principii di fondo, che appaiano come il nucleo essenziale della vita dello Stato. Tali principii corrispondono ad alcune proposizioni fondamentali: il popolo si realizza come soggetto giuridico solo attraverso lo Stato; lo Stato-persona, che ne risulta, si realizza esprimendo la volontà di dominazione, ed in tal senso deve essere inteso il suo rapporto con il singolo cittadino.

Si tratta — come vediamo — di una vera e propria codificazione di principii, posti in modo tale da apparire indiscutibili, espressi in un momento storico nel quale difficilmente potevano essere contestati.

Ed, in effetti, cosa avrebbe potuto replicare il movimento liberale tedesco? Forse che il popolo si poteva realizzare indipendentemente dallo Stato? No, perché la tradizione organicistica era stata costruita contro lo spettro della sovranità popolare. O, forse, che i singoli individui erano titolari di diritti pubblici soggettivi autonomamente, al di là di una loro legittimazione tramite la norma dello Stato? No, perché alle spalle incombeva la tradizione germanica, fieramente avversa al diritto naturale della rivoluzione francese.

Ed, allora — domandiamo noi — si può parlare di Gerber 'reazionario', o, forse, non è più corretto vedere in lui il più intelligente degli organicisti, quello che seppe tirare le fila del complesso della tradizione politico-giuridica tedesca dell'Ottocento; che seppe, in possesso di una superiore tecnica dogmatica, trasformare il disordinato cumulo di 'osservazioni' sullo Stato della dottrina precedente in chiari e netti principii, storicamente riferibili al nascente Stato-persona? A nostro avviso, è quest'ultima la corretta chiave interpretativa dell'opera gerberiana.

Non vogliamo qui appiattare le differenze che risultano dalla diversa collocazione dei nostri giuristi nel complesso dello sviluppo storico tedesco, dal fatto che Gerber, indubitabilmente, fu sempre estraneo, se non contrario, alle lotte del movimento liberale, ma è altrettanto certo che le vere alternative, nel 1865, si sono già eclissate, che il liberalismo medesimo aveva ormai im-

boccato una strada che solo 'idealmente' era antistatuale, ma che, in effetti, non frapponneva alcun ostacolo reale al nascente statualismo, essendosi già scartate, in nome della tradizione germanica, tutte le soluzioni, che anche lontanamente potessero ricordare il diritto naturale della Rivoluzione, ivi compresa la scienza sociale di Stein ⁽¹¹⁴⁾.

Lo stesso metro di giudizio deve essere adoperato a riguardo dell'ulteriore impegno dogmatico di Gerber sugli organi dello Stato, e sulle forme del suo manifestarsi.

Anche a proposito del delicato problema delle rappresentanze popolari, Gerber prende l'avvio da affermazioni facenti parte della tradizione del movimento liberale organicista: la « Stellung » della *Volkvertretung* « beruht auf der Thatsache, dass das Volk in allen seinen Gliedern zu einem einheitlichen politischen Ganzen verschmolzen ist ..., und dass auf der Grundlage des so geeinten Volks ... der Staat selbst als rechtlicher Gesamtorganismus erwachsen ist » ⁽¹¹⁵⁾. Dunque, le rappresentanze popolari hanno 'diritto' ad esistere nello Stato, in quanto questi si fonda sul *Volk* organicamente inteso.

La funzione delle Camere è conseguente, assumendo esse il compito « den Antheil des Volks an der Bestimmung des Staatswillens zur Geltung zu bringen » ⁽¹¹⁶⁾. Ma se la legittimità delle Camere quale organo dello Stato è fondata sul fatto che lo Stato medesimo è espressione 'naturale' del popolo, allora il compito della *Volkvertretung* sarà quello di 'aiutare' questo processo organico di identificazione tra Stato e popolo ⁽¹¹⁷⁾, di non rappresentare elemento di 'contraddizione', nel senso della « Beschränkung der Staatsgewalt », ma di operare in « Mitwirkung » ⁽¹¹⁸⁾ con essa. Tutto il complesso dei diritti delle rappresentanze deve es-

⁽¹¹⁴⁾ Vedi *supra*, capitolo secondo, paragrafo terzo.

⁽¹¹⁵⁾ *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, cit., pp. 128-129: citiamo dall'originale, poiché Lucchini, inesplicabilmente, ha tradotto, nella parte sugli organi dello Stato, solo i paragrafi concernenti il monarca, trascurando quelli sulle rappresentanze popolari.

⁽¹¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 130.

⁽¹¹⁷⁾ *Ibid.*, p. 126: « das sittliche Bewusstsein des Volks zum unmittelbaren und wirksamen Ausdrücke zu bringen ».

⁽¹¹⁸⁾ *Ibid.*, p. 130.

sere così concepito, in modo tale che « die Vereinigung der ganzen Staatsgewalt in der Hand des Monarchen nicht gestört wird, vielmehr soll sie (la totalità dei diritti delle Camere) nur die Bedeutung haben, dass das Staatsoberhaupt in der Ausübung bestimmter Rechte an die Zustimmung der Stände gebunden ist » (119).

Così, Gerber, a partire da premesse liberal-organicistiche, giunge a fondare la superiorità del monarca sulle Camere. Infatti, mentre il monarca « è l'organo supremo della volontà dello Stato », e la « sua volontà deve valere come volontà generale, come volontà dello Stato » (120), le Camere non devono esprimere il volere di alcun soggetto, poiché non sono « un organo del popolo, per il fatto che esse debbono dare espressione alla volontà popolare. Con ciò si porrebbe il popolo, il quale in tutto e per tutto è nello Stato, come un nuovo soggetto di diritto accanto o di fronte allo Stato » (121). È questa identificazione, di chiaro stampo organicistico, che fonda la debolezza dell'attività parlamentare, poiché con essa non si rappresenta qualcosa di esistente al di fuori dello Stato, di fronte al quale, esso, nella persona del monarca, debba rispondere, ma semplicemente l'aspetto *volksgeistlich* dello Stato medesimo, il quale, invece, nel momento essenziale, ' giuridico ', di espressione di volontà, si identifica col monarca.

In tal modo, Gerber giunge all'individuazione della struttura-base dello Stato, che è costituita da uno *Staatsoberhaupt* — composto dal sovrano, dai ministri da lui scelti, e dai funzionari —, il quale è titolare della *Herrschaft* statale, dal cui esercizio sono escluse le Camere, titolari unicamente di un compito di ' controllo ' e di ' collaborazione ' a livello di funzione legiferante.

Si può, a questo punto, ricavare dai *Grundzüge* la terza (122) proposizione fondamentale, il terzo principio giuridico: la volontà di dominio dello Stato si esprime tramite il monarca, e la funzione

(119) *Ibid.*, p. 131.

(120) *Lineamenti*, cit., p. 150; ed ancora: « nel Monarca prende capo l'astratta personalità dello Stato » (*ibid.*); infine: « Ciò che il potere statale stesso può giuridicamente, questo è anche il contenuto del diritto del Monarca ed arriva ad effettiva realizzazione nella sua volontà » (*ibid.*, p. 151).

(121) *Ibid.*, p. 206 (Appendice II).

(122) Sulle prime due, vedi *supra*, questo medesimo paragrafo.

delle Camere consiste nel verificare la rispondenza di quella volontà alla ' coscienza popolare '.

Tutta la rimanente parte dell'analisi di Gerber sul punto dei rapporti tra monarca e rappresentanze popolari è nient'altro che applicazione di questo principio-base: così quando si nega il diritto di iniziativa legislativa alle Camere, o quando si afferma che il sovrano può liberamente decidere, dopo l'approvazione del Parlamento, « se elevare a legge il progetto » oppure no ⁽¹²³⁾. Lo stesso deve dirsi della legge di bilancio, la quale « deve necessariamente venire al mondo, perché lo Stato non può esistere senza di essa », e quindi « gli *Stände* devono approvare quelle spese che sono fondate su di un obbligo giuridico », o che sono necessarie « per la continuazione della vita dello Stato » ⁽¹²⁴⁾. In caso di contrasto sulla presenza, o meno, di uno stato di necessità, non resta che la via di continui tentativi di composizione, tenendo, però, presente che non si tratta di una soluzione giuridica, la quale si potrà imporre solo quando si cesserà di basarsi sul « diritto parlamentare del più forte (come il diritto di minacciare la paralisi dello Stato) », e ci si avvierà alla definizione del « diritto di sindacare se le poste previste in bilancio corrispondono ai reali bisogni dello Stato sanciti o meno con legge » ⁽¹²⁵⁾. Chi debba essere il titolare di questo diritto, Gerber non lo dice, ma, date le premesse, la soluzione è più che intuibile; del resto, in altra parte del volume, egli afferma: « *Muss aber ein Konflikt über die verfassungsmässigen Grenzen der beiden Organe durch rechtliche Entscheidung gelöst werden, so hat es als ein Satz des deutschen Staatsrechts su gelten, dass im wircklichen Zweifelsfalle die Vermuthung für das Recht des Monarchen ist* » ⁽¹²⁶⁾.

Si conferma, così, complessivamente, la funzione svolta dal nostro giurista, che ha raccolto le precedenti esperienze costituzionali e dottrinali, per codificarle e fissarle in una serie di prin-

⁽¹²³⁾ *Lineamenti*, cit., pp. 161-162.

⁽¹²⁴⁾ *Ibid.*, p. 175: il corsivo è di Gerber. L'analogia con la nota *Lückentheorie* di Bismarck è evidente (cfr. *supra*, questo capitolo, paragrafo secondo).

⁽¹²⁵⁾ *Ibid.*, p. 177 nota 51.

⁽¹²⁶⁾ *Grundzüge*, cit., p. 133: il brano citato è contenuto nella parte non tradotta da Lucchini.

cipii. Ne esce fuori la definizione di Stato ' giuridico ', che è quello Stato, nel quale ' naturalmente ' si identifica la totalità del *Volk* organicamente concepito, e che, a sua volta, si realizza, tramite lo *Staatsoberhaupt*, nell'esercizio della volontà di dominazione sul singolo cittadino ⁽¹²⁷⁾.

Del tutto coerente con questa impostazione è l'ultima parte del volume, che riguarda la difesa giurisdizionale del cittadino contro le eventuali « sopraffazioni del potere statale » ⁽¹²⁸⁾.

I limiti dello Stato, gli unici immaginabili, non possono che essere interni allo Stato medesimo, fondati sul fatto che « l'intera legislazione di un popolo è il riflesso pratico della sua rappresentazione attuale dello scopo dello Stato e della posizione del suo potere rispetto alla vita individuale, sociale, economica dei cittadini, della famiglia, dei Comuni, della Chiesa e delle sfere della cultura spirituale » ⁽¹²⁹⁾: l'unica ' vera ' garanzia è costituita dalla generica coincidenza organicistica di Stato e ' spirito popolare ' ⁽¹³⁰⁾.

Secondo Gerber, infatti, non è presso un giudice che si può cercare una tutela a favore del cittadino, perché « die Staatsgewalt, indem sie als höchste ordnende Macht die Aufgaben des Staats vollzieht, kann als solche niemals zu der Stellung einer Prozesspartei herabgedrückt werden » ⁽¹³¹⁾; e, d'altra parte, i giudici di eventuali processi del genere verrebbero inevitabilmente a trovarsi « all'infuori » dell'organismo statale: « si trasformerebbe la forza, sulla quale riposa la loro autorità e che essi sono chiamati a *servire*, in un *oggetto* del loro potere » ⁽¹³²⁾.

Per lo stesso motivo, Gerber preferisce, sul problema di un'eventuale lesione, tramite una *Verordnung*, di un diritto di un cittadino garantito per legge, un sistema di giustizia amministrativa

⁽¹²⁷⁾ È la sintesi logica dei tre principii-base che abbiamo individuato: cfr. *supra*.

⁽¹²⁸⁾ *Lineamenti*, cit., p. 193.

⁽¹²⁹⁾ *Ibid.*, pp. 119-120 nota 22.

⁽¹³⁰⁾ Altrove Gerber parla, a questo proposito, di « Macht der öffentlichen Meinung ». *Grundzüge*, cit., p. 192 (anche questa parte sulle garanzie a favore del cittadino è stata solo parzialmente tradotta da Lucchini, e siamo quindi costretti a citare talvolta dall'originale).

⁽¹³¹⁾ *Ibid.*, pp. 210-211.

⁽¹³²⁾ *Lineamenti*, cit., pp. 193-194: i corsivi sono di Gerber.

come « parte dell'attività dei funzionari amministrativi » (133), in luogo di una delega al giudice ordinario (134), proprio perché, in questo secondo caso, risulterebbe più evidente quel difetto di 'privatizzazione' del potere statale, sotto il profilo di parte del procedimento giudiziario, che Gerber, invece, vuole assolutamente evitare.

Il suo deciso avversario, su questo problema specifico, era certamente quell'Otto Bähr (135), il quale, un anno prima, nel suo noto « Rechtsstaat », aveva avanzato l'ipotesi di una necessaria competenza del giudice ordinario. Bähr vedeva il compito del presente nella realizzazione di una piena 'giuridicità' dello Stato, ciò nel senso di una completa sottoposizione dell'autorità medesima al diritto, nella forma di una giurisdizione sugli atti pubblici da realizzarsi come competenza del giudice ordinario sugli atti dell'amministrazione violativi dei diritti dei cittadini garantiti per legge: « Es ist unwahr, dass das öffentliche Recht nicht ebenso gut geeignet sei, Gegenstand eines Richterspruches zu werden, als das Privatrecht » (136).

Ma, ciò che è più interessante, Bähr riprende esplicitamente, a questo proposito, la figura beseleriana di *Genossenschaft* (137), e la applica al diritto pubblico: « der Staat ist der juristisch entwickelte Begriff für die Genossenschaft der Nation: und Staatsrecht

(133) *Ibid.*, p. 191.

(134) Dovrebbe poi essere il Sovrano, o « funzionari speciali a ciò addetti », a decidere sui conflitti di competenza (*ibid.*, p. 191).

(135) Otto Bähr (1815-1895), magistrato, studioso di diritto civile, rifiutò sempre le numerose chiamate che gli venivano proposte da varie Università. È noto, più che altro, per questo suo *Der Rechtsstaat, eine publizistische Skizze*, Kassel und Göttingen, 1864; conosciute anche le sue *Gesammelte Aufsätze*, 2 voll., *Juristische Abhandlungen*, e *Aufsätze politischen, sozialen und wirtschaftlichen Inhalts*, Leipzig, 1895. Sulla sua biografia, vedi STINTZING-LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., *Abt. 3, Halbband 2*, pp. 639-647, e 276-278 (Note). Alcune pagine gli ha dedicato anche von OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., pp. 109-113. La figura di Bähr ci interessa comunque solo marginalmente, ed in modo del tutto funzionale al chiarimento delle ipotesi gerberiane.

(136) *Der Rechtsstaat*, cit., p. 85, e, nello stesso senso, le pagine seguenti, nonché le pp. 111 e ss.

(137) *Ibid.*, p. 19, dove Beseler è esplicitamente ricordato e valorizzato come precursore della teoria della *Genossenschaft*.

ist nicht anderes, als eine Art des Genossenschaftsrechts » (138). Lo Stato, infatti, non è altro che « die grösste, wichtigste, complicierteste Genossenschaft » (139).

I due punti centrali del volume di Bähr, quest'ultimo d'impostazione teorica sulla base dei modelli beseleriani, e quello precedente di proposta concreta in termini di competenza del giudice ordinario sugli atti amministrativi illegittimi, sono strettamente legati: è nel momento in cui si concepisce lo Stato come *una* delle *Genossenschaften*, inserita in un fitto ed articolato tessuto di altre collettività, meno importanti dello Stato, ma solo per estensione, e non per intima fondazione, che nasce e si rafforza l'idea di un ordinamento etico-giuridico sovrastante lo Stato stesso, e regolante la totalità della vita associata. Con ciò stesso si fa luce la possibilità di un giudizio *sullo* Stato — nella fattispecie su un atto amministrativo illegittimo — da parte di un giudice: la sentenza di quest'ultimo è vista come « Ausfluss eines Gedankens, dass das Recht nicht der Willkür des zeitigen höchsten Trägers der Staatsgewalt überlassen sei, sondern eine selbst ihn überragende geistige Macht im Staate bilden soll » (140).

Per parte sua, quello che Gerber contesta a Bähr, è questa 'riduzione' del 'pubblico' all'idea di diritto quale 'potenza spirituale', che, sottoponendo a sé anche lo Stato nella sua espressione di volontà, finisce per 'privatizzarlo', per sminuire la sua obbiettiva rilevanza (141).

A nostro avviso, queste critiche di Gerber a Bähr (142) non sono tanto a difesa del 'pubblico' in quanto tale, ma, soprattutto,

(138) *Ibid.*, p. 45.

(139) *Ibid.*, p. 45.

(140) *Ibid.*, p. 16.

(141) Le tesi di Bähr sono contestate in due note dei *Grundzüge*, brevemente, ma con grande efficacia, proprio sotto il profilo della riduzione dello Stato, tramite la figura della *Genossenschaft*, a termine di una serie di fenomeni di diritto privato: *Lineamenti*, cit., p. 96 nota 2, e p. 186 nota 70.

(142) Che noi abbiamo sommariamente illustrato a scopo esemplificativo di un certo tipo di contrasto tra Gerber e gli *Staatsrechtslehrer* liberali, ed in modo del tutto funzionale all'analisi dei *Grundzüge*. Del resto, è solo con Otto von Gierke, dopo la fondazione del *Reich*, che si ha il vero e proprio tentativo di applicare il *Genossenschaftsrecht* alla costruzione dogmatica del diritto pubblico: della sua opera di occuperemo dettagliatamente più avanti.

di un *certo* modo di concepirlo. L'operazione di Bähr, per quanto mossa dal concreto obbiettivo della competenza del giudice ordinario sugli atti amministrativi illegittimi, in sostanza conduceva alla consueta generica esaltazione organicistica del primato della *Ordnung* etico-giuridica, regolante tutta la vita collettiva, ivi compresa la concreta attività dello Stato. La reazione negativa di Gerber dimostra chiaramente quale sia la parte della filosofia organicistica, che egli non può più accettare, cioè quella che gli impedisce di pensare lo Stato come soggetto dotato di libera volontà autodeterminantesi, di costruire il sistema di diritto pubblico come sistema di rapporti di volontà, in definitiva come sistema giuridico sul modello del diritto privato.

Qui sta il nucleo fondamentale del problema: la reazione del Gerber del '65 all'organicismo liberale non è solo, e non è tanto, politica, poiché, ferma restando la funzionalità della sua produzione teorica all'emersione del modello prussiano, in molti punti è quello stesso organicismo a fondare — come riteniamo di aver già dimostrato — il suo 'statualismo', ma è anche, e soprattutto, la reazione del Gerber giurista, che, concependo il diritto come sistema di rapporti di volontà, trovava nel primato della *Ordnung* di un Bähr, o di un Bluntschli, un ostacolo insormontabile per le sue costruzioni dogmatiche. Battendo l'egemonia della dottrina organicistica, Gerber vuole, in primo luogo, affermare il dominio della scienza giuridica anche sullo Stato.

Quello che sicuramente l'autore dei *Grundzüge* rimproverava a teoriche come quella di Bähr era il fatto che esse sottoponevano tutti i soggetti concretamente agenti a livello pubblicistico in modo così rigoroso alla loro *objektive Ordnung*, da risultare poi impossibile la configurazione concreta di una *Staatsgewalt* dotata di autonoma volontà e capacità d'azione ⁽¹⁴³⁾.

Quei principii fondamentali di diritto pubblico, che abbiamo individuato nell'intervento gerberiano del '65, e che abbiamo ridotto a formula sintetica, costituiscono il risultato del lavoro del

⁽¹⁴³⁾ È questa anche l'opinione di Peter von OERTZEN, *Die Soziale Funktion*, cit., pp. 112-113, specificamente sull'opera di Bähr, ma in generale sulla *Staatslehre* organicistica, e sulla stessa teoria liberale dello Stato di diritto, da quella *Staatslehre* evidentemente influenzata.

nostro giurista, il quale ha cercato proprio di spezzare l'unità di quella *Ordnung*, per isolare « quella parte che si presenta come la determinazione giuridica fondamentale del potere dello Stato, delle sue funzioni e delle sue forme, e che così si dimostra completamente autonoma e fondata su una propria ragione d'essere » (144).

Il successo di questo lavoro di fissazione di alcuni principii fondamentali, di specificazione all'interno delle 'nebulose' e totalizzanti immagini organicistiche, è il successo della scienza giuridica a livello di diritto pubblico: « solo così essa ottiene la sua autonomia e arriva a costruirsi un proprio, peculiare sistema di concetti. Solo così si riesce ad elevarla dalla condizione di scienza subordinata, tale cioè che la sua materia debba essere presa a prestito da altre scienze, siano queste la filosofia o il diritto privato » (145). È la scienza giuridica che ha il compito di individuare i fondamentali principii di diritto pubblico, i rapporti giuridici primari che si costituiscono a livello pubblicistico, e che deve difendere la 'purezza' e la 'autonomia' di questo nucleo centrale della vita collettiva (146).

Se abbiamo insistito a lungo su questa funzione attiva della scienza giuridica, è perché riteniamo che, leggendo i *Grundzüge*, si possa facilmente cadere in errore, nel senso di scorgervi l'esaltazione della legge quale prodotto della volontà statale, in antitesi alla precedente concezione della legge quale risultato di un processo storico, punto di realizzazione di una serie di valori in quel processo maturatisi. Che Gerber compia questa operazione, è indubitabile, ma il suo fine non è quello di individuare nella legge così concepita il momento centrale ed assoluto del diritto pubblico, l'unica fonte giuridica di rilievo, ma di enucleare, a partire dalla dimensione 'naturale' del rapporto Stato-popolo, il mo-

(144) GERBER, *Lineamenti*, cit., p. 208 (Appendice III).

(145) *Ibid.*, p. 208.

(146) Lo dimostra anche la proposta gerberiana di un sistema di diritto amministrativo separato da quello centrale di diritto pubblico; poiché, in quel campo, spesso « il carattere economico-sociale » è destinato ad essere prevalente « su quello giuspubblicistico », « ne soffrirebbe la purezza e l'autonomia del diritto pubblico, se si volesse riguardare il sistema scientifico stesso come la sede per la classificazione dei diritti dei parlamenti locali o delle disposizioni per la prevenzione della peste bovina » (*ibid.*, p. 211).

mento dell'esercizio di potere, del processo di determinazione della volontà statale, in ultima analisi, di creare le basi per un sistema *giuridico*, che per lui non può essere altro che un sistema di rapporti di volontà, dogmaticamente costruito dalla scienza giuridica.

Siamo ben lontani da una dimensione 'positivistica', nel senso dell'ossequio passivo, da parte del giurista, della norma di legge positivamente espressa, poiché l'opera di Gerber sta lì a dimostrare che l'enucleazione del momento del dominio statale nel diritto pubblico avviene proprio mediante l'opera costruttiva della scienza giuridica e il suo attivo intervento nel contesto del processo storico.

Alla fine del 1865, Gerber tornerà su questo tema del ruolo della scienza giuridica, confermando quanto abbiamo sostenuto nelle nostre conclusioni ⁽¹⁴⁷⁾.

L'occasione è offerta dal problema dei rapporti scienza giuridica-legislazione, con particolare riguardo all'avvenuta emanazione di Codici di grande rilevanza, come, ad esempio, quello Austriaco del 1811, ed alla possibile emanazione di nuovi, ma il discorso non può essere ridotto a livello di diritto privato, poiché, in realtà, ciò che domina tutto il saggio è il tema della legge, quale fonte di diritto, quale momento ordinante la totalità della vita collettiva.

Ed ecco Gerber affermare: « Ich wiederhole, die wirkliche Erkenntniss des Rechts kann immer nur theilweise aus der Bestimmung eines Gesetzes gewonnen werden » ⁽¹⁴⁸⁾. Bisogna mostrarsi assai attenti e cauti di fronte al pericolo di una « Verwechslung von Gesetzkenntniss und Rechtswissenschaft », poiché diversa dalla pura conoscenza della legge è « die innere juristische Befähigung, die Fähigkeit, juristisch zu denken. Dieses Vermögen ... wird niemals durch blosses Erlernen von Gesetzen erworben werden » ⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁷⁾ I *Grundzüge* escono in Marzo, il contributo cui ci riferiamo è dell'Ottobre, e fu pronunciato come *Antrittsrede* all'Università di Leipzig, in occasione della nomina di Gerber a Rettore; si trova ora, col titolo di *Über deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt*, in *Gesammelte juristische Abhandlungen*, cit., pp. 23-35.

⁽¹⁴⁸⁾ *Ibid.*, p. 31.

⁽¹⁴⁹⁾ *Ibid.*, p. 31.

L'espressione di volontà della legge è, dunque, ben distante dal poter esaurire l'intera dimensione dell'esperienza giuridica, poiché essa costituisce solo « ein einzelnes Glied in der ungebrochenen Kette geschichtlicher Erscheinungen », e solo la scienza giuridica, per Gerber, ha la consapevolezza di tutto il processo, il dominio intellettuale dell'intera 'catena' (150).

La conclusione del saggio è nel senso dell'ineliminabilità della funzione centrale della scienza giuridica, al di là di ogni Codificazione, di ogni accrescimento futuro della massa di disposizioni legislative (151).

Essa conferma i risultati della nostra analisi, e contribuisce a demolire l'idea di una scienza giuridica, che, con il Gerber del 1865, rinunzierebbe alla propria centralità, ponendosi al servizio del potere politico nascente, e della legge, quale sua espressione di volontà. Al contrario, i *Grundzüge*, che furono certamente funzionali a certe scelte politiche degli anni Sessanta, costituiscono, però, la testimonianza più autentica di una scienza giuridica viva e vitale, in linea, certo, con le soluzioni politiche del presente, ma in quanto esse le consentivano di mantenere quel primato, che, da Savigny in poi, mai era entrato in crisi, e che ora Gerber ambiziosamente riproponeva anche a livello di diritto pubblico.

V. 1. La pubblicazione dei *Grundzüge* gerberiani avveniva contestualmente all'avvio di un dibattito di centrale importanza all'interno della *Staatslehre* tedesca.

Pochi mesi prima della conclusione delle fatiche di Gerber, usciva il primo numero di una nuova Rivista, di grande rilevanza, anche se — come vedremo — destinata ad una vita assai breve. Ci riferiamo alla *Zeitschrift für deutsches Staatsrecht und deutsche Verfassungsgeschichte*, edita da Karl Ludwig Aegidi (152), in col-

(150) *Ibid.*, p. 33.

(151) Il saggio è scarsamente valorizzato dalla letteratura esistente, se si fa eccezione per la sconosciuta, ma notevole, indagine di K. ESPE, *Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, Köln und Berlin, 1964, pp. 41 e ss.

(152) Il primo numero esce a Berlino nel Dicembre del 1864, presso l'editore Reimer; seguiranno altri tre numeri, senza scadenza periodica, fino alla fine del 1867, dopodiché la Rivista si estinguerà. Poco sappiamo della figura del fon-

laborazione con tutti i maggiori *Staatsrechtslehrer* del tempo, tra i quali spiccano i nomi di Albrecht, Mohl, Waitz, Heinrich Albert Zachariae.

L'aspetto, che a noi più interessa, nell'analisi di questa Rivista, è certamente quello che attiene alla dinamica, che proprio in quegli anni si sviluppava all'interno della *Staatslehre*, tra lo sforzo per una nuova impostazione metodologica, che stava venendo a compimento con la pubblicazione dei *Grundzüge* gerberiani, e la tradizionale dottrina dell'organicismo liberale. Di quest'ultimo filone facevano indubbiamente parte gli uomini impegnati nella direzione della Rivista.

Basta leggere la introduzione dello stesso Aegidi al primo fascicolo, dove, programmaticamente, si indica alla scienza giuridica il compito « diejenigen obersten Grundsätze und unwiderleglichen Wahrheiten zur Herrschaft und anerkannten Geltung zu bringen, ohne die das Bestehende keinen Bestand, die Menschheit keine Würde, das Leben keinen Wert hat »⁽¹⁵³⁾. È facile qui riconoscere l'incrollabile fede nel primato di quell'ordine etico-giuridico, che era stato fino ad allora al centro della riflessione poli-

datore Aegidi, trascurato anche dalla nota *Geschichte* di Stintzing e di Landsberg. In attesa di un'indagine sulla sua figura, che certamente non fu irrilevante, dal momento che intorno ad essa si riunirono i nomi più autorevoli del tempo, siamo in grado di fornire solo le *Lebensdaten* (1825-1901): abilitato nel '53 a Göttingen, dal '57 al '59 Professore ad Erlangen, dal '68 al '70 ordinario di *Staatsrecht* all'Università di Bonn, dal '67 al '70 membro del *Norddeutscher Reichstag*, dal '67 al '79 del *Preussischer Landtag*, dal '77 *Honorarprofessor* all'Università di Berlino. Non ci lascia opera scientifiche di rilievo, ma la testimonianza di una presenza continua, di un costante rapporto di stima e di collaborazione con i maggiori *Staatsrechtslehrer* del tempo. Dal punto di vista politico, nacque ed agì nel clima della ascesa della Prussia come potenza, operando anche nell'ambito dei *Preussische Jahrbücher*, e ne fu travolto come molti altri liberali a lui contemporanei, giungendo in vecchiaia ad una quasi totale adesione alle soluzioni del *Reich* bismarckiano. Della Rivista da lui fondata, dopo un lungo silenzio, si sono occupati R. SMEND, *Deutsche Staatsrechtswissenschaft vor hundert Jahren- und heute*, in *Festschrift für Adolf Arndt*, Frankfurt am Main, 1969, pp. 451-458, e von OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., pp. 154-157. Citeremo la Rivista sotto l'intitolazione di *Aegidis Zeitschrift* (volume unico, nel quale sono raccolti i quattro fascicoli).

⁽¹⁵³⁾ *Aegidis Zeitschrift*, cit., p. 2.

tica della più larga parte del movimento liberale, nonché a fondamento della *Staatslehre* che esso aveva prodotto.

Da questo punto di vista, i tentativi gerberiani, funzionali all'acquisizione al campo del diritto pubblico di tutta una serie di strumenti dogmatici, apparivano inevitabilmente come un restringimento di ottica, una « Einseitigkeit im akademischen Rechtsstudium »⁽¹⁵⁴⁾, attraverso la quale si cercava di comprimere negli schemi forniti dalla scienza di diritto privato una realtà storica, cui la Nazione tedesca era pervenuta fondandosi su una serie di *Grundsätze*, che erano, nello stesso tempo, di ispirazione etica, giuridica, e politica *lato sensu*.

Su questi binari, dalla fine del '64 al '67, si sviluppa, nei quattro, densi, fascicoli della Rivista, un fitto dibattito, proprio negli anni nei quali la nuova tendenza metodologica, propugnata da Gerber, trovava nei suoi *Grundzüge* un primo esempio in senso concretamente realizzativo.

Del resto, già alcuni mesi prima della pubblicazione del volume del '65, è proprio lo stesso Gerber a fornire il primo articolo alla nuova Rivista, nel quale, assai nettamente, egli pone alla *Staatslehre* del suo tempo quella che lui considera l'alternativa fondamentale⁽¹⁵⁵⁾.

L'importanza dell'articolo è notevole, poiché tutto ciò che nei *Grundzüge* viene conseguito per la via di una lenta, e faticosa, elaborazione dogmatica, viene qui esposto in forma di sintesi, e si trasforma inevitabilmente in stringata requisitoria contro la dottrina liberale dello Stato, ed i risultati da essa fino a quel momento raggiunti.

Le conclusioni della nostra analisi sul volume del '65⁽¹⁵⁶⁾ trovano qui una chiarissima conferma.

Ancora una volta, Gerber, inizialmente, vede lo Stato « als einen Organismus, in welchem die sittlichen Kräfte des Volkes zur Erreichung der höchsten gesellschaftlichen Zwecke zusammen-

⁽¹⁵⁴⁾ K. L. AEGIDI, in *Aegidis Zeitschrift*, cit., p. 104.

⁽¹⁵⁵⁾ C. F. VON GERBER, *Über die Teilbarkeit deutscher Staatsgebiete*, in *Aegidis Zeitschrift*, cit., pp. 5 e ss.

⁽¹⁵⁶⁾ Vedi il precedente paragrafo.

gefasst sind » (157), in linea con la dominante tradizione liberal-organicistica.

Nello stesso tempo, il nostro Gerber sembra affermare, rivolto alla dominante dottrina dello Stato: è possibile, oggi che il potere politico sempre più si prepara a svolgere una funzione centrale di organizzazione e controllo della vita collettiva, continuare a lavorare in termini puramente descrittivi di una realtà storico-naturale già conseguita, o non bisogna, piuttosto, mettere in luce la nuova dimensione, quella del soggetto concretamente interveniente, della crescente capacità di *dominio* da parte della *Staatsgewalt*?

Così, quello che Gerber definisce « organischer Volksstaat » (158), in verità è, per lui, soprattutto « ein wollendes und ein handelndes Wesen », pensabile in questi termini tramite l'idea della « Persönlichkeit » dello Stato medesimo: la sua « Seele » è « die Staatsgewalt, sie ist der Mittelpunkt eines richtigen Systems des Staatsrechts, dessen vorzüglichste Aufgabe die Beantwortung der Frage ist: was kann der Staat wollen und in welcher Weise kann er seinen Willen kundgeben? Hierbei verlegen wir die rechtliche Natur der Staatsgewalt, als der Willensmacht des Staates, in den Begriff des Beherrschens. Beherrschung ist die umfassendste Art der Willensfähigkeit, welche das Recht überhaupt kennt » (159).

Questo, in ultima analisi, è il problema che Gerber pone alla dottrina dello Stato del suo tempo: possiamo ancora limitarci ad un piano *lato sensu* storico-politico, di definizione dei fondamentali valori, sui quali si edifica la vita della collettività, o non dobbiamo, invece, muoverci essenzialmente a livello di Stato-persona, di sistemazione giuridica delle forme e dei limiti della sua azione? E, ancora: una volta accettata questa seconda dimensione, quale rapporto stabilire con la prima, quali legami fissare tra il complesso dei valori etico-giuridici, riferito allo Stato-*Ordnung*, ed il sistema dei rapporti di volontà, riferito allo Stato-persona?

La soluzione che Gerber fornisce nei *Grundzüge* è ben chiara (160): tra le due prospettive esiste una netta separazione, nel

(157) GERBER, *Über die Teilbarkeit*, cit., p. 9.

(158) *Ibid.*, p. 16.

(159) *Ibid.*, p. 9.

(160) Vedi, per esteso, il precedente paragrafo.

senso che esistono due tempi ben distinti, quello della fondazione dello Stato, quale punto di concentrazione delle energie morali del *Volk*, organismo storico-politico, e quello dello Stato quale soggetto agente, sistema di rapporti di volontà. La separazione è necessaria, perché negarla significherebbe condannarsi all'impotenza scientifica, all'incapacità di comprendere la nuova dimensione del potere politico nella sua nuda espressione di volontà dominatrice, stemperando quest'ultima all'interno di un totalizzante ed indistinto complesso di valori etico-giuridici e storico-politici.

È a livello di questa separazione che si appunta la reazione critica della dominante *Staatslehre* liberale. In essa confluiscono pensatori, che provenivano da diverse esperienze politiche e culturali, dal garantismo liberale di Robert von Mohl, fino all'organicismo di Hermann Schulze ⁽¹⁶¹⁾, ma che in comune avevano proprio l'avversione nei confronti di una metodologia delle scienze dello Stato, che pretendesse di isolare la trattazione dei suoi organi, delle forme di manifestazione della sua volontà e dei limiti della sua azione, da quella dominante *Ordnung* etico-giuridica, che essi ponevano al centro della loro attenzione.

Proprio la Rivista diretta da Aegidi — più volte ricordata — è la sede prescelta da questi *Staatsrechtslehrer* per scatenare la loro reazione critica a quelle ipotesi di lavoro gerberiane, che, nel frattempo, con la pubblicazione dei *Grundzüge*, avevano già trovato una concreta realizzazione.

Tra i tanti interventi, spicca, per chiarezza, e per definita volontà polemica, quello di Robert von Mohl ⁽¹⁶²⁾, il quale critica in Gerber il fatto che « die Begriffe werden nur in ihren rechtlichen Sinne gefasst und verwendet » ⁽¹⁶³⁾. La limitazione al campo giuridico agisce in questi termini: « Das Staatsrecht ist also die Lehre von der Staatsgewalt, und hat die Frage zu beantworten:

⁽¹⁶¹⁾ Sulla sua figura torneremo in seguito in dettaglio.

⁽¹⁶²⁾ Di lui abbiamo già parlato nel terzo paragrafo del primo capitolo, e nel terzo paragrafo del secondo. L'articolo è intitolato *Bemerkungen über die neuesten Bearbeitungen des allgemeinen deutschen Staatsrechts*, in *Aegidis Zeitschrift*, cit., pp. 354 e ss. Di questa reazione critica a Gerber, si è occupato solo von OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., pp. 239-248.

⁽¹⁶³⁾ MOHL, *Bemerkungen*, cit., p. 367.

was der Staat als solcher wollen kann (darf?), und durch welche Organe und in welchen Formen er seinen Willen äussern kann und soll » (164). Questo restringimento di ottica, operato da Gerber al fine di conseguire un minimo di chiarezza dogmatica nel campo del diritto pubblico, è, al contrario, per Mohl, causa di impotenza della dottrina dello Stato.

Infatti, come è possibile rispondere alle domande sopra riportate, se non ammettendo l'esistenza di una superiore *Ordnung*, alla quale lo Stato medesimo rimane vincolato? Come si può parlare dell'azione del potere politico, delle sue *forme*, e dei suoi limiti, senza far riferimento agli scopi che esso si prefigge, e come definire tali scopi, se non in relazione al *contenuto* dell'entità storica statale, al livello storicamente raggiunto, ai valori che stanno a fondamento dell'intera collettività? Altrimenti, all'interno della forma-Stato, « kann dieses und kann jenes, oder kann auch gar nichts geschehen », o, quel che è peggio, si può finire per considerare l'autoconservazione lo scopo principale dello Stato medesimo (165). La conseguenza, secondo Mohl, è che Gerber ci dice solamente che lo Stato può e deve agire, e ci illustra le forme e le modalità di tale azione, ma tace, invece, sui « positive Aufgaben » che esso deve prefiggersi (166).

Mohl non nega l'opportunità di una rigorosa sistematica di diritto pubblico (167), ma contesta il fatto che essa possa essere vista esclusivamente come costruzione giuridica della volontà di potenza dello Stato, con una sua propria logica interna, in modo svincolato dal complesso dell'ordinamento, da una teoria dello scopo dello Stato, e dei suoi 'compiti positivi', « mit völliger Beseitigung der staatsbürgerlichen Rechte der Einzelnen und des gesamten Verwaltungsrechts » (168).

(164) *Ibid.*, p. 368.

(165) *Ibid.*, p. 369.

(166) *Ibid.*, p. 370.

(167) *Ibid.*, p. 377-378.

(168) *Ibid.*, p. 378. Com'è noto, Gerber negava la possibilità di una scienza giuridica di diritto amministrativo da svilupparsi in connessione con il sistema dei principi di diritto pubblico, poiché temeva che questo accostamento avrebbe nociuto alla 'purezza' del sistema medesimo (cfr. la nota 146 di questo capitolo).

In ultima analisi, quello che un liberale quale Mohl soprattutto avvertiva in una costruzione come quella gerberiana era il fatto che essa si fondava su un rigore esclusivamente logico-formale, senza la ricerca di tutta una serie di punti di riferimento, che attenessero al generale livello di 'civiltà' raggiunto dall'intera collettività.

Caratteristica, ed emblematica, in questo senso è la polemica interpretativa sulla Costituzione prussiana, che è un altro dei temi dominanti la Rivista diretta da Aegidi. Proprio su di essa si pubblicano quattro *Studien zum preussischen Staatsrecht* ⁽¹⁶⁹⁾, del Freiherr von Stockmar ⁽¹⁷⁰⁾, che, ponendosi in linea con la nuova metodologia propugnata da Gerber, scatenano tutta una serie di reazioni critiche da parte della tradizionale scienza giuridica liberale ⁽¹⁷¹⁾.

Stockmar, con un'analisi rigorosamente formale e tecnico-giuridica della Costituzione del 1850, fondando le sue argomentazioni sull'inesistenza di sanzioni di nullità per le leggi e le ordinanze contrarie alla Costituzione, nonché di sanzioni penali contro le eventuali violazioni dei Ministri, conclude che « die preussische

⁽¹⁶⁹⁾ E. A. C. FREIHERR VON STOCKMAR, *Studien zum preussischen Staatsrecht*, in *Aegidis Zeitschrift*, cit., pp. 179 e ss., 196 e ss., 221 e ss., 477 e ss.

⁽¹⁷⁰⁾ E. A. C. Freiherr von Stockmar (1823-1886), rampollo dell'alta nobiltà prussiana, *Privatdozent* in Jena dal 1852 al 1855, dal 1858 alto funzionario della Corona.

⁽¹⁷¹⁾ Sono da ricordare, principalmente, sempre sulla *Aegidis Zeitschrift*, l'articolo del penalista R. JOHN, *Rechtsgültigkeit und Verbindlichkeit publicister Gesetze und Verordnungen nach den Grundsätzen des preussischen Staatsrechts*, pp. 244 e ss., e quello del pubblicista L. von RÖNNE, *Über das richterliche Prüfungsrecht bezüglich der Rechtsgültigkeit von Gesetzen und Verordnungen nach preussischem Staatsrechte*, pp. 385 e ss. È da notare che Rönne era già autore di uno *Staatsrecht der preussischen Monarchie*, due voll., Leipzig, 1856 e 1863, che si doveva considerare l'unico tentativo d'indagine complessiva del diritto pubblico prussiano dopo la Costituzione del 1850; sulla sua figura, vedi *supra*, questo capitolo, paragrafo secondo, note 35 e 36. Per quanto riguarda Richard John, è da ricordare che fu allievo di Albrecht, ed Ordinario dal 1860 a Königsberg, e dal 1876 a Göttingen. È Autore di uno *Strafrecht in Norddeutschland seit den Rechtsbüchern*, Leipzig, 1858; fu anche attivo uomo politico, in prima linea nell'opposizione a Bismarck durante il conflitto costituzionale prussiano; sulla sua figura, non possiamo citare niente di più del consueto STINTZING-LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., *Abt. 3, Halbband 2*, pp. 706-709, e 307-309 (Note).

Verfassung hat die Gesetzgebungsgewalt des Königs ganz so unbeschränkt gelassen, wie sie vor 1848 war » (172). Ne consegue che la Costituzione medesima, non protetta da alcun meccanismo sanzionatorio, « besteht nur durch Duldung des Königs », il quale la può mutare in qualsiasi momento con una propria ordinanza (173). Affermare, con il liberalismo dei Rönne e dei Mohl, che la Costituzione può essere, a questo e ad altri livelli, integrata con le « Grundsätze des constitutionellen Rechtsstaates von materieller Richtigkeit », significa compiere un'operazione poco chiara, confondere lo Stato prussiano così come è, con un immaginario potere politico, da costruire eventualmente in futuro, secondo le differenziate aspirazioni politiche individuali (174).

La risposta della dottrina liberale è immediata: secondo il penalista John, le argomentazioni di Stockmar non sono altro che « Gedankenspielerien », ed a lui si può concedere, al massimo, di aver operato sui testi costituzionali « nach Art eines geschickten Jongleurs » (175). Se le sue conclusioni fossero esatte, allora si dovrebbe ammettere che « ein preussisches Verfassungsrecht überhaupt nicht existirt, dass alle diejenigen, welche seit dem 31 Januar 1850 in einem Verfassungsstaate zu leben glaubten, sich vollständig täuschten » (176).

Lo stesso deve dirsi della risposta di Rönne, che considera « ungeheulich » le conclusioni di Stockmar (177), le quali si collocano oggettivamente al di fuori della Costituzione prussiana del 1850, sostituendovi « den Staatsstreich und den Bruch des Verfassungseides »: non si può concordare su di esse, « ohne das Heil des preussischen Staates und ohne das Heil der Dynastie und des mit ihr unzertrennlich verbundenen preussischen Volks zu gefährden » (178).

(172) FREIHERR VON STOCKMAR, *Studien zum preussischen Staatsrecht*, cit., p. 185.

(173) *Ibid.*, p. 192.

(174) *Ibid.*, p. 195.

(175) JOHN, *Rechtsgültigkeit und Verbindlichkeit*, cit., p. 246.

(176) *Ibid.*, p. 245.

(177) RÖNNE, *Über das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 414.

(178) *Ibid.*, p. 415.

La reazione della *Staatslehre* liberale alle proposte di Gerber è, dunque, ben chiara. La conclamata precisione dogmatica dei *Grundzüge* è considerata espressione di una forma priva di contenuto, disegno di un arido meccanismo incapace di spiegare la complessità storico-politica dello Stato tedesco, ed, anzi, strumento di potenziale sovversione, di rottura dell'armonia costituzionale. Come vediamo, critica scientifica e politica si intrecciano continuamente, entrambi presenti, prevalendo ora l'una ora l'altra: il sistema gerberiano è, nello stesso tempo, impotente a spiegare la totalità del fenomeno statuale ⁽¹⁷⁹⁾, e violatore della Costituzione.

Ma, non appena si analizzano più da vicino le posizioni critiche della dominante *Staatslehre*, si comprende subito come, in realtà, questi vecchi Maestri liberali avessero compreso ben poco delle proposte gerberiane.

Essi avevano percepito solo l'elemento esteriore, quasi epidermico, dei *Grundzüge*, cioè lo stretto legame esistente tra le ipotesi scientifiche in esso contenute e l'inarrestabile ascesa dello statualismo di stampo prussiano e bismarckiano ⁽¹⁸⁰⁾, e combattevano, con eguale spirito e con gli stessi argomenti, contro i due nemici, non riuscendo tuttavia, in nessun modo, a trascendere i confini di questa immediata percezione: in particolare, sfuggiva loro completamente la natura del processo storico in atto, che irreversibilmente conduceva ad una crescente centralità del potere politico, ad una crescente capacità di controllo, e di dominazione, da parte della *Staatsgewalt*.

Gerber è il lucido interprete di questo passaggio storico, dal quale egli attinge i contenuti della sua opera; le proposte di una dottrina dello Stato quale teoria della *Staatsgewalt*, e di un'assoluta centralità dello Stato-persona nel sistema di diritto pubblico, si riferiscono a questa dimensione, ben più profonda di quella, percepita anche dai Maestri liberali, dell'immediata adesione alle tesi di Bismarck.

⁽¹⁷⁹⁾ È l'aspetto maggiormente sottolineato dalla critica di Mohl: cfr. *supra*.

⁽¹⁸⁰⁾ Abbiamo discusso approfonditamente di questo aspetto dell'opera di Gerber nel precedente paragrafo.

Se dal punto di vista della contingente situazione politica ⁽¹⁸¹⁾, è la dottrina liberale, che, nell'ambito della sua opposizione politico-culturale, sembra giocare un ruolo di approfondimento critico, di rifiuto di appiattare le proprie analisi all'esistente ⁽¹⁸²⁾, è proprio essa medesima ad apparire decisamente conservatrice non appena si esce dalla ristretta angolatura della dinamica politica degli anni Sessanta, e ci si colloca a livello del più globale processo storico, della fase in atto di costruzione della centralità dello Stato moderno.

In sostanza, per i Maestri liberali di questo periodo, lo Stato è ancora una delle tante comunità esistenti, differenziantesi solo per quantità, per estensione di territorio e di funzioni, ma non nella sua intima natura, ed il diritto pubblico, conseguentemente, è, da una parte, il sistema delle norme vigenti al di fuori dei rapporti di diritto privato, dall'altra, il complesso dei valori storico-politici, sui quali si fonda la vita della collettività in tutte le sue articolazioni.

La loro sconfitta di fronte alle ipotesi di Gerber non si spiega unicamente con le contingenti circostanze politiche, con l'affermazione del modello prussiano a livello nazionale, ma con il generale eclissarsi della vecchia cultura politica, e del vecchio assetto, con la nascita di nuove dinamiche, ad essi incomprensibili. Di fronte alla crescente centralità dello Stato-persona, al suo collocarsi in una dimensione totalizzante, a contatto diretto ed immediato con il singolo individuo, nell'ambito di un rapporto di volontà e di dominazione ⁽¹⁸³⁾, la dottrina liberale appare capace di risposte a livello puramente ideologico, di denunce delle 'violazioni costituzionali', della rottura dell'armonia dell'organismo sociale e politico.

Ma qual'è la sua effettiva controproposta? Quale la sua capacità di misurarsi con il concreto processo storico in atto, di in-

⁽¹⁸¹⁾ Ci riferiamo, principalmente, al conflitto costituzionale prussiano: cfr. *supra*, questo capitolo, paragrafo secondo.

⁽¹⁸²⁾ Vedi *supra*, in questo paragrafo, quanto Stockmar contestava i teorici liberali, che pretendevano di integrare la Costituzione esistente con le note *Grundsätze* di natura storico-politica.

⁽¹⁸³⁾ È il rapporto giuridico gerberiano, la costruzione del quale abbiamo già analizzato nel precedente paragrafo di questo capitolo.

tervenirvi attivamente? Dobbiamo qui uscire dall'analisi della reazione critica ai *Grundzüge* gerberiani, per vedere quello che effettivamente la *Staatslehre* liberale era riuscita a produrre nel crogiuolo di tensioni politiche e culturali degli anni Sessanta. Essa non poteva essersi arrestata alla fumosa dottrina organicistica dell'inizio degli anni Cinquanta ⁽¹⁸⁴⁾, e neppure alle aride descrizioni esegetiche di Zachariae e di Rönne ⁽¹⁸⁵⁾; e, infatti, il vecchio organicismo aveva trovato nuovi interpreti, che cercavano sistemazioni adeguate ai bisogni del presente.

2. È questo certamente il caso di Hermann Schulze ⁽¹⁸⁶⁾, e della sua *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, che appare nel 1865, contemporaneamente ai *Grundzüge* gerberiani ⁽¹⁸⁷⁾.

L'opera costituisce, a nostro avviso, una tappa fondamentale nell'evoluzione della *Staatslehre* liberale, un tentativo di sistemazione, e, nel contempo, un abbozzo di programma per il futuro; e, quel che più conta, in netta polemica con le proposte formulate da Gerber ⁽¹⁸⁸⁾.

Apparentemente, la *Einleitung* non sembra molto distante dalle tradizionali 'dichiarazioni di principii' della dottrina liberale, dalla consueta elencazione delle note *Grundsätze*, ancora una volta illustrate come valori fondanti la vita collettiva germanica.

⁽¹⁸⁴⁾ Ci riferiamo soprattutto all'opera di Bluntschli: vedi *supra*, secondo capitolo, paragrafo quarto.

⁽¹⁸⁵⁾ Vedi *supra*, questo capitolo, paragrafo secondo.

⁽¹⁸⁶⁾ Hermann Schulze (1824-1888) è posteriore di alcuni decenni ai grandi Maestri della *Staatslehre* liberale organicistica, come Bluntschli e Zachariae. È noto soprattutto per le sue opere degli anni Settanta ed Ottanta, in particolare per *Das preussische Staatsrecht*, 2 voll., Leipzig, 1872-1877, e per il *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 2 voll., Leipzig, 1881-1886, che sono, però, quasi del tutto inseriti nel clima del dominante positivismo di fine secolo; Schulze visse, ed operò, ad Heidelberg, dove insegnò *Staatsrecht* e *Verfassungsgeschichte*.

⁽¹⁸⁷⁾ Leipzig, 1865. Ci occuperemo principalmente di questa opera, la cui importanza è stata messa in rilievo unicamente da von OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., pp. 123-129.

⁽¹⁸⁸⁾ Anche Schulze interviene su *Aegidis Zeitschrift*, con l'articolo *Über Princip, Methode, und System des deutschen Staatsrechts*, pp. 417 e ss., che utilizzeremo nell'analisi delle posizioni assunte da Schulze.

Secondo Schulze, lo Stato tedesco « erscheint gerechtfertigt durch seine vernünftige Idee, durch seinen Zweck, welcher der Willkür der Menschen entzogen, und mit sittlich-rechtlichen Notwendigkeit gegeben ist » (189). L'ideale germanico del potere politico è estraneo, sia alla tradizione assolutista, come a quella rivoluzionaria, poiché pone il problema della sovranità *all'interno* dell'organismo statale, nei confini della 'necessità' etico-giuridica, ed al di fuori della portata dell'arbitrio individuale (190). A ciò corrisponde il principio, e l'istituto, « der deutschen konstitutionellen Monarchie », la quale è « kein absolutistisches Cäsarentum, keine blosse Scheinmonarchie auf volkssouveräner Grundlage », bensì « das höchste Glied, das Haupt im Organismus des Staates », e, per ciò stesso, rappresenta « ein verfassungsmässiges, gesetzliches, kein willkürliches, schrankenloses Recht » (191).

Come vediamo, Schulze, dal punto di vista del *contenuto* della sua *Einleitung*, non sembra dirci alcunché di nuovo, e risulta del tutto inserito in quella tradizione liberale, che identificava diritto, ordine etico-giuridico, tradizione storico-politica germanica.

Il problema è però un altro, e concerne la sistemazione, e l'utilizzazione, di tutto questo bagaglio culturale. Esso costituisce — se si riflette un attimo sul titolo stesso dell'opera del '65 — l'*Introduzione* al diritto pubblico tedesco, il quale è, a sua volta, per Schulze, qualcosa di ben diverso da quell'indistinto groviglio di osservazioni storiche, politiche, filosofiche, e di note di diritto positivo, che ancora contraddistingueva una *Staatslehre* del tipo di quella di Bluntschli (192).

Infatti, secondo Schulze, bisogna sempre partire dalla considerazione del diritto pubblico come « ein Teil unserer positiven Jurisprudenz », mai dimenticando che la considerazione politico-filosofica deve rimanere estranea alla costruzione del sistema di diritto pubblico vigente (193).

(189) H. SCHULZE, *Einleitung*, cit., p. 156.

(190) *Ibid.*, pp. 133 e ss., e 151 e ss.

(191) *Ibid.*, pp. 367-368.

(192) Vedi *supra*, capitolo secondo, paragrafo quarto; continuiamo a citare, a questo proposito, l'opera di Bluntschli, perché ci sembra paradigmatica del vecchio organicismo liberale, e del suo metodo.

(193) SCHULZE, *Einleitung*, cit., p. VIII. Anche nell'articolo *Über Princip*,

È, dunque, anche dall'interno della stessa tradizione organichistica e liberale che si comprende come sia giunto il momento di chiarire, e di definire giuridicamente, le strutture dello Stato, le forme, ed i limiti, della sua azione. Con Schulze scompare quel tono 'declamatorio', che era stato tipico dell'opera degli organichisti della generazione precedente, ed il dibattito non si svolge più tra il pubblicista-politico, ed il pubblicista-giurista, ma tutto dentro la scienza giuridica, tra due versanti di pensiero in continua polemica, ma ormai sostanzialmente concordi sulla necessaria centralità del dato e del metodo giuridico.

Giuristi liberali come Mohl, Rönne, Bluntschli, giocheranno, da questo momento in poi, un ruolo sempre minore, proprio perché non riusciranno, a partire dagli anni Sessanta, a comprendere che l'ascesa del modello prussiano non era arrestabile con l'astratto appello alle logore *Grundsätze* della tradizione nazionale, che non era più il tempo delle grandi sintesi storico-politiche, che era giunto il momento della concreta analisi delle strutture dello Stato, della loro sistemazione, di una proposta specifica in ordine al loro funzionamento.

Chi rispondeva a Gerber, accusandolo di *Einseitigkeit*, semplicemente perché la sua pretesa era quella di analizzare lo Stato come sistema di rapporti di volontà, teso al controllo ed alla dominazione dei conflitti sociali, si autocondannava all'impotenza politica ed al silenzio scientifico, perché proprio *questa* figura di Stato si andava realizzando nella Prussia, e, in prospettiva, nella Germania della fine degli anni Sessanta.

Hermann Schulze comprende tutto ciò, e non si identifica nel ruolo stereotipato dell'antigiurista, del difensore dei valori della 'vita', e della 'storia', ma affronta il dibattito da tutt'altro punto di vista.

Methode und System des deutschen Staatsrechts, cit., pp. 438-439, Schulze si esprime nel medesimo senso: « Während in dem propädeutischen Teil, besonders bei der Darstellung der neuesten Verfassungsgeschichte, politische Momente, als geschichtlich wirkende Thatsachen, nicht ausser Acht gelassen werden können, darf im System des positiven Staatsrechts nur das juristische Element zur Geltung kommen. Kein politischer Parteistandpunkt, keine Vorliebe für diese oder jene Richtung im Staatsleben darf irgendwie das rechtliche Urtheil beeinflussen. Der wahre Publicist ist vor allem Jurist ».

Secondo la sua concezione, il diritto pubblico « ist der Inbegriff derjenigen Rechtsnormen, welche sich auf den Organismus des Staates als solchen beziehen. In dem Begriff und der rechtlichen Betrachtung des Organismus liegt der einzige richtige Ausgangspunkt für die wissenschaftliche Konstruktion des staatsrechtlichen Systems » (194). L'idea dello Stato come organismo è posta al centro dell'indagine del giurista, non tanto per la sua corrispondenza ai contenuti della tradizione storica nazionale, ma, soprattutto, per essere essa medesima il punto di vista ideale per la costruzione scientifica del diritto pubblico: « Meiner Ansicht nach kann eine gesunde juristische Systematik das Staatsrecht nur an dem Begriff des gesammten staatlichen Organismus anknüpfen » (195).

La visione dello Stato organico non esclude, secondo Schulze, la possibilità di individuare la dimensione dello Stato-persona, del soggetto concretamente agente. Ciò che è errato nel sistema gerberiano, non è l'idea della personalità giuridica dello Stato, ma il fatto che si riduce « das ganze Staatsrecht in ein subjektives Herrschaftsverhältniss der Staatsgewalt » (196).

È qui che la critica di Schulze a Gerber si fa profondamente diversa da quella dei vecchi Maestri dell'organicismo liberale, poiché non si ferma a disapprovare la separazione di forma e contenuto, di diritto come astratto rapporto di volontà e come ordine complessivo di vita della collettività, ma cerca di demolire il sistema dei *Grundzüge* dal suo stesso interno, ponendosi sul piano della sua legittimità e credibilità scientifica. Seguiamolo in questa operazione.

Secondo Schulze, il diritto inizia « nur wo es Beziehungen zwischen mehreren Personen zu regeln giebt »; per Gerber, invece, « Staatsbürger und Gemeinden sind ... nur Objekte, wie das todt, unpersönliche Staatsgebiet », cosicché egli conosce « nur ein Rechts-subjekt, die Staatsgewalt »; proprio lui, il 'giurista', « macht eine gesunde juristische Construction unmöglich » (197).

(194) SCHULZE, *Über Princip*, cit., p. 422.

(195) *Ibid.*, p. 425.

(196) *Ibid.*, p. 424.

(197) *Ibid.*, pp. 424-425.

La definizione gerberiana di rapporto giuridico tra Stato e cittadino come rapporto di dominazione statale viene qui combattuta, non tanto sul piano politico-ideologico, quanto su quello della sua attendibilità scientifica.

Schulze si domanda: quale sistema di diritto pubblico si può costruire, quali rapporti giuridici si possono individuare, tra quali soggetti, se cittadini e comunità locali vengono considerati come oggetti della *Staatsgewalt*, e, di fatto, esclusi dalla costruzione del sistema stesso?

La critica dell'Autore della *Einleitung* è, dunque, ben chiara, e mira a dimostrare che i *Grundzüge* non aprono alcuna nuova via alla scienza di diritto pubblico e possono anzi considerarsi un esperimento fallito.

Sulla base di questa consapevolezza, deve essere rilanciata l'idea di organismo, non più in sterile contrapposizione allo sforzo di definizione dogmatico-giuridica dello Stato, ma, inversamente, proprio come fondamento della costruzione scientifica del giurista. Così conclude Schulze: « Uns gilt nicht bloss die Staatsgewalt und ihr subjektives Herrschaftsverhältniss, sondern der gesammte staatliche Organismus in Haupt und Gliedern von seiner rechtlichen Seite her, als der reiche und lebendige Inhalt der Staatsrechtswissenschaft » (198).

È significativo che Gerber, nel secondo *Beilage* ai suoi *Grundzüge*, intitolato « La personalità dello Stato », scritto nel 1869 (199), quando la giuspubblicistica liberale aveva espresso le sue critiche, si dedichi soprattutto a demolire le tesi di Schulze, le quali, indubbiamente, a lui medesimo dovettero apparire come le più efficaci.

L'Autore dei *Grundzüge* comincia col precisare il significato tecnico-giuridico della figura del cittadino quale *Gegenstand* della volontà statale. A suo parere, i teorici liberali si sono tanto scan-

(198) *Ibid.*, p. 426. Sulla base dell'ipotesi organicistica, « Staatsbürger, Gemeinden, Landstände gelten uns nicht bloss als Objekte der Staatsgewalt, sondern als Glieder des Staatsorganismus » (*ibid.*), ed è solo così che la costruzione giuridica diventa possibile, poiché diviene possibile individuare un rapporto giuridico tra due soggetti, tra lo Stato ed il cittadino, o le comunità locali (*ibid.*).

(199) Vedi questo capitolo, nota 75: citeremo come Appendice II, dalla traduzione italiana.

dalizzati di questa formulazione, perché hanno immediatamente pensato alla relazione di diritto privato tra un soggetto ed un determinato bene ⁽²⁰⁰⁾. A nessuno di loro è venuto in mente che « la relazione di soggetto ed oggetto non è già soltanto una relazione di diritto reale, bensì appartiene alla scienza del diritto in generale e trova il suo contenuto nella natura del rapporto giuridico alla cui determinazione essa serve » ⁽²⁰¹⁾. Se questo rapporto è di diritto privato, è chiaro che si deve pensare immediatamente ai diritti reali di un determinato soggetto su un certo bene, ma se la relazione è di diritto pubblico, allora il discorso cambia completamente. Quella relazione rimane sussumibile nello schema soggetto-oggetto — da qui la qualificazione del cittadino come *Ge-genstand* della volontà statale —, ma in un senso del tutto diverso dal diritto privato.

Dal punto di vista del diritto statale di dominazione, « ciò che di peculiare sta in quest'ultimo è che esso non si esaurisce affatto nella sottomissione delle persone appartenenti al suo ambito, ma, al tempo stesso, attribuisce con questa soggezione, ed in virtù di essa, una serie di importantissimi poteri, i diritti civili ed in particolare quelli politici, che in un certo qual modo hanno il carattere di corrispettivi. Sorge così tra lo Stato e la persona ad esso sottomessa un rapporto giuridico, un rapporto di corrispondenti diritti e doveri » ⁽²⁰²⁾.

Dunque, secondo il sistema gerberiano, il rapporto tra Stato e cittadino è giuridico in un duplice senso, in primo luogo in quanto rapporto di dominazione da parte dello Stato, cogliendosi con ciò l'elemento tipico e costante, 'giuridico' appunto, di quella relazione ⁽²⁰³⁾, in secondo luogo proprio in quanto rapporto tra

⁽²⁰⁰⁾ Gerber aveva qui pienamente ragione, e sarebbe inutile citare i moltissimi passi nei quali i vari Rönne, Mohl e Schulze accusano Gerber di voler 'privatizzare' il diritto pubblico, di volerlo ricondurre agli schemi di diritto privato.

⁽²⁰¹⁾ GERBER, Appendice II, cit., p. 203.

⁽²⁰²⁾ *Ibid.*, p. 203.

⁽²⁰³⁾ Al di là delle leggi variabili nel tempo, attribuenti questo o quel diritto politico o civile, ciò che costituisce per Gerber l'aspetto transitorio e secondario, ovvero 'politico', dei diritti pubblici soggettivi dei cittadini: cfr. *supra*, questo capitolo, paragrafo quarto.

due soggetti, nascendo nel cittadino, in conseguenza della dominazione statale, dei diritti e dei poteri corrispettivi.

In tal modo, si esclude che il cittadino stesso possa essere considerato a livello dell'oggetto di un rapporto di diritto reale, rispondendo, così, alle critiche formulate da Schulze ⁽²⁰⁴⁾, ma, nello stesso tempo, non si rinuncia a niente della costruzione contenuta nei *Grundzüge*, rimanendo ferma la derivazione di tutto il sistema di diritto pubblico dalla volontà di dominio dello Stato.

Come vediamo, Gerber possedeva tutti gli strumenti necessari per rintuzzare gli attacchi dell'Autore della *Einleitung*. Eppure, sarebbe estremamente riduttivo un confronto tra le due posizioni, che mettesse in luce unicamente la maggiore 'abilità' dialettica di Gerber. Era soprattutto altrove che quest'ultimo trovava le ragioni più profonde della sua forza e della sua sicurezza. Il contrasto tra i due giuristi ⁽²⁰⁵⁾, infatti, era di ordine più generale, ed atteneva, ancora una volta ⁽²⁰⁶⁾, al problema del ruolo della scienza giuridica, della sua collocazione nella totalità dello sviluppo storico.

È noto il tipo di maturazione che Gerber aveva subito a questo riguardo. Fin dal tempo dei suoi scritti di diritto privato, egli aveva iniziato a concepire il diritto come espressione di volontà di dominazione, il sistema giuridico come sistema di rapporti di volontà ⁽²⁰⁷⁾. Parallelamente, cresceva in lui, erede del

⁽²⁰⁴⁾ *Ibid.*, p. 204: Gerber aggiunge che la sistematica di Schulze, fondata sull'idea di « ente collettivo organico », non è « una corretta sistematica, ma piuttosto non è una sistematica affatto; la mancanza di reciproco legame tra le figure del diritto pubblico è soltanto nascosta con il dubbio espediente di una splendida immagine ».

⁽²⁰⁵⁾ Come pure tra Gerber e gli altri *Staatsrechtslehrer* liberali, che avevano criticato i *Grundzüge*, e sui quali abbiamo riferito all'inizio di questo paragrafo. Continuiamo, però, a parlare di contrasto tra Gerber e Schulze, perché quest'ultimo ci appare il contraddittore più efficace delle tesi dei *Grundzüge*, quello che più riuscì a distaccarsi dal piano della polemica politico-ideologica, per tentare una rivalutazione del concetto di organismo a livello di analisi scientifica, e di costruzione giuridica.

⁽²⁰⁶⁾ Come già era avvenuto nell'Ottocento tedesco in occasione della critica steiniana al *System* di Savigny (*supra*, capitolo primo, paragrafo terzo), e di quella di Georg von Beseler ai Romanisti della Scuola Storica (*supra*, capitolo primo, paragrafo quarto).

⁽²⁰⁷⁾ Vedi, in dettaglio, *supra*, capitolo secondo, paragrafo secondo.

primato savigniano della scienza giuridica, la consapevolezza del fatto che i giuristi dovevano giocare un ruolo attivo nel contesto del processo storico, fornire risposte 'scientifiche' alle esigenze della prassi, agire su di essa in senso organizzativo e razionalizzante (208).

A livello di diritto pubblico, nei *Grundzüge* del '65, è contenuta una risposta positiva a questo duplice ordine di problemi: da una parte lo *Staatsrecht* è concepibile *totalmente* come sistema di rapporti di volontà, a partire dalla personalità giuridica dello Stato, dall'altra, corrispondentemente, il giurista può tentare di rinchiudere nei suoi schemi la medesima realtà statuale, può iniziare ad esercitare su di essa un consapevole ruolo attivo (209).

Ritorniamo qui, come si può constatare, alle origini del dibattito ottocentesco *interno* alla scienza giuridica, alla formulazione del primato savigniano della *Rechtswissenschaft* (210); infatti, Schulze, nella polemica con Gerber, non si poneva dal punto di vista dei contenuti del movimento politico liberale (211), e neppure da quello della necessità teorica e pratica di una scienza della società (212), ma — come già abbiamo visto — si definiva, invece, un *giurista*, che pretendeva, alla pari di Gerber, di giungere alla costruzione di un sistema di diritto pubblico.

Il problema era che Schulze si rifiutava di essere *quel* tipo di giurista, che ai suoi occhi Gerber impersonava, il Pandettista orgoglioso della sua tecnica giuridica, imbevuto di totalizzanti pretese di fronte alla realtà politica e sociale (213). Ne nascevano due

(208) Per questa crescente consapevolezza gerberiana, vedi *supra*, questo capitolo, paragrafo quarto.

(209) È da ricordare che nel '52, nei suoi 'Diritti pubblici', Gerber aveva dato risposta negativa ad entrambi i problemi, ritenendo che fosse ancora ben viva quella che lui definiva l'età della 'politica': vedi *supra*, capitolo secondo, paragrafo quarto.

(210) Rinviamo al capitolo primo, paragrafo primo, *supra*.

(211) Come era stato per molti germanisti della fine degli anni Quaranta, soprattutto a partire dalla pubblicazione del noto *Volksrecht und Juristenrecht* di Georg von Beseler: vedi *supra*, capitolo primo, paragrafo quarto.

(212) Gli ultimi tentativi si erano spenti nel corso degli anni Cinquanta: vedi *supra*, capitolo secondo, paragrafo terzo.

(213) Escludiamo che, a livello degli anni Sessanta, nel contesto di questa disputa, giochi ancora un ruolo dominante l'idea di opposizione 'germanistica',

figure ben distinte di giurista: l'uno, Gerber, mosso da uno spirito di ' riforma ', proteso ad elaborare categorie e principii generali, in base ai quali organizzare il concreto materiale giuspubblicistico; l'altro, Schulze, assai più umilmente dedicato all'analisi ed alla sistemazione delle norme di diritto pubblico positivo vigenti ⁽²¹⁴⁾. Il punto discriminante tra i due era costituito dalla definizione dei compiti della scienza giuridica, dal modo con il quale essa poteva e doveva trovare una risposta ai bisogni del presente, e, in particolare, al concreto momento storico delle istituzioni politiche.

Schulze sostiene che « die Aufgabe der deutschen Staatsrechtswissenschaft durch ein praktisch-wissenschaftliches Bedürfniss der Gegenwart bestimmt wird » ⁽²¹⁵⁾, ed ancora: « Aufgabe der Darstellung ist das gegenwärtig geltende deutsche Staatsrecht in systematischer Anordnung » ⁽²¹⁶⁾, cosicché « in das System des deutschen Staatsrechts gehören nur praktisch gültige Rechtsinstitute » ⁽²¹⁷⁾. E, tuttavia, non è che si possa esaurire una trattazione di diritto pubblico con l'esposizione sistematica del diritto vigente; è opinione di Schulze, infatti, che, senza l'individuazione di tutta una serie di *Grundbegriffe* di natura storico-filosofica, non si possa comprendere scientificamente la normativa vigente ⁽²¹⁸⁾.

Quest'ultima deve essere esposta così come è, senza alcuna infiltrazione di ragionamenti politico-filosofici, ma questo non toglie niente al fatto che sia obbiettivamente impossibile « ein wissenschaftliches Begreifen des Positiven ohne eine gewisse philo-

come ancora poteva essere nel caso degli anni Quaranta: il problema era, sempre più chiaramente, al di là delle etichette, quello dei compiti del giurista di fronte al processo storico, e, in particolare, all'evoluzione delle strutture statuali.

⁽²¹⁴⁾ VON OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., p. 240, parla, a questo proposito, di « methodische Prinzip des praktischen Positivismus in Gegensatz zum formalistischen Positivismus ».

⁽²¹⁵⁾ SCHULZE, *Über Princip*, cit., p. 431.

⁽²¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 435.

⁽²¹⁷⁾ *Ibid.*, p. 440.

⁽²¹⁸⁾ *Ibid.*, p. 435. Del resto, la stessa *Einleitung*, già ricordata, aveva proprio il significato di un lavoro propedeutico, introduttivo alle analisi di stretto diritto positivo: cfr. la stessa *Einleitung*, cit., spec. pp. 102-104, dove si parla della necessità di una « Begründung » storico-filosofica.

sophische Auffassung » (219). È necessario cogliere il rapporto del diritto positivo vigente « mit den höheren Zwecken und Endzielen alles geistigen Lebens », concepirlo come « ein lebendiges Glied im Organismus der gesammten menschlichen Entwicklung », perché solo così si acquisisce la capacità di portare il diritto positivo medesimo « zur systematischen Einheit » (220).

Per riassumere, la *Staatslehre* di Schulze consta idealmente di due parti, una prima, propedeutica, di natura storico-filosofica, ed una seconda di stretto diritto positivo vigente, sistematicamente esposto. È su questo punto che si riaccende la polemica con Gerber.

Agli occhi di Schulze, i *Grundzüge* rappresentavano un libro 'anomalo', non costituendo, né una *Einleitung* di principii, né un'analisi di diritto positivo. Secondo il suo giudizio, il volume di Gerber è, prima di tutto, astratto e speculativo, perché pretende di affrontare il diritto pubblico dal punto di vista dei 'lineamenti', cioè della fissazione di alcune sue generalissime caratteristiche, minimamente verificate a livello di diritto positivo. Il ragionamento di Schulze è ben chiaro: se Gerber avesse concepito i suoi *Lineamenti* come parte introduttiva, allora avrebbe potuto dedicarsi, separatamente, anche al diritto positivo, e « so würde sein System gewiss dadurch an Positivität sehr gewonnen haben » (221).

La risposta del medesimo Gerber è netta (222): « posso di nuovo ribadire che una esposizione di leggi accompagnate da introduzioni storiche non è ancora un'elaborazione giuridica » (223). Secondo l'Autore dei *Grundzüge*, le tradizionali introduzioni storico-filosofiche devono essere ricomprese all'interno del sistema stesso di diritto pubblico, fatte proprie dal giurista capace di individuare i termini generali del suo problema, di fissare autonomamente i principii fondamentali della sua materia: « anche la scienza giu-

(219) *Ibid.*, p. 81.

(220) *Ibid.*, p. 82.

(221) SCHULZE, *Über Princip*, cit., p. 436.

(222) GERBER, *Limiti del diritto pubblico* (Appendice III), cit., pp. 207 e ss. della traduzione italiana.

(223) *Ibid.*, p. 209.

ridica può sì elaborare principii generali di diritto pubblico in piena libertà secondo i propri punti di vista e secondo le proprie regole tecniche, ma il prodotto di questa elaborazione sarà diverso da quello di una considerazione politica e filosofica dei medesimi oggetti » (224). Questo perché i principii generali della scienza giuridica sono elaborati, a differenza della prospettiva storico-filosofica, a partire dal concreto materiale giuspubblicistico esistente, in modo tale che quest'ultimo viene analizzato, ma non passivamente subito, compreso ed organizzato in base a quei principii, e non meramente esposto e rappresentato: « Ripeto qui ciò che già una volta ho dichiarato, che cioè questa positività dei nostri pubblicisti è assai più quella dello statistico che non quella del giurista » (225).

Agli occhi di Gerber, le due fasi della *Staatslehre* propugnata da Schulze, quella storico-filosofica, e quella esegetico-sistematica, costituiscono nient'altro che due modi diversi di negare la dimensione più autentica della scienza giuridica e dell'impegno del giurista. Quest'ultimo viene, in tal modo, costretto a negarsi due volte, prima improvvisandosi storico e filosofo, poi *Statistiker*, e mai riuscendo ad essere compiutamente sé medesimo, giurista.

Giungiamo, così, al punto centrale, alla differenza fondamentale tra i due *Staatsrechtslehrer*: da una parte Schulze, ultimo interprete di quella tradizione liberal-organicistica, il cui scopo consisteva nello *spiegare* lo Stato, nei suoi fondamenti storico-ideali, come anche nel suo concreto funzionamento normativo; dall'altra Gerber, figlio di quella tradizione savigniana, che giungeva ora anche dentro i confini del diritto pubblico, portandovi tutto il suo bagaglio tecnico-dogmatico, tutt'intera la propria pretesa di inquadrare quel materiale incandescente dentro i propri schemi, che cercava, in questo senso, di *costruire* lo Stato.

Affermare il primato della scienza giuridica anche a livello di diritto pubblico significava proprio rompere con un passato di riflessione scientifica costellato di astratte speculazioni filosofiche, ma anche di aride esposizioni esegetiche. I *Lineamenti* di Gerber non sono altro che i principii giuridici generali, che svolgono, nella

(224) *Ibid.*, pp. 209-210.

(225) *Ibid.*, p. 209.

tecnica dogmatico-costruttivistica, una funzione identica a quella che gli istituti giuridici avevano svolto per il diritto privato. Essi operano in una duplice direzione: costituiscono la nuova filosofia dello Stato, eliminando la necessità delle *Einleitungen* sul tipo di quella di Schulze, ma si pongono anche come metro di giudizio e di sistematizzazione del concreto materiale esistente, che viene così, non più passivamente esposto, ma attivamente interpretato. Riassumendo, si può dire che, mentre il metodo di Schulze continuava ad essere sostanzialmente descrittivo ⁽²²⁶⁾, quello di Gerber proponeva ai giuristi di svolgere un ruolo attivo, di divenire i protagonisti della costruzione dello Stato.

Con Stato intendiamo — non dobbiamo mai dimenticarlo — quel modello prussiano, che si andava in questi anni formando nell'ambito del conflitto costituzionale, e che, con la formazione della Lega degli Stati del Nord, si proponeva ormai a livello nazionale ⁽²²⁷⁾.

È significativo il fatto che uomini come Schulze, anche al di là delle loro posizioni politiche liberali antibismarckiane, abbiano dato di tali avvenimenti un giudizio negativo, proprio dal punto di vista della possibilità di lavoro della scienza giuridica.

Il piano formulato dallo stesso Schulze, secondo il quale dalla sua *Einleitung* del 1865 si doveva passare alla concreta analisi sistematica della normativa vigente, viene addirittura sconvolto dagli avvenimenti del '66-'67. Subito egli pubblica un *Nachtrag* alla stessa *Einleitung*, significativamente intitolato « Die Krisis des deutschen Staatsrechts im Jahre 1866 » ⁽²²⁸⁾, dove dichiara impossibile il programmato passaggio dalla *Einleitung* al *System*: esso non dipende più, ora, dalle capacità scientifiche della giurisprudenza, ma dai futuri sviluppi della situazione ⁽²²⁹⁾. Infatti, secondo

⁽²²⁶⁾ Si può quindi concludere affermando che la critica di Schulze a Gerber si muove su un piano diverso da quello del tradizionale organicismo liberale per ciò che riguarda la centralità del compito di costruzione dogmatica della scienza giuridica, ma ricade nel solco di quella vecchia tradizione sul punto decisivo del ruolo del giurista nel contesto del processo storico.

⁽²²⁷⁾ Su queste vicende, vedi *supra*, questo capitolo, paragrafo secondo.

⁽²²⁸⁾ H. SCHULZE, *Die Krisis des deutschen Staatsrechts im Jahre 1866*, Leipzig, 1867.

⁽²²⁹⁾ *Ibid.*, p. VII.

Schulze, « das neue Verfassungswerk ist ein unfertiger Staatsbau », che si pone al di fuori del « Rechtsboden », ed in ragione del quale « die Kontinuität der staatlichen Rechtsentwicklung ist abgeschnitten »⁽²³⁰⁾: il giurista avverte che la nuova Costituzione è un prodotto artificioso, che si colloca fuori della tradizione storica, rendendo così impossibile la costruzione del *System*, fino a quando essa medesima non divenga « eingelebt » nel « Rechtsbewusstsein der Nation »⁽²³¹⁾.

Così come, nel '52, Gerber aveva rinunciato ad una sistematica di diritto pubblico, ritenendo che i tempi non fossero ancora maturi e che si vivesse ancora nell'età della 'politica', così, ora, sono i Maestri liberali come Schulze che si sentono travolti dagli avvenimenti, che non comprendono più qual senso abbia la loro scienza, su quali principii la si possa fondare. È il segno più evidente di una realtà che muta, di un diritto che ogni giorno di più è pensabile come strumento di dominio sulla realtà, ogni giorno di meno come certezza collettiva, come convinzione generale della comunità umana.

La tradizionale *Staatslehre* liberale non si riprenderà più dalla violenta scossa di questi anni, si sentirà sempre più estranea nella nuova realtà istituzionale, rimarrà profondamente persuasa che in questi anni si è rotta la continuità storica e si sono messi in discussione i valori fondamentali della tradizione nazionale. La nuova configurazione del potere politico e la nuova Costituzione non sono sentiti come punto d'arrivo di un organico processo storico, ma come frutto contingente del momento politico, continuamente minacciante quell'ordinamento che si riteneva radicato nella coscienza collettiva.

Ciò che drammaticamente manca alla giuspubblicistica liberale è la dimensione operativa immediata della riflessione scientifica di fronte all'emergere di una nuova realtà statuale che, al di là della sua 'legittimazione' storica, era l'unica in grado di gestire, e di organizzare concretamente, la circostante realtà politica e

⁽²³⁰⁾ *Ibid.*, p. 5: è evidente che Schulze si riferisce alla formazione della Lega degli Stati del Nord, ed alla Costituzione del 16 Aprile 1867.

⁽²³¹⁾ *Ibid.*, p. VII. Nell'articolo *Über Princip*, cit., pp. 437 e ss., Schulze aveva fondato la possibilità di una sistemazione scientifica del diritto pubblico sulla « Continuität unserer nationalen Entwicklung » (p. 437).

sociale. I Maestri liberali di diritto pubblico, troppo abituati a pensare il diritto in termini di intimo fondamento della vita collettiva, di generale *Rechtsbewusstsein* storicamente consolidatosi, non riescono a misurarsi con la nuova dimensione del diritto quale strumento di gestione dall'alto dei conflitti sociali. Rimangono alla ricerca delle loro sempre più logore *Grundsätze*, mentre il problema reale era quello dell'intervento operativo della scienza giuridica, dell'organizzazione e del funzionamento dello Stato. All'accorata, e drammatica, confessione d'impotenza di Schulze, corrisponde la fredda, lucida, analisi della nuova Costituzione da parte di Gerber ⁽²³²⁾.

Anche il più sensibile, ed accorto, critico dei *Grundzüge*, colui che aveva dato l'impressione di poter mettere in crisi le tesi gerberiane, è costretto alla resa, a dichiarare la propria incapacità a porre in essere un progetto scientifico alternativo.

Dopo Schulze, l'organicismo liberale vivrà, ma su basi diverse, del contributo della grande figura isolata di Otto von Gierke ⁽²³³⁾, e saranno, invece, le tesi di Gerber quelle destinate a fare scuola ⁽²³⁴⁾. Naturalmente, un mutamento radicale in questo senso non poteva essere immediato, poiché si doveva creare, non solo una nuova generazione di studiosi, ma l'abitudine stessa a

⁽²³²⁾ GERBER, *Der Norddeutsche Bund*, in *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, cit., pp. 244 e ss. (Appendice IV, non tradotta in italiano).

⁽²³³⁾ Di lui parleremo in seguito, illustrando quelle che, a nostro avviso, sono le differenze fondamentali tra Gierke e tutto il precedente organicismo.

⁽²³⁴⁾ Philipp Zorn, Professore di *Staatsrecht* all'Università di Bonn a partire dalla fine del secolo, fedele seguace del metodo 'giuridico' inaugurato da Gerber, nel primo numero dello *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tübingen, 1907, pp. 47 e ss., si assume il compito, probabilmente affidatogli dal direttore della Rivista Laband, di delineare lo sviluppo storico della *Staatslehre* tedesca, e lo fa fornendo un quadro a forti tinte, separando nettamente i 'dilettanti' come Bluntschli dai 'veri' Maestri come Gerber e Laband, e ponendo temporalmente il momento discriminante proprio nel 1866, «*Entscheidungs-jahr für die deutsche Dinge, also auch für das deutsche Staatsrecht*» (p. 57). Anche R. SMEND, *Der Einfluss der deutschen Staats- und Verwaltungsrechtslehre des 19. Jahrhunderts auf das Leben in Verfassung und Verwaltung*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, cit., considera il 1866 l'anno del giudizio storico «*über eine lange Zeit berechtigte, höchst ehrenwerte, aber zum geschichtlichen Leben in unheilbare Spannung geratene Wissenschaft*» (p. 329).

lavorare ' scientificamente ' sul diritto pubblico ⁽²³⁵⁾; d'altra parte la via era irreversibilmente segnata, e le nuove opere dei vecchi Maestri liberali ⁽²³⁶⁾ erano destinate ad apparire sempre più come aride descrizioni dei mutamenti normativi intervenuti, nonché, a volte, come chiari segni di adattamento ad un presente scomodo, contro il quale si era perduta ogni capacità di autentica critica ⁽²³⁷⁾.

⁽²³⁵⁾ Lo stesso Gerber non sembra troppo convinto di poter vincere la sua battaglia metodologica nel campo della giuspubblicistica, e scrive, sfiduciato, all'amico Jhering, comunicandogli queste sue perplessità: Lettere del 26 Maggio 1870 e del 10 Marzo 1871, in *Carteggio Jhering-Gerber*, cit., pp. 540 e 550 rispettivamente.

⁽²³⁶⁾ I primi interpreti del diritto costituzionale del *Reich* bismarckiano saranno proprio i vecchi Maestri liberali, come Peter Ludwig von Rönne, il quale pubblica *Das Verfassungsrecht des deutschen Reichs*, Leipzig, 1871, poi rielaborato in due volumi, con il titolo *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, Leipzig, 1876-1877, mentre il suo vecchio *Staatsrecht der preussischen Monarchie*, già ricordato, ancora nell'81 ha la sua quarta edizione (Leipzig). Da ricordare anche l'opera di Robert von MOHL, *Das deutsche Reichsstaatsrecht*, Tübingen, 1873.

⁽²³⁷⁾ È il caso di Otto MEIER, *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, cit., il quale, nella seconda edizione della sua opera (del 1884, la prima era del 1861), muta completamente tutte le sue opinioni, aderendo in pieno alla metodologia propugnata dalla scuola labandiana. Lo stesso deve dirsi di Johann Kaspar Bluntschli, il quale, già nel '75, nella quinta edizione del suo *Allgemeines Staatsrecht*, cit., smembra la tradizionale unità di analisi dello Stato, dedicando un primo volume alle teorie generali (*Allgemeine Staatslehre*), ed un secondo alle strutture dello Stato (*Allgemeines Staatsrecht*), ed aderendo, quindi, quanto meno, alle proposte di Hermann Schulze (cfr. *supra*, questo paragrafo); inoltre, nella sesta edizione (Stuttgart, 1886), il tema della sovranità è definitivamente affrontato tutto nell'ambito della capacità di dominazione della *Staatsgewalt*, sul modello del positivismo labandiano (cfr., per i mutamenti intervenuti in questo senso, le pp. 1 e ss. del volume secondo della seconda edizione del 1857 con le pp. 563 e ss. del primo volume della sesta edizione del 1886). Del resto, si possono notare dei ripiegamenti in questa direzione anche nell'impegno di Hermann Schulze, se solo si confrontano le due edizioni del suo *Das preussische Staatsrecht*, cit., (1872-1877¹, 1880-1890²), dove si avverte, pur nella continuità delle citazioni di Gerber e Laband quali avversari nel dibattito scientifico, una sostanziale caduta di tensione polemica, un progressivo adeguamento alla tendenza dominante; in questo senso, deve essere letta anche l'ultima opera di Schulze, il suo *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, cit., *passim*. Infine, non può essere qui dimenticata la sorte di quella *Aegidis Zeitschrift*, dalla quale abbiamo estratto le fonti del dibattito suscitato dalla pubblicazione dei *Grundzüge* gerberiani: la sua breve durata, malgrado la dichiarata collaborazione di tutti i maggiori *Staatsrechtslehrer* liberali del tempo,

Ed infatti, nonostante il ritiro di Gerber dall'impegno scientifico ⁽²³⁸⁾, all'inizio degli anni Settanta, nel tumultuoso contesto della guerra, e della fondazione del *Reich*, c'è già chi si mostra poco convinto dell'occasionalità del volume gerberiano, chi si appresta a raccogliere le sue tesi, e a svilupparle.

3. In questa direzione si muoveva certamente quel Paul Laband, che tanta parte avrà, alla fine del secolo, nella definitiva affermazione del positivismo giuridico nel campo del diritto pubblico, ma che, in questi anni, è ancora un oscuro Professore di diritto civile e commerciale. Del giovane Laband vogliamo ora, appunto, occuparci, poiché riteniamo le sue tesi lo sbocco ultimo del dibattito della fine degli anni Sessanta, che abbiamo appena illustrato in ordine alle reazioni della *Staatslehre* liberale in seguito alla pubblicazione dei *Grundzüge* di Gerber.

La biografia giovanile di Laband non è certo entusiasmante. Dopo il Dottorato del 1858 ⁽²³⁹⁾, si dedica alla pratica forense, e solo dopo grandi ripensamenti decide di scegliere la carriera accademica ⁽²⁴⁰⁾. Il primo incarico è a Königsberg, dove il futuro Maestro di diritto pubblico si occupa di diritto commerciale, collaborando alla *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, diretta

non è forse la testimonianza più eloquente dell'assenza di un progetto collettivo, della progressiva scomparsa di una vera e propria dottrina liberale dello Stato?

⁽²³⁸⁾ Il 23 Settembre 1871, così Gerber scrive all'amico Jhering: « essenziale è l'idea con la quale andavo tormentandomi da tre anni, che cioè non potrei creare nulla di notevole dal punto di vista letterario, che ho espresso tutto nel campo della scienza e che pertanto sarebbe stato auspicabile trovare un altro campo in cui lavorare » (*Carteggio Jhering-Gerber*, cit., p. 553). Solo dopo pochi mesi, Gerber è Ministro del culto e dell'educazione in Sassonia, dove, con il suo lavoro degli anni successivi, riuscì a creare uno dei più avanzati sistemi educativi della sua epoca, a dare all'Università di Lipsia una vera dimensione europea, a mediare nell'ambito dei difficili rapporti tra le scuole cattoliche e protestanti.

⁽²³⁹⁾ In materia di beni dotali, scritto a soli venti anni: Laband, infatti, era nato nel 1838, e morì nel 1918. Questo dato, come tutti gli altri della sua biografia che seguiranno nel corso della nostra analisi, ci è stato fornito dallo stesso Laband, nelle sue *Lebenserinnerungen*, stampate dalla libreria Rudolf Mosse di Berlino in cento copie nell'Ottobre del 1918, in esecuzione della volontà testamentaria dello stesso Laband, che aveva affidato l'edizione del libro all'intimo amico Wilhelm Bruck, alto magistrato di Kiel.

⁽²⁴⁰⁾ *Lebenserinnerungen*, cit., pp. 44-45.

dal celebre Goldschmidt, e di storia del diritto, con due lavori su fonti medievali ⁽²⁴¹⁾.

Ancora in questi anni, il diritto pubblico è pensato da Laband in questi termini: « ich hatte für dieses Fach kein wissenschaftliches Interesse: die Vorlesungen, die ich darüber in Heidelberg bei Mohl gehört hatte, waren sehr langweilig und wenig anregend gewesen; in den Prüfungen spielte das Staatsrecht eine unbedeutende Rolle. Es erschien mir als ein Nebenfach » ⁽²⁴²⁾. È solo nel 1866 che Laband inizia i suoi corsi di diritto pubblico, sospinto da un motivo assai specifico. Kaltenborn e John, titolari nella sua Facoltà per le materie pubblicistiche, si trovavano impegnati a tempo pieno nelle battaglie politiche del tempo, e l'insegnamento, abbandonato a sé stesso, venne affidato proprio a Laband, probabilmente in quanto Professore più giovane, e, dunque, più esposto a sobbarcarsi un onere certamente non gradito da parte degli altri colleghi ⁽²⁴³⁾.

Potrà forse stupire il fatto che l'interesse per il diritto pubblico in un giurista come Laband, poi universalmente riconosciuto un caposcuola, sia nato da motivi talmente contingenti, ma, al di là dell'episodio, è interessante notare come i tempi siano mutati: mentre un saggio come i *Grundzüge* aveva richiesto uno sforzo enorme, postulava l'esistenza di un personaggio come Gerber, uomo sempre presente agli avvenimenti del suo tempo, che aveva spaziato in tutti i campi della scienza giuridica, ora la prosecuzione del suo discorso passa per le abili mani di un diligente Professore di diritto commerciale, di un oscuro esegeta di fonti medievali.

Quando, nel 1871, a Berlino, Laband pubblica il suo « Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassungs-urkunde », il successo che gli deriva è del tutto « unerwartet » ⁽²⁴⁴⁾: il giovane Professore di Königsberg, che negli anni precedenti non

⁽²⁴¹⁾ P. LABAND, *Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Quellen des Mittelalters*, e *Die Magdeburger Rechtsquellen*, Königsberg, 1864.

⁽²⁴²⁾ *Lebenserinnerungen*, cit., p. 62.

⁽²⁴³⁾ *Ibid.*, p. 62.

⁽²⁴⁴⁾ *Ibid.*, p. 63. Tutte le Riviste del tempo parlarono del saggio di Laband, e lui stesso lo ha sempre considerato « den Ausgangspunkt » di tutta la sua produzione successiva (*ibid.*, pp. 62-63).

aveva fatto altro che rivedere il tradizionale corso di diritto pubblico della sua Facoltà, si ritrova improvvisamente al centro del dibattito scientifico nazionale, e, in breve spazio di tempo, chiamato alla cattedra di *Staatsrecht* della nuova grande Università di Strasburgo, personalmente voluta, in occasione della fondazione del *Reich*, dallo stesso Bismarck ⁽²⁴⁵⁾. È proprio analizzando il contenuto di questo saggio del '71 che ci avvieremo a comprendere i motivi di tale immediato successo.

L'atteggiamento di Laband nell'introduzione è sostanzialmente diverso da quello di Gerber, che, nel 1865, aveva alle sue spalle più di un decennio di riflessioni sulla possibilità di una scienza tedesca di diritto pubblico. Mentre quest'ultimo, a partire da una profonda, e concreta, conoscenza del funzionamento delle istituzioni dei Paesi germanici, pazientemente aveva cercato di ricavare dei principii generali, che egli definiva principii giuridici, Laband mostra subito l'irritazione del giurista per il gran chiasso di opinioni politiche che si era fatto a proposito dell'istituto di diritto pubblico del bilancio, e vi contrappone nettamente, e polemicamente, un punto di vista pre-costituito, quello giuridico ⁽²⁴⁶⁾.

Questa rigida opposizione politica-diritto, che domina tutto il saggio labandiano, non è certamente da interpretare nel senso del vecchio organicismo liberale. La coppia di termini antitetici deve essere letta, non più nel senso di arbitrio della volontà individuale ed obbiettività dello sviluppo organico collettivo, ma nel senso di Stato come sede del dibattito e del conflitto ideologico, e Stato come espressione della costanza e della continuità della vita associata.

⁽²⁴⁵⁾ L'Università di Strasburgo fu veramente concepita come *Reichsuniversität*, e sottoposta ad un rigido controllo del potere politico, tanto che lo stesso *Kaiser* tratteneva a sé personalmente il diritto di nomina dei Professori: cfr. T. SCHIEDER, *Der Nationalstaat und die Kultur*, in *Das deutsche Kaiserreich von 1871 als Nationalstaat*, Köln und Opladen, 1961, pp. 55-71, ed anche le osservazioni di F. GRESS, *Germanistik und Politik. Kritische Beiträge zur Geschichte einer nationalen Wissenschaft*, Stuttgart, 1971, secondo il quale l'Università di Strasburgo simboleggiava l'alleanza dello 'spirito borghese' con la politica bismarckiana (pp. 59-60).

⁽²⁴⁶⁾ P. LABAND, *Das Budgetrecht*, cit., pp. 1-5. Laband si riferisce, in tutto il saggio, al conflitto costituzionale prussiano (cfr. *supra*, questo capitolo, paragrafo secondo).

Non è un caso che nella stessa introduzione al saggio si trovi quella distinzione tra legge in senso materiale ed in senso formale, fino a quel momento sconosciuta alla *Staatslehre* tedesca ⁽²⁴⁷⁾, che sarà al centro di tutto il successivo dibattito ⁽²⁴⁸⁾.

Affermare che il termine *Gesetz* poteva essere autonomamente inteso, o come « bewusste Festsetzung einer Norm », come obiettivo « Rechtssatz » ⁽²⁴⁹⁾, o come atto formalmente prodotto secondo le regole stabilite dalla Costituzione ⁽²⁵⁰⁾, significava rompere con una lunga traduzione, fino a quel momento dominante.

Per il precedente pensiero giuspubblicistico tedesco, il diritto costituiva l'antecedente logico e storico dello Stato, il quale era pensabile solo nel contesto di un obiettivo ordine etico-giuridico, come espressione di esso medesimo. La legge non era un atto di volontà dello Stato, ma la concretizzazione in termini istituzionali di valori storici già consolidatisi nella collettività intera, loro mero rivestimento formale. Derivava, da qui, un'assoluta impossibilità di pensare alla legge in un duplice, ed autonomo, senso, quello formale e quello materiale.

Al contrario, è nel momento in cui si matura una concezione del diritto quale espressione di volontà dominatrice, prodotto della *Staatsgewalt*, che la distinzione labandiana assume un senso compiuto: dalla nozione di legge quale risultato di un certo cammino

⁽²⁴⁷⁾ *Ibid.*, pp. 5-6. Solo lo Stockmar, nei suoi *Studien zum preussischen Staatsrecht*, cit., se ne era fatto interprete, ma in forma molto meno chiara e decisa.

⁽²⁴⁸⁾ Che sarà successivamente analizzato. Da notare che Gerber, che non aveva distinto nei *Grundzüge* tra legge in senso formale e materiale, in un suo articolo intitolato *Über Privilegienhoheit und Dispensationsgewalt im modernen Staate*, in *Tübinger Zeitschrift für Staatswissenschaften*, 1871, pp. 430 e ss., ora in *Gesammelte juristische Abhandlungen*, cit., pp. 470 e ss., prende atto del contributo di Laband, e, nella sostanza, aderisce al suo contenuto, ma si mostra anche diffidente verso una totale separazione del significato formale e di quello materiale di legge, rivelando, così, ancora una volta, come le sue tesi, che pur fondavano i successivi sviluppi della *Staatslehre* labandiana, fossero, nello stesso tempo, legate al vecchio organicismo, all'idea dello Stato quale centro delle forze morali del popolo: cfr. questo capitolo, paragrafo quarto.

⁽²⁴⁹⁾ LABAND, *Das Budgetrecht*, cit., p. 3.

⁽²⁵⁰⁾ A norma della Costituzione Prussiana, previa concordanza di Corona e rappresentanza popolare, a parte alcune eccezioni esplicitamente previste: *ibid.*, p. 5.

storico della collettività si stacca, ed assume senso autonomo, la nozione di legge quale atto autoritativo dello Stato-persona, emanato secondo le procedure previste dalla Costituzione ⁽²⁵¹⁾.

Anzi, inevitabilmente, è l'elemento formale quello che sempre più definisce il *Gesetz*, che costituisce la sua ossatura fondamentale, mentre il contenuto della legge medesima diviene la sua componente accidentale, frutto di un variabile atteggiamento dello Stato di fronte ai concreti problemi della collettività. Così, il versante giuridico della vita statale non è più ricercato ed individuato sulla base della rispondenza della legge alle *Grundsätze*, sulle quali si fonda la vita della collettività, ma nella mera tipicità formale dell'atto emanato dalla *Staatsgewalt*.

La componente giuridica della vita associata, fonte delle sue certezze e della sua stabilità, non è più fornita da generici valori etici e storico-politici, ma dalla presenza, formalmente definita, dello Stato-persona. Il 'giuridico' si identifica con lo Stato, non tanto nella sua veste di interprete delle forze morali e sociali della collettività, quanto nella sua dimensione di soggetto giuridicamente definibile e calcolabile.

È con queste premesse, che il giurista Laband pone lo spinoso problema del *Budgetrecht*.

Secondo l'Autore, esistono due modi di affrontare questo problema; il primo è quello politico, per il quale governo e rappresentanze sono in lotta per l'affermazione di principii o soluzioni favorevoli all'una o all'altra parte ⁽²⁵²⁾, il secondo è quello giuridico, per il quale i due organi sono legati, nello Stato costituzionale, da un certo tipo « des juristischen Begriffes des Vertrages », non intendendosi con ciò indicare una figura civilistica, ma esprimendosi semplicemente la dimensione 'giuridica' della collaborazione tra i due organi, del loro « Einverständnis », a norma della Costituzione, « über Akte der Staatsgewalt » ⁽²⁵³⁾.

⁽²⁵¹⁾ Per una descrizione d'insieme dell'idea di legge nella *Staatslehre* tedesca, prima e dopo la svolta determinata dal saggio di Laband, vedi R. GRAWERT, voce *Gesetz*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., vol. II, pp. 863-922.

⁽²⁵²⁾ LABAND, *Das Budgetrecht*, cit., p. 40.

⁽²⁵³⁾ *Ibid.*, p. 41.

Così, sulla questione specifica del *Budgetrecht*, non si tratta di legare l'analisi a nessun tipo speciale di Costituzione, non è in gioco la 'sovranità' di un organo o dell'altro, ma, più semplicemente, è lo Stato in quanto tale, per la complessità dei compiti che gli sono attribuiti, che necessita di una previsione organica di spese ⁽²⁵⁴⁾: le Camere non sono chiamate a fornire alcuna sanzione costituzionale, ma a collaborare ad un atto della « Staatsverwaltung » ⁽²⁵⁵⁾. Ciò che si deve evitare, secondo Laband, è che la discussione sul bilancio si trasformi, ogni anno, in dibattito politico sulla sovranità dei due organi, in attacco alle strutture di fondo dello Stato: « Die Verwaltung des Staates ist eine ewige, sie dauert so lange der Staat dauert; sie kann nicht von Jahr zu Jahr so zu sagen durch Übereinkommen prolongiert werden. Die Feststellung ihrer Kosten für gewisse Zeitabschnitte ist nur eine Zweckmässigkeits-Massregel » ⁽²⁵⁶⁾.

Ciò che, in sostanza, Laband chiede alle rappresentanze popolari è di non considerare il Governo quale nemico delle proprie 'particolari' pretese di sovranità, ma come espressione massima della *Verwaltung*, della struttura 'obbiettiva' e fondamentale dello Stato, data dalla Corona e dai suoi funzionari, dai tribunali e dall'esercito. Ammettere che una mutevole maggioranza parlamentare possa disporre dei finanziamenti necessari per la vita di tali strutture significa minacciare ogni stabilità delle istituzioni, sottrarre lo Stato alla sua dimensione di obbiettivo ente giuri-

⁽²⁵⁴⁾ La formazione del bilancio risponde « keinem Bedürfniss des Rechts, sondern einem Bedürfniss der Wirtschaft » (*ibid.*, p. 13).

⁽²⁵⁵⁾ È precisamente a questo punto che la distinzione tra legge in senso formale e materiale viene da Laband concretamente utilizzata. Essa non esprimeva solo una rottura con la tradizionale *Staatslehre*, ma anche un concreto mezzo di soluzione della questione del *Budgetrecht*; infatti, affermare che il bilancio è un *Verwaltungsakt*, significa proprio sostenere che lo Stato sceglie, in questo caso, la *forma* della legge per esprimersi, ma che la legge medesima non assume carattere *sostanziale*, non pone o crea diritto obbiettivo, ma semplicemente regola le spese dello Stato per un anno. Da qui l'illegittimità dell'ostruzione delle Camere, che sollevano problemi di sovranità laddove si tratta solo di discutere di un atto burocratico, di un computo di spese, anche se espresso in *forma* di legge. Sul significato della dottrina labandiana di legge in senso formale e materiale, vedi BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, cit., pp. 228-242.

⁽²⁵⁶⁾ LABAND, *Das Budgetrecht*, cit., p. 42.

dico, e trasformarlo in campo di battaglia per le più disparate ideologie politiche ⁽²⁵⁷⁾.

Quell'antitesi politica-diritto, che già abbiamo visto sia a livello metodologico generale, come anche a quello più specifico della distinzione tra legge in senso formale e materiale, trova qui la sua concretizzazione nelle strutture dello Stato: Corona, burocrazia, esercito, rappresentano la continuità istituzionale, la necessaria dimensione 'obbiettiva' e 'giuridica', mentre la funzione delle rappresentanze popolari è circoscritta alla collaborazione con tali strutture fondamentali, poiché, al di là di tale collocazione, troviamo solo il conflitto, la 'politicizzazione' dello Stato, il pericolo del Governo Parlamentare, della mutevole sovranità di un'effimera maggioranza.

L'analisi di Laband è tutta un crescendo in questa direzione: dalla teoria del contratto tra Governo e rappresentanza come fonte di reciproci obblighi e doveri ⁽²⁵⁸⁾ si passa ben presto all'affermazione che il diritto del Governo a disporre le spese necessarie al funzionamento degli organi dello Stato « wird durch den Etat nicht konstituiert, sondern lediglich deklariert. Hinsichtlich der Mehrzahl der Ausgaben ist die Befugnis, sie zu leisten, auch ohne Etat für die Regierung vorhanden » ⁽²⁵⁹⁾.

Quello che Laband, in realtà, vuole affermare è che il fondamento costituzionale del diritto del Governo a disporre le spese previste nel bilancio da esso medesimo approntato non dipende dall'approvazione delle Camere, ma risiede nel proprio interno, nel fatto stesso che esso rappresenta il vertice di quella fondamentale struttura, della quale sopra parlavamo. Ciò che è errato, è pensare che l'azione del Governo tragga legittimità costituzionale dall'approvazione delle Camere, mentre la Costituzione richiede tale manifestazione di volontà su un piano di pura e semplice opportunità, « über die Nothwendigkeit und Angemessenheit der aufgeführten Summen » ⁽²⁶⁰⁾.

⁽²⁵⁷⁾ Lo spauracchio del Governo Parlamentare quale forma di sottomissione di tutta la vita statale alle mutevoli pretese della maggioranza parlamentare, è da Laband sapientemente agitato in tutto il saggio: *ibid.*, p. 79, a mò d'esempio.

⁽²⁵⁸⁾ *Ibid.*, pp. 19-20, 44-45, 53.

⁽²⁵⁹⁾ *Ibid.*, p. 55.

⁽²⁶⁰⁾ *Ibid.*, p. 81.

Il fatto è, secondo Laband, che si vuole sfruttare la tematica del *Budgetrecht* per forzare la lettera e lo spirito della Costituzione, per tentare una sua integrazione politica, nel senso di una monarchia costituzionale aperta ad un'evoluzione verso un regime di Governo Parlamentare.

In concreto, di fronte alla lacuna indubbiamente contenuta nell'articolo 99 della Costituzione prussiana, che niente prevedeva in caso di conflitto tra Governo e Camere sulla questione del bilancio, si è voluto ricorrere a *Grundsätze* di ispirazione storico-politica, che attingono al principio della necessaria concordanza di volontà tra i due organi, all'ideale *politico* della monarchia costituzionale ⁽²⁶¹⁾.

Così facendo, si è completamente stravolta la natura della legge di bilancio, si è negata la sua appartenenza alla sfera della *Verwaltung*, per trasformare la discussione in dibattito politico sui fondamenti più generali del sistema costituzionale.

Si ha qui, secondo Laband, un chiaro esempio di come l'ideologia politica tenti continuamente di corrodere la funzionalità delle strutture fondamentali dello Stato: una teoria come quella della necessaria concordanza di Governo e Camere, intesa come ineliminabile presupposto della legittimità costituzionale di tutti gli atti dello Stato, se azionata in concreto nel caso del conflitto costituzionale prussiano, avrebbe comportato « den Stillstand der Staatsthätigkeit, die Auflösung und Desorganisierung des Staates » ⁽²⁶²⁾.

Dal punto di vista della scienza giuridica, non fornisce certo un buon servizio quel giurista che favorisce e sostiene tali teorie, perché, ricorrendo alle tradizionali *Grundsätze* di ispirazione storico-politica al fine di colmare la lacuna contenuta nella Costituzione, egli finisce per contribuire a mettere in pericolo la stabilità stessa delle istituzioni: « Es kann aber keinen Grundsatz des

⁽²⁶¹⁾ *Ibid.*, pp. 75-76: è evidente che Laband si riferisce direttamente al conflitto costituzionale prussiano, ed alle posizioni assunte in quella occasione dagli *Staatsrechtslehrer* liberali: vedi *supra*, questo capitolo, paragrafo secondo.

⁽²⁶²⁾ *Ibid.*, p. 77: era questa — com'è noto — anche la tesi di Bismarck (vedi *supra*, questo capitolo, paragrafo secondo), le parole del quale, citate da Laband proprio a riguardo della necessità di 'difendere' lo Stato, chiudono significativamente il saggio (*ibid.*, p. 83).

Staatsrechts geben, der zur Beseitigung des Staates selbst führt; denn die Erhaltung und gedeihliche Entwicklung des Staates ist das oberste gemeinsame Prinzip aller Staatswissenschaften, insbesondere des Staatsrechts » ⁽²⁶³⁾.

Così, la soluzione adottata da Bismarck nell'ambito del conflitto costituzionale prussiano era, secondo Laband, la migliore possibile, perché consentiva allo Stato di continuare a vivere, perché tra una *Verwaltung* puntualmente adempiente ai propri compiti, ed uno Stato paralizzato dallo scontro tra le contrastanti ideologie politiche, non v'è dubbio che si debba scegliere la prima soluzione.

Anche la scienza giuridica deve scegliere in questo senso, cessando di pensare all'ordinamento di diritto pubblico come ad una tavola di valori storico-politici, integrabile con riflessioni della più disparata natura. Dal conflitto costituzionale è emersa, vittoriosa, una dimensione 'obbiettiva' del potere politico, una sua struttura fondamentale non più discutibile, da concepirsi essa medesima come « Rechtsordnung », e mentre le « Gesetze können lückenhaft sein, die Rechtsordnung selbst aber kann ebenso wenig eine Lücke haben, wie die Ordnung der Natur » ⁽²⁶⁴⁾.

Che la Costituzione prussiana contenesse una lacuna a proposito della legge di bilancio, è indubitabile, ma Laband sostiene che tale lacuna, come anche altre che in futuro possano venire alla luce, è integrabile attraverso « logischen Operationen » ⁽²⁶⁵⁾, laddove 'logico' deve essere inteso in antitesi a 'politico', nel senso di ragionamento deduttivo, che si pone all'interno delle strutture date, della presente configurazione del potere statale, senza far ricorso ad ideali 'politici', che attengano ad aspirazioni da realizzare in un futuro più o meno prossimo: alla dimensione 'giuridica' ed 'obbiettiva' della *Verwaltung* corrisponde il metodo 'puro' della scienza giuridica labandiana.

Se, a questo punto, ci volgiamo indietro a considerare tutto lo sviluppo della *Staatslehre* tedesca, possiamo comprendere quanto questo saggio del '71 rappresenti, nel suo complesso, un deciso

⁽²⁶³⁾ *Ibid.*, p. 77.

⁽²⁶⁴⁾ *Ibid.*, p. 75.

⁽²⁶⁵⁾ *Ibid.*, p. 76.

momento di rottura, ma anche, nello stesso tempo, il prodotto ultimo di quel medesimo sviluppo.

Prima di tutto, la chiara delimitazione degli interessi della scienza di diritto pubblico nei confini, netti e precisi, della *Verwaltung* ⁽²⁶⁶⁾, e la conseguente espulsione nel campo della 'politica' di tutta la problematica attinente ai nessi tra Stato e società civile (rappresentatività delle assemblee elettive, diritti politici, partiti ed associazioni) è, senza dubbio, frutto di tutto lo sviluppo storico dell'Ottocento, ivi compreso il ruolo del movimento liberale.

Non si era forse quest'ultimo preoccupato soprattutto di sfuggire ad ogni sospetto di 'tradimento' nei confronti delle istituzioni monarchiche, di adesione alle teorie di sovranità popolare? E non aveva il medesimo movimento liberale, con ciò stesso, resa problematica, e difficilmente definibile, la posizione della rappresentanza popolare? ⁽²⁶⁷⁾ Nel momento in cui viene a costituirsi la

⁽²⁶⁶⁾ Nel senso — come abbiamo visto — di attività dello *Staatsoberhaupt* composto dal Monarca e dai suoi funzionari, nel quale rientra anche la rappresentanza popolare, ma solo in quanto rinunzi ad autonome pretese di sovranità.

⁽²⁶⁷⁾ Ricordiamo che timidissime furono le proposte, da parte della *Staatslehre* liberale, per una forma, seppur molto mediata, di Governo Parlamentare. Da tener presente, a questo proposito, la vicenda di Robert von Mohl, il quale sembrò muoversi in questa direzione in un articolo del 1846, intitolato *Über die verschiedene Auffassung des repräsentativen Systems in England, Frankreich und Deutschland*, poi inserito in *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, cit., I, pp. 33 e ss.; ma che in seguito abbandonò questa via nella seconda edizione, del 1872, della sua *Enzyklopädie der Staatswissenschaften*, cit., pp. 362 e ss. Del resto, già negli anni Sessanta, era ormai opinione corrente nell'organicismo liberale che le rappresentanze popolari non avessero alcun « Condominium an der Souveranität », alla « Staatsherrschaft » (SCHULZE, *Über Princip*, cit., pp. 446-447, che può qui essere ricordato a mò d'esempio). Infine, è estremamente significativo il fatto che quell'Heinrich Albert Zachariae, che più volte è stato ricordato in questo lavoro, e che si era distinto nel corso del conflitto costituzionale prussiano per la sua ferma opposizione a Bismarck, recensendo il saggio labandiano del 1871 (in *Göttingische gelehrte Anzeigen*, 1871, Stück 10, pp. 361 e ss.), ne accettò l'impostazione e le conclusioni, come pure la concreta esclusione della rappresentanza popolare dalla *Staatsherrschaft*, limitandosi a contestare il procedere esclusivamente logico-giuridico di Laband, e richiamando alla necessità di interpretare la Costituzione dal punto di vista storico (*ibid.*, p. 367): ma, ormai, siamo a livello di 'residui' di una concezione già superata e battuta.

concreta struttura politica del *Reich*, la rappresentanza popolare non possiede alcun titolo, che possa legittimare il suo ingresso nella *Staatsgewalt*, nell'autentica sfera di decisionalità politica, proprio perché, di fronte alla capacità delle forze tradizionali — la Corona, la burocrazia — di gestire la situazione, essa rappresenta poco più che la realizzazione di un astratto ideale costituzionale, privo di efficaci sostegni nelle rivendicazioni della società civile.

È proprio da questa caratteristica carenza di peso politico della *Volkvertretung* e dei partiti liberali che nasce la possibilità stessa di pensare un sistema come quello di Laband, di programmare una definitiva liquidazione di ogni funzione critica della rappresentanza popolare, al fine di conseguire una nozione di Stato interamente calcolabile in termini logico-giuridici. È dalle debolezze, ormai secolari, della politica costituzionale liberale, che nasce lo Stato 'giuridico' di Laband.

In secondo luogo, con lo stesso Laband, giunge al suo apice quel primato della scienza giuridica, che aveva avuto la sua iniziale elaborazione con le note tesi di Savigny ⁽²⁶⁸⁾. A partire dal momento nel quale il Maestro della Scuola Storica aveva indicato nella *Rechtswissenschaft* la forza storica capace di dirigere la riorganizzazione del presente, si era venuta a creare, nella scienza giuridica tedesca, una consapevolezza tutta particolare della centralità del proprio ruolo. Tale centralità aveva vissuto la propria fase 'eroica' con la straordinaria figura di Gerber, che, negli anni Cinquanta e Sessanta, seppe veramente fare della scienza giuridica la scienza sociale per eccellenza, l'unica capace di riflettere sui grandi mutamenti in corso, sull'avanzata della società industriale, come anche sul processo di costruzione di un potere politico unitario ed accentrato ⁽²⁶⁹⁾.

Tale centralità giunge, infine, con Laband, al suo apice, al suo momento di più alto splendore, esce dalla dimensione del dibattito scientifico, e si ufficializza: la teoria dello Stato bismarckiano di fine secolo è una teoria giuridica. Di questa linea di continuità, fatta di punti di debolezza — della teoria e della prassi politica

⁽²⁶⁸⁾ Vedi *supra*, capitolo primo, paragrafo primo.

⁽²⁶⁹⁾ Su di lui, vedi *supra*, capitolo secondo, paragrafo secondo, e capitolo terzo, paragrafi terzo e quarto.

liberale —, e di punti di forza — della scienza giuridica da Savigny in poi —, Laband è il prodotto ultimo e ne rappresenta l'apice, ma anche, inevitabilmente, l'inizio della parabola discendente.

In questo saggio labandiano del '71, per la prima volta, un giurista inserito nella tradizione cui anche Savigny e Gerber appartenevano, educato a credere all'infallibilità degli strumenti dogmatici, alla loro indefinita capacità di sussumere e spiegare qualsiasi fenomeno sociale e politico, si piega a rappresentare l'antitesi politica-diritto come netta separazione tra il mondo delle aspirazioni da realizzare in futuro, ed il mondo del concretamente già esistente.

In questa seconda sfera agisce la scienza giuridica, nel caso della giuspubblicistica tutta dentro i confini delle strutture statuali esistenti, nella forma in cui esse si sono affermate nel corso del conflitto costituzionale prussiano, e, soprattutto, così come adesso esse medesime si configurano con la formazione del *Reich*. Mentre alla base del lavoro dogmatico di Savigny e di Gerber stavano due progetti, nell'ambito dei quali, seppur in senso diverso, la scienza giuridica doveva giocare un ruolo attivo ed espansivo, con Laband il giurista si pone dei confini sempre più angusti, sempre più diviene tecnico dell'esistente.

Tutto il mondo di contrastanti interessi, posto al di fuori delle analisi del giuspubblicista, è destinato a crescere, a mettere in crisi la 'purezza' di quel modello statale, cui il Laband del '71 aveva indissolubilmente legato le sorti della scienza giuridica. Così, a partire dalla metà degli anni Settanta, la progressiva ascesa del metodo e del modello labandiano si intreccia continuamente con sintomi sempre più evidenti d'imbarazzo, e di ripensamento, fino a sboccare nella contraddittoria *Allgemeine Staatslehre* di Georg Jellinek, significativamente datata 1900, a cavallo tra i due secoli: ma questo è nient'altro che il tema della parte conclusiva del nostro lavoro.



CAPITOLO QUARTO

VERSO IL NUOVO SECOLO: LA SCIENZA DI DIRITTO PUBBLICO TRA CERTEZZE DOGMATICHE E RIPENSAMENTI CRITICI

Premessa. — I. Otto von Gierke giuspubblicista: l'intervento del 1874. — II. Da Gerber a Laband. — III. Il successo del diritto pubblico labandiano. — IV. La critica alla scienza dominante: Otto von Gierke. — V. La critica alla scienza dominante: Albert Hänel. — VI. Il ripensamento della scienza dominante: Georg Jellinek.

Premessa. Se ripercorriamo tutto l'itinerario che dal *Beruf* di Savigny conduce fino al saggio di Laband del 1871, esaminato in conclusione del precedente capitolo, ci accorgiamo che l'irresistibile ascesa della scienza giuridica è accompagnata dai progressivi fallimenti delle altre *Geisteswissenschaften*.

Da una parte, i tempi delle grandi sintesi filosofiche, dei Kant e degli Hegel, sono definitivamente trascorsi, e, al di là dei fumosi tentativi di rinvenire artificiose linee di continuità ⁽¹⁾, si deve prendere atto del tramonto della figura del filosofo quale intellettuale-principe, possessore degli strumenti più elevati di conoscenza della totalità del processo storico ⁽²⁾; nè, d'altra parte, da questa crisi del primato della filosofia, che era già iniziata negli anni

(1) È il caso dell'indagine di H. KIESEWETTER, *Von Hegel zu Hitler. Eine Analyse der hegelschen Machtstaatsideologie und der politischen Wirkungsgeschichte des Rechtshegelianismus*, Hamburg, 1974, tutta condotta sul filo sospeso dell'ideologia dello Stato-potenza, senza alcuna verifica di continuità dall'interno del processo storico.

(2) Gli allievi di Hegel sono sempre più estromessi dal dibattito di fine secolo, e solo la scuola neo-kantiana di Marburg, specialmente con l'opera di Lange e di Cohen, tenta di riagganciare la filosofia allo *status* di teoria politico-sociale: cfr. LÜBBE, *Politische Philosophie in Deutschland*, cit., pp. 89 e ss., spec. pp. 91-125.

Cinquanta con il brusco richiamo alla ' realtà ' sociale e politica (3), nasce una teoria sociale, una scienza della società, che possa aspirare a succedere a quel primato.

La vicenda personale di Lorenz von Stein è, in questo senso, esemplare: entrato in crisi di fronte alla sua appartenenza alle ' due scuole ' — come lui stesso diceva, riferendosi all'hegelismo ed alla Scuola Storica di Savigny —, quindi, in definitiva, al suo duplice *status* intellettuale di giurista e di filosofo, postosi nell'ottica di un rinnovamento da conseguire in nome di una diretta operatività della riflessione scientifica, per la costruzione di una scienza sociale, che sapesse fornire soluzioni immediate per il presente (4), nel giro di un decennio, già alla metà degli anni Cinquanta, la sua carica alternativa si è spenta, la sua proposta per la costituzione di un'autonoma *Gesellschaftslehre* viene facilmente battuta dalla dominante cultura politico-giuridica (5).

È appunto in questo vuoto di riflessione politica e sociale, che si inserisce il disegno di crescente primato della scienza giuridica.

Così era stato per Savigny e per la Scuola Storica nei confronti del liberalismo del *Vormärz*, così era stato per Gerber, che costruì il suo sistema di diritto pubblico solo quando ritenne che fosse giunta a conclusione quella che lui definiva l'età della ' politica ', così sarà anche per la teoria giuridica di Laband nel contesto del *Reich* fondato nel 1871.

L'assolutezza delle formule dogmatiche labandiane corrispondeva ad un clima culturale e politico, nel quale non trovavano più spazio i ripensamenti globali del sistema. L'aria che si respira a partire dagli anni Settanta è « *primär unpolitisch* » (6), favorevole ad una progressiva emarginazione delle contraddizioni sociali e politiche, alla costruzione di un'isola, nell'ambito della quale regni la razionalità dei burocrati e dei tecnocrati, posta al di sopra dei partiti e dei loro contrasti.

(3) Vedi *supra*, capitolo secondo, paragrafo primo.

(4) Vedi *supra*, capitolo primo, paragrafo terzo.

(5) Vedi *supra*, capitolo secondo, paragrafo terzo.

(6) LÜBBE, *Politische Philosophie*, cit., p. 88; più avanti, Lübbecke parla di « *Depotenzierung der Politik* » (p. 157), e di tendenza « *zur Entpolitisierung* » (p. 168).

La sicura ascesa del metodo giuridico di Laband, fino al trionfo degli anni Ottanta (7), era principalmente determinata dal fatto che quel metodo corrispondeva al clima politico e culturale di quegli anni, forniva soluzioni funzionali a questo grande progetto di 'pacificazione' nazionale, alimentava la convinzione che la Germania fosse giunta ad un ideale punto d'arrivo, nel quale istituzioni politiche salde ed efficienti, non più preda di contrastanti ideali, si accompagnavano ad un ordinato sviluppo economico.

Se dal punto di vista della realizzazione politica, questo progetto è ben presto destinato a fare i conti con le tensioni sociali derivanti dalla crisi economica del '73 (8), dal punto di vista teorico, della nascente egemonia del metodo giuridico labandiano, era ben difficile, dopo i fallimenti della speculazione filosofica, della scienza sociale, della teoria politica liberale, intravedere una possibile voce contraddittoria.

C'era ancora un'ultima possibilità: che questa voce critica nascesse dall'interno della stessa scienza giuridica, e così fu con Otto von Gierke.

I. È proprio alla fine degli anni Sessanta, e, soprattutto, nel corso degli anni Settanta, che compare sulla scena del dibattito scientifico la figura di Otto von Gierke (9), che il senso e le finalità della sua opera vanno progressivamente chiarendosi.

(7) Questo processo sarà descritto nel corso del presente capitolo.

(8) Anche questo punto sarà oggetto di successiva indagine, nel corso di questo capitolo.

(9) Otto von Gierke (1841-1921) è, alla fine degli anni Sessanta, allievo di Georg von Beseler all'Università di Berlino; la sua Dissertazione del 1860, *De debitis feudalis*, è scritta sotto la diretta influenza del Maestro germanista e torna sui temi dell'antitesi tra diritto romano e diritto nazionale, tra *Juristenrecht* e *Volksrecht*. Dopo gli studi Universitari, Gierke intraprende la carriera di magistrato, ma nel frattempo matura già la sua opera fondamentale, il celebre *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, del quale esce a Berlino, nel 1868, il primo volume, significativamente dedicato al Maestro Beseler, ed intitolato *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*. Il volume gli frutta la chiamata all'Università di Breslau, dove inizia la sua carriera accademica, che lo condurrà ad Heidelberg, e, infine, a Berlino a partire dal 1887. Per queste notizie biografiche, rinviamo all'ampio saggio di E. WOLF, *Otto von Gierke*, in *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1963⁴, pp. 669-712. Per quanto riguarda la letteratura sull'opera di

Nei primi due volumi del celebre *Das deutsche Genossenschaftsrecht* ⁽¹⁰⁾ abbiamo molto di più di un'indagine storica sulle antiche comunità germaniche. Appare infatti subito chiaro che l'intento dell'Autore non è meramente storico-giuridico, ma che egli cerca, proprio tramite la ricerca storica, di porre le fondamenta per un radicale rinnovamento della dottrina tedesca dello Stato. A questo fine, Gierke si serve soprattutto degli strumenti che gli furono offerti dal suo Maestro Georg von Beseler, ma li riutilizza prescindendo dal loro originario significato.

Diciamo subito che questo mutamento di rotta avviene nel senso ben preciso del passaggio dal diritto privato al pubblico, o, meglio, estendendo l'uso del vecchio strumentario beseleriano in questo secondo campo. Mentre nelle polemiche degli anni Quaranta tra i giuristi della Scuola Storica ⁽¹¹⁾, germanisti come Beseler utilizzavano l'idea di *Genossenschaft* esclusivamente a livello privatistico, con Gierke avviene questo mutamento di piano, e la tradizione delle antiche comunità germaniche viene ad essere studiata anche dal diverso punto di vista della teoria e dell'organizzazione del potere politico.

Certo, anche questa non era una novità nel panorama della scienza giuridica tedesca, poiché, in fondo, tutta l'analisi di Gierke mirava a dimostrare come la storia delle istituzioni tedesche convergesse verso la realizzazione di quella medesima personalità statale organica, intesa come conciliazione di signoria e di comunità, di unità e libertà, di Monarchia e rappresentanze popolari, che era

Gierke, al vecchio saggio di H. KRUPA, *Otto von Gierke und die Probleme der Rechtsphilosophie*, Breslau, 1940, rist., Darmstadt, 1969, si è finalmente affiancato un nuovo contributo, realizzato da A. JANSSEN, *Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, Göttingen, Frankfurt am Main e Zürich, 1974. Altri lavori saranno citati nel corso dell'analisi. È doveroso notare subito che non esiste alcuna indagine specifica sul Gierke giuspubblicista, verso cui è rivolta particolarmente la nostra attenzione: a questo proposito, possiamo solo rinviare ad alcune osservazioni di G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein 'Juristensozialismus' Otto von Gierkes?*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4 (1974-1975), T. I, pp. 339-345.

⁽¹⁰⁾ Il secondo volume è intitolato *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, Berlino, 1873. Tutta l'opera è stata recentemente ristampata (Graz, 1954).

⁽¹¹⁾ Vedi *supra*, capitolo primo, paragrafo quarto.

stata al centro di tutta la riflessione del liberalismo organicista tedesco del *Vormärz*, fino poi ad Hermann Schulze, ed alla sua decisa opposizione alle tesi gerberiane dei *Grundzüge* (12). Sotto questo profilo, Gierke non fa altro che costituire un saldo fondamento di analisi storica a questi vecchi ideali della *Staatslehre* liberale tedesca, indicando nello Stato costituzionale monarchico-liberale il punto di arrivo ultimo di una storia continuamente dibattuta tra i due principii di *Herrschaft* e di *Genossenschaft*, l'ideale momento di sintesi tra *Anstalt* e *Verein*, tra istituzione ed associazione, tra le due necessarie, e contrastanti, componenti dello Stato (13).

Eppure, la collocazione di Gierke alla fine della schiera dei Maestri organicisti di diritto pubblico degli anni Cinquanta e Sessanta, in assoluta continuità con il loro pensiero, risulta del tutto insoddisfacente.

Secondo questa interpretazione — che mette in luce il fatto, peraltro indubitabile, che Gierke non creò, alla fine del secolo, alcuna scuola e che le sue tesi furono totalmente sconfitte dall'assoluta dominanza del metodo giuridico labandiano —, l'allievo di Georg von Beseler sarebbe l'ultimo epigono della *Staatslehre* liberale del *Nachmärz*, stanco ripetitore di formule sempre più logore, inevitabilmente destinato alla sconfitta (14). L'opera di Gierke, secondo questa storiografia, finisce per essere quasi un residuo 'culturale', il prodotto di una tradizione di pensiero ormai intrinse-

(12) Vedi *supra*, capitolo terzo, paragrafo quinto.

(13) Questo è il tipo di lettura dell'opera di Gierke, che è stato compiuta anche da BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale tedesca*, cit., pp. 182-210. Del resto, i primi due volumi del *Das Deutsche Genossenschaftsrecht* sono pieni di riferimenti in questo senso: a puro titolo esemplificativo, indichiamo le pp. 822-843 del primo volume, e le pp. 829-976 del secondo. Anche il rapporto con Beseler si muove in questa direzione, poiché la teoria beseleriana della recezione del diritto romano attraverso un ristretto ceto di giuristi, e contro il diritto popolare germanico, è qui ripresa proprio nel senso dei concetti di *Anstalt* e *Genossenschaft*: è appunto il primo, unilateralmente inteso, che è visto come artificioso innesto del diritto straniero nelle tradizioni germaniche: per la critica alla recezione del diritto romano cfr. *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., vol. II, pp. 21-24; per l'identificazione di diritto straniero e idea di Stato come autoritaria *Anstalt*, *ibidem*, I, 976.

(14) È questa la tesi di BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale*, cit., pp. 187-189 e 210.

camente svincolata dalla comprensione della concreta dinamica storica, condannata sempre più alla dimensione dell'indagine erudita.

A nostro avviso, questo modo di leggere Gierke deriva da una sopravvalutazione del suo 'germanismo', della sua filiazione intellettuale da Beseler.

Sono, questi, elementi che non si possono negare, che noi stessi già in parte abbiamo posto in rilievo e che lo stesso Gierke continuerà a riproporre fino alla fine del secolo ed oltre ⁽¹⁵⁾. Il problema, però, è quello di non arrestare l'analisi a questo punto e di non cedere alla facile tentazione di dipingere Gierke come ultimo interprete di un germanismo sempre meno attuale ⁽¹⁶⁾, cercando, invece, di cogliere come quelle vecchie polemiche e quel vecchio bagaglio politico-culturale vengano rivissuti alla luce della nuova situazione storica.

⁽¹⁵⁾ Basterà qui ricordare quanto Gierke scriveva nel 1889, commemorando la morte del suo Maestro Beseler, a proposito del valore, per lui ancora attuale, del contrasto romanismo-germanismo: GIERKE, *Georg von Beseler*, in *ZSS-GA*, 10 (1889), pp. 1 e ss. (cfr. spec. pp. 9 e ss. sull'importanza del celebre *Volksrecht und Juristenrecht* beseleriano del '43). Ancora nel 1903 Gierke torna sul tema, con un discorso tenuto all'Università di Berlino, intitolato *Die historische Rechtsschule und die Germanisten* (ora in *Drei kleine Abhandlungen*, Aalen, 1973), dove Gerber viene definito colui che ha tentato di uccidere « die deutsche Seele im deutschen Recht » (p. 27) e dove si ha un'assoluta identificazione tra diritto romano e conservazione politica, tra diritto germanico e liberalismo (spec. p. 26), quasi come si fosse ancora negli anni Quaranta, ai tempi delle celebri Assemblee dei Germanisti. Ed addirittura nel 1911, recensendo la *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* di Stintzing e Landsberg (in *ZSS-GA*, 32 (1911), pp. 358 e ss.), Gierke coglie l'occasione per riesaminare ancora una volta la storia della scienza giuridica tedesca come lotta di principii tra germanismo e romanismo, e scaglia l'ennesimo attacco a Gerber, di nuovo adoperando la sua figura come esempio negativo di giurista, che niente aveva creato nel campo del diritto privato; mentre lo stesso principio della personalità giuridica dello Stato — per ciò che riguarda il settore del diritto pubblico — non deve affatto essere attribuito all'Autore dei *Grundzüge*, ma ad Albrecht, cioè ad un 'vero' germanista, che prima di lui lo aveva formulato (p. 359): si ha veramente l'impressione di una polemica assurdamente retrodatata, al di fuori del concreto flusso storico.

⁽¹⁶⁾ È l'errore che ci sembra presente anche nell'analisi di von OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., p. 142, e p. 218, dove, proprio isolando il saggio del 1903 riportato alla nota precedente, si giunge a svalutare tutto il complesso dell'opera di Gierke.

Perché questo è il punto decisivo: mentre l'organicismo da Bluntschli a Hermann Schulze rappresenta la dottrina liberale dello Stato nell'età della fondazione del *Reich* — dalla mancata rivoluzione del '48 al nodo storico del '66 — Gierke è al di là di questo spazio temporale, è, cioè, come Laband, teorico di un potere politico *esistente*, ossia del *Reich* bismarckiano.

Come abbiamo visto, il 1866 è l'anno decisivo, non solo per il liberalismo tedesco e per la costruzione dell'unità nazionale (17), ma anche per la stessa *Staatslehre*, grazie alla pubblicazione dei *Grundzüge* di Gerber ed al dibattito che ne scaturì.

Da quest'ultimo punto di vista, abbiamo già rilevato come anche il critico più accorto delle tesi gerberiane, quell'Hermann Schulze che più degli altri tentò di scardinare dall'interno il sistema scientifico dei *Grundzüge*, abbia poi, proprio di fronte agli avvenimenti del '66, esplicitamente rinunciato alla costruzione in positivo di un sistema alternativo (18). Per lui, come per tutto il liberalismo della *Reichsgründungszeit*, le soluzioni che in quegli anni si maturano — a partire dalla conclusione del conflitto costituzionale prussiano e dalla fondazione della Lega degli Stati del Nord —, prima ancora di essere politicamente antiliberali, erano soprattutto *antigiuridiche*, derivando dall'idea di poter forzare la situazione esistente mediante l'uso del potere politico sulla realtà storica, con un totale abbandono del terreno della crescita organica di diritto, istituzioni, tradizione culturale. Sono lori, i vari Zachariae, Bluntschli, Schulze, gli uomini destinati al silenzio scientifico, all'incapacità d'incidere politicamente sulle strutture del costituendo, e poi già costituito, *Reich*, proprio perché non riusciranno mai ad uscire dalle sempre più sterili contrapposizioni di 'potenza' e 'diritto', di 'arbitrio' e 'storia' (19).

Su un piano del tutto diverso deve essere collocata l'opera di Gierke, il quale viene a formare il nucleo centrale del suo pensiero quando *già* la svolta del '66 si è compiuta. Mentre uomini

(17) Per il conflitto costituzionale prussiano, e per i suoi esiti, vedi *supra*, capitolo terzo, paragrafo secondo.

(18) Vedi *supra*, capitolo terzo, paragrafo quinto.

(19) Della loro sorte, abbiamo già discusso nel capitolo terzo, paragrafo quinto, spec. alle note 236 e 237.

come Zachariae e Bluntschli intendevano soprattutto *giudicare* gli avvenimenti, capire fino a qual punto le soluzioni che si prospettavano erano conformi alla lunga tradizione storica, che essi ritenevano di impersonare, per il giovane Gierke si pone subito il problema di una *nuova* opposizione, del *come* si potesse costruire un'alternativa.

Dunque, se da una parte è indubitabile il fatto che Gierke si ispira al suo maestro Beseler, e, per ciò che riguarda più specificamente il diritto pubblico, al costituzionalismo organicista del *Nachmärz*, è però altrettanto vero che egli comprende subito, a differenza degli altri *Staatsrechtslehrer* liberali, che il processo storico apertosi con la svolta del '66 e la costituzione del *Reich* è da valutare e criticare non in quanto più o meno conforme al 'diritto' ed alla 'storia', ma in quanto veicolo di concrete soluzioni politiche insoddisfacenti per il movimento liberale.

È su queste basi, con questa carica interiore, che Gierke affronta, appena concluso il secondo volume del suo *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, il tema della teoria dello Stato e della scienza di diritto pubblico, dedicando, nel 1874, un apposito saggio alle 'nuove' teorie formulate nel campo dello *Staatsrecht*, in sostanza alle tematiche ed ai problemi sollevati dai *Grundzüge* gerberiani ⁽²⁰⁾.

È già di per sé notevole il fatto che l'allievo di Beseler avverta, nel 1874, come esigenza primaria, quella di verificare i risultati della sua indagine storica a livello di teoria dello Stato, ma ancor più significativa è la sua valutazione delle ipotesi scientifiche di Gerber e dei suoi seguaci.

Da questo punto di vista, tutto il saggio vive di una particolare tensione interna. Se, da una parte, Gierke tiene a collocare sé medesimo al termine della tradizione germanistica di Beseler,

⁽²⁰⁾ O. von GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1874, Quaderni I e II, ora in *Drei kleine Abhandlungen*, cit., da dove citeremo. Da notare che Gierke critica solo indirettamente l'opera di Gerber, attraverso due volumi di minore importanza, del tutto ripetitivi delle soluzioni dei *Grundzüge*; nel corso della nostra analisi, preferiamo parlare del contrasto Gierke-Gerber, poiché il dibattito è tra due impostazioni generali, tra due personalità.

Bluntschli e Schulze ⁽²¹⁾, dall'altra egli si mostra fortissimamente attratto dalla tecnica dogmatica di Gerber; pur definendo l'organicismo « die herrschende Staatslehre » ⁽²²⁾, è poi proprio lui a predire un brillante avvenire alle tesi gerberiane ⁽²³⁾.

E, infatti, se noi leggiamo quanto Gierke scrive, fin dall'inizio del saggio, sulla situazione della scienza di diritto pubblico, sembra di avere di fronte una pagina dei *Grundzüge* di Gerber. Merita riportare il brano per esteso: « Gerade das Staatsrecht entbehrt am meisten einer anerkannten Methode juristischer Behandlung. Bis vor Kurzem überwog hier eine lediglich pragmatische Behandlungsweise. Die Staatsrechtswissenschaft hatte sich von der Staatsphilosophie einerseits und von der Staatsgeschichte andererseits innerlich kaum emancipiert; sie machte kaum den Versuch, ein in sich einheitliches System selbständiger Rechtsbegriffe aus dem überreichen Stoff herauszuschälen. Man philosophierte über Grund, Wesen und Zweck des Staates, versäumte aber die feste juristische Formulierung seines Begriffes. Man stellte eingehend die öffentliche Rechtsverhältnisse dar, vernachlässigte aber ihre juristische Analyse » ⁽²⁴⁾.

Certo, come già abbiamo visto, anche Hermann Schulze aveva cercato di trasferire il dibattito organicismo-positivismo sul piano del confronto tra due tesi scientifiche, tra due sistemi, ma nessun organicista prima di Gierke aveva mai concluso un suo saggio, auspicando, nei seguenti termini, un lavoro dogmatico, che possa « aus dem gährenden Chaos der aus den Tiefen der organischen Staatsanschauung quellenden Ideen die plastischen und durchsichtigen Gebilde klarer juristischer Begriffe herauszukristallisieren » ⁽²⁵⁾.

⁽²¹⁾ *Ibid.*, pp. 65-66.

⁽²²⁾ *Ibid.*, p. 13.

⁽²³⁾ *Ibid.*, p. 19: « Schon sind, seitdem vor allem Gerber der bezeichnete Richtung Bahn gebrochen hat, nicht wenige Schriften mit gleichartiger Tendenz erschienen. Und es lässt sich unschwer voraussehen, dass in der nächsten Zukunft diese Richtung an Terrain gewinnen wird ». È da notare che, alla data del 1874, la tendenza metodologica inaugurata da Gerber aveva prodotto di notevole solo il saggio di Laband sul *Budgetrecht* (vedi *supra*, capitolo terzo, paragrafo quinto), il quale, però, è del tutto ignorato da Gierke.

⁽²⁴⁾ *Ibid.*, pp. 15-16.

⁽²⁵⁾ *Ibid.*, p. 132.

Anzi, la sottolineatura, da parte di Gierke, della necessità di una dogmatica giuridica nel campo dello *Staatsrecht* è così forte, così ricorrente in tutto il saggio, da far quasi pensare ad un assorbimento della germanistica — rappresentata dall'allievo di Beseler — nel filone del positivismo gerberiano.

Non è così, ma ciò che impedisce questo processo di assimilazione non è certo il fatto che Gerber possa rappresentare l'antico nemico 'romanista' ⁽²⁶⁾, ma, piuttosto, il tipo di reazione che questi aveva operato nei confronti del 'filosofismo' della precedente *Staatslehre* tedesca.

Insomma, Gerber aveva capito che era giunto il momento di rinnovare la metodologia delle scienze dello Stato, ma non lo aveva fatto nella direzione giusta. Più in particolare, l'Autore dei *Grundzüge* aveva compreso che non ci si poteva più accontentare di una mera descrizione dello Stato quale complesso di valori etico-giuridici e storico-politici e che si doveva porre il problema della personalità giuridica dello Stato ⁽²⁷⁾, ma la risposta che aveva dato era scientificamente debole. Le ragioni di questa debolezza andavano ricercate, secondo Gierke, nella lunga estraneità della scienza giuridica al problema dello Stato, nella ancora troppo recente — e travagliata — nascita di una vera e propria scienza di diritto pubblico.

Gerber rappresenta, in definitiva, una *prima*, quasi necessariamente confusa, reazione alla precedente fase della dottrina. Egli si è mosso nella quasi totale assenza di una tradizione di riflessione scientifica dei giuristi sullo Stato, e, in questa situazione, si è appoggiato alle uniche certezze dogmatiche esistenti, quelle di diritto privato: « *begnügte man sich mit einer mageren Anleihe beim Privatrecht* » ⁽²⁸⁾.

È proprio a questo 'prestito' degli strumenti dogmatici dal diritto privato al pubblico che Gierke si oppone. Il momento cen-

⁽²⁶⁾ Anche qui abbiamo una chiara smentita di quelle interpretazioni di Gierke (cfr. *supra*, questo paragrafo), che lo riducono ad epigono di vecchie, ed anacronistiche, battaglie. In tutto il saggio, mai una volta costituisce elemento determinante nel giudizio di Gierke su Gerber il fatto che quest'ultimo abbia 'ucciso' l'antico diritto nazionale.

⁽²⁷⁾ *Ibid.*, p. 18.

⁽²⁸⁾ *Ibid.*, p. 16.

trale di scontro è ancora una volta costituito dall'idea di personalità giuridica dello Stato. Riportiamo subito, in sintetica formulazione, il pensiero di Gierke a questo riguardo: « Der Begriff einer rechtlichen Organisation und eines Verfassungsrechts ist dem Staatsrecht mit jedem Körperschaftsrecht gemein, dagegen im Privatrecht ohne jede Analogie » (29). Adoperando una terminologia forse più gerberiana, che non propria di Gierke, potremmo dire che il principio giuridico basilare della scienza di diritto pubblico non è quello di personalità giuridica (sul modello privatistico), ma di *Körperschaft*. Qui l'intenzione di Gierke è chiara, e consiste nel tentativo di colpire il cuore, il centro, del sistema scientifico di Gerber (30).

Secondo l'allievo di Beseler, l'Autore dei *Grundzüge* aveva commesso il suo errore principale proprio nell'attribuire la personalità giuridica allo Stato in senso privatistico. Infatti, la persona di diritto privato è riferita ad un singolo individuo quale « Mittelpunkt einer für sich abgeschlossenen und nach aussen hin durchaus in sich selbst beruhenden Herrschaftssphäre » (31); conseguentemente, il sistema di diritto privato riguarda « die Ordnung äusserer Beziehungen zwischen isolierten Personen » (32).

Ora, questo è il punto: si adatta questo schema alla realtà del diritto pubblico? Risponde esso alle domande basilari: cosa è lo Stato? Per quali procedimenti una collettività di individui giunge ad esprimere una volontà generale, a riconoscersi in un apparato istituzionale, cui sono attribuiti determinati compiti?

È qui che il brillante schema gerberiano crolla, poiché, alla domanda che cosa è lo Stato, si può con esso rispondere affermando che è una persona giuridica, e che è tale in quanto centro di attribuzione di diritti e di doveri, ma all'altra domanda, che

(29) *Ibid.*, p. 123.

(30) Anche qui Gierke mostra di aver inteso la costruzione gerberiana molto di più del vecchio organicismo, compreso quell'Hermann Schulze che aveva certo criticato l'attendibilità scientifica dei *Grundzüge*, ma su un punto periferico rispetto a quello della personalità giuridica dello Stato, cioè sulla figura del cittadino quale *Gegenstand* della *Staatsgewalt*: di fronte alle sue argomentazioni, Gerber aveva avuto buon gioco nel replicare (vedi *supra*, capitolo terzo, paragrafo quinto).

(31) *Ibid.*, p. 115.

(32) *Ibid.*, pp. 80-81.

sorge spontanea, perché tali facoltà giuridiche gli sono imputate, si può solo rispondere che ciò avviene in quanto lo Stato è una persona giuridica, cioè tornando al punto di partenza ⁽³³⁾.

La verità, secondo Gierke, è che nel sistema gerberiano i concetti si spiegano l'uno con l'altro, ma nessuno di loro è capace di spiegare lo Stato, e la sua storica esistenza. L'unico passo avanti che la scienza di diritto pubblico ha compiuto con i *Grundzüge* è dato dall'affermazione che lo Stato è una persona, ma, a questo punto, solo la teoria organicistica può spiegare come questa persona venga in concreto a costruirsi, come in concreto essa viva. È, infatti, solo sbarazzandosi dell'idea privatistica del diritto quale rapporto giuridico tra due individualità in sé conchiusa e definite, solo ricorrendo all'idea di una comunità organica di individui, che si acquisisce la giusta prospettiva per comprendere *come* la soggettività giuridica dello Stato venga a crearsi, per comprendere quelle che Gierke medesimo chiamava « die innere Merkmale der Persönlichkeit » ⁽³⁴⁾.

In altre parole, mentre il sistema di diritto privato *presuppone* l'individuo, e regola la sua attività verso l'esterno, il problema-base del diritto pubblico è proprio quello di *costruire* il soggetto; e tutti i rapporti giuridici, che nel suo ambito si realizzano, si pongono *dentro* il soggetto medesimo. Affermare, puramente e semplicemente, che lo Stato è un soggetto giuridico significa saltare a piè pari tutta la problematica di fondo della scienza di diritto pubblico, sostituendovi « ein technisches Werkzeug für die juristische Konstruktion » ⁽³⁵⁾.

È a questo punto che inizia la parte costruttiva del discorso di Gierke, nella quale egli si differenzia nettamente da tutta la precedente organicistica. Il suo concetto di organismo non si limita a costituire un polemico punto di riferimento contro le teorie e la metodologia del positivismo gerberiano, ma vuole essere l'idea ispiratrice di una vera e propria costruzione scientifica. Gierke ritiene indubbiamente di essere l'ultimo anello di una catena che si era sviluppata per tutto il secolo attraverso la rifles-

⁽³³⁾ *Ibid.*, p. 79.

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, p. 80.

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, p. 21.

sione di uomini come Georg von Beseler, Bluntschli, Hermann Schulze, ma, altrettanto fermamente, pensa che proprio con lui debba iniziare una vera scienza dello Stato, una vera giuspubblicistica ispirata agli ideali del liberalismo germanista.

Nella formulazione della sua ipotesi scientifica, Gierke parte ancora una volta dalla storia, indicando due grandi periodi, l'età antico-medievale, nella quale si era avuto un predominio schiacciante della collettività sull'individuo, un assorbimento totale del secondo nella prima, e l'età moderna, nella quale sempre più si sono affermate le concezioni individualistiche, che tendono a ridurre lo Stato a puro e semplice mezzo per la soddisfazione dei bisogni del singolo ⁽³⁶⁾. È chiaro che Gierke non poteva accettare nessuno dei due modelli, non il primo perché avrebbe significato affidare i diritti individuali *in toto* allo strapotere dello Stato, non il secondo, nel quale egli vedeva l'opposto pericolo di uno sfrenato individualismo, tradizionalmente foriero di dissoluzione sociale per quella linea di pensiero organicista, alla quale egli apparteneva.

Dunque, il compito del presente non può essere altro che di mediazione, e spetta proprio « der modernen deutschen Staatsrechtswissenschaft » ⁽³⁷⁾. Il punto di vista dal quale partire deve essere quello dello Stato quale « volle Realität und einheitliche Wesenheit » ⁽³⁸⁾; così come l'individuo, ed alla pari di esso, sono altrettanto reali le varie comunità umane, dalla famiglia fino allo Stato ⁽³⁹⁾. Questa caratteristica di ' realtà ' viene fornita proprio dal « Verhältniss von Allgemeinheit und Besonderheit » ⁽⁴⁰⁾, che riscontriamo in tutte le collettività, ivi compreso lo Stato.

Per meglio spiegare il pensiero di Gierke: come è reale e tangibile l'espressione di volontà di un singolo individuo, che, nell'ambito del diritto privato, compie un atto di disposizione dei propri beni, così è altrettanto reale e tangibile la volontà di più indivi-

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, pp. 82-92.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, p. 92: qui il discorso di Gierke assume un tono programmatico, di appello alla giuspubblicistica tedesca.

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, p. 93.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, pp. 94-96.

⁽⁴⁰⁾ *Ibid.*, p. 115.

dui, che intendono fondare, mutare, o sciogliere, una determinata collettività.

Di fronte a Gerber, che coglieva nel diritto esclusivamente un insieme di rapporti di volontà, Gierke risponde affermativamente, ma aggiunge che tali rapporti non si identificano e non si esauriscono in quelli privatistici, che, accanto alla *Willensbindung* di diritto privato, esiste la *Willensorganisation* di diritto pubblico, cioè l'espressione di volontà di più individui, costituita da più *Einzelakten*, ma che, contemporaneamente, è anche *Gesammtakt*, perchè è atto di fondazione, mutazione, o scioglimento, di una collettività composta da più soggetti ⁽⁴¹⁾.

Il singolo non si cancella mai totalmente nell'ambito di una comunità, e neppure nello Stato ⁽⁴²⁾, e la sua volontà diventa giuridicamente rilevante per il diritto pubblico solo in quanto contribuisca alla formazione della *Gesamtpersönlichkeit*: « Jede gesunde Systematik vielmehr wird hier von einem eigenen, im Privatrecht gar nicht vorhandenen Gedanken, von dem rechtlichen Aufbau eines Gemeinwesens aus Einzelwesen, ausgehen müssen » ⁽⁴³⁾.

Così, Gierke giunge all'individuazione del principio-base di tutta la costruzione giuridica del diritto pubblico: la *Körperschaft*. Il concetto « einer rechtlichen Organisation und folgeweise eines Verfassungsrechts ist wieder dem Staatsrecht mit jeder Körperschaft gemein », nel senso che il problema-base è quello di « rechtlich normieren » il processo organico, il quale, a partire da singole individualità, a loro volta « rechtlich anerkannte und äusserlich kenntliche Willenskörperungen », conduce « zur Einheit des Willens und der That » ⁽⁴⁴⁾.

Alla domanda, alla quale Gerber non poteva rispondere — *che cosa* sia lo Stato — Gierke cerca di rispondere proprio mettendosi dal punto di vista della *Körperschaft*, dei procedimenti attraverso i quali si forma una personalità collettiva a partire da singole individualità. Solo dal *Körperschaftsrecht* può venir dedotta una

⁽⁴¹⁾ *Ibid.*, pp. 116-117; i corsivi sono di Gierke.

⁽⁴²⁾ Gierke insiste a lungo su questo aspetto: a mò d'esempio. cfr. p. 99.

⁽⁴³⁾ *Ibid.*, p. 131: è la conclusione del saggio.

⁽⁴⁴⁾ *Ibid.*, pp. 123-124.

teoria giuridica dello Stato, proprio perché solo esso ha il suo fulcro nel rapporto tra individuo e collettività, tra personalità individuale e *Gesammpersönlichkeit*.

Solo una volta acquisita questa prospettiva si possono porre i veri problemi del diritto pubblico.

E, in primo luogo, il problema del rapporto tra Stato e cittadino: quale teoria giuridica si può applicare al fenomeno dello *Staatsbürger* e della sua « aktive Mitgliedschaft im Staatskörper », se non quella della corporazione, l'unica che consenta di riconoscere al cittadino una sua attiva individualità, contemporaneamente collocandola all'interno della totalità dello Stato? Al di fuori di questa prospettiva, nell'ambito di un rapporto tra due individualità separate ed in sé conchiuse, come nel caso del modello privatistico, si finisce per giungere inevitabilmente, o ad una unilaterale dominazione da parte dello Stato, o ad una sua riduzione a mero punto di riferimento per contrastanti espressioni di volontà individuale ⁽⁴⁵⁾.

Lo stesso deve dirsi per la teoria dell'organo, ora che le funzioni dello Stato sono divenute così vaste, da rendergli necessaria una gran quantità di soggetti agenti in suo nome. Anche qui, le teorie privatistiche manifestano la loro incapacità, giacché non riescono a spiegare queste realtà con gli istituti della rappresentanza e del mandato, che suppongono due distinte individualità separate: l'organo, invece, ne ha sì una propria, ma in quanto esprime la personalità collettiva, in quanto è *Glied* di essa medesima ⁽⁴⁶⁾.

A questo punto, il discorso di Gierke s'interrompe. Egli non ci fornisce alcuna completa dogmatica di diritto pubblico, ed anche quanto abbiamo detto circa la posizione giuridica del cittadino, e degli organi dello Stato, è esposto più a titolo dimostrativo ed esemplificativo, che non con la reale intenzione di fissare una vera e propria dogmatica giuspubblicistica.

Del resto, non poteva essere che così, poiché tutto il tono dello scritto è programmatico, tende ad indicare delle linee, più

⁽⁴⁵⁾ *Ibid.*, pp. 119-120. Lo stesso deve dirsi delle varie *Verbände*, di diversa natura, e del loro collegamento con lo Stato: qui Gierke parla di « Personenvielfheit » (p. 118).

⁽⁴⁶⁾ *Ibid.*, p. 125.

che a fissare dei principii. Il suo scopo era solo quello di dimostrare che non è possibile costruire una scienza di diritto pubblico partendo dall'idea privatistica di personalità giuridica e che a tal fine è necessario scegliere il punto d'avvio nel concetto di *Körperschaft*.

L'operazione, che Gerber aveva compiuto, di ricacciare il concetto di organismo nel mondo della 'natura', in opposizione alla considerazione 'giuridica' dello Stato in quanto persona, è qui decisamente respinta: « Die organische Staatsauffassung ist überhaupt, soweit sie ins Staatsrecht gehört, keine metaphysische oder naturwissenschaftliche Hypothese, sondern sie drückt einen ganz bestimmten staatsrechtlichen Grundgedanken aus » (47). Questo il senso più profondo dell'intervento di Gierke nel 1874: la concezione organicistica dello Stato non deve essere tagliata fuori dal dibattito scientifico in quanto inadatta a fornire criteri per l'organizzazione giuridica del potere politico, in quanto derivata dal mondo della 'natura'.

È in questa misura che il saggio del '74 ha un senso eminentemente *politico*: Gierke avverte nettamente che le tesi di Gerber stanno divenendo dominanti perché si pongono, di fronte alle concrete esigenze del *Reich* bismarckiano, come le uniche capaci di fornire strumenti adeguati d'interpretazione e concrete soluzioni, e tenta un grande rilancio dell'organicismo liberale, proprio sotto il profilo della sua credibilità scientifica, della sua capacità di fornire un modello per l'organizzazione del potere politico. Il movimento liberale non deve, né adattarsi passivamente alla situazione, né criticare dall'esterno, pontificando sui diritti della 'storia', ma concretamente proporre alternative. È questa tensione verso il presente che sorregge la proposta fondamentale del saggio gierkiano del '74, la proposta di una scienza di diritto pubblico orientata dal principio di *Körperschaft*.

Di fronte ad un Laband, che proponeva d'identificare il diritto pubblico con la struttura e l'attività della *Staatsgewalt*, abbiamo un Gierke, che colloca il diritto pubblico in tutte le realtà, nelle quali vi sia un rapporto ed una dinamica tra particolare e generale, in cui vi siano dei singoli soggetti che esprimono una

(47) *Ibid.*, p. 74.

Willensorganisation. Dalle comunità più semplici fino allo Stato abbiamo molteplici *Körperschaften*: lo *Staatsrecht* è solo una parte del diritto pubblico, o, meglio, lo *Staatsrecht* è solo una parte del *Körperschaftsrecht*, del diritto che regola la dinamica tra contributo individuale e personalità collettiva, dovunque essa storicamente si realizzi (48).

Questa la grande novità rappresentata da Gierke rispetto al vecchio organicismo: accanto al diritto privato non si pone solo, genericamente, un complesso di valori etico-giuridici e storico-politici, patrimonio di tutta la collettività, ma un vero e proprio *diritto* pubblico, che deve avere una *sua* scienza ed una *sua* dogmatica.

Questo passaggio operato da Gierke si può capire solo uscendo fuori dalla logica interpretativa della sua opera come ultimo residuo del germanismo ottocentesco, solo collocandola all'interno del suo contesto storico, che è quello del *Reich* bismarckiano, delle soluzioni politiche che si stavano prospettando. Sulla possibilità del discorso di Gierke di svilupparsi, di passare dall'indicazione metodologica alla costruzione scientifica, alla delineaazione del concreto modello di organizzazione del potere politico, saranno gli sviluppi degli anni successivi a decidere.

II. Quando Gierke poneva il problema del diritto pubblico quale sistema organico di rapporti giuridici tra personalità collettiva ed individuale, tra Stato e cittadino, tra Stato e comunità minori, tra quest'ultime ed il singolo in esse collocato, sicuramente pensava al rapporto tra le strutture del *Reich* ed il tessuto sociale nel quale esso si era costituito (49).

(48) *Ibid.*, pp. 99-100.

(49) Anche qui, non possiamo essere d'accordo con Ernst Wolfgang Böckenförde, *La storiografia costituzionale*, cit., pp. 186-187, quando liquida la figura di Gierke, ponendola 'al di là' della moderna separazione di Stato e società, tutta dentro la « tradizione dell'antica vita politica tedesca e dei suoi unitari ordinamenti comunitari », tutta « nell'ambito del liberalismo organico ». Che quest'ultime fossero le matrici culturali di Gierke è indubbio, ma la domanda che Böckenförde non si pone è la seguente: sono esse stancamente ripetute, o non diventano, piuttosto, attiva arma di critica contro una certa situazione storica? Gierke è giunto troppo tardi, quando il mondo delle sue *Genossenschaften* era già tramontato? O troppo

La convinzione di Gierke di poter rilanciare l'organicismo liberale, di poter, anzi, compiere il decisivo balzo in avanti, fornendo finalmente un vero e proprio *modello*, giuridicamente definito e formalizzato, non appariva del tutto infondata all'inizio degli anni Settanta.

Anche i rapporti politici non erano dei più sfavorevoli; in questo periodo, fino al 1877, si può dire che Bismarck governò in collaborazione con il *Reichstag*, e con la maggioranza liberale che vi dominava, procedendo ad una serie di riforme d'interesse generale, come l'unificazione della moneta (1871), la creazione della banca centrale (1875), la riconduzione ad unità dei tribunali e delle disposizioni procedurali (1877) ⁽⁵⁰⁾. Certo, il gruppo dominante era quello dei *Nationalliberalen*, da sempre disposti ad accantonare la questione del Governo parlamentare in nome delle 'superiori' esigenze di carattere nazionale, ma non per questo

presto, in una fase storica nella quale il potere politico centrale aveva ancora la presunzione di costituire l'unico punto di riferimento della collettività? Non 'cappiva' la separazione di Stato e società, o aveva già capito quanto fosse insostenibile? Solo nel confronto delle sue teorie con la totalità del processo storico è possibile ricercare la risposta, mentre, rimanendo a livello di formule (organicismo, separazione di Stato e società), è fin troppo facile dipingerlo come l'inguaribile romantico, adoratore delle antiche libertà germaniche.

⁽⁵⁰⁾ Per questo periodo 1871-1877, come pure per tutto lo sviluppo fino alla fine del secolo, indichiamo, come testi storici generali, lo *Handbuch der europäischen Geschichte*, a cura di T. SCHIEDER, volume sesto, Stuttgart, 1968, nella parte curata da K. E. BORN, *Deutschland als Kaiserreich (1871-1918)*, pp. 197-224, e lo *Handbuch der deutschen Geschichte*, a cura di B. GEBHARDT, vol. 3°, *Von der französischen Revolution bis zum ersten Weltkrieg*, Stuttgart, 1970⁹ (ed realizzata da H. GRUNDMANN), nella parte curata da K. E. BORN, *Von der Reichsgründung bis zum ersten Weltkrieg*, pp. 224-376, che ha ripreso, in forma più ampia, il precedente saggio. A queste due opere generali, è da aggiungere il volume *Reichsgründung 1870-1871. Tatsachen, Kontroversen, Interpretationen*, a cura di T. SCHIEDER e E. DEUERLEIN, Stuttgart, 1970, per quegli articoli che in seguito saranno citati. Sul piano della storia costituzionale, indichiamo ancora HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., vol. 3°, pp. 703 e ss. sulla Costituzione del 1871 e gli organi del *Reich*, e vol. 4°, per intero, dalla fondazione del *Reich* alla fine del secolo; come studio specifico, è poi da ricordare il volume di M. STÜRMER, *Regierung und Reichstag im Bismarckstaat 1871-1880*, Düsseldorf, 1974. Utili anche le due antologie, curate da K. EPSTEIN, *Vom Kaiserreich zum Dritten Reich*, Frankfurt am Main, Berlin e Wien, 1972, pp. 15-166, e da G. A. RITTER, *Das Deutsche Kaiserreich 1871-1914. Ein historisches Lesebuch*, Göttingen, 1975.

la situazione appariva del tutto chiusa ad ulteriori sviluppi, anche a livello istituzionale.

Il problema di fondo rimaneva, al di là dei contingenti accordi politici, ed era sempre il medesimo che si era aperto con il decollo industriale degli anni Cinquanta: quello della discrepanza tra una società civile sempre più evoluta ed un apparato di potere, che niente voleva mettere in discussione delle vecchie strutture. Sotto questo profilo, l'accordo tra Bismarck ed i partiti liberali era una sorta di pace armata: al di là delle dichiarazioni di fede e di unità nazionale, i fatti stessi spingevano ad affrontare il problema fondamentale — troppo a lungo eluso — della mediazione tra istituzioni e realtà sociale. In un Paese nel quale, nonostante gli ancora perduranti residui del vecchio ordine sociale, si avevano ormai regioni, come la *Ruhr* ed il *Sachsen*, di vero e proprio capitalismo industriale ⁽⁵¹⁾, nel quale stava facendo il suo ingresso, in forma politica organizzata, il movimento operaio ⁽⁵²⁾, non si poteva più a lungo sfuggire alla fondamentale alternativa tra un modello nel quale permanesse intatta la vecchia struttura di potere, rinnovandosi solo gli strumenti d'intervento, la capacità tecnico-burocratica di gestione delle dinamiche sociali di qualità nuova, ed un altro modello, nell'ambito del quale il compito di mediazione degli interessi sociali con le strutture politiche fosse gestito dai partiti e dalle associazioni dei produttori, con una conseguente, ed inevitabile, messa in discussione del vecchio assetto istituzionale.

È nel contesto di una situazione del genere, tutt'altro che definita e pacificata, che devono essere collocate riflessioni come

⁽⁵¹⁾ La fondazione del *Reich* avviene in un periodo di favorevole congiuntura economica, di ascesa del processo d'industrializzazione: cfr. BÖHME, *Deutschlands Weg zur Grossmacht*, cit., pp. 267-340, e WEHLER, *Das deutsche Kaiserreich 1871-1918*, cit., pp. 41 e ss. Non bisogna, però, d'altra parte, pensare ad una prevalenza dell'industria sull'agricoltura, che costituisce invece ancora la maggiore fonte di occupazione: vedi BÖHME, *Prolegomena zu einer Sozial- und Wirtschaftsgeschichte Deutschlands*, cit., pp. 80 e ss.

⁽⁵²⁾ Nel 1875, a Gotha, viene fondata la *Sozialistische Arbeiterpartei Deutschlands*, riunificando l'*Allgemeiner Deutscher Arbeiterverein*, fondato da Lassalle nel 1863, e la *Sozialdemokratische Arbeiterpartei*, fondata da Liebknecht e Bebel ad Eisenach nel 1869.

quella gierkiana del 1874: dal punto di vista della scienza giuridica, criticare la delimitazione del diritto pubblico alla *Staatsgewalt*, criticare la funzione del giuspubblicista quale tecnico di strutture 'obbiettive' e già date, significava indicare una funzione più ampia dello strumento giuridico, una sua capacità di normazione della realtà sociale più vasta di quella risultante dall'atto di autorità della *Staatsgewalt*. In altre parole, tutto ciò significava, inevitabilmente, schierarsi contro la soluzione dello Stato 'forte', collocato al di sopra di tutte le spinte provenienti dalla società civile, legittimo unicamente perché capace di gestirle dall'alto, per tentare, invece, un grande progetto d'integrazione delle nuove energie sociali, proprio tramite il diritto, nelle istituzioni. Come questo, in concreto, potesse avvenire, lo avrebbe potuto chiarire solo un ulteriore sviluppo della riflessione gierkiana, solo un'effettiva messa a punto di quel progetto, in altre parole, solo la vera e propria costruzione del sistema di diritto pubblico.

Tutto ciò non è mai avvenuto: quel progetto era stato appena intuito, che già cadevano i presupposti minimi necessari per la sua realizzazione. Tra questi presupposti, il principale era, senza dubbio, quello di un ordinato progresso economico, graduale e costante, tale da consentire la formazione di un saldo tessuto sociale, nonché l'ampliamento della fascia di cittadini interessati al buon funzionamento delle istituzioni, ad esse non estranei; soprattutto la formazione di una media e piccola borghesia produttiva, moderatamente riformista, che si potesse porre quale nucleo essenziale della vita dei partiti politici, ideale anello di congiunzione anche in funzione integrativa del movimento operaio (53).

(53) Si può comprendere quanto ampia fosse la spaccatura esistente tra un apparato di potere, che negli anni Settanta si identificava con le strutture della vecchia Prussia reazionaria (Bismarck; il monarca, che, a norma della Costituzione, era il re di Prussia; l'esercito, che per due terzi era quello prussiano; la burocrazia), ed un movimento operaio, che, nel '71, dichiarava col Bebel la sua solidarietà alla Comune di Parigi: per adoperare un'espressione assai cara a Bismarck, i socialisti erano veramente i primi tra i *Reichsfeinde*. L'unico legame esistente di tipo istituzionale era quello delle elezioni, ma l'introduzione nel 1871 del suffragio diretto ed universale non deve essere sopravvalutata: in primo luogo, essa fu direttamente voluta da Bismarck a fini tattici, e non conquistata da un movimento di opposizione, in secondo luogo, a testimonianza dell'estraneità delle grandi masse rispetto

A troncane la possibilità di uno sviluppo in questo senso si abbattè, violentemente, la crisi economica, che proprio nel '73 ebbe inizio, coinvolgendo tutti i settori della vita produttiva ⁽⁵⁴⁾. Il primo effetto della crisi, quello macroscopicamente più evidente, fu l'avvio di un inarrestabile processo di concentrazione d'interessi, sia in campo industriale che agrario ⁽⁵⁵⁾. Sotto la parola d'ordine 'Schutz der nationalen Arbeit', i grandi monopoli chiedevano misure di politica sociale, e, soprattutto, una svolta in senso protezionistico. Inizia qui, parallelamente, quel fenomeno, di vaste proporzioni nella società tedesca, che è stato acutamente definito di 'Diskreditierung des Liberalismus' ⁽⁵⁶⁾. In effetti, il

al potere politico, è da tener presente che solo la metà degli aventi diritto al voto partecipò alle elezioni del 1871. Su questi problemi, vedi il saggio di CONZE e GROH, *Die Arbeiterbewegung in der nationalen Bewegung*, cit., spec. pp. 114 e ss., per il rapporto tra le strutture del Reich ed il partito socialista.

⁽⁵⁴⁾ Il testo fondamentale su questo tema è quello di H. ROSENBERG, *Grosse Depression und Bismarckzeit*, Berlin, 1976², spec. pp. 58 e ss., che ha avuto il merito di avviare l'indagine sugli effetti della crisi a livello delle strutture dello Stato e del loro ruolo: è questa la prospettiva che a noi interessa, perché coinvolge anche la teoria dello Stato e la scienza di diritto pubblico. Non ci possiamo invece soffermare sulle cause della crisi, la cui analisi appartiene esclusivamente al campo della storia economica. È da ricordare, comunque, che un influsso certamente lo ebbe, sul piano interno, l'improvvisa disponibilità di capitale conseguente al pagamento dei danni di guerra da parte della Francia; ciò che procurò l'avvio di un processo inflattivo, con la creazione di una grande quantità di società per azioni senza solida base finanziaria; non a caso, la crisi iniziò con i crolli in Borsa a Berlino e a Vienna, ed il conseguente fallimento delle società private che ancora gestivano i due terzi della rete ferroviaria tedesca. La crisi ha comunque una struttura più complessa di quella attinente al dissesto finanziario, e può essere spiegata solo a livello internazionale: su questo rinviamo ancora ad H. ROSENBERG, *Wirtschaftskonjunktur, Gesellschaft und Politik im Mitteleuropa 1873-1896*, in *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, cit., pp. 225-254.

⁽⁵⁵⁾ Nel 1876, quasi contemporaneamente, vengono fondati il *Centralverband deutscher Industrieller*, che raggruppa gli interessi della grande borghesia produttiva e dell'alta finanza, e la *Vereinigung der Steuer- und Wirtschaftsreformer*, che comprende gli interessi dei latifondisti e dei grandi imprenditori agrari: su questo processo di concentrazione di interessi, vedi BÖHME, *Deutschlands Weg zur Grossmacht*, cit., pp. 341-420.

⁽⁵⁶⁾ ROSENBERG, *Grosse Depression und Bismarckzeit*, cit., pp. 62 e ss. Sulla specifica fase politica, vedi l'articolo di H. A. WINKLER, *Vom linken zum rechten Nationalismus. Der deutsche Liberalismus in der Krise von 1878-1879*, in *Geschichte und Gesellschaft. Zeitschrift für historische Sozialwissenschaft*, 4.I (1978), pp. 5-28.

movimento liberale, ancora gravemente carente sul piano dell'organizzazione di partito, non riusciva ad inserirsi nelle dirompenti dinamiche sociali che si stavano sviluppando; incapace di una concreta controproposta — specialmente nella sua ala sinistra, che meno dei *Nationalliberalen* aveva rinunciato ad una progressiva modernizzazione delle strutture istituzionali — esso continuava a seguire la strategia degli anni Cinquanta, difendendo la vecchia politica economica liberistica, ed affidandosi totalmente ad uno sviluppo delle forze produttive in questo senso.

Ed, invece, è proprio in questi anni, dal '73 al '78, che si realizza progressivamente la saldatura diretta tra gli interessi della grande borghesia industriale, degli agrari, del capitale finanziario, ed i vertici del vecchio apparato di potere, saltando la mediazione dei partiti liberali. Il nascente *Grossbürgertum* tedesco, quello dei Krupp, dei Thyssen, dei Siemens, degli Hansemann, non ha bisogno di alcun 'liberalismo' per portare avanti i propri interessi, ma contratta direttamente con i vertici amministrativi, con la burocrazia bismarckiana. Il Parlamento si riduce sempre più a raggruppamento d'interessi economici, mediabile al proprio interno da parte del Governo ⁽⁵⁷⁾, mentre la vecchia opposizione

(57) Esiste, ormai, una chiara analisi storiografica in questo senso, che mostra come la 'economicizzazione' dei partiti politici negli anni Settanta e seguenti non sia altro che la seconda faccia della loro organica debolezza: è proprio in ragione dell'incapacità del liberalismo del *Vormärz* — e dei successivi anni Cinquanta e Sessanta — di legarsi saldamente all'ascesa dei nuovi interessi economici, che tali interessi si manifestano poi autonomamente negli anni Settanta, che le *Interessenverbände* prendono il sopravvento sui partiti politici nell'organizzazione della società civile, riducendo i secondi a puri esecutori delle loro volontà, 'economicizzandoli'. Su questo problema, ricordiamo il volume di T. NIPPERDEY, *Die Organisation der deutschen Parteien vor 1918*, Düsseldorf, 1971, e, dello stesso autore, l'articolo *Interessenverbände und Parteien in Deutschland vor dem ersten Weltkrieg*, in *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, cit., pp. 369-388; J. J. SHEEHAN, *Politische Führung im deutschen Reichstag 1871-1918*, in *Deutsche Parteien vor 1918*, cit., pp. 81-99; W. ZORN, *Wirtschafts- und sozialgeschichtliche Zusammenhänge der deutschen Reichsgründungszeit (1850-1879)*, e K. E. BORN, *Der soziale und wirtschaftliche Strukturwandel Deutschlands am Ende des 19. Jahrhunderts*, entrambi in *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, cit., pp. 254-270, e 271-284 rispettivamente; W. FISCHER, *Staatsverwaltung und Interessenverbände im Deutschen Reich 1871-1914*, in *Interessenverbände in Deutschland*, a cura di H. J. VARAIN, Köln, 1973, pp. 139-161; e, infine, i contributi di T. SCHIEDER, *Die Krise des bürgerlichen Li-*

liberale è sempre più emarginata; è lo stesso Bismarck, in un suo celebre discorso del 1878, a scagliarsi contro i Professori di diritto, i filosofi, gli intellettuali, la 'humanistische Neigung' tradizionalmente dominante nelle Camere, e a chiedere esplicitamente che i nuovi eletti siano soprattutto uomini direttamente collegati al ciclo produttivo (58). È il tentativo ultimo — del tutto coerente con lo sviluppo anteriore, apertosi con il conflitto costituzionale prussiano (59) — di ridurre il problema del rinnovamento delle istituzioni a problema di 'filosofia politica', del tutto avulso dall'ascesa dei nuovi rapporti di produzione. Si tentava, così, di risolvere la questione, apertasi con gli anni Cinquanta, della conciliabilità del vecchio apparato di potere con la nuova realtà sociale, assorbendo quest'ultima nel primo.

Questo progetto ha il suo culmine alla fine degli anni Settanta, con le elezioni del 1878 ed il ritorno sulla scena politica del partito conservatore, che rappresentava gli interessi dei grandi agrari. Con essi, e con una parte dei *Nationalliberalen*, più direttamente legati ai grandi monopoli industriali e finanziari, Bismarck fonda una nuova alleanza di governo, estromettendo i vecchi collaboratori (60). Come si può constatare, quando si parla di 'assorbimento' della società civile nello Stato, lo si deve intendere, concretamente, come legame diretto tra le vecchie istituzioni e le grandi centrali del potere economico, e non certo come progressiva integrazione di tutto il tessuto sociale. Al contrario, proprio la svolta del '78-'79 segna l'aprirsi di una grave spaccatura nel

beralismus, e, inoltre, *Die geschichtlichen Grundlagen und Epochen des deutschen Parteiwesens*, e *Die Theorie der Partei im älteren deutschen Liberalismus*, tutti nella raccolta di saggi dello stesso Autore *Staat und Gesellschaft im Wandel unserer Zeit*, München, 1974³, rispettivamente pp. 58-88, 133-171, e 183-197.

(58) Il discorso è riportato da ROSENBERG, *Grosse Depression und Bismarckzeit*, cit., pp. 125-126.

(59) Vedi *supra*, capitolo terzo, paragrafo secondo.

(60) Questa svolta è stata dettagliatamente descritta da STÜRMER, *Regierung und Reichstag im Bismarckstaat 1871-1880*, cit., pp. 183 e ss.; dello stesso Autore, vedi anche *Konservatismus und Revolution im Bismarcks Politik*, in *Das Kaiserliche Deutschland. Politik und Gesellschaft 1870-1918*, a cura dello stesso STÜRMER, Darmstadt, 1976, pp. 143-167; sulla fragilità della precedente alleanza con i liberali, vedi W. BUSSMANN, *Bismarck: seine Helfer und seine Gegner*, in *Reichsgründung 1870-1871*, cit., pp. 119-147.

Paese tra gli interessi dominanti e grandi fasce di popolazione, di media e piccola borghesia e di proletariato, totalmente escluse dalla gestione della cosa pubblica e dalla stessa vita sociale ⁽⁶¹⁾.

È contro tale tipo di frattura che si appuntava la reazione critica di un pensatore come Gierke; è in questo senso che egli viveva la sua filosofia politica organicistica, è a questa situazione che egli pensava, quando scriveva contro « die Trennung von Staat und Volk », contro « die Absorbierung des Staatsbegriffs durch den Begriff der Obrigkeit und des Volksbegriffs durch den Begriff der Unterthanensumme » ⁽⁶²⁾. La realtà, però — come abbiamo visto —, camminava proprio in quella direzione: essa non richiedeva al giurista di diritto pubblico di conciliare il dato istituzionale con le dinamiche sociali, ma di fornire al primo gli strumenti di dominazione sulle seconde. Al diritto pubblico non spettava il compito di favorire l'integrazione di tutta una serie di soggetti sociali nello Stato; i suoi limiti dovevano, invece, essere rigorosamente fissati all'interno dell'apparato di potere esistente, delle sue caratteristiche, della sua struttura, della sua attività, così come esse si manifestavano. In definitiva, al diritto pubblico non poteva competere una funzione di carattere progettuale; proprio in quest'ultimo senso, quando Laband, nel 1876, pubblica il primo

⁽⁶¹⁾ Basti pensare che sono del 1878 le note *Sozialistengesetze*, con le quali si proibirono tutte le organizzazioni che si riferissero ad ideali socialisti, nonché la diffusione dei loro scritti. Le leggi, emanate in un particolare clima, in conseguenza di due successivi attentati al *Kaiser*, avrebbero dovuto rimanere in vigore solo due anni, ma furono poi prorogate fino al 1890. Questo non impedì, peraltro, la partecipazione dei deputati al Parlamento, poiché furono considerati svincolati dal Partito. Sull'episodio, vedi HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., vol. IV, pp. 1144-1189, e BÖHME, *Deutschlands Weg zur Grossmacht*, cit., pp. 474-586; come lavoro più specifico, è da menzionare la *Doktorschrift* di W. SCHULTZE, *Öffentliches Vereinigungsrecht im Kaiserreich 1871-1908*, Frankfurt am Main, 1973, pp. 143 e ss. Del resto, anche nei confronti del movimento liberale, si respirava un'aria di netta preclusione dopo l'alleanza di Bismarck con il partito conservatore, alleanza sanzionata, in contraddizione con la precedente politica liberistica, dalla riforma finanziaria e doganale del 1879, varata a difesa degli interessi dei grandi monopoli: vedi ancora BÖHME, *op. ult. cit.*, pp. 474-586.

⁽⁶²⁾ O. von GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, cit., pp. 67-68.

volume del suo *Staatsrecht* ⁽⁶³⁾, si capisce subito che *quella* è la dottrina dello Stato adatta alla nuova situazione.

La Prefazione richiama, quasi brutalmente, all'esistenza di un potere politico consolidato, che « *erscheint immer mehr und mehr als eine unabänderliche Tatsache, in welche auch derjenige schicken muss, dem sie unerwünscht ist. Die Verfassung des Reiches ist nicht mehr der Gegenstand des Parteistreites, sondern sie ist die gemeinsame Grundlage für alle Parteien und ihre Kämpfe geworden; dagegen gewinnt das Verständniss dieser Verfassung selbst, die Erkenntniss ihrer Grundprinzipien und der aus den letzteren herzuleitenden Folgesätze und die wissenschaftliche Beherrschung der neu geschaffenen Rechtsbildungen ein immer steigendes Interesse* » ⁽⁶⁴⁾. Il richiamo ai giuristi affinché lavorino esclusivamente all'interno della Costituzione esistente è fin troppo esplicito, ma Laband tiene subito a precisare che, non per questo, essi sono condannati ad una funzione puramente passiva: « *die wissenschaftliche Behandlung des Rechts besteht eben darin, dass sie die Erscheinungen des Rechtslebens nicht nur beschreibt, sondern erklärt und auf allgemeine Begriffe zurückführt* » ⁽⁶⁵⁾.

Come vediamo, già la Prefazione è profondamente ispirata agli insegnamenti di Gerber: non solo la scienza giuridica è vista in contrapposizione alla dinamica politica, vincente nel momento in cui quest'ultima giunge ad uno stato di 'pacificazione', ma, soprattutto, così come Gerber sempre aveva sostenuto, ad essa sono attribuiti compiti, che vanno ben al di là della mera descrizione della normativa vigente.

Eppure, non vi sarebbe niente di più deformante di un'interpretazione, che frettolosamente assimilasse i due giuristi sotto la comune etichetta del 'metodo giuridico'. Il significato di 'giuridico', in pochi anni, dal '65 al '76, è completamente mutato. Tra

⁽⁶³⁾ P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tübingen, 1876. L'opera avrà grande fortuna e diffusione, e se ne avranno ben sette edizioni, delle quali due postume. La data del 1876 si riferisce al primo volume, che, insieme ad alcune parti del secondo, è quello più significativo per lo studio del metodo e delle finalità della scienza di diritto pubblico, nonché per la definizione degli organi del *Reich*; l'opera completa è comunque articolata in quattro volumi, e l'ultimo è del 1882.

⁽⁶⁴⁾ *Ibid.*, p. v.

⁽⁶⁵⁾ *Ibid.*, p. vi.

quelle due date si pone la fondazione del *Reich*, ed è questo il momento di cesura, che vale, non solo per il filone liberal-organicista, come già abbiamo visto per Gierke, ma anche per la linea, che da Savigny, attraverso Gerber, conduce fino a Laband.

Se ritorniamo all'idea centrale del primato della scienza giuridica, così come era stata formulata da Savigny, e recepita dalla *Rechtswissenschaft* fino a Gerber, ci accorgiamo subito che solo in un determinato senso Laband si colloca in quel filone di pensiero. Certo, come subito vedremo, tutti i principii fondamentali del suo *Staatsrecht* sono quelli enunciati da Gerber nel 1865, ma del tutto diversa è la loro utilizzazione. Mentre nei Lineamenti gerberiani abbiamo lo sforzo critico-dogmatico del giurista, che, partendo da una situazione ancora frammentaria e diseguale, propone un tipo di riunificazione, che sia 'scientificamente' condotta, e non orientata secondo i principii 'politici' del movimento liberale, qui la stessa tecnica si applica ad una realtà istituzionale già esistente e consolidata, come lo stesso Laband tiene a sottolineare. Mentre, nel caso di Gerber, adoperare un metodo 'giuridico' significava indicare una via 'giuridica' al processo storico, secondo il senso più profondo degli insegnamenti savigniani, con Laband quel metodo diviene, sempre più, pura e semplice difesa dell'esistente. Mentre i *Grundzüge* del '65 rappresentano qualcosa di più, e di diverso, rispetto ad una risposta alle contingenze politiche del momento; mentre in essi è decisivo l'aspetto del primato della scienza giuridica e della costruzione del sistema, con Laband, nonostante i suoi appelli alla funzione costruttiva della dogmatica, si ha l'inizio della parabola discendente di quel primato, del progressivo adeguarsi dell'intelligenza giuridica al ruolo di mera tecnica dell'apparato di potere.

Già dalle prime pagine dello *Staatsrecht*, si comprende subito come i principii giuridici formulati da Gerber vengano qui passivamente recepiti, adoperati all'esclusivo fine di descrivere la situazione esistente. Il tema della personalità giuridica dello Stato non ha per Laband più alcun senso autonomo a livello di ipotesi scientifica, di centro del sistema di diritto pubblico, ma solo in quanto caratterizzante la dimensione essenziale dello Stato medesimo, che è quella della *Herrschaft* e del *Befehl*: affermare che lo Stato possiede «selbständige Rechtsfähigkeit» serve in quanto si

delineano, così, « *selbständige Herrschaftsrechte* », intesi non come « *Rechte der Mitglieder* », bensì come diritti dello Stato « *über die Mitglieder* » (66). Mentre Gerber aveva ancora bisogno della nozione di *Volk*, dell'idea di Stato quale centro delle forze morali del popolo, proprio al fine di fondare la centralità dello Stato medesimo, ed, in fin dei conti, la stessa sua personalità giuridica (67), invano in Laband cercheremmo una giustificazione di quella centralità: essa c'è già, nei fatti, ed è sufficiente prenderne atto.

Lo stesso deve dirsi di tutti gli altri momenti cruciali del sistema di diritto pubblico. Anche nel caso dei diritti dei cittadini, non troviamo alcuno sforzo di definizione dogmatica del rapporto tra lo Stato ed il singolo individuo come rapporto giuridico. Tutto il dibattito, che si era avuto con la pubblicazione dei *Grundzüge*, circa la collocazione dei cittadini a *Gegenstände* dell'atto di autorità dello Stato (68), è saltato di colpo. Laband non avverte la necessità di proseguire il discorso, di intervenire in favore di Gerber e della 'giuridicità' delle sue soluzioni dogmatiche, ma riprende le sue conclusioni e ce le ripropone *sic et simpliciter*: i diritti dei cittadini sono « *keine Rechte im subjektiven Sinne* », ma solo « *Normen für die Staatsgewalt, welche dieselbe sich selbst gibt* » (69).

Anche sull'altro spinoso problema delle rappresentanze popolari, Laband parte da un'affermazione di Gerber, e così ce la ripropone: « *Das gesamte deutsche Volk hat keine vom deutschen Reiche verschiedene und ihm gegenüber selbständige Persönlichkeit, ist kein Rechtssubjekt und hat juristisch keinen Willen* » (70).

Com'è noto (71), Gerber distingueva nettamente tra 'naturale' e 'giuridico': se dal primo punto di vista il *Volk* fondava lo Stato

(66) *Ibid.*, pp. 57-58.

(67) Su questa utilizzazione delle nozioni organicistiche da parte di Gerber, abbiamo già a lungo insistito analizzando i suoi *Grundzüge*: cfr. *supra*, capitolo terzo, paragrafo quarto. Sulla frattura rappresentata da Laband in questo senso, alcune interessanti riflessioni sono contenute nel lavoro di O. FRÖHLING, *Labands Staatsbegriff. Die anorganische Staatsperson als Konstruktionsmittel der deutschen konstitutionellen Staatslehre*, Marburg, 1967, *passim*.

(68) Vedi *supra*, capitolo terzo, paragrafo quinto.

(69) LABAND, *Staatsrecht*, cit., p. 149.

(70) *Ibid.*, p. 503.

(71) Vedi ancora *supra*, capitolo terzo, paragrafo quarto.

e la sua soggettività, una volta entrati nel terreno della costruzione giuridica, il concetto di 'popolo' perdeva ogni importanza, e si poteva parlare solo della persona giuridica statale e dei rapporti giuridici, che essa instaurava con i singoli cittadini. Anche qui, Laband prende solo la 'coda' del ragionamento di Gerber, quella per lui più interessante, in quanto funzionale alla negazione di soggettività giuridica del *Volk*, e la riporta meccanicamente alla Costituzione esistente.

Discutendo del *Reichstag*, egli inizia subito col parlare di « sogenannten Volksvertretung »: quale rappresentanza si può avere a partire da un soggetto giuridicamente inesistente? ⁽⁷²⁾ È questa la chiave di lettura più giusta, secondo Laband, per interpretare gli articoli 6 e 29 della Costituzione, quando essi parlano, a proposito dei membri del *Reichstag*, di *Vertreter*, adoperando un'espressione, che può essere, a giudizio dello stesso Laband, « irreführende » ⁽⁷³⁾. Gli eletti non possono rappresentare, né gruppi di popolazione, né partiti politici, e neppure la totalità del *Volk*: « Der Reichstag leitet seine Befugnisse nicht aus dem Willen der Wähler, sondern unmittelbar aus der Verfassung und den Gesetzen des Reichs ab » ⁽⁷⁴⁾. La rappresentanza popolare è un organo dello Stato come tutti gli altri, che non riceve alcuna speciale designazione dalle elezioni, che non ha il compito di garantire, in modo « fortlaufend », la partecipazione del popolo « an den Staatsgeschäften des Reiches » ⁽⁷⁵⁾. Il *Volk* si esprime solo con un « einmaligem Akt », costituisce un *mezzo* di designazione, e non una fonte di autorità: il *Reichstag* è *Volksvertretung* solo « mit Rücksicht auf seine Bildung und Zusammensetzung » ⁽⁷⁶⁾.

Ora, se è vero che anche Gerber operò in modo simile per teorizzare la concentrazione di tutta la capacità di *Herrschaft* nel Monarca e nel Governo, con una completa esclusione delle rappresentanze popolari, cui spettava unicamente una funzione di controllo dall'esterno, è però altrettanto vero che nei *Grundzüge* tro-

⁽⁷²⁾ LABAND, *Staatsrecht*, cit., p. 498.

⁽⁷³⁾ *Ibid.*, p. 504.

⁽⁷⁴⁾ *Ibid.*, p. 504.

⁽⁷⁵⁾ *Ibid.*, p. 504.

⁽⁷⁶⁾ *Ibid.*, p. 504.

viamo ancora la consapevolezza della *specificità* della *Volksvertretung* quale organo dello Stato. In Gerber troviamo ancora la convinzione che le Camere debbano « den Antheil des Volkes an der Bestimmung des Staatswillens zur Geltung zu bringen » (77), anche solo mediante quella funzione di controllo, che già abbiamo ricordato.

In Laband, invece, si constata un totale appiattimento, una brutale riduzione di tutta la problematica giuspubblicistica nei confini della Costituzione esistente: « Die philosophisch-historisch-politische Betrachtung mag sich daran halten, dass das ' Volksethos ', der ' lebendige wirkende Nationalgeist ', das ' sittliche Bewusstsein des Volkes ' durch den Reichstag zum Ausdruck kommen; die juristische Bestimmung des Wesens des Reichstages darf nicht durch die irreführende Bezeichnung Volksvertretung beeinflusst worden » (78).

Se torniamo alle pagine iniziali dello *Staatsrecht*, cogliamo, attraverso questa problematica del *Volk*, il senso più profondo della ' giuridicità ' dell'opera labandiana: « die staatsrechtliche Betrachtung muss sich ausschliesslich auf die rechtlich relevanten Vorgänge beschränken. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint aber die Gründung des Norddeutschen Bundes und des deutschen Reiches nicht als eine Tat des deutschen ' Volkes ' (addirittura le virgolette!), sondern als eine Tat der im Jahre 1867 resp. 1870 vorhanden gewesen deutschen Staaten: alle Akte, welche die Errichtung des Bundesstaates herbeiführten, waren Akte dieser Staatspersönlichkeiten » (79).

Come si può vedere, qui non si tratta solo di negare soggettività giuridica al *Volk*: qui si tratta di far coincidere giuridico e statale. Ed era precisamente quest'ultima operazione quella che Gerber si era sempre rifiutato di compiere. Per lui il ' giuridico ' era soprattutto un metodo, un certo modo di concepire la storia, un complesso di strumenti tecnici a sua disposizione: si ragionava

(77) GERBER, *Grundzüge*, cit., p. 130 (frase già citata alla nota 116 del capitolo terzo).

(78) LABAND, *Staatsrecht*, cit., p. 504: le virgolette sono dello stesso Laband.

(79) *Ibid.*, pp. 96-97.

in termini 'giuridici' quando ci si poneva in un certo modo di fronte allo sviluppo storico, adoperando quel metodo.

Questa consapevolezza del proprio specifico ruolo di giurista, questa distanza critico-scientifica dal proprio oggetto di ricerca, vengono a cadere con la fondazione del *Reich* ⁽⁸⁰⁾, e con lo *Staatsrecht* di Laband, per il quale, ormai, 'giuridico' significava semplicemente statale: si ragionava in termini 'giuridici' solo quando si lavorava *dentro* la Costituzione vigente.

Perché questa è l'idea centrale, che torna in tutta l'opera di Laband: la *Verfassung*. Com'è noto, Gerber non era solito adoperare questa espressione, ma dal significato generale del suo lavoro risulta chiaro e netto cosa egli intendesse per Costituzione. È evidente, infatti, che questa non poteva essere nient'altro che il complesso di principii giuridici, che la scienza di diritto pubblico aveva formulato a partire dall'analisi dei molteplici dati storici e normativi presenti ⁽⁸¹⁾. Quest'ultimi potevano mutare, ma non mutava la funzione della scienza giuridica, che avrebbe dovuto di nuovo intervenire per fornire nuove soluzioni, un nuovo sistema di diritto pubblico. Certo, la Costituzione non era per Gerber una sorta di 'invenzione', dogmaticamente costruita a tavolino dai giuristi, poiché quest'ultimi avrebbero dovuto comunque lavorare partendo dalla concreta conoscenza della situazione normativa; però essa non si identificava neppure col diritto positivo vigente, ma, proprio tramite gli strumenti dogmatici, si risolveva in un complesso di *Grundbegriffe*, che, a loro volta, reagivano puntualmente sulle norme di diritto positivo, spiegandole, ed organizzandole in sistema.

A fronte di questa articolata posizione, quel Laband, che — come abbiamo visto — riferiva tutte le sue analisi alla Costituzione vigente, così risponde alla domanda, che egli medesimo si pone, circa la sua più intima natura: « Die Verfassung ist keine mystische Gewalt, welche über dem Staat schwebt, sondern gleich

⁽⁸⁰⁾ Come già abbiamo documentato (capitolo terzo, paragrafo quinto), Gerber abbandona, alla fine degli anni Sessanta, il lavoro scientifico, per dedicarsi esclusivamente alla vita politica: non ci sembra arrischiato avanzare l'ipotesi che egli avesse allora già compreso a quale tipo di 'successione' fosse destinato il suo lavoro scientifico.

⁽⁸¹⁾ È l'operazione che Gerber compie con i *Grundzüge* del 1865.

jedem anderen Gesetz ein Willensakt des Staates und mithin nach dem Willen des Staates veränderlich » ⁽⁸²⁾. Non si può, a questo punto, sfuggire alla impressione — a nostro avviso esatta, e risultante non da questo o da quel brano dello *Staatsrecht*, ma da tutto l'impianto dell'opera — che la *Verfassung* di Laband non sia altro che la mutevole espressione di volontà dello Stato. Con ciò stesso, è decretata la sorte della scienza giuridica, che si riduce alla pura descrizione dei mutamenti normativi via via intervenuti.

Ecco perché dicevamo che Laband può essere considerato solo in un 'certo senso' il continuatore dell'opera di Gerber. Questo 'senso' è dato unicamente dal fatto che lo *Staatsrecht* del '76 non sarebbe mai stato possibile senza la grande costruzione dogmatica gerberiana. È solo a livello di pura *Dogmengeschichte* che i due giuristi stanno in un rapporto di stretta continuità, ma niente di più. Se passiamo, invece, al punto di vista del ruolo che entrambi hanno giocato nel contesto del processo storico, si può affermare che il progetto di Gerber del '65 si scontra proprio con lo *Staatsrecht* di Laband.

Come più volte abbiamo ripetuto, i *Grundzüge* non si possono ridurre alla dimensione del tentativo di favorire questa o quella soluzione politica: il loro senso più profondo è quello di proporre la scienza giuridica quale scienza sociale per eccellenza, capace d'individuare principi, che abbiano forza vincolante nei confronti dello stesso potere politico, di tutta la sua attività verso l'esterno. Alla Costituzione si giunge tramite l'analisi della situazione esistente, tramite l'intelligenza critica del giurista, e non per un atto di volontà unilaterale da parte dello Stato. Proprio per questo, si può affermare che, come Gerber, tradendo Savigny e la sua delimitazione della scienza giuridica nei confini del diritto privato, in verità ne ha continuato la lezione al livello più complessivo del primato del lavoro scientifico del giurista, così, inversamente, Laband, continuando l'uso della dogmatica gerberiana nel diritto pubblico, in verità tradisce il senso più profondo dell'opera dell'Autore dei *Grundzüge*. Il punto di frattura non sta tra il *Volksgeist* di Savigny e lo *Staat* di Gerber e di Laband, ma tra

⁽⁸²⁾ LABAND, *Staatsrecht*, cit., II, p. 38.

il primato della scienza giuridica in Savigny ed in Gerber, ed il primato della volontà statuale in Laband.

Gerber vivrà ancora a lungo, fino al 1891, ma non interverrà più nel dibattito scientifico. Perfettamente inserito nel nuovo clima politico, brillante Ministro dell'Istruzione in Sassonia, gli interessa solo la politica, perché è lì, ormai, che tutto si sta decidendo. Il nostro giurista non era certo uomo da far scienza solo per confermare ciò che altrove già era stato stabilito, ed il suo progetto del '65 era probabilmente, per lui medesimo, un bel sogno da riporre nel cassetto. In tal senso, è anche lui uno sconfitto, alla pari del 'germanista' Gierke.

III. Se torniamo, per un momento, al saggio di Laband del '71 sul *Budgetrecht*, si può ora ben comprendere perché lo stesso Autore lo abbia sempre considerato « den Ausgangspunkt für mein späteres Werk über das Staatsrecht des Deutschen Reiches »⁽⁸³⁾. Il nesso che può essere stabilito in questa direzione è molto più profondo di quello, tutto esteriore, che si percepisce leggendo solo la rispettive Prefazioni del '71 e del '76, attinenti al rifiuto della considerazione 'politica', e sta, invece, *dentro* la costruzione di Laband. Esso concerne quella separazione di legge in senso formale e materiale, che stava al centro della riflessione sul *Budgetrecht*, ma che, contemporaneamente, si poneva ben al di là dell'occasione specifica. Anzi, si può affermare che questa è l'unica vera operazione di dogmatica giuspubblicistica, che Laband compie: quando si giunge allo *Staatsrecht* il quadro è già delineato⁽⁸⁴⁾.

Bisogna infatti tener sempre presente che Laband propose quella distinzione proprio nel momento in cui si veniva a costituire il *Reich*, quando cioè si giungeva a configurare un potere politico centrale in funzione legiferante, a norma di una determinata Costituzione. In questo contesto, staccare l'aspetto formale

(83) LABAND, *Lebenserinnerungen*, cit., p. 63. Abbiamo già analizzato il saggio labandiano del '71: cfr. capitolo terzo, paragrafo quinto.

(84) È inutile qui sottolineare ancora una volta come Gerber, valutando il saggio di Laband sul *Budgetrecht*, abbia mostrato più di una perplessità riguardo ad una troppo netta distinzione tra legge in senso formale e materiale: cfr. *supra*, capitolo terzo, paragrafo quinto, nota 248.

della legge da quello materiale, significava, di fatto, privilegiare il primo sul secondo, significava, soprattutto, ribaltare il senso della riflessione sul 'giuridico' in campo giuspubblicistico. Una legge dello Stato non è fornita del crisma della 'giuridicità' in quanto rifletta l'orientamento prevalente nella collettività su quel determinato oggetto che essa tratta, i valori storicamente consolidati a proposito di quel certo problema, in definitiva in quanto assuma un certo contenuto, ma solo in quanto è stata emanata secondo certe procedure previste dalla Costituzione. Da quest'ultima vengono espulsi, in quanto 'politici', tutti i significati, che tendano a fornire un'idea di Costituzione come riflesso dei principii-base sui quali si fonda la vita di una certa collettività⁽⁸⁵⁾, per ridurla ad un puro e semplice complesso di procedure regolanti l'attività statale.

Così, quando Laband afferma che il *Befehl* dello Stato non è « Despotie », perchè è delimitato da una « Rechtsregel »⁽⁸⁶⁾, bisogna rendersi conto che questa regola giuridica si pone esclusivamente a livello di norma procedurale d'emanazione dell'atto: il *Befehl* diventa legge unicamente sulla base della sua conformità alla procedura stabilita.

Ritorniamo qui al tema degli organi dello Stato e delle loro competenze. Secondo Laband, al centro di tutto il sistema abbiamo lo *Staatsoberhaupt* — composto di Corona, Governo e funzionari —, il quale è titolare della *Staatsgewalt*, nella quale si riunificano tutte le funzioni dello Stato⁽⁸⁷⁾. Tale nucleo fondamentale delle strutture statuali ha bisogno, a norma della Costituzione, del consenso delle Camere su certi determinati tipi di atti (es. il

(85) Sia che tali principii risultino dall'incontro-scontro tra le forze politiche e sociali, sia che ad essi si pervenga tramite l'intelligenza critica e sistematica del giurista, come nel caso dei *Grundzüge* gerberiani.

(86) LABAND, *Staatsrecht*, cit., II, p. 202. Vogliamo qui subito precisare che non disponiamo, a tutt'oggi, di specifiche indagini sulla nozione di legge in Laband: possiamo solo ricordare il lavoro di J. WILHELM, *Die Lehre von Staat und Gesetz bei Paul Laband*, *Diss. jur.*, Köln, 1967, *passim*.

(87) LABAND, *Staatsrecht*, cit., II, pp. 199 e ss.: Laband rifiuta qui anche il dogma della divisione dei poteri, raccogliendo una tradizione della *Staatslehre* tedesca, anche liberale, che vi aveva sempre visto un predominio di fatto del legislativo su tutti gli altri poteri sul modello della tanto deprecata rivoluzione francese.

bilancio), ma — qui è il punto decisivo — non si può ammettere che il *Befehl* dello *Staatsoberhaupt* diventi 'giuridico' grazie alla approvazione delle Camere ⁽⁸⁸⁾. Se da un punto di vista *materiale*, le Camere possono influire sul contenuto degli atti dello Stato ⁽⁸⁹⁾, da un punto di vista *formale*, il *Befehl* è già di per sé 'giuridico', ha la sua legittimazione al proprio stesso interno, rimanendo nei confini esclusivi dello *Staatsoberhaupt*.

Dunque: il 'giuridico' non si identifica genericamente con lo 'Stato', ma, più specificamente, con quel nucleo centrale delle sue strutture, che è costituito dal Monarca, dal Governo e dalla burocrazia. 'Giuridico' è l'atto che proviene da questa fonte e dalla sua autorità, al di là dell'eventuale controllo delle Camere, tanto che, laddove quel controllo non è previsto dalla Costituzione, abbiamo egualmente un'attività giuridica, che è quella autonoma dell'Amministrazione: « *Staatsverwaltung kann man definieren als die freie Thätigkeit der Staatsregierung behufs Durchführung der staatlichen Aufgaben innerhalb der von der Rechtsordnung des Staates gesteckten Grenzen* » ⁽⁹⁰⁾. Non solo la Costituzione è ridotta a complesso di norme procedurali, ma, soprattutto, tali norme si riducono, a loro volta, ad una ed una sola, al principio di autorità, con una totale identificazione tra attività 'giuridica' dello Stato e *Befehl* dello *Staatsoberhaupt*.

Laband si preoccupa così tanto di definire l'assoluta centralità e, soprattutto, l'assoluta autonomia di questi massimi vertici dello Stato da qualsiasi realtà esterna, che finisce, poi, per fornirci figure assai discutibili, che costituiscono la parte certamente più caduca della sua opera.

A titolo di esempio, ricordiamo il noto paragone labandiano tra il *Kaiser* ed il presidente di una società privata, nel quale il nostro giurista finisce inevitabilmente per cadere, dopo che si era

⁽⁸⁸⁾ La tesi era già ben presente nel saggio del '71: cfr. *supra*, capitolo terzo, paragrafo quinto.

⁽⁸⁹⁾ LABAND, *Staatsrecht*, cit., I, p. 505: « *Materiell recht die Zuständigkeit des Reichstages genau ebenso weit wie die Zuständigkeit des Reiches* ».

⁽⁹⁰⁾ *Ibid.*, II, p. 201; il corsivo è nostro. Da notare l'adozione del termine *Rechtsordnung*, accuratamente scelto in luogo di *Gesetzgebung*: torneremo sul tema più avanti, quando parleremo della critica di Albert Hänel a questa parte dell'opera di Laband (cfr., in questo capitolo, il paragrafo quinto).

precluso ogni altra possibilità di definizione. Il 'suo' *Kaiser*, infatti, non solo non poteva essere sovrano assoluto, alla presenza di una Costituzione che lo considerava organo del *Reich* — e, neppure, poteva essere assimilabile alla figura giuridica del Presidente di una Repubblica, poiché sarebbe venuto a cadere l'elemento dinastico ⁽⁹¹⁾ —, ma gli era preclusa anche la possibilità di essere definito sulla base della nota opinione di Gerber in proposito: « Il Monarca è l'organo supremo della volontà dello Stato. La sua volontà deve valere come volontà generale, come volontà dello Stato » ⁽⁹²⁾. Per Laband, infatti, si poneva subito il problema: cosa è questa 'volontà generale', o 'volontà dello Stato'? Il fatto è che Gerber conservava ancora la possibilità di attribuire al Sovrano una sua individualità di diritto pubblico, nel contempo collocandolo nella totalità dello Stato; ciò che non era più possibile a Laband, talmente impegnato a distruggere tutto quello che si trovava al di fuori del nucleo fondamentale dello Stato, da risultare poi incapace a spiegare addirittura quello che si trovava ben dentro ai confini dello stesso *Staatsoberhaupt* ⁽⁹³⁾.

⁽⁹¹⁾ È questo un dilemma che era divenuto consueto nella *Staatslehre* tedesca.

⁽⁹²⁾ GERBER, *Lineamenti*, cit., p. 150.

⁽⁹³⁾ Che questa spiegazione della figura giuridica del *Kaiser* quale presidente di società, sul modello privatistico, fosse un mero espediente, diretto a superare un chiaro imbarazzo definitorio, ce lo dimostra il fatto che lo stesso Laband in seguito la abbandonerà, progressivamente tornando all'idea del *Kaiser* quale « Zentralpunkt der staatlichen Gewalt » (*Staatsrecht*, cit., III, p. 509; citato dalla quinta edizione, Tübingen, 1911-1914). Ma — ciò che è più interessante — questo passaggio non avviene attraverso un ripensamento interno alla dogmatica giuridica, ma mediante il richiamo alle tradizioni storiche della figura del *Kaiser*, al 'simbolo' che egli rappresentava per il *Volk* tedesco: cfr., in proposito, il saggio dello stesso Laband, *Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, I (1907), pp. 14 e ss. La puntigliosa analisi di E. FEHRENBACH, *Wandlungen des deutschen Kaisergedankens*, München und Wien, 1969, ci ha mostrato come, a cavallo tra i due secoli, non sono Laband, ma tutta la scienza di diritto pubblico da lui orientata, compia questa conversione dalla figura del *Kaiser* quale organo dello Stato a quella del *Kaiser* quale 'quasi-monarca', proprio in connessione con la crescita del mito di Guglielmo secondo (vedi spec. pp. 128 e ss.). Ma tant'è: ormai i giuristi non avevano altro che da adeguare le loro analisi alle mutevoli forme del potere politico, e non li poteva frenare neppure l'indubbio imbarazzo, che, come sostenitori del metodo 'puro', certamente dovevano avvertire nel fondare il loro lavoro sui 'diritti storici', e sui 'miti popolari'.

D'altra parte, non erano simili imbarazzi dogmatici e definitivi quelli che potevano frenare l'ascesa del metodo labandiano.

Nel 1882 l'opera di Laband assume la sua forma definitiva, che conserverà in tutte le successive edizioni: da questo momento in poi, tutti i mutamenti che osserviamo si pongono in termini di pura e semplice registrazione delle novità legislative, senza più alcuna ' crisi ', alcun ripensamento sui fondamenti del sistema ⁽⁹⁴⁾. Lo stesso Autore dello *Staatsrecht* riduce la sua attività alla compilazione di questi aggiornamenti, mentre cresce il suo successo personale, e, con esso, crescono i suoi compiti extrascientifici: ci si rivolge alla sua autorità per ottenere pareri legali, ed i suoi clienti sono nobili e proprietari terrieri, imprenditori, banche, società per azioni, governi; si richiede la sua presenza in innumerevoli commissioni nell'ambito della Pubblica Amministrazione; il Governo lo corteggia per inserirlo nelle alte sfere della burocrazia ⁽⁹⁵⁾.

Sul piano scientifico, la sua figura diviene sempre più quella di un capo-scuola, di un organizzatore di consenso, che badava solo ad accrescere successo e notorietà alle proprie ipotesi. Nel 1886 fonda a Freiburg lo *Archiv für öffentliches Recht*, destinato a divenire, ben presto, un riconosciuto organo scientifico, ispirato alla ' pura ' metodologia giuridica; nel 1887 dà alle stampe il primo volume della seconda edizione del suo *Staatsrecht*, con un *Vorwort* addirittura trionfalistico, nel quale si rileva come le linee da lui indicate all'inizio degli anni Settanta siano state seguite da un gran numero di giuristi, anche tra coloro che prima le avversavano, come ora, finalmente, risulti chiaro che nella scienza di diritto pubblico « gibt es kein anderes Mittel als die Logik » ⁽⁹⁶⁾.

Dieci anni dopo, a Berlino, nel 1896, Laband fonda ancora una nuova rivista, quella *Deutsche Juristen-Zeitung*, che si propo-

⁽⁹⁴⁾ Ciò risulta da un confronto che abbiamo compiuto tra la prima edizione e la quinta, del 1911-1914, che è quella più diffusa.

⁽⁹⁵⁾ È Laband stesso che ci fornisce tutti questi particolari, non senza una vena di autocompiacimento, e, soprattutto, senza riflettere sulla domanda che sorge spontanea nel lettore di simili confessioni: quale posto finiva per occupare il suo *Staatsrecht* in tale e tanto turbinio di impegni? Cfr. le *Lebenserinnerungen*, cit., pp. 80 e ss.

⁽⁹⁶⁾ LABAND, *Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tübingen, 1887², vol. I, p. IX.

neva d'impostare un lavoro comune tra tutti i giuristi, compresi i ' pratici ', e scrive l'articolo introduttivo al primo numero, dove si sofferma sui grandi benefici, che i giureconsulti tedeschi trarranno da questo connubio tra teoria e prassi (97).

Quali fossero tali benefici, lo si capì alcuni anni dopo, quando l'infaticabile Laband diede vita allo *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* (98), nel quale le questioni metodologiche, le riflessioni storiche, e, comunque, le discussioni sui fondamenti del sistema scientifico, apparivano sempre più emarginate, sempre più fatto di erudizione da isolare accuratamente in Introduzioni del tutto ininfluenti sulla trattazione dei singoli problemi dogmatici (99).

Se torniamo, ora, ancora una volta, contemplando questa situazione di fine secolo, al tema del primato della scienza giuridica, se ci poniamo di fronte a questi stanchi ed aridi descrittori delle strutture del *Reich*, saremmo tentati a concludere che quel primato è rimasto, in assenza di Codificazione, a livello esclusivamente privatistico, e che il progetto gerberiano di trasferirlo a

(97) L'articolo di Laband è intitolato *Unsere Ziele*. Nella Direzione della Rivista si affiancavano a Laband un giudice ed un avvocato, a testimonianza della sua finalità di fondo.

(98) Tübingen, 1907. Il condirettore è Georg Jellinek, del quale parleremo a fondo in seguito.

(99) Nel primo volume di questo *Jahrbuch* troviamo, accanto al già ricordato saggio di Laband, intitolato *Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung* (pp. 1 e ss.), quella *Entwicklung der Staatsrechtswissenschaft seit 1866* (pp. 47-81) di Philipp Zorn, Professore di *Staatsrecht* in Bonn e fedele allievo di Laband, che costituisce un pò l'unico ripensamento di taglio storico compiuto dalla *Rechtswissenschaft* labandiana (Laband stesso definì l'articolo di Zorn « vortreffliche Darstellung der Entwicklung der deutschen Staatsrechtswissenschaft »: *Staatsrecht*, cit., 1911⁵, I, p. 3), dove abbiamo tutt'intera la misura di come questi giuristi ritenevano che la scienza fosse nata solo con Laband, che prima di lui, ad eccezione di Gerber, vi fosse stato solo ' diletterantismo ' e confusione metodologica. Nello stesso modo sono orientate la *Festschrift Paul Laband gewidmet von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Kaiser Wilhelms Universität Strassburg*, Tübingen, 1908, ed il *Festgabe für Paul Laband. Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2 voll., Tübingen, 1908, entrambi in occasione del cinquantenario della *Doktorpromotion* di Laband, che sono da consultare come rassegna della scienza giuridica dominante, con diverse analisi su singoli istituti di diritto pubblico.

livello pubblicistico è miseramente fallito, scontrandosi con la realtà politica del *Reich*. Eppure non è così: si può, al contrario, affermare che il primato della *Rechtswissenschaft* supera le colonne d'Ercole della fondazione dell'Impero e si sposta anche a livello dello Stato. Esso raggiunge il suo punto più basso proprio con quel Laband, che sottrae alla dogmatica giuridica ogni carica interiore, per ridurla a pura tecnica descrittiva dell'esistente, ma non viene mai a scomparire del tutto, fino alla fine del secolo. Rimane pur sempre il fatto indubitabile — valido, in fondo, anche per lo stesso Laband — che la discussione sul *Reich* è principalmente discussione tra *giuristi*, saldamente ancorata nei confini della scienza giuridica. L'ascesa ed il trionfo del metodo labandiano sono anch'essi, in questo senso, parte di questo primato del 'giuridico' ⁽¹⁰⁰⁾, non in quanto fattori creativi, com'era ancora per i *Grundzüge* di Gerber, ma a livello di conseguenza ultima di un processo iniziatosi molto prima, di passiva recezione di un'eredità con profonde radici storiche.

Tutta la 'giuridicità' del sistema di Laband si fonda sulla dimensione 'obbiettiva' e 'neutrale' della Monarchia, e, soprattutto, del nucleo fondamentale di vita del suo Stato 'giuridico', costituito dal Governo e dalla burocrazia. È in questo senso che egli raccoglie la tradizione di tutto il secolo, quella tradizione, che sempre aveva visto prevalere il Monarca ed il Governo sulle Camere, la burocrazia sui partiti, l'amministrazione sulla politica. Questa forza storica — quella medesima, che Laband nelle sue opere chiamava *Staatsoberhaupt*, che ancora negli anni Cinquanta era visibilmente portatrice della reazione politica prussiana — diviene ora il necessario punto di riferimento della vita collettiva, la struttura fondamentale impersonante quelle certezze di fondo, che si ponevano al di là delle contrastanti lotte tra i partiti politici, dei dilaceranti conflitti sociali. È qui, tutto dentro questi confini, il 'giuridico' di Laband, ed è qui il segreto dello straordinario successo delle sue opere. La forte sottolineatura, che egli compie, della centralità dello *Staatsoberhaupt*, del suo *Befehl* quale atto giuridico dello Stato, la sua stessa convinzione di poter an-

⁽¹⁰⁰⁾ E non più — come abbiamo visto — parte del primato della scienza giuridica.

corare tutte le certezze ' giuridiche ' all'autorità di tale struttura fondamentale, corrispondono esattamente all'assetto socio-politico della Germania degli anni Settanta ed Ottanta.

Qui si tirano le somme di uno sviluppo storico tutto condotto sulla falsariga della costante paura di una totale emancipazione della società civile dallo Stato, della possibilità che il nuovo ordine sociale potesse scardinare ogni certezza collettiva. Quando questo ordine si afferma, il primo problema, coerentemente con lo sviluppo storico di tutto il secolo, è proprio quello di controllarlo, di ' salvare ' un nucleo fondamentale delle istituzioni, collocandolo in ' alto ', al di sopra dei conflitti, in posizione ideale per operare quelle mediazioni, che non erano più possibili partendo dall'interno della stessa società civile: se il ' giuridico ' non aveva più regno nella *Gesellschaft*, il suo rifugio ultimo non poteva essere che quello delle istituzioni.

A questa esigenza di fondo risponde l'opera di Laband ⁽¹⁰¹⁾, che, al di là dei suoi celebrati trionfi, è scritta tutta in posizione

(101) E non solo la sua. Pensiamo a tutta la funzione svolta dal *Verein für Sozialpolitik*, fondato ad Eisenach nel 1872. Non vogliamo qui sopravvalutare il fatto che il primo presidente del *Verein* fu un giurista, Rudolf von Gneist, o che ben un quarto dei membri era costituito da giuristi di professione, o da personaggi aventi familiarità con la cultura giuridica, ma solamente notare come per lo meno in una parte del *Verein*, che si rifaceva alle tesi di Schmoller, fosse ben presente l'idea di una necessaria mediazione dei conflitti sociali da parte di quella monarchia e di quella burocrazia, che potevano considerarsi come le uniche forze storiche poste al di sopra delle lotte di classe, e per ciò stesso capaci di attuare le necessarie riforme, di prendere le necessarie iniziative di politica sociale. Sulla « quasi unpolitische Haltung des Vereins », vedi il lavoro di M. L. PLESSSEN, *Die Wirksamkeit des Vereins für Sozialpolitik von 1872-1890*, Berlino, 1975, *passim* (p. 47 per la frase citata). Anche K. E. BORN, *Staat und Sozialpolitik seit Bismarcks Sturz 1890-1914*, Wiesbaden, 1957, esaminando i presupposti della politica sociale di fine secolo — e dunque anche l'attività del *Verein* — ha messo in luce questo elemento della scienza dei *Professoren*, che chiedevano di avere diretto influsso politico, proprio in quanto ritenevano di rivolgersi all'altro polo della ' obbiettività ' sociale, quello delle istituzioni, nella persona del monarca e della sua burocrazia (cfr. spec. pp. 38-47). Sul *Verein*, non può qui non essere ricordato l'importante lavoro di D. LINDENLAUB, *Richtungskämpfe im Verein für Sozialpolitik. Wissenschaft und Sozialpolitik im Kaiserreich vornehmlich vom Beginn des ' Neuen Kurses ' bis zum Ausbruch des I. Weltkrieges 1890-1914*, 2 voll., Göttingen, 1967, *passim*.

di difesa, di progressivo arroccamento in un ristretto nucleo di potere: essa rappresenta la rinuncia della scienza giuridica al terreno della società civile, che non può più essere giuridicamente definita, e, con ciò stesso, legata allo Stato, ma solo controllata dall'alto tramite un suo atto di autorità. L'apice del metodo giuridico è, in verità, anche l'inizio del suo declino.

IV. Quando, nell'autunno del 1881, la coalizione liberal-conservatrice, che sorreggeva Bismarck, subì una grave sconfitta elettorale, e, con l'ascesa dei liberali di sinistra, praticamente cadde ogni speranza di stabile accordo tra il *Reichstag* ed il Governo, si ripresentò per intero il vecchio problema dell'equilibrio tra i due massimi organi costituzionali, tra la Monarchia e la rappresentanza popolare.

Nel periodo che corre dal 1881 al 1890, anno della caduta di Bismarck, i due organi vissero in continua tensione, con punte anche assai aspre di conflitto ⁽¹⁰²⁾, eppure — ciò che è notevole —, al momento decisivo, il Governo riuscì sempre ad ottenere le maggioranze necessarie, così per la legislazione sociale ⁽¹⁰³⁾, così per la proroga delle *Sozialistengesetze* ⁽¹⁰⁴⁾, così per molti altri provvedimenti d'interesse nazionale ⁽¹⁰⁵⁾. Questo fu possibile solo in virtù dell'estrema debolezza dei partiti liberali, dell'assenza di una loro strategia complessiva; cosicché il Governo poteva procedere, di volta in volta, componendo e scomponendo le maggioranze, a seconda dei variabili interessi in gioco. La verità è che, ormai, le formule politiche contavano assai poco, mentre sempre più i problemi si ponevano a livello di raggruppamenti, e mutevoli conver-

⁽¹⁰²⁾ Che Bismarck abbia più volte manifestato la sua intenzione di forzare la situazione, è fatto ormai acclarato e documentato: cfr. GEBHARDT, *Handbuch der deutschen Geschichte*, cit., vol. 3^o, p. 301.

⁽¹⁰³⁾ *Krankenversicherungsgesetz* (1883), *Unfallversicherungsgesetz* (1884), *Alters- und Invaliditätsversicherungsgesetz* (1899). Per l'analisi di queste leggi, vedi HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., vol. 3^o, pp. 1199-1204; sulla loro applicazione, vedi W. KOLLMANN, *Politische und soziale Entwicklung der deutschen Arbeiterschaft 1850-1914*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 430-450.

⁽¹⁰⁴⁾ 1884 e 1886.

⁽¹⁰⁵⁾ Si trovano elencati in HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., vol. 3^o, pp. 149-150.

genze, di differenziati interessi economici. Allo stesso Bismarck, in fondo, non interessava tanto di poter contare su una stabile maggioranza parlamentare a suo favore, quanto di possedere costantemente il controllo dei molteplici interessi, che all'interno dello stesso Parlamento si agitavano, al fine di potere in ogni momento proporre quella che inevitabilmente appariva come la miglior mediazione possibile, presentandosi in veste di risolutore dei conflitti, di tutore della pace e dell'ordine nazionale ⁽¹⁰⁶⁾.

È in questo quadro che si muove anche la riflessione sullo Stato. Da questo punto di vista, infatti, non v'è dubbio che una *Staatslehre* come quella di Laband si mostrava funzionale a quel progetto politico, proprio perché identificava l'essenza ' giuridica ' dello Stato, posta al di là dei contrastanti interessi ed ideali politici e sociali, con lo *Staatsoberhaupt*, con la Monarchia, il Governo e la struttura burocratica. Quella dottrina dello Stato, eliminando la considerazione ' politica ', ritagliando l'isola del ' giuridico ' intorno al *vecchio* apparato di potere, lo aiutava ad assol-

(106) Questo ci sembra il senso più profondo del tanto discusso bonapartismo della politica del secondo *Reich*, che non può essere ridotto all'ideale cesarista di un collegamento diretto tra le grandi masse ed il capo carismatico. Quest'ultimo, piuttosto, è solo un aspetto di un disegno più vasto, che è quello dell'integrazione sociale e della pacificazione nazionale operate dall'alto, tramite una burocrazia moderna ed efficiente, direttamente collegata agli interessi economici, saltando la mediazione dei partiti politici. Un tale disegno è possibile in una situazione sociale di estrema fluidità, come era quella della Germania degli anni Ottanta, con un movimento operaio in ascesa, ma escluso da coalizioni politiche, una borghesia già forte, ma non sufficientemente consapevole ed assai frantumata, una forte presenza di capitale agrario. È in una situazione del genere che Corona e burocrazia possono proporsi come garanti della pace sociale, come portatrici di un piano d'integrazione sociale: in questa direzione ci pare che si muova soprattutto l'analisi di WEHLER, *Das deutsche Kaiserreich*, cit., pp. 65 e ss. Sul problema del bonapartismo come metodo di governo si sofferma anche STÜRMER, *Regierung und Reichstag im Bismarckstaat*, cit., pp. 322 e ss.; ed, ancora, di metodo bonapartista della *Sozialpolitik* bismarckiana si parla nel volume di PLESSEN, *Die Wirksamkeit des Vereins für Sozialpolitik*, cit., pp. 64 e ss. Da tener presente anche la voce curata da D. GROH, *Cesarismus. Napoleonismus, Bonapartismus*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., vol. I, pp. 726-771. Il tema del bonapartismo è comunque assai complesso, e meriterebbe un'apposita indagine, che individuasse le sue radici in Germania probabilmente già a partire dagli anni Cinquanta.

vere ai suoi *nuovi* compiti di mediazione sociale, a presentarsi quale garante dell'unità e della pacificazione nazionale ⁽¹⁰⁷⁾.

Nello stesso tempo, Laband, così facendo — come abbiamo già chiarito —, indicava alla scienza di diritto pubblico una via estremamente angusta, rigidamente delimitata, una via che non poteva non condurre all'autocondanna, all'acquisizione di un ruolo subordinato. Il prezzo del trionfo era la progressiva perdita di centralità.

Ma il problema è proprio quello — come abbiamo già rilevato — di non far coincidere il primato della scienza giuridica con lo 'splendore' del trionfo labandiano. Quel primato ha radici troppo vaste e troppo profonde per poter essere sottoposto ad un'identificazione di questo tipo. Per questo motivo non ci interessano i giuristi che ripetono sempre più stancamente le formule del metodo 'giuridico', ma quelli che vi si oppongono, che si ribellano, rifiutando uno *status* come quello che veniva loro assegnato dalla scienza ormai dominante: è tra di loro che può essere colto il persistere della vecchia nozione di centralità della scienza giuridica.

Il primo di questi è, di nuovo, Otto von Gierke, che, recensendo lo *Staatsrecht* di Laband, nel 1883, torna a contestare il metodo 'giuridico' ⁽¹⁰⁸⁾.

Fin dalle prime pagine, si capisce subito che molto è cambiato dal 1874, data del primo intervento critico di Gierke. Mentre allora, a pochi anni dalla fondazione del *Reich*, e prima della svolta conservatrice degli anni '78-'79, il problema era soprattutto quel-

⁽¹⁰⁷⁾ Anche von OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., p. 322, ha sottolineato questo nesso tra il metodo labandiano e lo specifico assetto delle strutture del *Reich*.

⁽¹⁰⁸⁾ Gierke si era già mosso in questa direzione nel 1874: cfr. *supra*, questo capitolo, paragrafo primo. Il saggio del 1883, del quale ora trattiamo, appare nello *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, Nuova serie, anno settimo, quaderno quarto, pp. 1097-1195, più noto come *Schmollers Jahrbuch*, dal nome del Direttore Gustav Schmoller. La recensione di Gierke è oggi conosciuta sotto il titolo *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, Darmstadt, 1961 (ristampa), ed anche noi citeremo da questa edizione. Tra il 1874 ed il 1883, Gierke si era occupato solo di sfuggita del problema del metodo giuridico nel diritto pubblico, recensendo brevemente il secondo volume dello *Staatsrecht* di Laband, in *Grünhutszeitschrift*, vol. 6° (1879), pp. 223-226.

lo di riproporre l'organicismo liberale come base per la costruzione di una scienza di diritto pubblico, che potesse fornire un diverso modello organizzativo al potere politico, ora, a dieci anni di distanza, Gierke si sente già uomo di *opposizione*, avverte nettamente che il processo storico si era mosso in una direzione opposta a quella da lui auspicata. Mentre nel '74 aveva ancora senso tentare la dimostrazione della superiorità delle proprie ipotesi scientifiche, della loro maggiore adattabilità ai concreti rapporti di diritto pubblico, ora, nell'83, quei vecchi argomenti vengono di nuovo ripresi, ma soprattutto al fine di svelare i sottintesi *politici* del lavoro di Laband, le conseguenze ultime cui conduceva il suo modo di affrontare il tema dello Stato.

Gierke inizia col lodare l'opera di Laband, che ha saputo mettere in luce il contenuto *giuridico* della vita statuale, ma osserva subito: « Nicht um die Frage daher, ob das Staatsrecht Recht ist und bleiben soll, dreht sich heute ein ernster wissenschaftlicher Streit. Was umstritten wird, ist das Wesen des Rechtes überhaupt » (109). Infatti, secondo Gierke, il problema centrale sta nel fatto che Laband « das Wesen der juristischen Methode unrichtig oder zu eng bestimmt hat » (110). Egli ha operato quella che lo stesso Gierke definisce la « saubere Trennung des Rechtes von der Politik », ma l'ha intesa in modo tale da isolare completamente il dato giuridico, da far apparire il suo sistema come un complesso di *Rechtsbegriffen*, derivanti l'uno dall'altro per via di pure operazioni logiche (111).

Secondo Gierke, separazione di politica e diritto nello *Staatsrecht* significa capacità di cogliere lo *specifico* giuridico all'interno della dimensione pubblicistica, ma questo non può voler dire « genetische Isolierung des Rechtes » (112). Mentre la scienza giuridica labandiana pone a proprio oggetto « eine Reihe von Gesetzen und Verordnungen » (113), la *Staatsrechtswissenschaft* auspicata da Gier-

(109) GIERKE, *Labands Staatsrecht*, cit., p. 5.

(110) *Ibid.*, p. 7.

(111) Difetto di Laband è la « Überschätzung des Leistungsvermögens der formalen Logik » (*ibid.*, p. 14).

(112) *Ibid.*, p. 17.

(113) *Ibid.*, p. 21.

ke dovrebbe avere compiti più vasti, dovrebbe occuparsi dei « Kausalitätsverhältnisse », che sussistono tra il diritto e « den übrigen Manifestationen des sozialen Lebens » (114), dovrebbe « die politischen Zustände und Gedanken heranziehen, unter deren Einfluss die staatsrechtlichen Normen und Begriffe geworden sind und denen gegenüber sie ihre selbständige Wirksamkeit ausüben » (115). Esiste, dunque, un rapporto dialettico tra la normativa statutale ed i concreti rapporti storici esistenti (116), che non può essere trascurato, che non può essere estraneo alla considerazione scientifica.

Ma, se penetriamo più a fondo nello spirito critico, che sorregge queste pagine, ci accorgiamo che la vera intenzione di Gierke non è quella di contrapporre una visione più articolata del diritto pubblico alla *Isolierung* del dato giuridico operata da Laband, bensì di dimostrare che quell'isolamento è fittizio, e che, in realtà, anche lo stesso Laband presupponeva una serie di *valori*, una precisa concezione delle istituzioni e del loro rapporto con la società civile. Troppo spesso — afferma Gierke — si ha la sensazione, posti di fronte al sistema labandiano, che venga taciuto « das politische Motiv », che « in Wahrheit für die Entscheidung den Ausschlag gegeben hat » (117): non si scrive un'opera come quella che Laband ha scritto, senza portare con sé la propria idea « von dem Verhältniss zwischen Individuum und Allgemeinheit, von dem Wesen sozialer Zusammenhänge und Organisationen, von der Stellung der verschiedenen Arten menschlicher Verbände innerhalb der gesellschaftlichen und gegenüber der individuellen Daseinsordnung, von den Aufgaben und Schranken einer höchsten irdischen Gewalt, von den Beziehungen zwischen Gerechtigkeit, Macht, und Zweckmässigkeit u.s.w. » (118).

Come vediamo, la critica di Gierke si muove su un piano del tutto diverso rispetto al 1874: nel 1883 il problema è già dive-

(114) *Ibid.*, p. 17.

(115) *Ibid.*, p. 18.

(116) Gierke parla di « religiöse und ethische Anschauungen einerseits, wirtschaftliche und soziale Verhältnisse andererseits » (*ibid.*, p. 18).

(117) *Ibid.*, p. 9.

(118) *Ibid.*, p. 23.

nuto quello di dimostrare che lo *Staatsrecht* di Laband non rappresenta la scienza, che è solo *un* modo di affrontare il tema dello Stato e del diritto pubblico, rispondente a *certi* presupposti, ad una *certa* concezione della vita collettiva. Il compito che Gierke si assume è di svelare questi presupposti, di mettere in luce le « Vorentscheidungen über allgemeine Grundfragen », che condizionano tutta la costruzione di Laband (119).

È in questo senso che egli rinnova il suo attacco a quel concetto di personalità giuridica dello Stato, che era stato formulato dai sostenitori del metodo ' giuridico '. Qual'era, in realtà, l'operazione compiuta? Quella di prendere l'idea privatistica di persona giuridica e di trasportarla nel campo del diritto pubblico, semplicemente sostituendo ai *Vermögensrechte* altro tipo di diritti, che sono stati definiti *Herrschaftsrechte* (120). In questo modo, ciò che differenzia il ' pubblico ', ciò che lo rende specifico, è unicamente la capacità di dominazione dello Stato-persona: è ' giuridica ' quella considerazione dello Stato, che mira a mettere in luce, e a definire, il suo *Herrschaftsrecht*. Secondo Gierke, tale modo di pensare è mosso da una sostanziale sfiducia, ed incomprendimento, nei confronti del ' pubblico ', che viene ristretto, e confinato, negli apparati centrali di potere, nella loro espressione autoritativa di volontà (121). In sostanza, tutta la costruzione di Laband è fondata sul presupposto che un'organizzazione giuridica dei rapporti umani sia possibile solo a livello di rapporti interindividuali tra soggetti privati, o a livello di dominazione dello Stato: *tertium non datur*.

Ciò che Laband esclude è, in realtà, nient'altro che il *Volk* (122), che viene espulso dal sistema giuridico: « Nur was in die Formel von ' Befehlen und Gehorchen ' hineinpasst, ist ihm (Laband) echter und spezifischer Stoff von staatsrechtlichen Befugnissen und Verbindlichkeiten. Für irgend ein Verhältniss sozialer Ge-

(119) *Ibid.*, p. 24.

(120) *Ibid.*, p. 30.

(121) Gierke parla di « Entleerung und Verkümmern des Staatsgedankens » (*ibid.*, p. 29), di « Mangel eines wahrhaft öffentlichrechtlichen Persönlichkeitsbegriffes » (*ibid.*, p. 33).

(122) Gierke parla di « Mangel eines Rechtsbegriffes der Volksgliederung » (*ibid.*, p. 39).

meinschaft bietet dieses System keinen Raum » (123). Il rapporto tra Stato e popolo si esaurisce « in der Summe der Gewaltverhältnisse », e, così, tutto il sistema « empfängt einen unverkennbaren absolutistischen Zug, der nur durch manche streng genommen inkonsequente Zugeständnisse an die hergebrachte konstitutionelle Doktrin ermässigt wird » (124).

La variazione di piano rispetto al 1874 è evidente: di fronte all'ascesa del metodo ' giuridico ', non è più sufficiente dimostrare la sua incapacità a farci comprendere i concreti rapporti di diritto pubblico, ma è necessario, soprattutto, mostrare come esso nasconda una concezione della vita collettiva fondata unicamente sul principio di autorità, sulla *Herrschaft* statale. L'adozione dell'idea privatistica di personalità giuridica nel campo del diritto pubblico è *politicamente* motivata, determinata da una visione dei rapporti di diritto pubblico come rapporti di dominazione da parte dello Stato sui singoli. È così che la critica di Gierke assume una chiara coloritura politica, appuntandosi contro quelle soluzioni di Laband, che più evidentemente mostravano i segni di una sottostante scelta in senso autoritario.

In primo luogo, la concezione dei diritti dei cittadini, che, nell'ottica del metodo ' giuridico ' labandiano, erano ridotti a *Korrelat*, o a *Reflex*, dell'atto di autorità dello Stato; a questo proposito, Gierke, non solo contesta questa visione del rapporto Stato-cittadino, ma torna, significativamente, a parlare di *Grundrechte*, adoperando così un'espressione che la dottrina dello Stato aveva ormai abbandonato dal Quarantotto in poi: « Die Grundrechte enthalten eine konkrete und positivrechtliche Ausgestaltung des grossen Gedankens, dass der Mensch nicht im Bürger aufgeht, dass der Staatsverband nur einen Teil der Persönlichkeit absorbiert » (125).

Lo stesso deve dirsi per la rappresentanza popolare, e per la sua collocazione tra gli organi dello Stato. La posizione di Laband viene criticata in quanto identifica lo Stato con il vertice titolare della *Herrschaft*, escludendo ogni diritto di partecipazione della *Volksvertretung*: « Gerade hierin besteht das Wesen des konstitu-

(123) *Ibid.*, p. 35.

(124) *Ibid.*, p. 35.

(125) *Ibid.*, p. 37.

tionellen Staates, in welchem daher in der That der Souverän nicht der 'alleinige' Träger der Staatsgewalt ist, sondern 'Mit-träger' derselben anerkennt » ⁽¹²⁶⁾.

Non v'è dubbio, quindi, che il contenuto della critica di Gierke è politico, che egli scrive in difesa dei *Grundrechte* e dello Stato costituzionale. Egli si rivolge alla scienza di diritto pubblico, invitandola a riflettere sui presupposti e sulle conseguenze del metodo labandiano: il metodo 'giuridico' non è *la* scienza, non è un complesso di regole tecniche a disposizione dei giuristi, perché finalmente possano fornire *la* nozione giuridica e scientifica di Stato, ma *un certo* modo di operare sullo Stato medesimo, rispondente ad una determinata concezione della vita collettiva.

Eppure, se leggiamo tutto il saggio dell'83 sotto questa ottica, ci accorgiamo subito che con essa non si coglie tutta la complessità dei problemi sollevati da Gierke. Così come nel '74, pur prevalendo il tema della costruzione della scienza di diritto pubblico, non era certo assente il problema del modello politico, così, ora, al di là degli appelli allo Stato costituzionale, al di là della difesa dei diritti dei cittadini, non è scomparso il tema della scienza, del ruolo della *Rechtswissenschaft*. Non vi sarebbe niente di più fuorviante di una sommaria conclusione nel senso della fine del dibattito sulla scienza, nel senso dell'abbandono, da parte di Gierke, del tema, a lui tanto caro, della *Körperschaft* quale principio basilare della costruzione giuspubblicistica. Ripercorrendo sotto questo profilo tutto il saggio dell'83, non solo vediamo, qua e là, riaffiorare questo tema ⁽¹²⁷⁾, ma, soprattutto, al di là delle singole pagine, comprendiamo come, tra le motivazioni di Gierke, tra le molle che lo hanno spinto alla critica a Laband, giochi un ruolo importante la sua condizione di intellettuale, di giurista, la sua consapevolezza del ruolo della scienza giuridica.

Nell'identificazione, che Laband compie, tra Stato ed apparato di potere titolare della *Staatsgewalt*, Gierke vede, prima di tutto, una concezione riduttiva dei compiti dello Stato e del diritto. Non basta affermare che l'essenza della vita statale è data dal

⁽¹²⁶⁾ *Ibid.*, p. 51; le virgolette di Gierke sono dovute al fatto che egli riporta una terminologia caratteristica di Laband.

⁽¹²⁷⁾ Citiamo, a mò d'esempio, le pp. 27 e 31.

Befehl, ma bisogna anche studiare *che cosa* lo Stato medesimo ordina, quali sono i contenuti della sua azione ⁽¹²⁸⁾. Separando forma e contenuto della legge, Laband ha finito per cancellare l'interesse della scienza giuridica verso il secondo, per ridurlo alla prima, favorendo la tendenza « das spezifisch staatliche Moment in aller staatlichen Thätigkeit auf den durch Zwangsandrohung gesicherten Befehl zu reduzieren » ⁽¹²⁹⁾.

Proprio sotto questo profilo, concludendo il saggio, Gierke si rivolge alla scienza giuridica — soprattutto a quella futura — affrontando il problema delle prospettive, che per essa si aprivano, in conseguenza di una vittoria del metodo labandiano. Su quella via, essa è inevitabilmente sempre più destinata a stancamente ricercare « in der Vervollkommnung der Begriffstechnik Ersatz für das Verlorene » ⁽¹³⁰⁾.

Ciò che viene 'perduto' è nient'altro che quel primato della scienza giuridica, che abbiamo visto correre per tutto il secolo, da Savigny fino ai *Grundzüge* di Gerber. La scienza giuridica di Laband costituisce solo in apparenza il momento del trionfo: « Während sie das Recht in seiner Reinheit und Selbständigkeit auf den Thron zu setzen wähnt, in Wahrheit auf seinem Sturze arbeitet » ⁽¹³¹⁾. Con essa il diritto medesimo è ridotto a pura espressione di volontà dello Stato, e si perde del tutto la dimensione del diritto quale ordinamento collettivo, necessario punto di riferimento nella vita di una certa comunità. Contemporaneamente, e parallelamente, la scienza giuridica perde la sua funzione centrale d'intelligenza dell'intero sviluppo storico, la capacità di fornire una sintesi, un sistema di principii costruito a partire dall'osservazione della totalità dell'assetto sociale ⁽¹³²⁾, per ridursi al cul-

⁽¹²⁸⁾ *Ibid.*, p. 56.

⁽¹²⁹⁾ *Ibid.*, p. 78.

⁽¹³⁰⁾ *Ibid.*, p. 97.

⁽¹³¹⁾ *Ibid.*, p. 97.

⁽¹³²⁾ Non è certo la tecnica giuridica, la costruzione dogmatica, che divide Laband da Gierke, il quale parla qui di « Dogmatik des geltenden Rechts im Sinne strenger Systematik », dell'esigenza « das öffentliche Recht aus dem es umballenden Nebelmeere in die klare Luft der unverschleierten juristischen Begriffswelt emporzuheben » (*ibid.*, p. 95).

to della forma giuridica, alla pura descrizione e ripetizione delle volontà legislative.

Gierke suona, in questo senso, un campanello d'allarme: Laband sta abbandonando « die Vertretung einer wahrhaft lebendigen Staatsidee der politischen Wissenschaft und die Vertretung einer wahrhaft lebendigen Rechtsidee der Nationalökonomie ... Schon ist eine Anschauung weit verbreitet, für welche in der Tat die Jurisprudenz nur noch den Werth einer Lehre von der Form des Rechtes hat und über das materielle Recht nur in Politik und Wirtschaftslehre entschieden wird » (133). La scienza giuridica sta perdendo il proprio primato, ed i giovani — osserva Gierke — si dedicano sempre più allo studio di altre discipline, volgendo giustamente le spalle ad una scienza, che si mostra loro sempre più vuota di contenuto, adoratrice di « blosse Formeln » (134).

Come vediamo, sarebbe veramente semplicistica un'interpretazione della critica di Gierke a Laband quale critica di parte liberale ad una concezione autoritaria dello Stato (135): in essa politica e scienza, difesa dello Stato costituzionale e del primato della *Rechtswissenschaft*, coesistono in modo inestricabile. I due aspetti si sovrappongono l'uno all'altro, e si spiegano a vicenda: nel momento in cui si contrappone allo Stato-*Herrschaft* lo Stato-*Verband*, si cerca di soddisfare entrambe le esigenze, di contrapporsi ad una nozione unilaterale ed autoritaria dello Stato, ma anche di salvare la capacità critica e costruttiva della giurisprudenza, rifiutando un lavoro di 'pure forme', di passiva descrizione della normativa vigente.

Il fallimento del Quarantotto aveva impedito lo sviluppo di un vero e proprio costituzionalismo liberale, e su questo vuoto era fiorito il progetto dei *Grundzüge* gerberiani: all'unità dello Sta-

(133) *Ibid.*, p. 97.

(134) *Ibid.*, p. 98.

(135) È da considerare in questo senso riduttiva e deformante l'interpretazione di H. MAYER, *Karl Marx und das Elend des Geistes. Studien zur neuen deutschen Ideologie*, Meisenheim am Glan, 1948, pp. 54-61, che esaurisce tutta la tematica in una rigida identificazione tra Laband e conservatorismo politico, tra Gierke e liberalismo politico. Lo stesso deve dirsi, per lo meno in una certa misura, dell'interpretazione di H. HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 736-741.

to, alla sua configurazione come persona, ad una Costituzione che regoli la sua attività, non si arriva per una via 'politica', tramite lo scontro e l'incontro tra le forze sociali e politiche, ma per una via 'giuridica', tramite l'intelligenza critica e sistematica dei giuristi. La scienza giuridica, elaborando una serie di principii a partire dall'osservazione della realtà esistente, svolge una funzione essenzialmente produttiva e creativa, rappresentando così il tramite tra lo Stato-persona e la circostante esperienza umana, sociale, politica, e giuridica. Senza quest'ultima, senza un punto di riferimento esterno allo Stato-persona ed alla sua manifestazione di volontà, la scienza giuridica perde la sua centralità, si riduce, inevitabilmente, all'esegesi della legge statuale: proprio per questo, lo Stato di Gerber era Stato-*Herrschaft*, ma anche 'centro delle forze morali del popolo'.

È quest'ultimo aspetto che scompare in Laband, il quale isola totalmente la volontà di dominazione dello Stato, e finisce per asservirvi la stessa scienza giuridica. Ed è proprio questo 'taglio' operato da Laband rispetto a Gerber, che Gierke critica. Egli non è — come riteniamo di aver dimostrato — il 'germanista' incapace di comprendere il suo tempo storico, ma non è neppure, solo in ragione della sua difesa dei *Grundrechte*, inquadrabile sotto una astratta etichetta di 'democrazia'. Gierke sta, invece, tutto dentro lo sviluppo, che da Savigny, attraverso Gerber, conduce fino a lui, ed oppone allo Stato-*Herrschaft* di Laband nient'altro che l'ideale di una società dominata dal dato giuridico, organicamente progrediente, scientificamente comprensibile (136). Al-

(136) Sotto questo profilo, è interessante notare come Gierke, proprio tra il 1874 ed il 1883, date dei suoi due attacchi critici al metodo 'giuridico', abbia avvertito la necessità di precisare in una certa direzione i contorni della sua teoria politica. Sono questi gli anni, non solo del terzo volume del *Das Deutsche Genossenschaftsrecht* (intitolato *Die Staats- und Korporationslehre des Altherthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin, 1881), ma anche, e soprattutto, del celebre *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staats-theorien*, Breslau, 1880 (rinviato alla ristampa, Aalen, 1958, curata dal figlio Julius von Gierke), dove si individua nella *Politica methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata* di Althusius, del 1603, l'atto di fondazione della teoria del contratto, poi ripresa da Rousseau. Vi è qui tutto lo sforzo di ritrovare nella storia tedesca una tradizione politica progressiva, che si opponga, però, al contrattualismo della rivoluzione francese; secondo Gierke, infatti, Rousseau ha snaturato

l'esplosione delle contraddizioni sociali, egli non vuole rispondere esclusivamente attraverso l'atto di autorità dello Stato, ma, soprattutto, difendendo il primato del diritto nel seno stesso dell'assetto sociale. Così, il suo richiamo continuo all'idea di *Verband* e di *Körperschaft* ha, insopprimibilmente, accanto al significato strettamente politico, quello più ampio di difesa del primato dell'ordine giuridico, e, con esso, del ruolo produttivo della scienza giuridica.

In questo senso, Gierke può dirsi continuatore dell'opera di Gerber, al di là delle diverse collocazioni politiche, delle diverse tradizioni culturali, delle diverse soluzioni dogmatiche. Se guardiamo a fondo nell'opera dei due giuristi, scopriamo che essi hanno in comune la riflessione sui fondamenti dello Stato, sulla questione della sua sovranità, del rapporto tra la volontà del potere politico e l'ordine sociale esistente.

Nei confronti di un Laband, che risolve tutta la problematica nell'esaltazione della volontà statale, che concepisce la stessa Costituzione come manifestazione unilaterale di quella volontà, Gerber e Gierke hanno in comune la ricerca della collocazione della *Herrschaft* statale nel contesto dell'esperienza dell'intera collettività; a questo proposito, si può affermare che la tensione esistente nei *Grundzüge* gerberiani tra lo Stato-persona, e lo Stato

il pensiero di Althusius, che vedeva nel contratto sia il lato della *Herrschaft*, come quello più propriamente *sozial*, riducendo tutta la problematica al secondo aspetto, tutta la complessità della teoria del contratto alla dimensione del *Gesellschaftsvertrag* (cfr. GIERKE, *op. ult. cit.*, spec. pp. 115 e ss.). Su Althusius, e sulla riscoperta della sua opera da parte di Gierke, vedi il volume di P. J. WINTERS, *Die 'Politik' des Johannes Althusius*, Freiburg, 1963. Nella stessa direzione del saggio su Althusius, deve essere interpretata la *Rektoratsrede* gierkiana del 1882, tenuta all'Università di Breslau, intitolata *Naturrecht und deutsches Recht*, ora in *Drei kleine Abhandlungen*, cit., dove la polemica antigiusnaturalistica della Scuola Storica viene considerata positiva, ma solo fino al punto in cui non conduca all'immobilismo del dato giuridico: « Das Rechtsbewusstsein verhält sich zum Recht nicht bloss schöpferisch, sondern auch kritisch: es verwirft bestehendes Recht als unzumutbar und wünscht seine Änderung, es verdammt sogar geltende Satzungen als ungerecht und fordert ihre Vernichtung. Ohne diese Autonomie des Rechtsgefühls gegenüber dem Recht gäbe es keinen Fortschritt der Rechtsgeschichte » (p. 10). Il liberalismo di Gierke vive tutto in questa dimensione, e si alimenta delle tradizioni culturali della scienza giuridica ottocentesca, sia pur sottolineando maggiormente l'aspetto dinamico e progressivo del processo storico.

quale 'centro delle forze morali del popolo', è la stessa che ritroviamo tra lo Stato-*Herrschaft*, e lo Stato-*Verband*, di Gierke. Diverse sono le soluzioni che i due giuristi hanno fornito, ma identico è il problema, che essi hanno posto.

In un Paese, che non aveva saputo sviluppare un vero e proprio costituzionalismo liberale, e nel quale le forze sociali ascendenti non avevano saputo elaborare una vera e propria teoria dello Stato, non avevano saputo imporre una Costituzione politicamente orientata, era la scienza giuridica dei Gerber e dei Gierke che si era assunta il compito di definire le caratteristiche dello Stato, di precisare il rapporto tra la sua manifestazione di sovranità e l'ordine giuridico e sociale esistente.

Quel primato della scienza giuridica, che più volte abbiamo richiamato, ha, dunque, una sua effettiva vitalità, anche nel campo del diritto pubblico, che va ben al di là dei trionfi labandiani. Quest'ultimi, sotto questo profilo, appaiono nella luce di una vittoria effimera, provocata dalle speciali contingenze politiche e sociali, delle quali già abbiamo discusso. Mentre Laband, imperterrito, continuava ad aggiornare il suo *Staatsrecht*, ritenendo definitivamente conclusa la stagione dei dibattiti metodologici, la storia camminava, chiedendo risposte ben più ampie di quelle che egli medesimo era in grado di fornire.

V. La critica di Gierke era destinata a rimanere senza effetto. Nel 1885, Laband, ponendosi il problema delle società commerciali e della loro configurazione giuridica, coglie l'occasione per rispondere alle osservazioni dell'allievo di Beseler, e lo fa con una nettezza e con una disinvoltura davvero sconcertanti⁽¹³⁷⁾.

Lo schema romanistico *universitas-communio* ha, secondo l'Autore dello *Staatsrecht*, valore universale, e copre necessariamente tutte le concrete fattispecie. Infatti, le collettività umane possono essere solo di due tipi, quelle nelle quali i singoli membri conservano tutti la propria individualità senza che nasca un'unitaria personalità collettiva (*communio*), e quelle nelle quali, invece, essi vi rinunziano, proprio a favore di una dominante dimensione co-

⁽¹³⁷⁾ P. LABAND, *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 30 (1885), pp. 469 e ss.

mune, che si concretizza nella personalità giuridica dell'ente (*universitas*): *tertium non datur*. In questo secondo caso, le personalità individuali dei singoli membri scompaiono totalmente: « Bei den juristischen Personen dagegen sind die Mitglieder » semplicemente il « Substrat » di una personalità separata dalle loro esistenze individuali ⁽¹³⁸⁾.

Questo schema è applicabile anche allo Stato, quale ente dotato di personalità giuridica, e su di esso si deve fondare il lavoro della scienza di diritto pubblico. Il modo di procedere di Gierke è — secondo Laband — proprio in questo senso poco 'chiaro', perché, fondandosi sull'idea di *Körperschaft*, pretende di delineare una figura giuridica dotata di personalità collettiva, ma, nella quale, nello stesso tempo, i diritti dei singoli conservano una loro autonomia ⁽¹³⁹⁾. L'esigenza sollevata dallo stesso Gierke, di allargare i confini dell'oggetto d'indagine della scienza di diritto pubblico, soprattutto di non identificare tutta la sua problematica con l'analisi della legge statutale, dell'espressione di volontà del potere politico, non è neppure presa in esame da Laband, che, imperturbabile, si limita a segnalare la scarsa 'chiarezza' della dogmatica proposta da Gierke. Tutto è ridotto a « logische Gegenüberstellung »: una volta ammesso che lo Stato è persona giuridica, non sono neppure pensabili dei diritti autonomi dei singoli membri ⁽¹⁴⁰⁾.

Dal 1885 in poi, Laband inserirà in tutte le edizioni dello *Staatsrecht*, in forma sintetica, questa sua risposta a Gierke ⁽¹⁴¹⁾, mettendo sempre in rilievo la 'chiarezza' del suo ragionamento dogmatico, in confronto con la 'oscurità' della *Körperschaft* dell'allievo di Beseler. Noi sappiamo, però, che quella era la 'chiarezza' di chi aveva evitato, e non risolto, i problemi, di chi aveva progressivamente ridotto il suo intervento a livello di passiva ed arida descrizione della normativa statutale. In questo senso, non si poteva non essere 'chiaro', dopo che si era affermato che tutto l'ordinamento, compresa la Costituzione, dipendeva dal-

⁽¹³⁸⁾ *Ibid.*, p. 469.

⁽¹³⁹⁾ *Ibid.*, pp. 484 e ss.

⁽¹⁴⁰⁾ *Ibid.*, p. 495.

⁽¹⁴¹⁾ A mò d'esempio, vedi la quinta edizione del 1911, vol. I, pp. 94-95, nota 1.

la volontà statale, dopo che si era accantonato il problema stesso del rapporto tra Stato e popolo, tra diritto positivo ed ordine giuridico e sociale.

Ma i problemi restavano oggettivamente irrisolti, e la scomparsa di Gierke dal dibattito scientifico giuspubblicistico era unicamente segno di un'oppressiva dominazione politico-culturale⁽¹⁴²⁾, ma non significava affatto che si fosse giunti ad un punto d'arrivo, che le risposte date dalla dottrina labandiana potessero considerarsi soddisfacenti.

(142) Com'è noto, proprio a partire dalla metà degli anni Ottanta Gierke rivolge il suo interesse quasi esclusivamente al diritto privato. L'opera più importante immediatamente successiva alla recensione allo *Staatsrecht* di Laband è *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlino, 1887, dove si prende in esame il problema della recezione della figura della *Genossenschaft* da parte della giurisprudenza tedesca; tale opera segna l'inizio del progressivo abbandono del tentativo di applicare quella figura giuridica al campo del diritto pubblico. Significativa è la vicenda del quarto volume del *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, che avrebbe dovuto completare il disegno di Gierke, giungendo fino alla *Staatslehre* a lui contemporanea. La ricerca di A. JANSSEN, *Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, cit., pp. 40-43, ha dimostrato che questo quarto volume era stato maturato da Gierke già alla fine degli anni Ottanta, ma poi fu abbandonato a causa dei sempre più pressanti impegni di ricerca a livello di diritto privato. Sono questi gli anni del dibattito sul progetto di codice civile, contro il quale si appuntano le critiche di Gierke, poi sboccate nel noto scritto *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlino, 1889. È da notare che, a fianco di Gierke in questa battaglia, ritroviamo quell'Otto Bähr, che nel 1864 aveva pubblicato un volume sul *Rechtsstaat* — da lui costruito nell'ambito del *Genossenschaftsrecht* — aspramente criticato da Gerber (vedi *supra*, capitolo terzo, paragrafo quarto), e che ora è autore di un *Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, 5 voll., Kassel, 1890-1892. Il contenuto delle critiche di Gierke e di Bähr non può qui costituire oggetto d'indagine, ed è invece rilevante notare questo abbandono del terreno del diritto pubblico da parte dei sostenitori dell'idea di *Genossenschaft*, in coincidenza con l'ascesa del metodo labandiano. Il quarto volume del *Das Deutsche Genossenschaftsrecht* uscirà solo nel 1913, e, per giunta, senza toccare il tema della *Staatslehre* della seconda metà del secolo decimonono, concepito tutto all'interno della dimensione della mera raccolta dei materiali storici: *Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit, durchgeführt bis zur Mitte des 17., für das Naturrecht bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts*, Berlino, 1913. A proposito del Gierke privatista, e di questa fase del suo pensiero, è da ricordare, come indagine specifica, il saggio di A. JANSSEN, *Otto von Gierkes sozialer Eigentumsbegriff*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6 (1976-1977), T. I, pp. 549-585.

Anzi, proprio a partire dalla metà degli anni Ottanta, al trionfo della scienza 'ufficiale' si accompagna un continuo sforzo di riflessione critica ⁽¹⁴³⁾, che ci dà la misura di quanto la situazione complessiva fosse meno statica di quello che poteva apparire dalla piatta lettura dello *Staatsrecht* dello stesso Laband ⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴³⁾ Un'analisi dettagliata in questo senso — che, a nostro avviso, porterebbe alla riscoperta di molte voci dissenzienti — non può essere oggetto del nostro lavoro, e meriterebbe invece un'autonoma indagine, esclusivamente dedicata agli ultimi trenta anni del secolo. Un primo tentativo in questa direzione è stato compiuto da von OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., pp. 266-280. Fra i nomi da lui ricordati, ci sembra meritevole di rilievo soprattutto quello di Felix Stoerk, autore di una *Zur Methodik des öffentlichen Rechts* (in *Grünhutszeitschrift*, 12, 1885), nella quale sostenne l'inapplicabilità delle categorie di diritto privato alla realtà del diritto pubblico; ciò che è interessante in Stoerk è il fatto che fu condirettore dell'*Archiv für öffentliches Recht* di Laband, dove, nel primo fascicolo, del 1886, pubblicò dei significativi *Studien zur soziologischen Rechtslehre*, riprendendo i temi dell'anno precedente. Accanto a lui, è da ricordare Heinrich Rosin, che, già nel 1883, pubblicava uno scritto dal titolo *Souveranität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung* (München e Leipzig), al quale Gierke dedicò favorevoli apprezzamenti, proprio in conclusione alla sua nota recensione allo *Staatsrecht* di Laband. Infine, non sarebbe certo da dimenticare quel Max von Seydel, noto per la sua teoria del *Reich* quale Stato federale fondato su un rapporto contrattuale tra gli Stati membri; tale teoria, formulata subito dopo la costituzione del *Reich*, guadagnò molti seguaci, tanto che si poté parlare di una vera e propria « Seydelsche Schule »: ZORN, *Entwicklung der Staatsrechts-Wissenschaft seit 1866*, cit., p. 62. Sarebbe da verificare quanto questa scuola abbia espresso, ed in quale direzione, un indirizzo metodologico divergente da quello di Laband. Lo scritto più noto di Seydel sul problema sopra ricordato dello Stato federale è *Der Bundestaatsbegriff. Eine staatsrechtliche Untersuchung*, del 1872, e si trova, con altri scritti dell'Autore, in *Staatsrechtliche und politische Abhandlungen*, Freiburg im Breisgau und Leipzig, 1893, pp. 1-89. Max von Seydel è autore anche di un *Bayerisches Staatsrecht*, 2 voll., Freiburg im Breisgau und Leipzig, 1896^o. Sulla figura di Seydel, rinviamo alle pagine di BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, cit., pp. 277 e ss.

⁽¹⁴⁴⁾ Anche per quanto riguarda lo stesso Gierke, non si può certo affermare che la sua influenza scompaia di colpo, anche se rimane vero che egli non riuscì, a differenza di Laband, a costituire una vera e propria scuola. Basterebbe ricordare la figura di Hugo Preuss (1860-1925), studente presso Gierke a Berlino, il quale, nel 1889, sempre a Berlino, pubblicava un volume significativamente intitolato *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, riprendendo i temi del suo Maestro. Com'è noto, Preuss ebbe poi un ruolo centrale nella politica tedesca a partire dal secondo decennio del nuovo secolo e fu tra gli artefici della Costituzione di Weimar: sulla sua figura, e sul suo profondo legame con Gierke, resta fondamentale

Quando, alla fine degli anni Ottanta, un giurista, ed un uomo politico, del prestigio di Albert Hänel ⁽¹⁴⁵⁾, passò all'attacco diretto delle tesi di Laband, si capì con tutta chiarezza che i contrasti non erano più tanto facilmente mascherabili, e che si ponevano a livello dei presupposti ultimi, delle fondamenta, del sistema scientifico. La disinvoltura, con la quale Laband aveva risposto alle critiche di Gierke, tacciandolo di operare con strumenti dogmatici poco ' chiari ', era difficilmente ripetibile nel caso di

l'analisi di C. SCHMITT, *Hugo Preuss, sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Tübingen, 1930, spec. pp. 10-17. Da ricordare anche le pagine di HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 751-759, dove si prende in esame Preuss come sostenitore di un punto di vista alternativo a Gneist nella riforma amministrativa prussiana. Tale punto di vista, tendente ad aprire una lotta a favore del decentramento, contro le strutture burocratiche centrali, fu sostenuto da Preuss proprio sulla base dell'impianto teorico di Gierke e dell'idea di *Genossenschaft*: ricordiamo, a questo proposito, il saggio dello stesso Preuss, *Die Lehre Gierkes und das Problem der preussischen Verwaltungsreform*, in *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke*, Breslau, 1910, vol. I, pp. 245-304. Interessante poi, sempre in ordine all'influsso esercitato da Gierke, la figura di Otto Hintze (1861-1940), anch'egli attivo a Berlino dal 1902 quale Ordinario di *Verfassungsgeschichte*. Come ha dimostrato una recente indagine di Pierangelo Schiera, già alla fine del secolo Hintze iniziò a contestare l'idea di Costituzione come massima espressione di volontà dello Stato, applicando categorie come quella dell'antitesi tra principio signorile e principio comunitario, che erano al centro della riflessione gierkiana; è interessante poi notare come Hintze sia in seguito entrato in contatto con la sociologia weberiana, per approdare, infine, alla proposta di una storia costituzionale come strumento di fondazione di una nuova scienza politica basata su materiali interdisciplinari. Otto Hintze è considerato il padre della moderna storiografia sociale tedesca: P. SCHIERA, *Otto Hintze*, Napoli, 1974, pp. 40, 58-67, 71-98, 203 e ss.

⁽¹⁴⁵⁾ Albert Hänel (1833-1918), allievo di Albrecht, esordisce con un lavoro dogmatico sul *Sachsenspiegel* (Leipzig, 1857-1858), che costituisce la sua abilitazione. Nel 1863 viene chiamato all'Università di Kiel, dove rimarrà fino alla morte. Dal 1867 in poi è uno dei più autorevoli esponenti della *Fortschrittspartei*, cioè dell'ala sinistra del liberalismo tedesco. Dimenticato per lungo tempo, è stato di recente riscoperto da due brillanti saggi: M. FRIEDRICH, *Zwischen Positivismus und materialem Verfassungsdenken. Albert Hänel und seine Bedeutung für die deutsche Staatsrechtswissenschaft*, Berlin, 1971, e S. GRAF VITZTHUM, *Linksliberale Politik und materiale Staatsrechtslehre. A. Hänel 1833-1918*, Freiburg und München, 1971. La figura di Hänel non sarà qui esaminata in tutta la sua complessità, ma solo per quanto concerne il dissenso con le tesi di Laband.

Hänel, che non si presentava in veste di 'germanista', o di 'organicista' (146).

La sua critica, al contrario, si muoveva tutta dentro il metodo dominante, o, quanto meno, era da esso che aveva preso le mosse, quando, nel 1888, si era diretta contro quella distinzione labandiana tra legge in senso formale e materiale, che, come sappiamo, era considerata da Laband stesso pilastro di tutto il sistema (147).

Infatti, il problema che Hänel pone in apertura del suo saggio critico è di natura rigorosamente dogmatica: dal momento che Laband ha proposto questa separazione nel concetto di legge, egli intende, evidentemente, affermare che esistono leggi dello Stato, formalmente emanate secondo procedure previste dalla Costituzione, le quali, però, non hanno il contenuto di legge, ossia non contengono — come lo stesso Laband diceva — un *Rechtssatz*, un principio giuridico generale organizzativo di una serie di concreti rapporti. Orbene, quale utilità traiamo da questa 'scoperta' di Laband? La categoria delle leggi *esclusivamente* formali ci aiuta

(146) Al contrario, Hänel era ben inserito nei ranghi della scienza giuridica dominante. Nel 1873, nel primo volume dei suoi *Studien zum Deutschen Staatsrecht*, intitolato *Die vertragsmässigen Elemente der deutschen Reichsverfassung* (Leipzig), Hänel aveva sostenuto, contro Seydel (cfr. nota 143 di questo capitolo), l'esistenza di una figura unitaria ed autonoma del *Reich*, meritando il plauso del solito Philipp ZORN, *Entwicklung der Staatsrechts-Wissenschaft*, cit., pp. 63-64. Dopo il secondo volume degli *Studien*, intitolato *Die organisatorische Entwicklung der Deutschen Reichsverfassung*, Leipzig, 1880, giungiamo, finalmente, al terzo ed ultimo volume, quello per noi più interessante in quanto esplicitamente impostato in modo critico contro le tesi di Laband, e che qui esamineremo: *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, Leipzig, 1888, rist. Darmstadt, 1968, pp. 100 e ss.

(147) Non si avevano, a quella data, precedenti in tale direzione, cioè casi di giuspubblicisti che avessero criticato la distinzione di Laband, pur rimanendo all'interno della tendenza metodologica dominante. Le uniche eccezioni possono essere costituite da F. MARTITZ, *Über den konstitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht*, in *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, 36 (1880), pp. 207 e ss., e da P. ZORN, *Zu den Streitfragen über Gesetz und Verordnung nach deutschem Reichsstaatsrecht*, in *Hirths Annalen*, 1885, pp. 301 e ss., ma si era trattato di tentativi assai timidi e poco argomentati. Rinviamo comunque, per la complessità del dibattito su questo tema nel corso degli anni Ottanta e Novanta, alla dettagliata analisi di BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, cit., pp. 259 e ss., spec. pp. 282 e ss. per la critica a Laband.

nella comprensione scientifica dello Stato, nella dogmatica giuridica? A cosa corrisponde, in concreto, tale categoria? ⁽¹⁴⁸⁾

Attraverso un'accurata analisi dello *Staatsrecht* di Laband, Hänel individua una serie di atti dello Stato, che, a giudizio dello stesso Laband, devono considerarsi leggi in senso esclusivamente formale: *Verwaltungsvorschriften*, *Rechtsgeschäfte*, *rechtliche Urteile*, *unselbständige Rechtssätze* ⁽¹⁴⁹⁾. In concreto, si tratta di provvedimenti, che lo Stato prende ai più disparati fini, per disciplinare la vita del commercio, dell'industria, della scuola, dell'esercito, per edificare opere di pubblica utilità ⁽¹⁵⁰⁾.

Procedendo nella sua analisi, Hänel osserva che i motivi per i quali si è spinti a mettere in luce — così come Laband fa — che lo Stato talvolta agisce in forma di legge, ma con un atto che non ha il contenuto di legge, possono essere di due tipi: o si vuole con ciò inquadrare tali atti come 'esecutivi' o 'amministrativi', affermando che non contengono obbiettive *Rechtssätze*, in quanto queste medesime sono già presenti in un atto legislativo, in esecuzione del quale essi sono emanati, oppure si pensa alla necessità di un'attività libera dello Stato, che, a questo livello, non può, e non vuole, vincolarsi, ponendo una regola di diritto obbiettivo, valida e cogente per sé medesimo ⁽¹⁵¹⁾. Ecco perché il tema della distinzione tra legge in senso formale e materiale rinvia a quello del rapporto tra legge e *Verwaltung*: è attraverso l'opinione di Laband su questo secondo punto, che si può comprendere il significato del primo.

Hänel stesso ci riporta, a questo proposito, l'opinione di Laband: « Das ursprüngliche und begriffliche Verhältniss der Verwaltung besteht demnach nicht darin, dass die Verwaltung positiv durch die Gesetzgebung bestimmt und geleitet wird, sondern dass sie negativ durch die Gesetzgebung beschränkt wird. Das Wesen der Verwaltung besteht nicht in der Ausführung der Gesetze, sondern

⁽¹⁴⁸⁾ A. HÄNEL, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, cit., pp. 115 e ss.

⁽¹⁴⁹⁾ *Ibid.*, p. 175.

⁽¹⁵⁰⁾ *Ibid.*, p. 213. Qui Hänel riporta le parole dello stesso Laband (*Staatsrecht*, cit., II, p. 200), che elencava i casi nei quali lo Stato esprime la sua volontà in forma di legge, ma senza porre un *Rechtssatz* obbiettivo.

⁽¹⁵¹⁾ HÄNEL, *Das Gesetz*, cit., p. 203.

in der Durchführung der dem Staate obliegenden Aufgaben unter Beobachtung, d.h. ohne Verletzung der Gesetze » (152). E cioè: l'amministrazione non è da concepirsi come fase esecutiva della legislazione, ma come autonoma attività dello Stato, che copre settori non toccati dalla legislazione medesima, o, comunque, nei quali esistono solamente principii generali, che non possono essere violati, ma che, contemporaneamente, lasciano ampio margine d'azione alla *Verwaltung*. È in questo senso che deve essere intesa la successiva proposizione di Laband: « Staatsverwaltung ist die freie Thätigkeit der Staatsregierung behufs Durchführung der staatlichen Aufgaben innerhalb der von der Rechtsordnung des Staates gesteckten Grenzen » (153), dove la parola *freie*, e l'uso del termine *Rechtsordnung* in luogo di *Gesetzgebung*, devono essere intesi in relazione a quanto sopra abbiamo rilevato.

Dunque, se Laband considerava le varie *Verwaltungsvorschriften*, ed i vari *Rechtsgeschäfte*, come leggi in senso esclusivamente formale, non è certo perché essi siano per lui da concepirsi in funzione esecutiva di un atto legislativo esplicante un *Rechtssatz* principale. Cade, così, la prima delle alternative individuate da Hänel, ed emerge, in piena luce, il vero motivo per il quale Laband negava un contenuto legislativo a questi atti dello Stato: essi sono possibili e pensabili « ohne dass sie durch spezielle Gesetze angeordnet und normirt werden; die Regierung hat die Befugniss zur Vornahme dieser Thätigkeiten nicht auf Grund von Rechtsregeln, sondern auf Grund der *Natur* des Staates und der aus dieser Natur sich ergebenden Aufgaben des Staates » (154).

Come vediamo, è Laband che parla per Hänel: la distinzione tra legge in senso formale e materiale è funzionale all'individuazione di un settore di attività dello Stato che agisce formalmente con lo strumento della legge, ma che in realtà, non ponendo *Rechtsätze* vincolanti sè medesimo, si muove non ' auf Grund von Rechtsregeln ', bensì ' auf Grund der Natur des Staates '. Quale sia questa ' natura ' dello Stato, non è difficile da intendere, se ritorniamo

(152) *Ibid.*, p. 204; la frase di Laband è contenuta nello *Staatsrecht*, cit., II, p. 200.

(153) *Ibid.*, p. 207; per LABAND, *op. ult. cit.*, II, p. 201.

(154) *Ibid.*, p. 214; per LABAND, *op. ult. cit.*, II, p. 200. Il corsivo è nostro.

mo alle prime pagine dello *Staatsrecht* di Laband, dove si parla della *Herrschaft* e del *Befehl* quali momenti essenziali e caratteristici della vita dello Stato medesimo ⁽¹⁵⁵⁾.

Così, è il positivista Hänel, il giurista Hänel, che, con gli stessi strumenti di Laband, giunge a dimostrare come il suo sistema sia, in realtà, fondato su un principio di autorità, come ad esso sia sottesa « die Theorie von der Zufälligkeit des Rechtes im Verhältniss zum Staate » ⁽¹⁵⁶⁾, una precisa concezione che pone lo Stato *prima* del diritto, nella condizione di poter scegliere *se* adoperare o meno lo strumento giuridico, *se* vincolarsi o meno nei confronti dei soggetti, con i quali entra in contatto.

È proprio a questo livello del suo discorso, che Hänel apre la polemica con le tesi di Laband, rappresentando un punto di vista, che era già stato di Gierke: l'opposizione ad un progressivo processo di riduzione del diritto a strumento di potere ⁽¹⁵⁷⁾. Il diritto non è prodotto dallo Stato attraverso « seine freie Willenssetzung » ⁽¹⁵⁸⁾, ma è, inversamente, lo Stato che non può essere concepito al di fuori del diritto: « das Recht ist die dem Staate nothwendige Erscheinungsweise » ⁽¹⁵⁹⁾. Lo Stato non è un concetto astratto, come troppo spesso accade nelle elaborazioni dei giuristi orientati dal metodo labandiano ⁽¹⁶⁰⁾, ma esiste concretamente proprio nella misura in cui riesce a realizzarsi *nel* diritto, come « Rechtsverhältniss einer Personenmehrheit » ⁽¹⁶¹⁾. Per questo, Hänel, in netto disaccordo con Laband, contesta la figura dello Stato, che sceglie di esprimersi nella forma di legge, ma che in realtà

⁽¹⁵⁵⁾ LABAND, *op. ult. cit.*, I, pp. 57-58.

⁽¹⁵⁶⁾ HÄNEL, *Das Gesetz*, cit., p. 214.

⁽¹⁵⁷⁾ Per Gierke, vedi *supra*, questo capitolo, paragrafo primo e quarto.

⁽¹⁵⁸⁾ HÄNEL, *Das Gesetz*, cit., p. 215.

⁽¹⁵⁹⁾ *Ibid.*, p. 217. Ricordiamo quanto Gierke affermava a proposito del legame necessario di Stato e diritto: GIERKE, *Grundbegriffe des Staatsrechts*, cit., pp. 103 e ss. (cfr. *supra*, questo capitolo, paragrafo primo).

⁽¹⁶⁰⁾ Anche qui dobbiamo ricordare quanto Gierke affermava in funzione critica dell'idea di personalità giuridica dello Stato, intesa come 'artificio tecnico', o come 'finzione': cfr. *supra* questo capitolo, paragrafo primo. Com'è noto, Gierke contrapponeva a tale idea la necessità di un'indagine sugli effettivi modi di esistenza delle comunità umane, su quelle che lui medesimo definiva le « innere Merkmale der Persönlichkeit »: GIERKE, *Grundbegriffe*, cit., p. 80.

⁽¹⁶¹⁾ HÄNEL, *Das Gesetz*, cit., p. 233.

non pone diritto obbiettivo vincolante sé medesimo ed i soggetti toccati dal suo atto, proprio perché, in questo modo, si nega lo Stato stesso, la sua giuridica esistenza tra gli individui. È su questo piano che Hänel critica Laband: ai suoi occhi, l'Autore dello *Staatsrecht* era tutt'altro che il campione del metodo 'giuridico'.

Al contrario, è proprio l'argomentazione di Hänel ad essere tutta condotta sul piano della logica giuridica, ad essere tutta 'frenata' in confini rigorosamente scientifici ⁽¹⁶²⁾. Non v'è dubbio, però, che lo stesso Hänel, mediante la sua analisi, era arrivato a dimostrare che lo Stato 'giuridico' di Laband non era affatto tale, che la sua distinzione tra legge in senso formale e materiale era costruita per lasciare al potere politico la possibilità di scegliere se vincolarsi o no, se adoperare o meno lo strumento giuridico. È chiaro che quello Stato appariva immediatamente, a lui attivo uomo politico liberale, uno Stato quanto meno potenzialmente autoritario, da vincolare proprio attraverso il diritto: il giurista Hänel ed il politico Hänel erano destinati a pensare congiuntamente ⁽¹⁶³⁾.

⁽¹⁶²⁾ Addirittura sul tema della legge di bilancio, che, fino dai tempi del conflitto costituzionale prussiano, era terreno scottante, dove si misurava il peso politico reale delle rappresentanze popolari, Hänel si muoveva esclusivamente sul piano dell'argomentazione giuridica, senza alcun richiamo, se non sporadico, alle problematiche dello Stato costituzionale, alla necessità dell'accordo di monarca e Camere, insomma a tutto quel bagaglio politico-dottrinale, che era stato patrimonio del vecchio organicismo liberale. L'argomentazione procede con stretto riferimento al diritto vigente, per dimostrare che una normale legge di bilancio è inevitabilmente legge anche in senso sostanziale, e, dunque, in polemica con Laband, per affermare la necessità del consenso delle Camere, pena l'illegittimità di tutte le spese erogate: HÄNEL, *op. ult. cit.*, pp. 291-354. È da notare che Laband era tornato sul tema solo due anni prima, ribadendo le sue posizioni del 1871 (per le quali cfr. *supra*, capitolo terzo, paragrafo quinto): LABAND, *Zur Lehre vom Budgetrecht*, in *Archiv für öffentliches Recht*, I (1886), pp. 172-196.

⁽¹⁶³⁾ Già abbiamo sopra accennato all'appartenenza di Hänel a quella tradizione di *Linksliberalismus*, che, pur ponendosi nel solco della fedeltà al *Reich*, si era sempre distinta come componente del liberalismo tedesco meno incline al compromesso col tradizionale apparato di potere di stampo prussiano. Sia il saggio di GRAF VITZTHUM, *Linksliberale Politik*, cit., pp. 21-82, sia quello di FRIEDRICH, *Zwischen Positivismus und materialem Verfassungsdenken*, cit., pp. 22-38, si occupano a lungo della figura di Hänel politico, testimoniando dell'importanza che rivestì tale versante della sua attività.

Il punto di riferimento per una costruzione alternativa non poteva però essere il liberalismo organicista, e la dottrina della *Körperschaft* di Gierke; ed Hänel tenne subito a precisarlo, recensendo un volume di Hugo Preuss, senza dubbio il più noto tra gli allievi del medesimo Gierke ⁽¹⁶⁴⁾.

A fondamento del volume di Preuss — sostiene Hänel — sta quella visione organicistica dello Stato, che è, inevitabilmente, qualcosa di più di un metodo scientifico: « Sie ist zugleich eine inhaltliche Aussage für das Wesen des Staates; allerdings nur eine negative. Sie verwirft den Gedanken, dass der Staat eine willkürliche Schöpfung des bewussten menschlichen Willens sei; sie betrachtet ihn vielmehr als eine Phase der naturnothwendigen Entwicklung der Menschheit » ⁽¹⁶⁵⁾. Secondo Hänel, questo è positivo, poiché richiama ad una dimensione obbiettiva del diritto ⁽¹⁶⁶⁾, ma finisce poi per paralizzare la volontà di trasformazione: « Auch der Staat ist in Entstehung, Bestand und Fortbildung gedacht, gefühlt, gewollt », ed è precisamente questo elemento che scompare dalle costruzioni degli organicisti ⁽¹⁶⁷⁾.

Una volta usciti dalla tradizione della filosofia politica organicistica, cosa si poteva contrapporre all'arbitrarietà dello Stato ' giuridico ' di Laband? In cosa si sostanziava quella natura ' obbiettiva ' del diritto, della quale Hänel discorreva, una volta scartata la possibilità che essa si realizzasse nell'ambito di quello sviluppo naturale e necessario, che era stato la bandiera di tutto il liberalismo organicista? Quali erano le possibili costruzioni giuridiche di Hänel, una volta che si fosse respinta la centralità della *Körperschaft*, proposta da Gierke?

⁽¹⁶⁴⁾ A. HÄNEL, *Zur Revision der Methode und Grundbegriffe des Staatsrechts*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, V (1890), pp. 457 e ss. Il volume di Preuss è *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, già citato alla nota 144 di questo capitolo, alla quale rinviamo anche per ulteriori informazioni sulla figura dell'Autore.

⁽¹⁶⁵⁾ HÄNEL, *Zur Revision*, cit., p. 476.

⁽¹⁶⁶⁾ *Ibid.*, p. 476: qui tornano i temi del saggio dell'88 sopra esaminato, e della polemica con Laband.

⁽¹⁶⁷⁾ *Ibid.*, p. 477: in esse Hänel vede « eine mystische Formel schellingschen Ursprunges », con un metodo che è quello « der intuitiven Begriffskonstruktion ».

È per tentare una risposta a queste domande che Hänel avverte il bisogno di un ritorno alla sintesi, alla discussione sui fondamenti generali del sistema. Il frutto di questa sua meditazione è il *Deutsches Staatsrecht*, del 1892 ⁽¹⁶⁸⁾.

La pubblicazione del volume non fu certo fatto di poco conto per la scienza giuridica del tempo, poiché Hänel era, indubbiamente, giurista assai stimato, nonché conosciutissimo uomo politico. Se si analizzano le numerose recensioni all'opera, specialmente quelle scritte dai giuristi più rigidamente allineati con le posizioni di Laband, scopriamo una sorta di rispettoso tono, di moderazione negli accenti critici. Nello stesso tempo, quei medesimi scritti fanno trasparire un chiaro senso di delusione per i risultati conseguiti dall'Autore e sottolineano tutti l'inopportunità di continuare a mischiare l'analisi del diritto positivo con riflessioni filosofiche generali ⁽¹⁶⁹⁾.

In effetti, questa critica si rivolge soprattutto al primo libro dell'opera del '92, quello dedicato ai *Grundlagen* dello Stato tedesco, al ripensamento complessivo sul sistema scientifico. Dopo una lunga introduzione storica, non appena l'analisi si fa più ravvicinata, applicata alla concreta figura del *Reich*, entra subito in campo un elemento a lungo trascurato dalla scienza giuridica tedesca: la *Gesellschaft* ⁽¹⁷⁰⁾.

In sostanza, rispetto alla costruzione di Laband — che isolava lo Stato, e da esso partiva —, Hänel si muove in direzione inversa,

⁽¹⁶⁸⁾ A. HÄNEL, *Deutsches Staatsrecht*, volume primo, *Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt*, Leipzig, 1892.

⁽¹⁶⁹⁾ ZORN, *Entwicklung der Staatsrechts-Wissenschaft*, cit., p. 74, a proposito del volume di Hänel: « es erhebt sich immerhin die Frage, ob nicht diese schwierigen rechtsphilosophischen Konstruktionen besser von der Darstellung des positiven Rechtsstoffes vollständig zu trennen wären ». Per un'esame complessivo delle recensioni al volume del '92, vedi GRAF VITZTHUM, *Linksliberale Politik*, cit., p. 88, e FRIEDRICH, *Zwischen Positivismus und materialem Verfassungsdenken*, cit., pp. 64-65.

⁽¹⁷⁰⁾ GRAF VITZTHUM, *Linksliberale Politik*, cit., ha collocato proprio questo elemento al centro della sua analisi dell'opera di Hänel, differenziandola in modo netto dalla prospettiva seguita da Gierke: « dort wo Gierke von 'Organismus' und 'Gemeinleben' oder 'Gemeinschaft' spricht und damit die verschiedensten Analogien zu natürlichen Organismen beschwört, benutzt Hänel die Ausdrücke 'Organisation' und 'Gesellschaft' » (p. 159 nota 46).

ponendo subito il problema dei « Grundverhältnisse » (171), sui quali si fonda lo Stato medesimo. Com'è che quest'ultimo si viene formando da una certa realtà storica, da quel complesso di « körperlichen, geistigen und wirtschaftlichen Güter, die ein Volk in einem gegebenen Zeitpunkt aufweist »? (172) Questa la domanda che sta alla base di tutta l'indagine di Hänel.

Lo Stato è per lui « Gesellschaft », ma non è « Gesellschaft schlechthin, sondern eine besondere und eigentümliche Weise derselben » (173). La questione centrale è quella delle *forme* attraverso le quali lo Stato è *Gesellschaft*, del modo specifico nel quale esso si realizza, o in altre parole, della costruzione *giuridica* dello Stato. La domanda da porsi è la seguente: attraverso quali strumenti dogmatici si può indicare quella particolare forma di convivenza umana, che è lo Stato?

La risposta è chiara e netta: lo Stato è un « korporativer Verband » (174). Non v'è dubbio alcuno che Hänel deriva la figura di *Verband* da Gierke, il cui nome ricorre sempre più frequentemente in queste pagine (175). Anche la terminologia è la medesima; si parla, ad esempio, dei cittadini come « Mitglieder » del *Verband* statale (176), sostenendo che solo da un tale punto di vista è possibile costruire giuridicamente il rapporto tra Stato e cittadino (177). Il primo compito della scienza di diritto pubblico è, per Hänel come per Gierke, quello di studiare il « Gesamtverhältniss des korporativen Verbandes », cioè il suo « inneren Gehalt », il « Beteiligungsverhältniss aller Mitglieder an dem Gemeinzwecke » (178).

(171) HÄNEL, *Deutsches Staatsrecht*, cit., pp. 73 e ss.

(172) *Ibid.*, p. 75.

(173) *Ibid.*, p. 76.

(174) *Ibid.*, pp. 81 e ss.

(175) *Ibid.*, p. 81, e pp. 99-100.

(176) *Ibid.*, p. 93.

(177) La costruzione giuspubblicistica è « eine andere als die des reinen Privatrechts », e può essere solo quella di « Mitgliedschaft », ed ancora: « im Staate sind die Mitglieder des korporativen Verbandes die Staatsangehörigen, die von seiten ihrer Pflichtstellung Unterthanen, von seiten ihrer Rechtsstellung Staatsbürger sind » (*ibid.*, p. 96). La costruzione è identica a quella già formulata da Gierke, in contrasto con Laband: cfr. *supra*, questo capitolo, paragrafo primo.

(178) *Ibid.*, p. 98; Gierke parlava di « innere Merkmale der Persönlichkeit »: cfr. la nota 160, *supra*.

Come vediamo, Hänel, al momento in cui giunge alla fase d'indicazione del modello, delle linee di costruzione dogmatica, non sfugge all'influenza di Gierke.

Sarebbe, però, errato parlare di un'assoluta continuità tra i due grandi oppositori di Laband. È piuttosto vero che Hänel, in funzione di sostegno al suo sforzo critico, adopera sì le formule coniate da Gierke, ma cerca anche subito di chiarire in che senso e fino a qual punto. Già nella recensione del 1980 — della quale sopra abbiamo discusso — Hänel aveva preso le distanze dalla filosofia politica organicistica, che, a suo avviso, aveva il difetto di trascurare la dinamica delle comunità umane, non mettendo sufficientemente in luce l'elemento della volontà, la loro natura di collettività fondate sulla cosciente iniziativa dei partecipanti.

Ora il discorso si sposta sul piano della tecnica giuridica. Nelle pagine precedenti Hänel aveva osservato come non fosse sufficiente individuare lo Stato come « korporativer Verband »: bisogna anche spiegare come accade che tale *Verband* si manifesta « nach aussen und im Verhältniss zu Dritten » come entità unitaria, come « juristische Person » (179).

Con ciò stesso, Hänel colloca la sua argomentazione su due piani ben distinti. Da una parte esistono i problemi della definizione giuridica degli organi dello Stato, del nesso dello Stato-unità con le comunità minori, e con i singoli, dall'altra i problemi della concreta attività di quegli organi, dell'espressione di volontà dello Stato nei confronti dei 'terzi', come afferma lo stesso Hänel. Al primo livello la categoria scientifica-base è il *Verband*, al secondo la *juristische Person*. A questo punto, è intuibile che tutto il sistema di Hänel ruota intorno al legame da stabilire tra questi due diversi piani di osservazione della realtà storica dello Stato.

Secondo Hänel, si deve sempre prendere le mosse dal fatto che il *Verband* può esistere — ed in effetti esiste — anche senza il riconoscimento della personalità giuridica (180); cioè dal fatto che lo Stato quale realtà associativa ha una dimensione autonoma, cui può *aggiungersi* quel riconoscimento, senza, però, che quest'ul-

(179) *Ibid.*, p. 82.

(180) Risulta da tutto il contesto dell'analisi di Hänel: esplicitamente a p. 193.

timo possa assumere un valore costitutivo ⁽¹⁸¹⁾. Anzi, bisogna affermare chiaro e tondo qual'è la concreta funzione dell'idea di personalità giuridica dello Stato: « Diese rechtliche Wirkung der juristischen Persönlichkeit allein ist es, welche das positive Recht trifft und bestimmt, in dem dasselbe die *Fiktion* aufstellt, dass der korporative Verband eine Person, ein einheitliches Rechts-subjekt schlechthin bilde »; cioè la finzione della personalità giuridica dello Stato ci offre « das technische Hülfsmittel » per poter, « mit einem Schlagworte », indicare un punto di riferimento unitario per una serie di « Rechtsregeln », che si applicano ad un concreto gruppo di « Rechtsverhältnissen » ⁽¹⁸²⁾.

Il concetto di personalità giuridica dello Stato deve essere pertanto adoperato con la chiara consapevolezza che si tratta di una finzione e che lo Stato non esiste in quanto viene definito come persona giuridica, ma solo nella misura in cui riesce a realizzarsi concretamente nei rapporti che esso instaura. Torna qui la netta affermazione: lo Stato è esclusivamente *Gesellschaft*, esistendo solo ed unicamente nei rapporti giuridici, come sistema di relazioni giuridicamente regolate ⁽¹⁸³⁾.

Per questa via, Hänel torna al nucleo centrale della sua critica a Laband di quattro anni prima: « Das Recht gewinnt die Bedeutung für den Staat, dass es nicht mehr Mittel, sondern vielmehr, dass es ihm Zweck schlechthin ist, dass er das Recht um *seiner selbst* willen setzen und wahren muss » ⁽¹⁸⁴⁾. Ma questa non è altro che la proposta di Hänel per la conciliazione delle due figure di Stato-autorità e Stato giuridicamente regolato e limitato, di Stato-dominazione e Stato-comunità: è lo Stato a produrre il diritto, la normativa vigente, ma solo in quanto *necessariamente* esso medesimo deve vivere nel diritto, solo perché non-diritto si-

⁽¹⁸¹⁾ *Ibid.*, p. 107: « Nach dem allen ergibt sich, dass der korporative Verband eine in seinem Inneren gegründete und auf sich selbst ruhende Erscheinung ist ».

⁽¹⁸²⁾ *Ibid.*, pp. 106-107: il corsivo è dello stesso Hänel.

⁽¹⁸³⁾ *Ibid.*, p. 116: il termine *Gesellschaft* non ha qui niente a che fare con la 'società civile' di Hegel o di Stein, ma indica il diritto come « notwendiges Ordnungsprinzip » (p. 115), come « notwendige Erscheinungsweise » dello Stato (p. 116).

⁽¹⁸⁴⁾ *Ibid.*, p. 129: il corsivo è dello stesso Hänel.

gnifica negazione di sé e della propria giuridica esistenza. Ecco la conclusione di questa parte dell'analisi di Hänel: lo Stato è « die einem souveränen korporativen Verbände verfasste Gesellschaft, die durch Gesetzgebung und Vollziehung ihr eigenes Dasein wahrht » ⁽¹⁸⁵⁾.

Per comprendere a fondo il significato dell'operazione compiuta da Hänel, ci è ancora una volta assai utile la critica di Gierke a Laband. Ripercorrendo punto per punto tutta l'argomentazione häneliana, si avverte molto chiaramente come essa si fondi sulla figura dello Stato-*Verband*, proposta da Gierke, ma anche come, ad un certo punto, essa diverga nettamente dal quasi parallelo ragionamento dell'Autore del *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*.

Il momento discriminante è fornito proprio dalla personalità giuridica statutale come *Fiction*. Come è noto, Gierke rifiutava in blocco quell'idea, affermando, proprio come Hänel, che essa si sovrapponeva alla concreta realtà dello Stato, appunto come una finzione, un mero espediente tecnico, eludendo il problema centrale, che era quello dell'analisi interna della *Körperschaft* statutale. Era a partire da questo totale rifiuto della personalità giuridica proposta da Laband, che Gierke poneva una serie di problemi, i quali erano altrettanti punti di vista alternativi a quelli assunti dalla dottrina del medesimo Laband. E cioè: come, e per quali procedimenti, alcune volontà di singoli individui si incontrano per riconoscere una dimensione unitaria della vita collettiva? Quanta parte delle singole manifestazioni di volontà viene assorbita dall'ente collettivo, e quanta rimane nella sfera esclusiva dell'individuo? Gierke non sosteneva affatto l'inesistenza di una personalità unitaria dello Stato, ma affermava che la scienza di diritto pubblico doveva studiare come a tale personalità si giungeva, e che a questo compito non si assolveva certo affermando *sic et simpliciter* che lo Stato è una persona giuridica. In altre parole, Gierke, di fronte a quella *Fiction*, poneva il problema della volontà di diritto pubblico, concreta e reale al pari di quella di diritto privato: non esiste solo una *Willensbindung* tra due soggetti

(185) *Ibid.*, p. 131.

separati ed in sé conchiusi, ma anche una *Willensorganisation* espressa da più soggetti collettivamente ⁽¹⁸⁶⁾.

Dunque, se le perplessità di Hänel nei confronti della teoria di Gierke erano quelle di chi non voleva aderire ad una concezione della vita collettiva dove l'elemento volontà risultasse cancellato, si trattava certamente di perplessità infondate. La verità è un'altra, e riguarda l'educazione giuridica positivista di Hänel, che, pur rifiutandosi di concepire il diritto come strumento dello Stato, in verità era — come Laband — assai in difficoltà nell'abbandonare il punto di vista dello Stato-persona quale centro assoluto del sistema di diritto pubblico.

Quando, sviluppando la sua analisi, egli giunge al momento decisivo della personalità giuridica dello Stato, quando la teoria di Gierke gli aveva fornito ormai tutti gli strumenti necessari per uscire del tutto dalla logica del sistema labandiano, Hänel si ritrae impaurito, e, pur ammettendo che quella nozione di personalità nient'altro era che una *Fiction*, non la scarta, ma dichiara di servirsene, come 'mezzo di ausilio tecnico', per la descrizione e la sistemazione dei concreti rapporti giuridici posti in essere dallo Stato. Certo, subito dopo, come abbiamo visto, Hänel si affretta ad aggiungere che ciò che conta è lo Stato come esistenza storica, come *Gesellschaft*, ma il punto è: queste professioni di 'fede' hanno poi realmente un concreto riflesso nella costruzione del sistema? O non procede forse quest'ultimo per le consuete vie indicate da Laband, pur dichiarandosi esplicitamente che il centro di tutto il sistema è una *Fiction*?

A nostro avviso, la domanda che Hänel si pone all'inizio del volume, sul come una certa collettività di uomini si organizzi e si riconosca in un ente collettivo chiamato Stato, questa domanda rimane senza risposta. Via via che si sfogliano le pagine del volume del '92, quella prospettiva iniziale si allontana sempre più, mentre progressivamente riemerge la centralità dello Stato-persona quale criterio direttivo ed organizzativo di tutto il sistema di diritto pubblico. Certo, non si possono negare le obiettive differenze tra la elaborazione di Laband e quella di Hänel, il fatto che

⁽¹⁸⁶⁾ Per tutta questa argomentazione di Gierke, vedi *supra*, questo capitolo, paragrafo primo.

il secondo abbia messo in luce il non necessario vincolo di Stato e diritto nel sistema del primo, rilanciando l'idea di *Verfassung* quale criterio organizzatore di tutta l'attività statale ⁽¹⁸⁷⁾, ma non è qui il problema principale.

Quello che stiamo valutando è la capacità di Hänel di offrire un'alternativa metodologica al positivismo di Laband, ed è a questo livello che il suo tentativo fallisce. Il punto è che nel volume del '92 non troviamo niente di più della critica dell'88, niente di più della denuncia di un legame 'casuale' tra Stato e diritto, dell'affermazione della necessità di ristabilire un saldo vincolo in questo senso. Ma un impegno come il *Deutsches Staatsrecht* poteva avere una sua validità proprio come tentativo di passare dalla critica alla costruzione, fornendo un modello alternativo alla scienza giuridica del tempo.

Ed, invece, è la *Fiction* che vince, il 'mezzo tecnico' che si afferma, cosicché la seconda parte del volume, quella dedicata all'analisi della *Reichsgewalt*, finisce per ricalcare i vecchi modelli, magari aggiornandoli, magari coprendo settori fino ad allora inesplorati, ma, in sostanza, non sollevando più alcun problema di fondo ⁽¹⁸⁸⁾. Il tema del *Verband*, la questione centrale, sollevata da Gierke nel '74, della *Willensorganisation*, rimane ora, come allora, solo abbozzata, nell'incapacità di precisarsi ulteriormente. Al volume di Hänel del '92 non seguirà più alcun altro suo impegno nella sistematica di diritto pubblico, e la sua influenza sulla *Staatslehre* tedesca rimarrà assai limitata ⁽¹⁸⁹⁾.

La sua opera, perciò, deve essere affiancata a quella di Gierke e come la sua interpretata dal punto di vista della critica a Laband, quale sintomo d'insoddisfazione per le soluzioni contenute nello *Staatsrecht* del Maestro del metodo giuridico. Le figure dei due più grandi oppositori di Laband erano certamente assai diverse: due tipi diversi di tradizione liberale, due tipi diversi di

⁽¹⁸⁷⁾ HÄNEL, *Deutsches Staatsrecht*, cit., pp. 119 e ss. Le differenze tra i sistemi di Hänel e di Laband sono fortemente sottolineate da GRAF VITZTHUM, *Links-liberale Politik*, cit., pp. 169 e ss.

⁽¹⁸⁸⁾ HÄNEL, *op. ult. cit.*, pp. 217 e ss.

⁽¹⁸⁹⁾ Come osserva anche FRIEDRICH, *Zwischen Positivismus und materialem Verfassungsdenken*, cit., p. 67.

cultura e di tecnica giuridica. Avevano, però, in comune la consapevolezza che nel sistema labandiano vi erano grossi problemi irrisolti, che una scienza di diritto pubblico all'altezza dei tempi non poteva continuare ad essere meramente dottrina della *Staatsgewalt*. Essi segnalavano l'esigenza di uscire dalla logica del soggetto unico nel diritto pubblico, di prendere in considerazione il problema del rapporto Stato-popolo, di riconoscere piena soggettività giuridica ai singoli cittadini ed alle comunità inferiori.

Essi sono, infine, portatori di una nozione di *diritto* quale necessario ordine sociale, quale struttura dell'intera vita collettiva, quale *Costituzione* vincolante lo stesso potere politico e la sua contingente espressione di volontà. È un'idea che ha profonde radici in tutto l'Ottocento tedesco, che ha la sua fonte prima in Savigny, ed il suo momento di massimo splendore con Gerber, quando tenta di applicarsi alla dinamica dello stesso potere politico.

L'analisi del complesso dello sviluppo storico ci insegna che in Germania i portatori di quell'idea di sovranità dell'ordinamento giuridico sono stati i giuristi. Così come, in assenza di Codificazione, la scienza di diritto privato ha continuato a svolgere per tutto il secolo un ruolo produttivo, così, anche nel campo del diritto pubblico, il soggetto storico portatore dell'idea di *Verfassung* è, ancora una volta, la scienza giuridica. È questo, in primo luogo, il caso di Gerber, e del progetto contenuto nei *Grundzüge*, tutto fondato su un ruolo produttivo della giurisprudenza.

Proprio questo ruolo scompare con la fondazione del *Reich*, con l'affermazione del metodo labandiano, e con esso, inevitabilmente, crolla anche l'idea di un ordinamento sovrastante lo stesso potere politico.

Era stata la scienza giuridica, con Gerber, a recepire la dominante filosofia politica organicistica, patrimonio anche della più larga parte del movimento liberale, ed a porre il problema-base del rapporto tra lo Stato quale 'centro delle forze morali del popolo', e lo Stato-autorità, dominante nei suoi rapporti con il cittadino e con gli altri soggetti dell'ordinamento. Era stata l'intelligenza giuridica a porsi come mediatrice di quei due livelli.

Ma proprio per questo il progetto di Gerber si fondava soprattutto sulla convinzione di poter percorrere una via 'scientifica',

una via 'giuridica', verso l'unità e la centralità dello Stato, era vissuto in concorrenza con chi poneva il problema del potere politico quale risultato dello scontro, e dell'incontro, tra le varie componenti della società civile. In esso era ben visibile l'impronta di Savigny, lo spirito dell'inizio del secolo, della difesa del 'diritto' contro l'arbitrio della moderna 'politica', contro le dilaceranti contraddizioni della società nascente.

Anche Gierke ed Hänel sono figli di questa tradizione, e proprio qui deve essere ricercata la ragione dell'inefficacia delle loro critiche al sistema labandiano. Infatti, se nel '65 quel bagaglio politico-culturale aveva permesso a Gerber di pensare lo Stato in termini giuridici, ora, dopo la fondazione del *Reich*, esso diventa — per gli oppositori di Laband, che continuavano a sostenere quell'idea di 'diritto' — ragione di debolezza e d'impotenza. Quello stesso 'diritto', che li spingeva a criticare il sistema di Laband, li spingeva, in egual misura, fuori delle reali contraddizioni della società del loro tempo.

Mentre Laband parlava di un concreto soggetto storico, essi parlavano di un diritto 'ideale', o si appellavano, come Gierke, alle tradizioni della scienza giuridica. Nessuno di loro, però, si faceva realmente interprete delle ribollenti energie della società civile, che premevano sulle istituzioni, mentre, invece, proprio lì andava ricercata la *sostanza* della critica a Laband. Essi ponevano il problema-base dei processi attraverso i quali una certa collettività di uomini si riconosce in Stato, ma non concretizzavano la carica alternativa insita in questa domanda. Mentre Laband discorreva di istituzioni, di Corona, di burocrazia, essi parlavano di 'comunità', di 'società', di 'diritto', ma riuscivano a farlo solo astrattamente: in definitiva, la loro debolezza è la medesima, ormai secolare, del liberalismo tedesco, che non era riuscito ad organizzare, ed a gestire, il rinnovamento della società civile.

La definizione di *Reich* contenuta nelle ultime pagine del volume di Hänel del '92 è in questo senso esemplare: il *Reich* è « der nationale korporative Verband, dessen Gemeinzwck die oberste Zusammenordnung und Leitung aller an der Kulturentwicklung des deutschen Volkes gesellschaftlich wirksamen Faktoren ist » (190).

(190) HÄNEL, *op. ult. cit.*, p. 805.

Gremita di concetti che Laband mai avrebbe adoperato, essa giunge alla fine di un volume nel quale l'Autore non ci ha affatto spiegato cosa sia la *Kulturentwicklung* ⁽¹⁹¹⁾, quali siano i 'fattori socialmente efficaci', e soprattutto come questi giungano a riconoscersi ed a riflettersi nelle strutture dello Stato.

Quattro sono, in tutto, le pagine dedicate da Hänel al tema 'Der Staat und die bürgerliche Gesellschaft' ⁽¹⁹²⁾, ed in esse leggiamo di una società pressoché armonica, saldamente inserita nelle « Organisationsformen der freien Anpassung, der Familie, der korporativen Verbände, der Grund- und Schutzherrschaften » ⁽¹⁹³⁾, di una dinamica tutta proveniente dall'alto, dallo Stato che deve assumersi il compito di creare una « Friedensordnung », un « Ausgleich der Interessen » ⁽¹⁹⁴⁾.

A confronto di queste pagine, si possono leggere quelle che Laband scriveva alcuni anni prima, recensendo la *Theorie des fran-*

⁽¹⁹¹⁾ Dei *Kulturaufgaben*, della necessità, da parte dello Stato, di « eines Gesamtplanes für das Leben der Volksgemeinschaft », Hänel aveva già parlato nel corso della sua analisi (*ibid.*, pp. 111-112), riprendendo il tema gierkiano del *Kulturstaat*, sollevato dall'allievo di Beseler in funzione integrativa del *Rechtsstaat*, limitantesi in modo esclusivo a garantire la protezione giuridica dei singoli: GIERKE, *Grundbegriffe*, cit., pp. 106-107.

⁽¹⁹²⁾ HÄNEL, *op. ult. cit.*, pp. 131-134.

⁽¹⁹³⁾ *Ibid.*, p. 131.

⁽¹⁹⁴⁾ *Ibid.*, p. 132. Sulla concezione häneliana di 'società civile', vedi anche GRAF VITZTHUM, *Linksliberale Politik*, cit., pp. 182-185. Non possiamo, peraltro, concordare con il Vitzthum, quando egli sottolinea eccessivamente la funzione della *Gesellschaft* nel sistema di Hänel, giungendo ad affermare che questi, proprio muovendo dalla comprensione del rinnovato ordine sociale, ha posto con la sua *Staatslehre* il problema dello Stato quale soggetto « getragen vom selbstbewussten Willen der Nation und ihrem demokratischen Anspruch » (p. 200), mentre ci sembra più ragionevole affermare che Hänel ebbe indubitabilmente il merito di aver avvertito la necessità di non restringere la scienza di diritto pubblico nei confini della *Staatsgewalt*: che cosa vi dovesse essere al di là di quei confini, Hänel non ce lo dice in forma di progetto compiuto, e tanto meno parla di 'democrazia', e di 'volontà della Nazione'. Concordiamo invece pienamente con le conclusioni di FRIEDRICH, *Zwischen Positivismus und materialem Verfassungsdenken*, cit., p. 70, che giudica l'opera di Hänel, in rapporto ai suoi tempi, « genügend politisch und sozialwissenschaftlich fundiert, um nicht der Gefahr juristischer Introvertiertheit zu erliegen und jene systematische Kraft zu entwickeln, ohne die eine kritische Bewertung der Erscheinungen des staatlichen Lebens nicht denkbar ist ».

zösischen Verwaltungsrechts di Otto Mayer, futuro Maestro della scienza di diritto amministrativo ⁽¹⁹⁵⁾. Qui Laband loda l'impostazione metodologica di Mayer, perché mira alla « Ablösung und Isolierung der juristischen Elemente aus dem Gesamtbilde der staatlichen Thätigkeit », alla individuazione di « Rechtsinstitute und Rechtsbegriffe von der Masse der Beziehungen, welche die Verwaltung darbietet » ⁽¹⁹⁶⁾, ma, soprattutto, 'raccomanda' di tener sempre presente che compito principale dello Stato è « mit zwingender Kraft zu befehlen », che esso può anche stipulare dei contratti con i privati, ma solo in quanto « der Staat Herrscher ist », e, come tale, « kann er sich nach eigenem Belieben aller Rechtsformen bedienen, die ihm nützlich scheinen », come conferma « seiner Freiheit ... diejenige Rechtsform zu wählen, die ihm beliebt » ⁽¹⁹⁷⁾. Il discorso è fin troppo chiaro: la società civile è una proiezione dello Stato-persona, e deve piegarsi ad essere inquadrata nelle forme giuridiche che lo Stato medesimo offre.

Di contro, abbiamo giuristi come Hänel e Gierke, che sottolineano la necessità di conservare una dimensione 'obbiettiva' del

⁽¹⁹⁵⁾ La recensione di Laband appare nell'*Archiv für öffentliches Recht*, II (1887), pp. 149-162. La figura di Otto Mayer non può rientrare nella nostra indagine, che si svolge dentro i confini della dottrina generale dello Stato. Sarebbe da studiare a fondo il legame tra la sua opera e quella di Laband, tenendo presente che i due giuristi furono insieme all'Università di Strasburgo già dal 1872. L'opera più nota di Otto Mayer è senza dubbio il suo *Deutsches Verwaltungsrecht*, due volumi, Leipzig, 1895-1896. Sulla sua figura, ricordiamo i seguenti contributi: M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, Sassari, 1940, ora in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 179-274, con una *Postilla 1973* dello stesso Autore; HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung*, cit., pp. 743-744; H. MAIER, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft). Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Wissenschaft in Deutschland*, Neuwied e Berlino, 1966, pp. 293-294; J. GOTTHOLD, *Wirtschaftliche Entwicklung und Verfassungsrecht*, Köln, 1975, pp. 29 e ss.; SCHIERA, *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato. Il Cameralismo e l'Assolutismo tedesco*, cit., pp. 135-138. Interessanti osservazioni, più generali, sui giuristi e sulla scienza di diritto amministrativo si trovano nell'articolo di E. VOLKMAR HEYEN, *Erfahrung und Begründung in der Verwaltungswissenschaft: Grundprobleme interdisziplinärer Verständigung*, in *Die Verwaltung*, 9 (1976), Heft 4, pp. 433-451.

⁽¹⁹⁶⁾ LABAND, Recensione a Mayer, cit., p. 151.

⁽¹⁹⁷⁾ *Ibid.*, p. 159.

diritto, ma che non sanno fondare tale 'obbiettività' nella concreta situazione storica esistente: quello che manca loro è, in ultima analisi, una teoria sociale dello Stato. Erano stati gli stessi giuristi, negli anni Quaranta e Cinquanta, a respingere questa possibilità, emarginando un personaggio come Lorenz von Stein ⁽¹⁹⁸⁾, ed ora si trovavano a fare i conti con loro stessi, con la crescente incapacità di pensare il diritto come dato obbiettivamente fondato nelle articolazioni della società civile ⁽¹⁹⁹⁾.

D'altra parte, l'esigenza di una dottrina sociale dello Stato non era più ignorabile in una situazione nella quale il diritto troppo scopertamente si identificava con la mutevole espressione di volontà del potere politico. Essa, però, a questo punto, non po-

⁽¹⁹⁸⁾ Vedi *supra*, capitolo primo, paragrafo terzo, e capitolo secondo, paragrafo terzo.

⁽¹⁹⁹⁾ Era stato, significativamente, proprio Lorenz von Stein ad indicare alla scienza giuridica tedesca una via in questo senso, con il suo *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands*, Stuttgart, 1876, ristampa, Aalen, 1970, dove leggiamo: « Der Inhalt des Rechts ist daher kein Recht; die Wissenschaft des Rechts ist keine Rechtswissenschaft, sondern die Wissenschaft der Kräfte welche dasselbe erzeugen » (p. vii); la forza che produce il diritto positivo è « die Bewegung des volkswirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens » (p. 117). La proposta di Stein è quella di affiancare alla tradizionale *Rechtswissenschaft* una *Staatswissenschaft*, a suo giudizio del tutto mancante in Germania (p. v, e pp. 321 e ss.); infatti — secondo Stein —, mentre la prima è ormai condannata ad identificarsi con la scienza del diritto positivo, la seconda deve essere la scienza delle « rechtsbildenden Kräfte », deve, cioè, studiare i procedimenti attraverso i quali una certa società si dà una determinata struttura giuridica (p. 322); parte rilevante della scienza dello Stato sarà la *Verwaltungslehre*, come scienza 'pratica', che traduce la massa delle cognizioni acquisite in concreti modelli di comportamento per l'azione dello Stato (pp. 334 e ss.). La critica di Stein, e la sua proposta di una *Staatswissenschaft* orientata in questa direzione, furono del tutto disattese in Germania, e la sua influenza rimase confinata alla specifica situazione austriaca. L'intervento steiniano del 1876 è giustamente valorizzato da Roman SCHNUR, *Einleitung* al volume *Staat und Gesellschaft. Studien über Lorenz von Stein*, cit., p. 25; nello stesso volume, da ricordare anche l'intervento di G. C. von UNRUH, *Rechtsstaat und Verwaltungsrechtspflege bei Lorenz von Stein*, pp. 451-462, dove è esaminato un successivo intervento di Stein del 1879 (si tratta di *Rechtsstaat und Verwaltungsrechtspflege*, in *Grünhutszeitschrift*, 6 (1879), pp. 39 e ss., e 44 e ss.). Più in generale, su questo 'secondo' Stein (o, addirittura, 'terzo', se consideriamo lo Stein degli anni Cinquanta: cfr. *supra*, capitolo secondo, paragrafo terzo), vedi SCHIERA, *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato*, cit., pp. 91 e ss.

teva provenire che da un ripensamento interno alla scienza giuridica dominante. Dopo che tutte le alternative erano state battute ed emarginate ⁽²⁰⁰⁾, solo un giurista allineato con le posizioni di Laband poteva soddisfare questa esigenza, poteva tentare di spiegare come il diritto prodotto dallo Stato potesse acquisire una dimensione 'obbiettiva', ed essere limite allo Stato medesimo: è il momento nel quale interviene nel dibattito scientifico Georg Jellinek.

VI. Se intendiamo dedicarci in modo specifico all'opera di Georg Jellinek, è perché la sua figura occupa senza dubbio un posto autonomo e singolare nello sviluppo della giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento. Tra i giuristi di diritto pubblico, che esplicitamente si dichiararono orientati nel loro lavoro scientifico dai criteri metodologici sostenuti dal capo-scuola Laband, certamente Jellinek spicca per la profondità del suo impegno teorico, per la costante tendenza a riproporre i temi centrali, fondanti il complesso dell'attività della scienza giuridica a livello pubblicistico ⁽²⁰¹⁾.

L'opera di Jellinek è vastissima, e non tutta potrà essere oggetto della nostra analisi. A noi interessa esclusivamente ripercorrere l'itinerario teorico del nostro giurista dai suoi primi saggi di diritto pubblico degli anni Ottanta fino alla fine del secolo, poiché questa ci sembra l'angolatura più adatta per comprendere il rapporto tra il metodo 'giuridico' — cui Jellinek aderiva — e la società tedesca di fine secolo, sottoposta a mutamenti strutturali di grande portata.

⁽²⁰⁰⁾ L'imperturbabile Laband, nella edizione del suo *Staatsrecht* successiva alle critiche di Hänel (vedi *supra*), affermava che, siccome per questi lo Stato è una « objektive Institution, rechtliche Ordnung der Gesellschaft zur Erfüllung der Kulturaufgaben », la sua visione non aveva niente a che fare con una concezione giuridica del problema, cioè con uno Stato « als Subjekt von Rechten »: LABAND, *Staatsrecht*, cit., I, p. 82, 1911⁵.

⁽²⁰¹⁾ ZORN, *Entwicklung der Staatsrechts-Wissenschaft seit 1866*, cit., p. 75, giudica le opere di Jellinek « nicht von der Art, dass sie absolut sichere, fast abgeschlossene Resultate böten; ihr Wert liegt vor allem darin, dass die in ihnen niedergelegte starke Denkarbeit des Verfassers neue Denkarbeit anderer anregt und auslöst »: è evidente la volontà di distinguere le 'sicurezze' del lavoro dogmatico di Laband dalle 'riflessioni' di Jellinek, valide più che altro sul piano dello stimolo intellettuale.

È sufficiente un'occhiata ai più essenziali dati biografici di Jellinek, per comprendere come la sua formazione culturale sia stata del tutto diversa da quella di Laband, o anche da quella di molti altri giuristi più direttamente influenzati dall'Autore dello *Staatsrecht*. Mentre lo stesso Laband si era occupato in gioventù di diritto commerciale, e di storia della dogmatica privatistica, rimanendo sempre rigorosamente nei confini della tradizionale educazione giuridica, Jellinek è, fino dai tempi del suo studio universitario, un'intelligenza irrequieta, difficilmente arginabile. Basti dire che, quando nel 1874 conclude a Vienna i suoi studi giuridici, il futuro Maestro di diritto pubblico era già autore di un corposo saggio intorno a Leibniz e Schopenhauer, che gli era valso l'addottoramento in filosofia all'Università di Leipzig ⁽²⁰²⁾. Ed ancora alla fine degli anni Settanta, mentre Laband pubblicava la prima edizione del suo *Staatsrecht*, Jellinek, già compiutamente giurista, scriveva a proposito dell'idea di pena, dei rapporti tra diritto e morale, tra scienza penalistica e correnti filosofiche contemporanee ⁽²⁰³⁾.

⁽²⁰²⁾ G. JELLINEK, *Die Weltanschauungen Leibniz' und Schopenhauers*, Leipzig, 1872. Jellinek era nato a Leipzig nel 1851; morirà ad Heidelberg nel 1911. La sua carriera accademica non fu così folgorante come quella di Laband, anche a causa dell'origine ebraica di Jellinek, che certamente ostacolò la sua chiamata a Vienna come Ordinario. Per breve tempo funzionario amministrativo austriaco, nel 1883 diviene Professore *extraordinarius* di *Staatsrecht* alla Facoltà giuridica di Vienna, ma solo nel 1889 riesce ad ottenere l'abilitazione dall'Università di Berlino, per poi essere chiamato a Basel, e da qui, un anno dopo, nel 1890, ad Heidelberg, dove rimase fino alla morte, insegnando *Staatsrecht*, *Völkerrecht* e *Politik*. Alle principali opere di Jellinek faremo cenno nel corso della nostra analisi; quest'ultima, peraltro, non pretende di essere esaustiva della grande quantità di articoli, e di interventi di vario genere e misura, del nostro giurista, e si limita, inoltre, al 1900, data della prima edizione di quella *Allgemeine Staatslehre*, che è l'opera più interessante ai fini specifici della nostra indagine. Rinviamo fino da ora alla bibliografia delle opere di Jellinek curata dal figlio Walter, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 25 (1911), pp. 606-619. Per la produzione minore di Jellinek, sono da tener presenti i suoi *Ausgewählte Schriften und Reden*, due voll., Berlin, 1911, utilissimi anche per la comprensione delle opere maggiori. Precise notizie biografiche possono reperirsi in *Neue deutsche Biographie*, 10 (1974), pp. 391-393.

⁽²⁰³⁾ G. JELLINEK, *Die soziaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, 1878, *passim*. Non possiamo soffermarci sul contenuto di questo saggio, che è scarsamente interessante nel contesto della nostra analisi. Si può, però,

Non è certo nostra intenzione analizzare il contenuto di questi saggi giovanili di Jellinek, né sopravvalutare la loro importanza ai fini della comprensione della più tarda opera dogmatica, ma, d'altra parte, non ci sembra inutile sottolineare come la cultura del nostro giurista non fosse costituita unicamente da un complesso di nozioni tecnico-giuridiche. Tra i giuristi di diritto pubblico di fine secolo, accanto ai numerosi aridi ripetitori delle formule labandiane, Jellinek era certamente l'uomo più adatto ad avvertire l'esigenza di mutamento.

Già il saggio del 1887, che costituisce il primo vero e proprio impegno nel campo della dogmatica giuspubblicistica ⁽²⁰⁴⁾, presenta una struttura del tutto inconsueta tra i giuristi allineati con i dettami del metodo labandiano. Infatti, le prime centottanta pagine sono interamente dedicate ad un'analisi di tipo storico-comparativo, e mostrano le diverse soluzioni che i vari ordinamenti giuridici succedutisi nel tempo hanno fornito a proposito del rapporto tra legge ed ordinanza, cui è sotteso il più ampio problema del rapporto tra potere legislativo ed esecutivo — o, anche, tra legge in senso materiale e formale —, al quale già si erano dedicati giuristi come Laband ed Albert Hänel.

D'altra parte, non è certo legittimo, unicamente in base a questa osservazione, pensare ad uno Jellinek impegnato a contestare il metodo labandiano, o anche solo ad operare al di fuori dei confini da esso segnati. Infatti, se dalla prima parte del saggio passiamo ad esaminare il contenuto della seconda, più specificamente dedicata alla costruzione dogmatica, ci accorgiamo che le soluzioni, che Jellinek fornisce, sono del tutto conformi alle dominanti tesi di Laband ⁽²⁰⁵⁾.

brevemente dire che qui Jellinek si dimostra sicuro conoscitore delle dottrine filosofiche di Hegel, Kant e Schopenhauer. Del resto, molti altri interventi minori di questo periodo confermano questa conclusione: a mò d'esempio, ricordiamo *Smith und Kant*, del 1877, ora in *Ausgewählte Schriften und Reden*, cit., I, pp. 42-54, dove Jellinek analizza i nessi tra individualismo economico e filosofico.

⁽²⁰⁴⁾ G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg, 1887, rist., Aalen, 1964. Prima di questo impegno del 1887, Jellinek si era occupato di temi, che non possono qui essere oggetto di specifica considerazione: *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, e *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Wien, 1880 e 1882, rispettivamente.

⁽²⁰⁵⁾ JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, cit., pp. 226-261 sulla distinzione tra

È necessaria qui una premessa di ordine più generale. Jellinek non può considerarsi un 'oppositore' di Laband, alla pari di Gierke o di Hänel, i quali avevano tentato di colpire il cuore del sistema scientifico dominante, contestando, a livelli diversi, l'idea di Stato come persona giuridica. Rispetto al loro contributo, il giudizio sull'opera di Jellinek, e sul suo rapporto con il metodo 'giuridico', deve muoversi su un piano del tutto diverso. L'intera produzione scientifica di Jellinek, compreso questo saggio del 1887, deve essere valutata, non come tentativo di costruire una sorta di 'alternativa' alla scienza dominante, ma come riflessione di essa medesima sulla propria capacità di fornire risposte efficaci ai complessi problemi posti dal ruolo del potere politico e del diritto positivo di fronte alla società tedesca di fine secolo.

A nostro avviso, già in questo contributo del 1887 è presente una simile tensione, per niente cancellata dal fatto che Jellinek, in sede più propriamente tecnico-giuridica, aderisca alle soluzioni di Laband. Se ci è consentita una certa schematizzazione, potremmo affermare che, mentre il giurista Jellinek si allinea alla scienza dominante, l'intellettuale Jellinek si domanda: questo taglio netto che è stato operato nei confronti della 'politica' e della 'filosofia' è veramente salutare? Aiuta la scienza giuridica a comprendere il funzionamento dello Stato, o, piuttosto, non la allontana da quella comprensione? Il complesso del fenomeno pubblicistico è veramente, nei fatti, riducibile ad una dimensione esclusivamente giuridica?

Non si tratta di interrogativi esplicitamente posti, ma di quesiti latenti, che affiorano qua e là, non solo nella lunga introduzione storico-comparativa, che sopra abbiamo ricordato, ma anche nella seconda parte del saggio, tra le fitte maglie del serrato ragionamento dogmatico. È in una siffatta direzione che esamineremo questo contributo dell'87.

legge in senso formale e materiale, pp. 276-312 sulla legge di bilancio, pp. 313-341 sui rapporti tra monarca e rappresentanza popolare, pp. 366-395 sul rapporto tra legge ed ordinanza: sono tutti punti centrali nella problematica di diritto pubblico, sui quali Jellinek concorda con Laband. Anche BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, cit., pp. 242-258, ha considerato l'analisi di Jellinek del tutto allineata con le dominanti tesi labandiane.

Già nella Prefazione leggiamo: «immer klarer wird mir das Bewusstsein, dass oft bis in die kleinsten Einzelheiten herab die richtige Lösung staatsrechtlicher Fragen abhängt von der Erkenntnis, die man vom Wesen des Staates besitzt» ⁽²⁰⁶⁾; e, più avanti, nel contesto dell'analisi dogmatica: «Es ist eben unmöglich, wissenschaftlich haltbare juristische Resultate zu gewinnen, wenn man den Inhalt der Lebensverhältnisse gänzlich ignorirt ... sonst verfällt die Jurisprudenz rettungslos der Scholastik, d.h. jener Richtung des Denkens und Forschens, welche eine Welt von Begriffen ohne Realität, von Formen ohne Inhalt, von Resultaten ohne Wert schafft» ⁽²⁰⁷⁾.

Non vogliamo tediare ulteriormente il lettore con altre citazioni in questo senso, ma è certo che questo Jellinek già avverte un certo imbarazzo nell'accettare per intero lo *status* di giurista, che gli veniva proposto dalla dominante scienza giuridica, già teme che su quella strada si possa giungere all'impotenza scientifica, all'incapacità di comprendere il reale funzionamento delle istituzioni.

Questa istanza 'realistica' presente nell'analisi di Jellinek ha un chiaro riscontro in più punti della sua trattazione. Prima di tutto, sul problema dello Stato quale persona giuridica dotata di capacità di *Herrschaft*. Questa volontà di dominazione non deve essere intesa come astratta qualità giuridica del soggetto statale, ma studiata nel suo concreto esercizio nei confronti della collettività: «Die Herrschaft des Staates ist, wie alle menschliche That, auf bestimmte Zwecke gerichtet» ⁽²⁰⁸⁾. Questo primo elemento non è certo da sottovalutare, poiché l'assenza della nozione di

⁽²⁰⁶⁾ JELLINEK, *op. ult. cit.*, p. x.

⁽²⁰⁷⁾ *Ibid.*, p. 235.

⁽²⁰⁸⁾ *Ibid.*, p. 191. Questi 'scopi' sono di tre tipi: *Machtzwecke*, quando lo Stato agisce per affermare sé medesimo e la propria autorità, *Rechtzwecke*, quando lo Stato è promotore dell'ordine giuridico nella società civile, *Kulturzwecke*, quando lo Stato lavora per il benessere della collettività (*ibid.*, p. 191 e p. 214). Da ricordare l'analisi di K. ESPE, *Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, Köln und Berlin, 1964, che vede giustamente in Laband «den absoluten Nullpunkt» (p. 60) nella teoria dello scopo dello Stato, ed in Jellinek la ripresa di un interesse della dottrina dello Stato in questa direzione (pp. 55 e ss.).

‘scopo’ nel sistema di Laband costituiva tutt’altro che un fatto secondario. Infatti, escludere dall’analisi scientifica una teoria degli scopi e delle finalità dell’azione statale significava proprio aprire la via ad una considerazione puramente formale dello Stato, alla costruzione di un sistema di diritto pubblico svincolato dai contenuti inevitabilmente presenti in una discussione sullo ‘scopo’ della istituzione-Stato.

Certo, questa ripresa del tema dello *Zweck* non deve considerarsi — anche qui ripetiamo quanto abbiamo sopra già osservato in termini più generali — come aperta contestazione del metodo labandiano, come indicazione di una possibile dottrina dello Stato ‘alternativa’ ⁽²⁰⁹⁾, eppure, se continuiamo a sfogliare le pagine di questo saggio dell’87, ci accorgiamo che quella nozione di ‘scopo’ è indicativa di una problematica più generale, sottesa a tutto l’intervento di Jellinek.

Torniamo, così, ai quesiti, che sopra indicavamo, e che sono riassumibili in un’unica domanda, che Jellinek, a nostro avviso, pone a sé medesimo: questo metodo ‘giuridico’, così come viene inteso e praticato dalla Scuola di Laband, descrive realmente la concreta esistenza storica dello Stato tedesco di fine secolo, oppure i giuristi non si sono forse già talmente irrigiditi nelle loro categorie, da risultare sempre più incapaci di comprendere il concreto funzionamento delle istituzioni in rapporto all’intera collettività? L’assenza della nozione di ‘scopo’ può già assere indicativa a questo proposito, ma il discorso di Jellinek non si ferma qui.

Da sottolineare, sotto questo profilo, è la sua critica a Laband sulla questione della legge di bilancio. Ancora una volta, non è sulle soluzioni concrete che i due giuristi si differenziano ⁽²¹⁰⁾,

⁽²⁰⁹⁾ Afferma Jellinek: « So wenig eine vollendete Anschauung vom Staate möglich ist ohne einen Begriff von seinem Ursprung und Zwecke, so wenig sind diese Begriffe zu verwenden zu einer Erkenntniss der rechtlichen Natur des Staates »; da quest’ultima angolazione, si devono studiare solo « die äusseren Verhältnisse der Persönlichkeiten », e considerare « das erste juristisch wesentliche Merkmal des Staates seine Eigenschaft als Persönlichkeit » (*ibid.*, p. 192). La teoria dello ‘scopo’ dello Stato quale soggetto storicamente affermatosi non deve essere confusa con l’analisi giuridica dello Stato medesimo, e rimane, dunque, inefficace di fronte alla ormai tradizionale dogmatica labandiana.

⁽²¹⁰⁾ Jellinek concorda su tutta l’impostazione di Laband: *ibid.*, pp. 284-296.

bensi sull'atteggiamento che assumono di fronte al problema. Ciò che Jellinek contesta non è la definizione della legge di bilancio come legge meramente formale, come atto della *Staatsverwaltung*, con tutto quello che ne conseguiva sul piano dei rapporti tra Monarca e rappresentanza popolare, ma il fatto che Laband si ostinava, anche in caso di inconciliabile conflitto tra i due organi, a parlare di soluzioni necessariamente 'giuridiche' (211). Non si deve — sostiene Jellinek — approfittare del consenso delle Camere per stravolgere la natura 'amministrativa' della legge di bilancio, per lanciare un dibattito sulla 'sovranità' laddove si tratta solo di elaborare un obiettivo computo di spese, tutte necessarie alla vita dello Stato. Tale tendenza 'parlamentaristica' deve certamente essere combattuta, ma non si può neppure affermare che una presa di posizione unilaterale da parte del Governo, una gestione che prescindia dal consenso delle Camere, rappresenti di per sé una soluzione 'giuridica'.

Bisogna invece prendere atto che una « absolute Lückenlosigkeit wird allerdings niemals erreicht werden können »: se solo si conoscono le « elementaren Kräfte der historischen Bewegung », non si potrà non convenire della impossibilità di ricondurre « den Strom der Geschichte für alle Zeiten in das Bett von Rechtsnormen » (212). Così è anche nel caso specifico della legge di bilancio: se una contrapposizione tra i due organi è inevitabile, bisogna prendere atto dell'impossibilità di una soluzione giuridica (213), che potrà aversi solo mediante un successivo accordo in funzione sanatoria della precedente situazione (214).

(211) Com'è noto, Laband aveva affermato che la Costituzione poteva sì contenere una lacuna su questo o quel punto specifico, ma che « die Rechtsordnung selbst kann ebenso wenig eine Lücke haben, wie die Ordnung der Natur »: LABAND, *Budgetrecht*, cit., p. 75 (cfr. *supra*, capitolo terzo, paragrafo quinto). Il caposcuola del metodo 'giuridico' aveva così distinto la Costituzione come testo formalmente emanato, dall'ordine giuridico costituzionale, il quale ultimo era, a suo giudizio, necessariamente completo, o comunque completabile per via puramente logica. È con riferimento a questo tipo di approccio al problema, che Jellinek avvia la parte critica del suo discorso: JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, cit., pp. 296 e ss.

(212) JELLINEK, *op. ult. cit.*, p. 301.

(213) *Ibid.*, p. 302.

(214) *Ibid.*, pp. 306-307.

A monte di questa critica di Jellinek vi è molto di più di una maggiore apertura verso i diritti delle rappresentanze popolari ⁽²¹⁵⁾, vi è, soprattutto, un'insoddisfazione di tipo metodologico e scientifico.

Con questa irrefrenabile ascesa del metodo 'giuridico', con questa totale esclusione della 'politica' e della 'filosofia' dall'analisi scientifica, con questa rigida predeterminazione di tutta la vita dello Stato in senso 'giuridico', non finiscono forse i giuristi per negarsi lo studio di un settore importante della dottrina dello Stato, come quello dello 'scopo'? Non finiscono essi per negare l'obbiettiva esistenza di un momento importante della vita delle istituzioni, quello della libera conflittualità tra le diverse componenti sociali e politiche?

Non è certo casuale che il volume di Jellinek così si concluda: « Nur das Leben des Staates kann hier ... schöpferisch gestaltend wirken. Je länger die constitutionelle Staatsordnung sich bethätigt, desto mehr bildet sich die Praxis der staatlichen Faktoren zu einem Gewohnheitsrechte um, welches einerseits bisher leeren Raum mit Rechtssätzen erfüllt, andererseits Gebiete mit schützenden Normen umgiebt, damit in ihnen die politischen Kräften sich frei bewegen und in Zeiten der Spannungen und Gegensätze im Compromissen vereinigen können » ⁽²¹⁶⁾.

⁽²¹⁵⁾ Non possiamo soffermarci nell'analisi delle posizioni assunte da Jellinek in materia di diritti delle rappresentanze popolari, ed in particolare sulla questione del Governo Parlamentare. Per quanto riguarda questo saggio dell'87, che stiamo esaminando, Jellinek conferma il monarca « Träger der gesamten Staatsgewalt » (p. 211), anche se ritiene non del tutto corrette le soluzioni di Laband, che considerava — com'è noto — le Camere una sorta di Assemblée di discussione del testo della legge, dovendo rimanere — a suo giudizio — la funzione legislativa intieramente in mano del monarca, cui spettava in ogni caso la decisione sull'opportunità o meno di emanare l'atto già approvato dalle Camere. Jellinek osserva che in questo modo il Parlamento è ridotto a « Gesetzgebungscommission » (p. 316), e gli attribuisce, quindi, il diritto di « Zustimmung » alla emanazione della legge (*ibid.*), anche se si affretta ad aggiungere che ciò non diminuisce l'*Imperium* dello « Staatsoberhaupt », ad esso « ausschliesslich » attribuito (p. 317).

⁽²¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 412: lo 'hier' all'inizio del brano riportato nel testo si riferisce all'argomento specificamente trattato da Jellinek nell'ultima parte del suo saggio. Si tratta delle garanzie, a favore del cittadino, della *Rechtmässigkeit* delle leggi e delle ordinanze. Jellinek concludeva, appunto, nel senso dell'impossibilità

Non è, dunque, sulle singole soluzioni dogmatiche, o sui fondamenti del sistema di diritto pubblico ⁽²¹⁷⁾, che Jellinek diverge dal dominante metodo labandiano. Il momento discriminante è un altro, e riguarda il ruolo della scienza giuridica di fronte al complesso problema dello Stato. Mentre la dogmatica di Laband è statica, rigidamente fissata, impermeabile alle critiche, supponente una realtà storica assolutamente immobile, il lavoro scientifico di Jellinek è criticamente impostato, continuamente teso alla verifica dell'attendibilità delle soluzioni conseguite. Laband, insomma, non aveva 'scoperto' la 'scienza' di diritto pubblico, ma aveva fornito delle soluzioni da confrontarsi continuamente con la realtà del diritto positivo, del concreto funzionamento dello Stato, del suo rapporto con il complesso della collettività.

Il giovane Jellinek 'filosofo' o lo Jellinek 'realista' si sostanziano proprio nella capacità del nostro giurista di assumere una certa distanza critica dalla dominante metodologia labandiana, accettandola, non in quanto necessariamente 'scientifica', ma solo in quanto si dimostri adatta a farci comprendere la realtà storica dello Stato. Quello che differenzia Jellinek dagli altri giuristi di diritto pubblico di fine secolo è questa sua speciale sensibilità per tutto il mondo posto al di fuori delle costruzioni della scienza giuridica. Era proprio questo mondo — già attraverso i singoli temi del saggio dell'87, cui abbiamo fatto cenno ⁽²¹⁸⁾ — che premeva sulla dogmatica di Jellinek, con un'intensità sconosciuta alla maggioranza degli aridi ripetitori del metodo 'giuridico'.

Infatti, nell'ascesa di quel metodo, bisogna sempre distinguere il primo ventennio successivo alla fondazione del *Reich* — durante il quale esso fu pensato, ideato, programmato, proposto, ed attuato — dalla realtà di fine secolo, nella quale i giuristi di diritto pubblico sempre più stancamente ripetono la lezione labandiana. Mentre negli anni Settanta ed Ottanta il metodo 'giuri-

di garanzie assolute, ottenibili queste unicamente per via consuetudinaria, attraverso un progressivo assestamento delle istituzioni.

⁽²¹⁷⁾ Jellinek non contestò mai, a differenza di Gierke e di Hänel, il principio della personalità giuridica dello Stato.

⁽²¹⁸⁾ In particolare i temi dello scopo dello Stato, e della conflittualità delle forze politiche.

dico 'rispondeva ad un'esigenza storica obbiettiva, che era quella di uno Stato 'neutrale', collocato al di sopra delle lotte politiche, capace di impostare il suo rapporto con la società civile esclusivamente in termini di controllo e di dominazione ⁽²¹⁹⁾, a partire dall'inizio degli anni Novanta la sua vittoria appare sempre più marginale nel contesto del processo storico, sempre più fondata su una mera abitudine dei giuristi a ripetere soluzioni tecniche ormai consolidate.

Intanto, la situazione storica mutava rapidamente, ed a coloro, come Jellinek, che non accettavano di rinchiudersi nel limbo della ormai tradizionale dogmatica labandiana, la definizione di Stato come persona giuridica dotata di *Herrschaft*, con la conseguente riduzione di tutta la dinamica Stato-società civile a rete di rapporti giuridici di dominazione sui singoli cittadini, appariva sempre più inadeguata.

Non vogliamo certo meccanicamente spiegare l'opera di Jellinek con i tumultuosi avvenimenti a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta, ma è chiaro che il nucleo fondamentale della sua riflessione deve essere calato proprio in quel contesto storico. Non ci riferiamo qui tanto al precipitare della situazione politica, all'estromissione di Bismarck dalla responsabilità di Cancelliere, ed all'inizio del cosiddetto 'nuovo corso', con il *Kaiser* Guglielmo secondo ⁽²²⁰⁾, ma, soprattutto, al fatto che quella società civile, che Laband aveva così decisamente ridotto a *Substrat* delle proprie costruzioni dogmatiche, entra in movimento a ritmi crescenti, producendo una serie di fenomeni di qualità nuova.

⁽²¹⁹⁾ Vedi *supra*, questo capitolo, paragrafo secondo e terzo.

⁽²²⁰⁾ All'inizio del 1890 abbiamo una serrata successione di determinanti fatti politici: il 25 Gennaio le Camere rifiutano a Bismarck un'ulteriore proroga delle *Sozialistengesetze*; alle elezioni del 20 Febbraio crolla il cartello delle destre, che sorreggeva il Governo, mentre ascendono i *Linksliberalen*, e, soprattutto, i socialdemocratici, che passano da 11 a 35 seggi; infine, il 20 Marzo Bismarck viene dispensato dal suo incarico di Cancelliere, anche in seguito ai suoi contrasti con il nuovo *Kaiser*. Su questi avvenimenti, per maggiori particolari, cfr. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., vol. IV, pp. 165 e ss.; BORN, *Deutschland als Kaiserreich 1871-1918*, in *Handbuch der europäischen Geschichte*, cit., vol. 60, pp. 217 e ss.; e, infine, il contributo di M. RAUH, *Föderalismus und Parlamentarismus im Wilhelminischen Reich*, Düsseldorf, 1973, pp. 121 e ss.

È questa l'età della definitiva trasformazione della Germania in potenza industriale, della fuga dalle campagne alla città, dell'esplosione della questione operaia, della progressiva affermazione dei sindacati, della costante crescita del partito socialdemocratico, tornato alla legalità ⁽²²¹⁾. Quello che solo dieci anni prima poteva

⁽²²¹⁾ Su questa fase dello sviluppo storico, vedi BORN, *Von der Reichsgründung bis zum I. Weltkrieg*, in *Handbuch der deutschen Geschichte*, cit., pp. 322 e ss., e C. WILSON, *La situazione economica*, in *Storia del mondo moderno*, volume 11°, *L'espansione coloniale e i problemi sociali*, capitolo secondo, Milano, 1970, pp. 59 e ss. (trad. ital. della *New Cambridge modern history*, volume 11°, *Material progress and world-wide problems*, Cambridge, 1967); nello stesso volume, vedi anche W. CONZE, *L'Impero tedesco*, capitolo decimo, pp. 338 e ss., spec. pp. 351 e ss. per il periodo da noi qui considerato.

Più in particolare, sul processo di crescita e concentrazione industriale, vedi il volume *Organisierter Kapitalismus. Voraussetzungen und Anfänge*, curato da H. A. WINKLER, Göttingen, 1974, al quale deve affiancarsi il contributo di F. BLAICH, *Kartell- und Monopolpolitik im kaiserlichen Deutschland. Das Problem der Marktmacht im deutschen Reichstag zwischen 1879 und 1914*, Düsseldorf, 1973, che riporta in modo analitico le posizioni dei partiti politici sul processo di concentrazione industriale (pp. 209-236). Sul problema della politica sociale, esiste il volume di BORN, *Staat und Sozialpolitik seit Bismarcks Sturz 1890-1914*, cit., *passim*, cui devono affiancarsi, sul piano documentario, gli *Akten zur staatlichen Sozialpolitik in Deutschland 1890-1914*, raccolti da P. RASSOW e dallo stesso BORN, Wiesbaden, 1959. Sul contrasto città-campagna, vedi BÖHME, *Prolegomena zu einer Sozial- und Wirtschaftsgeschichte Deutschlands*, cit., pp. 85 e ss., ed H. ROSENBERG, *Zur sozialen Funktion der Agrarpolitik im Zweiten Reich*, in *Probleme der deutschen Sozialgeschichte*, cit., pp. 51-80. Sul risvolto ideologico di quel contrasto, e, in particolare sul noto *Bund der Landeswirte*, fondato nel 1893, ed agitante, a fini politicamente conservatori, i 'valori' della campagna contro il processo d'industrializzazione, vedi il volume di H. J. PUHLE, *Agrarische Interessenpolitik und preussischer Konservatismus im Wilhelminischen Reich 1893-1914*, Hannover, 1967, *passim*, e, dello stesso Autore, su questi medesimi temi, il più recente contributo *Politische Agrarbewegung in kapitalistischen Industriegesellschaften*, Göttingen, 1975, spec. pp. 28-68. Sull'assetto organizzativo, e sulla presenza sociale, del partito socialdemocratico dopo l'abolizione delle *Sozialistengesetze* (1890), vedi i seguenti contributi: G. A. RITTER, *Die Arbeiterbewegung im wilhelminischen Reich. Die sozialdemokratische Partei und die Freien Gewerkschaften 1890-1900*, Berlin, 1963², e, dello stesso Autore, *Der Durchbruch der Freien Gewerkschaften Deutschlands zur Massenbewegung im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts, in Arbeiterbewegung, Parteien und Parlamentarismus*, Göttingen, 1976, pp. 55-102; il volume curato da H. MOMMSEN, *Sozialdemokratie zwischen Klassenbewegung und Volkspartei*, Frankfurt am Main, 1974, in particolare per il contributo di H. J. STEINBERG, *Die deutsche Sozialdemokratie nach dem Fall des So-*

ancora supposti come inerte punto di riferimento per l'azione mediatrice e livellatrice del potere politico, assume ora una consistenza nuova e diversa, riproponendo nei fatti il problema di una teoria dello Stato che non si limiti più all'arida sistemazione delle forme d'esercizio della *Staatsgewalt* ⁽²²²⁾.

A livello storico più complessivo: poteva la società industriale di fine secolo riconoscersi nel vecchio apparato di potere? A livello di più specifica strategia della dominazione: era ancora adeguato il vecchio tipo di mediazione dei contrastanti interessi economici, la politica sociale di stampo bismarckiano, o non bisognava, piuttosto, porre in modo più ampio il problema del rapporto tra lo Stato e i differenziati soggetti sociali? A livello di teoria dello Stato, e di compiti della scienza giuridica: si coglieva realmente l'elemento centrale, e più qualificante, del processo di formazione della volontà statale, descrivendo lo Stato come soggetto giuridico dotato di astratta capacità d'agire, posto al di fuori, ed al di sopra, delle contraddizioni della società civile, o non si doveva, piuttosto, avviare l'analisi della dinamica tra Stato e gruppi sociali, mostrando i reciproci condizionamenti, nell'ambito di una prospettiva del tutto diversa di studio della formazione della decisione politica?

Tutta l'opera di Jellinek, a partire dal saggio dell'87 che già abbiamo analizzato, nasce e si matura tra questi interrogativi, e di essi si alimenta: al dogmatico erede delle formule labandiane si affianca l'intellettuale consapevole della necessità di una profonda revisione della teoria dello Stato. Proprio per questo, ci sembra estremamente riduttiva un'interpretazione dei 'dubbi' di Jellinek, che si fondi per intero su una sua presunta posizione politica più 'liberale' rispetto a Laband. Il nostro punto di vista è assai più ampio, e concerne il ruolo del giurista e del sistema di

zialistengesetzes. Ideologie und Taktik der sozialistischen Massenpartei im wilhelminischen Reich, pp. 52-62.

⁽²²²⁾ Max Weber, nella sua prolusione di Friburgo del 1895, così sintetizza il nuovo clima politico-culturale: « Sozialpolitik an Stelle der Politik, ökonomische Machtverhältnisse an Stelle der Rechtsverhältnisse, Kultur- und Wirtschaftsgeschichte an Stelle politischer Geschichte treten in den Vordergrund der Betrachtung »: M. WEBER, *Der Nationalstaat und die Volkswirtschaftspolitik*, ora in *Gesammelte politische Schriften*, München, 1921, p. 21.

diritto pubblico di fronte alla realtà storica dello Stato tedesco di fine secolo. Non è il Laband difensore dei diritti della Monarchia che spinge Jellinek su posizioni critiche, ed è, invece, il Laband 'giurista', tecnico delle strutture dello Stato, del tutto disattento alle dinamiche della società civile, che lascia Jellinek insoddisfatto. Non è la *Costituzione* il centro del dibattito, non sono i diritti individuali, e quelli delle rappresentanze popolari, a fornire il momento discriminante tra i due giuristi: il fulcro della discussione è ancora una volta collocato *all'interno* del sistema di diritto pubblico, della sua capacità di fornire risposte all'altezza dei bisogni espressi dal particolare momento storico.

Così deve essere letto anche il celebre saggio del 1892 sui diritti pubblici soggettivi ⁽²²³⁾. Quando, nella Introduzione, Jellinek critica la linea Gerber-Laband, la quale aveva ridotto « auf ein Minimum » i diritti pubblici dei cittadini, considerandoli come puro e semplice riflesso dell'atto di autorità dello Stato ⁽²²⁴⁾, si avverte subito che le preoccupazioni del nostro giurista non sono di tipo liberal-costituzionalistico, ma si muovono, invece, nella sfera del metodo 'giuridico', della sistematica giuspubblicistica ⁽²²⁵⁾.

⁽²²³⁾ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1892; il volume ebbe uno straordinario successo, del quale parla lo stesso Jellinek nella Prefazione alla seconda edizione, del 1905 (p. IV).

⁽²²⁴⁾ *Ibid.*, p. 5.

⁽²²⁵⁾ All'idea di uno Jellinek più 'liberale' ha contribuito anche la scienza italiana di diritto pubblico. Ci riferiamo al saggio di Santi ROMANO, *Nozione e classificazione dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Archivio di diritto pubblico*, VI (1896), pp. 420 e ss., spec. p. 426, dove si individua in Gerber l'avvio di una « tendenza autoritaria », negatrice dei diritti pubblici soggettivi dei cittadini, e (pp. 457 e ss.) dove Jellinek viene posto su un piano del tutto diverso, proprio in conseguenza del suo volume del 1892, e delle teorie ivi enunciate. Ancora più chiaro in questo senso V. E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale e diritto pubblico positivo*, in *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921 (trad. it. dei primi due volumi della *Allgemeine Staatslehre* di Georg Jellinek), dove Jellinek viene considerato il più « latino » dei giuristi tedeschi, proprio con riferimento alla sua 'apertura' in materia di diritti pubblici soggettivi (pp. 30-34). Nella stessa direzione di Santi Romano ed Orlando, vedi anche R. EMERSON, *State and Sovereignty im modernen Germany*, New Haven e London, 1928, pp. 47 e ss., spec. pp. 62, 68 e 71; e F. PIETRANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino 1940, pp. 82-97. Più recentemente si sono espressi a questo proposito anche M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in

Infatti, Jellinek dichiara subito di voler studiare « das gesammte öffentliche Recht unter dem Gesichtspunkte des subjektiven Rechts », dello Stato, degli individui, delle comunità sociali ⁽²²⁶⁾. Secondo lo stesso Jellinek « alles Recht ist Beziehung von Rechts-subjekten. Ein isoliert gedachter Rechtsträger ist eine unvollziehbare Vorstellung. Auch der Staat kann nur Rechte haben, wenn ihm Persönlichkeiten gegenüberstehen » ⁽²²⁷⁾. In altre parole, un sistema di diritto pubblico è possibile solo se si supera la dimensione del soggetto unico, ma ciò non è né facile, né semplice, poiché « der Träger der öffentlichen Rechtsordnung ist der Staat selbst, und zwar ist der souveräne Staat ausschliesslich der Schöpfer seiner Ordnung » ⁽²²⁸⁾. La sua centralità ostacola la 'giuridicità' di tutto il sistema, fino a far ritenere a Jellinek legittima la domanda: « Ist öffentliches Recht überhaupt denkbar? » ⁽²²⁹⁾. Come vediamo, il problema del nostro Autore non consiste nell'attuazione di principii di natura politico-costituzionale, ma nella verifica dell'attendibilità scientifica del sistema di diritto pubblico, ed è su questo piano che procede la sua trattazione.

La teoria dei diritti pubblici soggettivi di Gerber e di Laband non è errata, ma solo incompleta, perché ha sottolineato unicamente il primo momento dell'analisi giuridica del problema, cioè la necessaria derivazione di tali diritti dall'ordinamento posto dallo Stato, ma, rimanendo ferma a questo punto, ha finito per negare la loro stessa esistenza ⁽²³⁰⁾. Per Jellinek, invece, questo è solo l'irrinunciabile momento di avvio della trattazione scientifica ⁽²³¹⁾, ma il discorso deve proseguire nella definizione della

Archivio giuridico Serafini, 1963, pp. 1-110, spec. pp. 23-24, e G. AMATO, *Individuo ed autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, pp. 147 e ss.; il secondo ha maggiormente sottolineato gli elementi di continuità presenti nell'evoluzione della dottrina giuspubblicistica in tema di diritti pubblici soggettivi, come, del resto, sembra fare anche GRABITZ, *Freiheit und Verfassungsrecht*, cit., spec. pp. 177-178.

⁽²²⁶⁾ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., p. 7.

⁽²²⁷⁾ *Ibid.*, p. 9.

⁽²²⁸⁾ *Ibid.*, p. 9.

⁽²²⁹⁾ *Ibid.*, p. 8.

⁽²³⁰⁾ *Ibid.*, p. 64.

⁽²³¹⁾ Se si esaminano i contributi minori di Jellinek, collocati a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta, si scopre un'utilizzazione ben precisa della nozione

« Gliedstellung » dell'individuo e delle comunità minori, da essi conseguita proprio mediante l'atto di autorità dello Stato ⁽²³²⁾.

È solo a questo secondo livello che si coglie il contenuto dei diritti pubblici soggettivi, così definiti dal nostro giurista: « Die Ansprüche, die sich aus diesen Zuständen ergeben, sind das, was man als subjektive öffentliche Rechte bezeichnet » ⁽²³³⁾. Dalla figura, da Jellinek accettata, dello Stato quale esclusivo creatore dell'ordinamento giuridico non discende, come in Laband, la negazione dei diritti pubblici soggettivi, ma la loro riconduzione *nello* Stato medesimo, alla pretesa, da parte del singolo cittadino, di venir trattato conformemente alle leggi vigenti ⁽²³⁴⁾.

di ' Stato moderno ' ; che è quello Stato capace di porsi al centro della vita collettiva, superando la precedente fase caratterizzata dall'esperienza della Rivoluzione francese e del diritto naturale, dall'idea della prestatualità dei diritti individuali; una visione ' moderna ' dei rapporti di diritto pubblico è solo quella che parte *dallo* Stato, per cogliere come *in esso* si collocino i diritti dei singoli. Citiamo, a questo proposito, varii scritti minori di Jellinek: *Staat und Gemeinde*, del 1889, ora in *Ausgewählte Schriften und Reden*, cit., vol. 2º, pp. 334 e ss.; *Die Politik des Absolutismus und die des Radikalismus*, del 1891, *ibid.*, vol. 2º, pp. 3 e ss.; *Die Entstehung der modernen Staatsidee*, del 1894, *ibid.*, vol. 2º, pp. 45 e ss. ⁽²³²⁾ JELLINEK, *System*, cit., p. 81.

⁽²³³⁾ *Ibid.*, p. 81; le *Zustände* sono le ' condizioni ' nelle quali si trova l'individuo rispetto allo Stato, e si distinguono in quattro tipi di *status*: *passiv* come oggetto della capacità di dominazione dello Stato, *negativ* come riconoscimento di una sfera autonoma, *positiv* come pretesa del cittadino di fronte allo Stato, *aktiv* come capacità di ricoprire una carica pubblica: in tal modo si esaurisce la « gliedliche Stellung des Individuums im Staate » (p. 82).

⁽²³⁴⁾ Per quanto riguarda lo *status* negativo, ciò si traduce nel diritto del cittadino a resistere agli ordini dell'autorità impartiti in contrasto con le leggi vigenti (*ibid.*, pp. 93 e ss.); per quanto riguarda gli *status* attivo e positivo, nel diritto ad agire nell'interesse dello Stato, e, rispettivamente, ad ottenere da esso una qualche prestazione, sempre a norma delle leggi vigenti: nel primo caso, per ciò che attiene specificamente al diritto elettorale, al singolo cittadino viene riconosciuto un diritto soggettivo, ma solo in quanto egli viene considerato uno « Staatsorgan » (p. 131), un soggetto agente *nello* Stato, e nell'interesse di un suo corretto funzionamento (pp. 129 e ss.). Lo schema vale anche per le *Gemeinden*, alle quali viene riconosciuta una propria individualità e titolarità di diritti, ma solo quando siano state elevate « durch den Staat zur aktiven Körperschaft des öffentlichen Rechts » (p. 275). È evidente la posizione anticontrattualistica ed antigiusnaturalistica di Jellinek, che viene ribadita nel suo saggio del 1895, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, ora in *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, a cura di R. SCHNUR, Darmstadt, 1964, pp. 1-77, dove la con-

Con ciò stesso, Jellinek mette a nudo la tensione fondamentale dominante la sua opera: da una parte, la necessità di superare la rigidità degli schemi labandiani, di uscire dalle secche della mera dottrina della *Staatsgewalt* per costruire un quadro più articolato, popolato da una pluralità di nuovi soggetti; dall'altra, il tratto distintivo della giuspubblicistica tedesca, quell'assoluta centralità dello Stato-persona, della quale lo stesso Jellinek era indubbiamente erede. I due poli di questa tensione corrispondono alle due faccie del nostro giurista: da una parte, l'intellettuale sensibile ai mutamenti della situazione storica, per il quale il 'giuridico' era sempre più da ricercarsi nell'ambito della rete di rapporti tra lo Stato ed una vasta realtà di soggetti sociali; dall'altra, il dogmatico positivista, abituato ad identificare diritto ed atto di autorità della *Staatsgewalt*.

In questo senso, con Jellinek tornano le tematiche già individuate da Gierke e da Hänel, cioè, per vie diverse, si torna a porre il problema del rapporto tra la capacità di dominazione dello Stato-persona e l'ordine giuridico e sociale storicamente esistente. La differenza tra Jellinek ed i vecchi oppositori di Laband, rimasti senza seguito, sta nel fatto che il primo vive tutto dentro la tradizione del metodo 'giuridico', non attacca il dogma della personalità giuridica dello Stato, ma da essa, al contrario, prende le mosse, con la ferma intenzione di conservarla, ma anche di farne il centro di un sistema diverso, che sappia soddisfare esigenze scientifiche irrisolte, e, contemporaneamente, dare spazio ad un complesso di soggettività non più riducibili a puri e semplici oggetti dell'autorità della *Staatsgewalt*.

Sotto questo profilo, l'attribuzione dei diritti pubblici soggettivi ai singoli cittadini ed alle comunità locali costituiva un primo passo avanti rispetto al sistema di Laband, come pure, nello stesso tempo, la loro riconduzione nello Stato costituiva un primo tentativo di mediazione con la dominante cultura giuridica positivista. Era, però, solo un abbozzo, un primo momento di riflessio-

clusione del nostro giurista è la seguente: « Der grosse Fehler des Naturrechts lag darin, dass es den tatsächlichen Zustand der Freiheit als ein Recht auffasst und diesem Rechte eine höhere, den Staat schaffende und beschränkende Macht zuerkannte » (p. 71).

ne, che lasciava ancora aperta, ed irrisolta, la problematica di fondo. Infatti, al di là delle molteplici cautele adottate da Jellinek per attenuare le conseguenze dell'attribuzione dei diritti pubblici soggettivi ai singoli cittadini, è evidente che le sue considerazioni introducevano una nozione di rapporto giuridico tra Stato e cittadino del tutto sconosciuta alla tradizione del metodo labandiano. Infatti, se, da una parte, Jellinek continuava a ripetere la lezione dello Stato quale creatore esclusivo dell'ordinamento giuridico, e quindi di una 'giuridicità' del rapporto con il cittadino fondata sull'autorità dello Stato medesimo, dall'altra, nel momento in cui ammettava una pluralità di soggetti di diritto pubblico, postulava un tipo di rapporto, che fosse giuridico in quanto regolato da una norma obbiettiva, sovrastante in egual misura lo Stato-persona come l'individuo.

Si ha qui uno dei momenti di più chiara divergenza di Jellinek dalle conclusioni cui era pervenuta la Scuola di Laband, ed è lui medesimo ad indicare espressamente questo stato di dissenso: «Dass der Staat aber nicht nur regierender, d.h. sich frei entschliessender Staat, sondern auch Repräsentant des Gemeininteresses, durch dieses sowohl rechtlich als auch in allen seinen Zwecken determiniert ist, dass daher Regierung nicht nur Recht, sondern auch Pflicht ist, dieser Gedanke ist von der ganzen bisherigen Staatslehre niemals in sich widerspruchlos und klar erfasst worden» (235). Con ciò stesso, Jellinek è giunto al punto cruciale di tutta la sua riflessione teorica.

Dal tema specifico dei diritti pubblici soggettivi, egli è risalito alla tematica più generale, mettendo a nudo l'impossibilità di una concezione giuridica dei rapporti di diritto pubblico fondata esclusivamente sul momento della *Herrschaft* statale: come configurare un obbligo dello Stato-persona, nell'ambito di un rapporto giuridico, se non concependo lo Stato medesimo anche in una seconda dimensione, quale 'rappresentante dell'interesse comune', attraverso questo giuridicamente 'determinato'?

È qui che nasce la nota teoria della autolimitazione: «Die Selbstverpflichtung ist daher näher betrachtet eine Verpflichtung des Staates als handelnden, d.h. als rechtsschaffenden und machtü-

(235) *Ibid.*, p. 225.

benden Subjektes dem Staate als Repräsentanten des Gemeininteresses » ⁽²³⁶⁾. La scienza giuspubblicistica fino a Laband non ha sostenuto principii errati, ma si è fermata a metà dell'analisi, evitando il terreno determinante del rapporto tra lo Stato e l'intera collettività, e non riuscendo, così, a costruire un rapporto autenticamente giuridico tra lo Stato medesimo ed il singolo cittadino.

Questa nuova ' giuridicità ' di tale rapporto, non più esclusivamente fondata sul momento della dominazione statale è, però, se ben si guarda, costituita proprio da un atto di autorità dello Stato, che *decide* di autolimitarsi. Sotto questo profilo, la costruzione di Jellinek si muove tutta dentro i confini del dominante positivismo, ed infatti il nostro giurista tiene subito a precisare che il *Gemeininteress* rappresentato dallo Stato è dato sì dalla « Volksgemeinschaft », ma solo nella misura in cui non si ripeta l'errore di considerare il popolo un soggetto distinto dallo Stato, ma lo si reputi « identisch mit dem Staate » ⁽²³⁷⁾.

L'operazione qui compiuta da Jellinek deve essere accuratamente valutata. Il ' riassorbimento ' del popolo nello Stato, che il nostro giurista indica, è mosso, non solo dalle preoccupazioni del positivista diffidente di tutte le soggettività ponentesi autonomamente *all'esterno* dello Stato-persona, ma anche dal vero e proprio recupero, che egli compie, della dottrina organicistica. Non vogliamo qui stabilire artificiosi nessi tra la *Staatslehre* sviluppata da Bluntschli fino a Gierke ⁽²³⁸⁾ e la riflessione di Jellinek, ma è certo che a quella tradizione di pensiero apparteneva l'idea di una naturale identificazione di Stato e popolo .

Del resto, il positivismo della seconda metà del secolo aveva avuto il suo momento d'avvio in quei *Grundzüge* gerberiani, che si aprivano con il richiamo allo Stato quale ' centro delle forze morali del popolo '. Anzi, si può senz'altro affermare che, così

⁽²³⁶⁾ *Ibid.*, p. 223; e, più avanti: non costituisce alcuna contraddizione concepire « den Staat einmal als Vertreter und Verwalter des Gemeininteresses, und sodann als Subjekt der Staatsgewalt » (*ibid.*, p. 226).

⁽²³⁷⁾ *Ibid.*, p. 223, ed anche pp. 223-225, dove Jellinek definisce « juristisch » la concezione che identifica Stato e popolo.

⁽²³⁸⁾ Se Jellinek criticava certi aspetti del metodo di Laband, più ancora egli era distante dalle elaborazioni di Gierke, e dalle nozioni organicistiche, che giudicava « juristisch unbrauchbar » (*ibid.*, p. 38).

come Gerber, nel '65, aveva fondato la centralità assoluta dello Stato-persona proprio nella nozione organicistica di *Volk*, e di rapporto Stato-popolo ⁽²³⁹⁾, così, ora, Jellinek, in un contesto storico mutato, al fine di salvare la coerenza interiore del sistema, di rilanciarlo ad un livello diverso dalla pura e semplice esaltazione dello Stato-*Herrschaft*, ritorna sui temi dell'interesse 'comune', della 'comunità popolare', dell'identificazione di Stato e popolo. Il positivismo, che era nato con Gerber dalla tradizione organicistica, cerca ora di rinnovarsi con Jellinek proprio attraverso quella tradizione. Tra i due grandi giuristi si pone l'opera di Laband, che è 'giuridica', che è 'pura', solo in quanto del tutto svincolata da riferimenti ad una qualsiasi nozione di *Volk*, solo a prezzo di un suo progressivo isterilirsi, di un suo progressivo ridursi a tecnica di descrizione dell'apparato di potere. Per Jellinek, come per Gerber, la personalità giuridica dello Stato non è un mero 'artificio tecnico', del quale servirsi — come in Laband — per sviluppare una tecnica organizzativa delle strutture statuali, ma, in senso assai più ampio, costituisce l'espressione ultima di una concezione 'giuridica' della totalità della vita collettiva, fondata, a sua volta, sulla convinzione della necessaria prevalenza dei dati etico-culturali e giuridici su quelli economici, della *Gemeinschaft* sulla *Gesellschaft*, ancora in base al modello del *Volk* savigniano.

Certo, non si può, una volta individuata questa linea di continuità, trascurare gli obbiettivi momenti di differenziazione, sostenere che il *Volk* dei *Grundzüge* gerberiani sia il medesimo dei saggi jellinekiani di fine secolo. Mentre per Gerber esso indicava, nel contesto del processo di unità nazionale, la possibilità di uno sviluppo costante e graduale, nell'ambito del quale, sul modello della Scuola Storica, la scienza giuridica poteva giocare un ruolo centrale — che, nel caso del diritto pubblico, si traduceva nell'individuazione di una serie di principii dominanti tutta l'esperienza pubblicistica —, in Jellinek il richiamo a quel *Volk* nasceva da una crisi del positivista, che si rifiutava di rinchiudersi nei suoi schemi dogmatici; nasceva, dunque, con chiari connotati di 'socialità', in un'età di risveglio delle energie della società civile, dopo che il metodo labandiano aveva rappresentato il punto più

(239) Vedi *supra*, capitolo terzo, paragrafo quarto.

basso di apertura del giurista alla comprensione delle dinamiche delle varie articolazioni sociali.

Queste differenze, a loro volta, non possono, però, cancellare il fatto che i due giuristi hanno in comune — a differenza di Laband — il rifiuto di ridurre la giurisprudenza a mera tecnica descrittiva dell'esistente, la dimensione d'intellettuali portatori di progetti complessivi, consapevoli della totalità del processo storico. Sia in Gerber, come in Jellinek, il 'giuridico' è dato da un sistema di rapporti di volontà scaturenti dalla persona giuridica statutale, ma la loro considerazione dello Stato non si ferma qui, dentro questi angusti confini. Nei *Grundzüge* del '65 tale 'giuridico' aveva un *prius* nella legittimazione storica dello Stato quale 'centro delle forze morali del popolo', nell'opera di Jellinek quel medesimo 'giuridico' ha un *posterius* nella necessità di limitare l'affermazione di quei rapporti di volontà, della *Herrschaft* statutale ⁽²⁴⁰⁾.

Questo *posterius* della considerazione 'pura' dello Stato, che poi nient'altro è che lo Stato medesimo quale 'rappresentante dell'interesse comune', non è certo precisato in questo saggio del '92, che abbiamo sopra esaminato, non è certo definito sulla base della pura e semplice teoria della autolimitazione. Infatti, Jellinek si rendeva benissimo conto che il problema centrale rimaneva quello di indicare *come* quell'interesse comune si realizzava nello Stato, in qual modo la collettività si esprimeva, ponendo *reali* limiti alla *Herrschaft* statutale.

Sul piano più specifico della teoria dei diritti pubblici soggettivi, dopo aver affermato che essi esistevano in quanto lo Stato si autolimitava in direzione dei singoli e delle comunità locali, bisognava spiegare poi come quel limite fosse garantito, e, soprattutto, da che cosa. Da questo punto di vista, questo volume del '92 non offre risposte, chiudendosi, significativamente, col richiamo alla 'vita' delle istituzioni, che sola può garantire un'effettiva realizzazione delle varie, e differenziate, posizioni giuridiche dei singoli: « In dem Spiel einander tausendfältig kreuzender, aber

⁽²⁴⁰⁾ È inutile sottolineare come in Laband manchi del tutto sia il *prius* che il *posterius*.

auch sich verstärkender Interessen liegt bereits eine Garantie der Verwirklichung des Rechtes » (241).

Insomma, ancora una volta, si tornava al problema centrale del rapporto tra la volontà statuale e la collettività nelle sue articolazioni sociali. Ridotto, nei *Grundzüge* di Gerber, a problema di fondazione 'naturale' dello Stato, quel tema era stato in seguito cancellato dall'orizzonte teorico dei giuristi, e solo affannosamente risollevato dagli inascoltati oppositori di Laband, come Gierke ed Hänel. Ora non era più differibile, e Jellinek lo aveva compreso, vivendo in una realtà storica, che ogni giorno di più esigeva una teoria dello Stato che non si rinchiudesse negli angusti confini della dottrina labandiana della *Staatsgewalt*, che fosse capace di mostrare il 'contenuto sociale' dello Stato, il modo con il quale le diverse, e contrastanti, componenti sociali con esso entravano in contatto, in esso si riconoscevano: giunto alla sua maturità scientifica, Jellinek non scriverà uno *Staatsrecht*, ma una *Allgemeine Staatslehre*, nella quale era compresa una parte dedicata alla *dottrina sociale* dello Stato.

Con questa opera, che appare per la prima volta nel 1900 (242), la giuspubblicistica tedesca — quella affermatasi dai *Grundzüge* di Gerber in poi — giunge finalmente a fare i conti con sé stessa. Come abbiamo visto, la fondazione del *Reich* aveva rappresentato un taglio netto nello sviluppo di quella giuspubblicistica, conducendo, in contraddizione con le premesse gerberiane, alla scienza passiva, e meramente descrittiva, di Laband, alla identificazione di *Staatslehre* e dottrina della *Staatsgewalt*. Ora, alla fine del secolo, i temi del *Volk*, e del suo rapporto con lo Stato, tornano con Jellinek in primo piano, e con la sua opera si misura, in un con-

(241) JELLINEK, *op. ult. cit.*, pp. 333-334. Solo le ultime dodici pagine del volume sono dedicate al 'Rechtsschutz der öffentlichen Rechte'. Da notare che Jellinek si dichiara qui a favore di un sistema di giustizia amministrativa che garantisca il « Rechtskreis » dei singoli; tale sistema deve, però, garantire « ebenfalls das staatliche Interesse an der Verwirklichung des Gesetzes durch die staatliche Organe und stellt sich unter diesem Gesichtspunkte dar als der Schlussstein in dem Bau jener staatlichen Institutionen, durch welche sich der Staat selbst die Erfüllung seiner Rechtsordnung sicherstellt » (p. 342).

(242) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Heidelberg, 1900.

testo storico mutato, la capacità dei giuristi ad affrontare il tema essenziale del rapporto tra potere politico e realtà sociale.

Coerentemente con questa impostazione, il volume di Jellinek si apre con la seguente definizione di Stato: « Die wichtigste, auf menschlicher Willensorganisation beruhende soziale Erscheinung ist der Staat »⁽²⁴³⁾. Inutile osservare come il brano citato sia del tutto estraneo al modo di pensare conseguente alla dominante metodologia labandiana, ma Jellinek si affretta ad aggiungere che si tratta di un punto di vista assai generico, che deve specificarsi in due diverse direzioni: « Der Staat ist einmal gesellschaftliches Gebilde, sodann rechtliche Institution. Dementsprechend zerfällt die Staatslehre in die soziale Staatslehre und die Staatsrechtslehre. Die allgemeine Staatslehre insbesondere hat demnach zwei Abteilungen: die allgemeine Soziallehre des Staates und die allgemeine Staatsrechtslehre »⁽²⁴⁴⁾. La prima è per Jellinek una « Kausalwissenschaft », la quale ha a proprio oggetto « das gegenständliche, historische, wie auch wohl nicht ganz zutreffend gesagt wurde, das natürliche Sein des Staates », la seconda è parte della « Rechtswissenschaft », e, come tale, è « Normwissenschaft », che studia « hingegen die in jenem realen Sein zum Ausdruck kommen sollenden Rechtsnormen »⁽²⁴⁵⁾.

La distinzione di campo, e di oggetto, tra le due parti della dottrina generale dello Stato coincide, dunque, con la distinzione tra fatto e diritto, tra realtà storico-sociale e previsione normativa: « Alle Untersuchungen über empirische, biologische, naturwissenschaftliche, soziologische Behandlungsweise des Staatsrechtes betreffen in Wahrheit die soziale Staatslehre », mentre « für das Staatsrecht gilt nur die juristische Methode »⁽²⁴⁶⁾. Questa nozione di 'metodo giuridico' è recepita da Jellinek nell'accezione dominante, secondo i dettami della Scuola labandiana. La storia, l'analisi sociale, la politica, possono senz'altro aiutare la comprensione del diritto, se lo si studia nella sua « Wirkung auf das gesamte

⁽²⁴³⁾ *Ibid.*, p. 4.

⁽²⁴⁴⁾ *Ibid.*, p. 10: questa è anche la distinzione sulla quale si fonda tutto il volume di Jellinek ora in esame.

⁽²⁴⁵⁾ *Ibid.*, p. 18.

⁽²⁴⁶⁾ *Ibid.*, p. 48.

Volksleben », ma tutt'altra cosa è « der dogmatische Gehalt der Rechtsnormen », il quale « kann nur durch die ausschliesslich von Juristen geübte Kunst der Abstraktion aus den rechtlichen Erscheinungen und der Deduktion aus den also gefundenen Normen geübt werden. Diese Rechtsdogmatik ist durch andersgeartete Wissenschaft nicht zu ersetzen » (247). Più avanti, Jellinek affermerà: « Die Rechtswissenschaft ist daher eine Normwissenschaft, ähnlich wie die Logik, die uns nicht lehrt, was die Dinge sind, sondern wie sie gedacht werden müssen » (248).

Se abbiamo a lungo insistito su questi aspetti più generali dell'opera di Jellinek, è perché riteniamo che il nostro giurista tenti, già in questa prima parte del volume del 1900, di giungere ad una sintesi, o, per lo meno, di avviarsi ad una soluzione dei suoi dubbi. Mentre i contributi dell'87 e del '92 erano ancora 'aperti', frutto della crisi di un positivista, che, posto di fronte ad una realtà sociale in continuo movimento, cercava di affinare i suoi strumenti scientifici, ora la necessità della sintesi si impone, la ricerca di soluzioni organiche diventa pressante, quasi affannosa.

In questo quadro, deve essere valutata, in primo luogo, la stessa introduzione di una dottrina sociale dello Stato. Non si trattava, per Jellinek, di mettere in crisi la scienza giuridica dominante, ma, al contrario, di colmare le sue lacune, ed in questa direzione si risolvono tutti i dubbi, e le ansie, degli anni precedenti. L'errore fondamentale della giuspubblicistica non stava nella sua metodologia, che è qui — come risulta dai brani sopra riportati — confermata in pieno, ma nel fatto che essa pretendeva di applicare tale metodologia a tutta la realtà storica dello Stato (249), finendo per isterilirsi, per allontanarsi dalla comprensione di quella realtà, per giungere a soluzioni dogmatiche quanto meno discutibili (250).

(247) *Ibid.*, p. 48: nello stesso senso, cfr. anche pp. 39 e 59.

(248) *Ibid.*, p. 123: la scienza giuridica, applicata allo Stato, diviene *Staatsrechtslehre*, e « ihre Methode ist ausschliesslich die juristische » (p. 124).

(249) All'inizio del volume, Jellinek aveva giudicato « ein schwerer Fehler » quello di aver tentato l'identificazione di *Staatslehre* e *Staatsrechtslehre*: *ibid.*, p. 11.

(250) È il caso della teoria dei diritti pubblici soggettivi, della quale sopra abbiamo già discorso.

Dunque, prima di tutto, è giusto mettere in rilievo come anche l'impegno del 1900 si muova, conformemente al senso di tutta l'opera di Jellinek, dentro i confini del metodo 'giuridico'. Il problema, per lui, non è quello di costruire un'alternativa, ma di ricollocare l'impegno teorico dei giuristi di fronte alla complessità della realtà pubblicistica. Diciamo subito che sarebbe del tutto errata un'interpretazione del volume del 1900 quale rinunzia, da parte della scienza giuridica, a qualsiasi pretesa di egemonia sul problema dello Stato, a favore di una nuova dottrina sociale. Inversamente, era stato proprio Laband, che parlava 'solo' di diritto, a condurre la scienza giuridica nelle secche dell'arida descrizione delle forme d'esercizio della *Staatsgewalt*, ed è Jellinek, ora, che, parlando di *Soziallehre*, in realtà pensa ad un grande rilancio della scienza giuridica medesima, ad un adeguamento dei suoi strumenti alla realtà storica di fine secolo.

Anche se egli — come risulta dai brani sopra riportati — sottolinea continuamente la necessità di tener ben distinte dottrina sociale e dottrina giuridica, in realtà il suo problema principale è proprio quello di stabilire come esse si leghino insieme, a quale concreta soluzione conduca la loro congiunta osservazione scientifica dello Stato. Poiché Jellinek sapeva benissimo che non potevano esistere 'due' Stati, uno 'sociale' ed uno 'giuridico', ma uno solo, nel quale 'sociale' e 'giuridico' dovevano trovare una soddisfacente forma di mediazione.

Torna il problema di fondo: da una parte una realtà storica sempre più in movimento, una pluralità di soggetti sociali sempre più distintamente affermantesi, dall'altra il dogma, l'irrinunciabile centralità assoluta della persona giuridica statale. Ed ancora, in conformità alle tematiche del saggio del '92 sui diritti pubblici soggettivi: da una parte il diritto pubblico come sistema di rapporti giuridici tra più soggetti, regolati da un ordinamento che li sovrasta tutti, dall'altra una 'giuridicità' di tali rapporti fondata esclusivamente su un atto di autorità dello Stato. In ultima analisi: da una parte la sovranità della Costituzione quale struttura di vita dell'intera collettività, dall'altra il primato della manifestazione di volontà del potere politico. È questo il problema che Gierke ed Hänel avevano sollevato, è questo il dubbio che muove tutta la riflessione di Jellinek. Il giurista di diritto pubblico

ha il compito di analizzare *tutto* il complesso della vita collettiva dal punto di vista specifico del dato giuridico, o solo quello di sistemare ed organizzare il modo di esercizio della sovranità statale?

Se Laband, con la sua dottrina della *Staatsgewalt*, aveva scelto in modo netto ed inequivocabile la seconda soluzione, era soprattutto pensando alla prima che si era orientato tutto il dibattito interno alla giuspubblicistica tedesca, da Gerber a Jellinek. Per questi ultimi la problematica del diritto pubblico e della sua scienza era ben più ampia di quella prospettata dallo *Staatsrecht* di Laband; non si trattava solo di analizzare le forme di manifestazione della volontà statale, ma di pensare *giuridicamente* tutta la realtà pubblicistica, ivi compresi i nessi tra Stato e società civile. Infatti, se è vero che Gerber, nei suoi *Grundzüge*, aveva definito 'naturale', e non 'giuridica', l'idea di *Volk*, e del suo riflettersi ed identificarsi con lo Stato, in realtà, quel 'naturale' era posto in antitesi a 'politico', e serviva a fondare una visione complessivamente giuridica dei rapporti di diritto pubblico. Così è anche per Jellinek, che si richiama al 'sociale', ma in realtà pensa ad una rinnovata centralità del 'giuridico'. Significativa, sotto questo profilo, la conclusione alla parte introduttiva del suo volume, dove aveva proposto l'aggregazione di una dottrina sociale dello Stato alla *Allgemeine Staatslehre*: « Damit stellt sich die soziale Betrachtungsweise des Staates als notwendiges Korrektiv der juristischen dar » ⁽²⁵¹⁾.

Siamo ora in grado di comprendere quale sia il senso più profondo di questa conclusione di Jellinek: per salvare il primato del 'giuridico', quello scaturente da tutta la storia dell'Ottocento tedesco, quello elaborato e sostenuto da uomini come Savigny e Gerber, il 'giuridico' di natura più contingente, quello labandiano, tutto fondato sul principio di autorità della *Staatsgewalt*, abbisognava di un 'necessario correttivo'. In un mutato contesto storico, posti di fronte al risveglio delle energie della società civile, i giuristi rischiavano di perdere la loro credibilità di operatori scientifici, continuando a fondare le loro analisi di diritto pubblico sul principio unico dell'assoluta centralità dello Stato-persona.

⁽²⁵¹⁾ JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. III.

Ma, nello stesso tempo, Jellinek era indubbiamente erede anche di Laband, di quel positivismo che aveva puntato tutto sulla norma dello Stato e sulla sua autorità: non era per questa via, all'interno della dogmatica giuridica, che egli poteva risolvere i problemi posti. Ed, infatti, ai dubbi ed alle incertezze dei saggi dell'87, e, soprattutto, del '92 sui diritti pubblici soggettivi, viene data nel 1900 una risposta nel senso dell'intangibilità del principio di assoluta centralità dello Stato-persona.

È proprio a questo livello, a causa di questa tensione interna, che nasce la necessità di una dottrina sociale dello Stato, dall'incapacità di mettere in discussione questo dogma, di cercare risposte all'interno del lavoro scientifico della giurisprudenza. Se non era possibile costruire un rapporto giuridico tra Stato e cittadino quale rapporto regolato da una norma sovrastante entrambi in modo paritario, allora la soluzione doveva essere ricercata *al di fuori* dei confini della dogmatica, nell'ambito di quella dottrina sociale, che studiava lo Stato quale risultato di un certo processo storico, di un certo assetto delle forze sociali e politiche. Dal 'sociale' di Jellinek nascono quelle idee di limitatezza della sovranità statale, di pluralità dei soggetti agenti a livello pubblico, che non erano pensabili a livello di dogmatica giuridica. Questo il senso del 'necessario correttivo', del quale sopra discorrevamo; è lo stesso Jellinek a precisare subito dopo quale sia il 'vantaggio' conseguibile attraverso la sua dottrina sociale dello Stato, quando afferma che solo con essa « *der Herrscher selbst* », lo Stato della *Rechtslehre*, può essere considerato « *Untertan* », cioè dipendente dal gioco delle forze storiche ⁽²⁵²⁾.

Il 'sociale' di Jellinek costituisce la valvola di sfogo delle contraddizioni interne della dogmatica, da sola chiaramente incapace di fornire adeguate risposte. Qui deve essere ricercato il senso più profondo dell'introduzione della dottrina sociale dello Stato: ammettere il nuovo, superare la fase rappresentata da Laband, conservando il vecchio, non ponendo in discussione il fondamentale dogma della derivazione di tutto l'ordinamento dalla volontà statale. Con Jellinek, alla fine del secolo, i giuristi pretendono di rinnovarsi rimanendo identici a sé stessi.

⁽²⁵²⁾ *Ibid.*, p. III.

Basta scorrere le pagine della *Soziallehre* per rendersi conto della giustezza di questa interpretazione. Chi vi cercasse un tentativo di recupero, da parte della giurisprudenza, di quelle analisi delle forze sociali, del concreto tessuto di vita della collettività, che essa, per tutto il secolo, aveva accuratamente accantonato, rimarrebbe deluso. Questa dottrina sociale è scritta da un giurista dell'Ottocento tedesco, e lo si avverte ad ogni pagina. Il suo oggetto non è costituito dalla dinamica tra Stato e gruppi sociali, ma dai tradizionali temi della 'legittimazione', della 'nascita', del 'declino' dello Stato ⁽²⁵³⁾.

Anche se Jellinek, già nell'Introduzione, aveva citato tutta la moderna letteratura sociologica ⁽²⁵⁴⁾, non è qui che devono essere ricercati i modelli della sua dottrina sociale. È, invece, ancora una volta, la tradizione più specificamente giuridica ad essere privilegiata. Infatti, al di là della dura critica ai giuristi oppositori del dominante metodo labandiano, è proprio tra di essi che Jellinek attinge le linee direttive della sua *Soziallehre*.

Ci riferiamo, in particolare, ancora una volta, a Gierke ed alla sua teoria delle *Genossenschaften* ⁽²⁵⁵⁾. Jellinek, pur criticando tale teoria ⁽²⁵⁶⁾, in sostanza, afferma che il suo difetto principale è quello di fornire solo l'« Oberbegriff », sotto il quale anche lo Stato può essere compreso, senza riuscire poi a spiegare la specificità dello Stato medesimo nella totalità delle *Genossenschaften* ⁽²⁵⁷⁾. Infatti, secondo Jellinek, è giusto considerare lo Stato come « Verbandseinheit », unitariamente concepita in base alla presenza di uno scopo collettivo, reputato tale dai membri della collettività ⁽²⁵⁸⁾, ma non si può fermare l'analisi a questo punto, e si deve, invece, mettere in rilievo la specificità dello Stato, consistente

⁽²⁵³⁾ Sono i titoli di altrettanti paragrafi della *Soziallehre* di Jellinek.

⁽²⁵⁴⁾ Da Stein a Marx, da Ahrens a Mohl, da Comte a Spencer: *ibid.*, pp. 79 e ss.

⁽²⁵⁵⁾ Diciamo 'ancora una volta', poiché già Hänel — anche lui, come Jellinek, di cultura giuridica positivistica — aveva adoperato le figure gierkiane di *Verband* e di *Körperschaft* (cfr. il paragrafo prec.).

⁽²⁵⁶⁾ JELLINEK, *op. ult. cit.*, pp. 134 e ss.

⁽²⁵⁷⁾ *Ibid.*, p. 144.

⁽²⁵⁸⁾ *Ibid.*, p. 157.

nell'essere esso medesimo centro di « Herrschaftsverhältnisse » ⁽²⁵⁹⁾. Ciò che distingue lo Stato da tutte le altre *Genossenschaften* è la titolarità della « Herrschergewalt », che si esercita mediante « unbedingter Durchsetzung des eigenen Willens gegen anderen Willen » ⁽²⁶⁰⁾.

Su questa via, e, dunque, a partire dall'idea gierkiana di *Verband*, Jellinek, sottolineando maggiormente il momento della volontà di dominazione statale, giunge alla definizione del contenuto sociale dello Stato: « Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit sesshafter Menschen » ⁽²⁶¹⁾.

La 'sociologia' di Jellinek è tutta qui, e consiste nel recupero, che egli compie, della problematica di giuristi come Gierke, la cui opera era già stata dimenticata a causa dell'assoluta dominanza del metodo labandiano. Ma, così come Gierke non era riuscito ad andare oltre l'*idea* del diritto pubblico quale *Willensorganisation*, senza poi spiegare attraverso quali concreti processi sociali tale organizzazione si produceva, facendo sì che più individui e gruppi sociali si riconoscessero nella soggettività dell'ente statale, così, ora, anche Jellinek blocca la sua analisi a questo medesimo punto. Con la differenza che, mentre il primo si limita a lasciarci una testimonianza critica, rinunciando a qualsiasi costruzione complessiva, il secondo, coerentemente alla sua cultura giuridica positivista, ci mostra quanto quella critica, debolmente fondata in una concreta analisi sociale, fosse facilmente riassorbibile, non appena si fosse abbandonata l'assoluta rigidità di posizioni della Scuola di Laband.

Infatti, la *Verbandseinheit* del concetto sociale di Stato diventa con grande naturalezza « Substrat » dello Stato-persona, non appena si passa al punto di vista più specificamente giuridico ⁽²⁶²⁾. A questo secondo livello, rimane unicamente, quale residuo della precedente considerazione sociale, il concetto di *Körperschaft*, che viene da Jellinek inserito nella definizione giuridica di Stato: « Als

⁽²⁵⁹⁾ *Ibid.*, p. 158.

⁽²⁶⁰⁾ *Ibid.*, p. 158.

⁽²⁶¹⁾ *Ibid.*, p. 159.

⁽²⁶²⁾ *Ibid.*, p. 161.

Rechtsbegriff ist der Staat demnach die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Körperschaft eines sesshaften Volkes »⁽²⁶³⁾.

Da questo momento in poi, l'analisi di Jellinek si sposta sempre più a livello esclusivamente giuridico, e non poteva essere altrimenti, se solo si pensa alla facilità con la quale, in queste pagine, egli ha riassorbito il concetto sociale di Stato nella tradizione dogmatica, il *Verband* nella *Körperschaft*. Quest'ultima, lungi dal costituire, come in Gierke, un punto di riferimento polemico nei confronti del dominante positivismo, rappresenta il tradizionale momento di attribuzione della personalità giuridica allo Stato⁽²⁶⁴⁾, con la differenza, rispetto a Laband, che esso è concepito in modo assai più vasto ed articolato, non in opposizione alla realtà sociale, quale sicuro rifugio delle certezze della scienza giuridica, ma come lettura giuridica di quella medesima realtà, come affermazione della natura giuridica dei processi che conducono una certa collettività a riconoscersi in uno Stato.

È su questa precisa convinzione che si fonda tutta la *Soziallehre* di Jellinek, che non mira a conseguire risultati *autonomi* scientificamente apprezzabili, ma a dimostrare come il 'sociale' possa, e debba, essere analizzato dal giurista, che in esso troverà aiuto e sostegno per le sue costruzioni dogmatiche.

Così deve essere valutata anche la parte conclusiva della dottrina sociale, quella nella quale Jellinek svolge le sue celebri argomentazioni sulla forza normativa del fatto. Le affermazioni del nostro giurista, secondo le quali tutto l'ordinamento giuridico riposerebbe « auf der Überzeugung von seiner Gültigkeit »⁽²⁶⁵⁾, sulla « Vorstellung dass dieses Faktische normativer Art sei »⁽²⁶⁶⁾, non sono collocate all'inizio della *Soziallehre*, al fine di fondare un'analisi autenticamente antinormativistica, ma in conclusione della medesima dottrina sociale, quale recupero del 'fattuale' da parte di un positivismo già a priori sicuro della validità delle proprie costruzioni.

⁽²⁶³⁾ *Ibid.*, p. 161.

⁽²⁶⁴⁾ Così, esplicitamente, lo stesso Jellinek, ancora a p. 161.

⁽²⁶⁵⁾ *Ibid.*, p. 304.

⁽²⁶⁶⁾ *Ibid.*, p. 312.

Su questa falsariga, si comprenderà perché le ultime pagine della *Soziallehre* siano dedicate al problema della limitazione della sovranità statale ⁽²⁶⁷⁾, che risiede, secondo Jellinek, proprio nella « Überzeugung » popolare, in conformità della quale lo Stato agisce ⁽²⁶⁸⁾, in quelle « Konstanten » della vita collettiva, cui devono ispirarsi gli « Staatswillensakte » ⁽²⁶⁹⁾. È proprio in base a questi elementi, di natura ‘ fattuale ’, o ‘ metagiuridica ’, costituenti la realtà ‘ sociale ’ di Jellinek, che egli ci ripropone la teoria dell’autolimitazione, già lanciata nel saggio del '92 sui diritti pubblici soggettivi: quel problema è ora dichiarato apertamente « metajuristischer Natur. Allein von der befriedigenden Antwort auf sie hängt die Möglichkeit allen öffentlichen Rechtes und damit allen Rechtes überhaupt ab » ⁽²⁷⁰⁾.

Giungiamo, così, a comprendere il significato ultimo del ‘ sociale ’ nell’economia complessiva dell’opera di Jellinek del 1900. ‘ Giuridico ’ e ‘ sociale ’ sono due faccie di un’identica medaglia, o, meglio, due aspetti del ‘ giuridico ’ medesimo, che si mostra rispettivamente, prima come sovranità dello Stato-persona, poi come esercizio limitato di quella medesima sovranità nei confronti di altri soggetti. Se giuridicamente lo Stato è sovranità tendenzialmente assoluta, socialmente è soggetto limitato, ed in tal modo completa la sua complessiva ‘ giuridicità ’, disincagliandosi dall’identificazione con il principio di autorità cui l’aveva costretto la dottrina labandiana della *Staatsgewalt*.

Già abbiamo sottolineato come, in questo modo, Jellinek soddisfi la duplice, e contraddittoria, esigenza di mantenere fermo il postulato della centralità assoluta dello Stato-persona, e, contemporaneamente, di allargare l’orizzonte della scienza di diritto pubblico. Questa sorta di mediazione è possibile proprio nella misura in cui Jellinek può parlare di *Soziallehre* senza mettere in discussione quel postulato fondamentale, senza dover sollevare il problema della sovranità della Costituzione e dell’ordinamento,

⁽²⁶⁷⁾ Il tema era stato precedentemente toccato solo a p. 213 e 214, con risultati identici a quelli che ora esporremo nel testo con riferimento a queste pagine conclusive della *Soziallehre*.

⁽²⁶⁸⁾ *Ibid.*, p. 334.

⁽²⁶⁹⁾ *Ibid.*, pp. 336-337.

⁽²⁷⁰⁾ *Ibid.*, pp. 331-332.

intesi quale risultato della concreta dinamica storica, dello scontro e dell'incontro tra le varie componenti sociali, in cui è coinvolto lo Stato medesimo.

Questo è possibile, a sua volta, in ragione di tutto lo sviluppo storico che abbiamo descritto a partire dalle tesi savigniane del *Beruf*. Jellinek, come tutti i giuristi che lo hanno preceduto, quando parla di 'sociale' indica, in verità, la 'convinzione popolare', il 'popolo' medesimo, la *Gemeinschaft*, molto più che la *Gesellschaft* ⁽²⁷¹⁾. Nella sua dottrina sociale, egli non si immerge nell'analisi dei soggetti e delle forze agenti nella società civile, ma immediatamente formalizza l'esistenza storica di quest'ultima, descrivendola, sulle orme di Gierke, come *Verbandseinheit*.

Dal *Volksgeist* di Savigny in poi, diversa è la terminologia che i giuristi hanno adoperato per riferirsi al 'sociale', ma identica è la circostanza che essi volevano indicare: il prevalere del dato giuridico, e della sua forza di coesione, sui dilaceranti conflitti della società industriale via via affermantesi nel corso del secolo.

Ciò vale anche per Jellinek, il quale, in un 'sociale' così concepito, non trova concreti soggetti storici in conflitto tra di loro e con l'autorità statale, ma una 'coscienza collettiva', che, proprio in quanto estrapolata dal contesto storico-sociale, può astrattamente essere concepita come omogenea entità unitaria, ora meramente confirmativa della volontà statale, 'naturalmente' identificantesi con essa, ora costituente limite alla sua espressione.

Con Jellinek, è la stessa società, nelle due forme da lui conosciute, del *Volk*, e dell'individuo, a divenire componente del sistema di diritto pubblico. Tale assorbimento si esprime mediante la rinnovata centralità dello Stato-persona, non più quale arti-

⁽²⁷¹⁾ Non vogliamo ancora una volta sottolineare l'assenza di una vera e propria scienza della società nella Germania della seconda metà del secolo, dopo la scomparsa di Stein dalla scena del dibattito scientifico, ma solo ricordare come un giurista, Rudolf von Gneist, ancora nel 1885, lamentasse la tendenza dei giuristi medesimi a concepire la società astrattamente come « Naturganze », e non come « Gesellschaft », o come « Kette von Bedürfnissen »; il popolo come « mystische Gemeinschaft », e non come « System widerstreitenden Interessen »: R. von GNEIST, *Zur Lehre vom Volksrecht, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht*, in *Festgabe für Georg Beseler*, Berlin, 1885, pp. 223-252 (pp. 230-232 per i passi citati).

ficio tecnico in funzione descrittiva dell'esistente — come in Laband —, ma come manifestazione di un vero e proprio modo di concepire la vita collettiva, imperniato sulla centralità del dato giuridico. Sulla scia della cultura giuridica di tutto il secolo, la società civile è concepita, o come complesso di individui isolati, sul modello privatistico, o come *Volk*, nell'accezione savigniana di comunità storico-naturale, cioè è letta in termini esclusivamente *giuridici*, nel modo più adatto a preparare la sua integrazione nella dominante personalità giuridica statale.

Il complesso dello sviluppo della giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento non ci lascia in eredità solo la figura labandiana del giurista tecnico delle strutture di potere esistenti, ma anche l'abitudine dei giuristi medesimi a pensare alla società civile come componente del loro sistema, in termini di 'popolo', o di 'coscienza collettiva'.

La vicenda di Jellinek è in questo senso esemplare: partito proprio dalla critica a Laband, dalla necessità, da lui avvertita, di un allargamento dei confini della scienza di diritto pubblico, si era rivolto alla società civile, ma lo aveva fatto con il vecchio strumentario della 'coscienza collettiva', rinunciando a qualsiasi sforzo di analisi delle reali articolazioni della società medesima. Il 'filosofo' Jellinek non è stato meno 'giurista' di Laband, poiché non è nel generico rifiuto della 'politica' che deve ricercarsi il tratto distintivo del metodo 'giuridico', ma nella pretesa dei giuristi di comprendere e dominare, con i propri strumenti specifici, il complesso della vita collettiva, ivi compreso lo Stato e la sua dinamica con la società civile.

Così visto, il metodo 'giuridico' — e, con esso, la scienza di diritto pubblico — è prodotto di un'età, che potremmo definire di *neutralizzazione* delle contraddizioni sociali e politiche, nella quale era ancora possibile pensare alla società civile come ad un tutto omogeneo, al suo rapporto con lo Stato come ad un naturale riflettersi del 'popolo' nella 'persona giuridica statale'; il metodo giuridico è prodotto, in definitiva, dell'Ottocento, ed in particolare di quello tedesco, dove, più che altrove, si sono verificate particolari condizioni storiche, che hanno favorito la sua emersione ed il suo successo.

Ma già le vicende della fine del secolo scorso, la stessa vittoria del metodo labandiano, con il progressivo ridursi della scienza giuspubblicistica a tecnica descrittiva dell'apparato di potere ⁽²⁷²⁾, dimostrano come i giuristi fossero destinati a perdere progressivamente la loro posizione di centralità, come fosse a termine — per dirla con Gerber — l'età del 'diritto'.

Con il nuovo secolo, di fronte al moltiplicarsi dei soggetti sociali agenti ed influenti a livello pubblico, al frazionarsi del processo di decisionalità politica attraverso una continua contrattazione tra Stato e gruppi sociali, le categorie di 'persona giuridica statutale' e di 'popolo' appaiono irrimediabilmente vecchie, frutto di un'età storicamente trascorsa. Ai giuristi il compito di prenderne atto.

⁽²⁷²⁾ Sotto questo profilo, sono da considerare anche le critiche a Laband di Gierke e di Hänel, risultate del tutto inefficaci, nonché le stesse vicende di Jellinek, la cui aspirazione ad un allargamento dei confini della giuspubblicistica si stempera nella riduzione — da lui medesimo operata — della società civile ad elemento del sistema di diritto pubblico.

INDICE DEI NOMI

Sono in carattere corsivo i nomi degli Autori che si situano nell'epoca che forma l'oggetto di questo volume. Sono in carattere tondo i nomi degli Autori dell'epoca successiva. I numeri indicano le pagine del volume; in corsivo se il riferimento è contenuto nel testo, in tondo per ciò che riguarda gli Autori citati nell'apparato di note. In quest'ultimo caso, per non appesantire eccessivamente l'indice, ci siamo limitati alla letteratura effettivamente utilizzata nel lavoro, escludendo i richiami generici ed indiretti.

- Aegidi*, 279-280, 281.
Ahrens, 141-144, 148.
Ajello, 27, 39.
Albrecht, 16, 53, 54, 100, 200, 280.
Amato, 404.
Angermann, 19, 88, 89, 95, 97, 138,
172, 174, 175, 177.
Avineri, 72.

Bahne, 222.
Bark, 97.
Basler, 62.
Baumgart, 129.
Baumgarten, 240.
Bähr, 274-276, 370.
Bärsch, 152, 259, 261.
Bergbohm, 15.
Bergmann, 135.
Bergsträsser, 61.
Beseler, 10, 11, 49, 100, 103-116,
119, 121, 123, 124, 126, 153, 155,
180, 182, 183, 194, 201, 210, 228,
244, 246, 247, 252, 320, 321, 322,
324, 327.
Blaich, 401.
Blasius, 64, 86, 88, 90, 91, 98, 166.
Bluntschli, 171-174, 177, 179-194,
201-203, 210, 213, 225, 228, 229,
238, 239, 247, 290, 291, 303, 323-
325, 408.
Böckenförde, 3, 18, 19, 21, 31, 32,
47, 49, 50, 51, 54, 65, 70, 87, 89,
90, 150, 220, 230, 234, 241, 309,
321, 333, 371, 373, 394.
Böhme, 59, 60, 136, 225, 236, 335,
337, 340, 401.
Bobbio, 66, 113.
Boldt, H., 54, 56, 96, 135, 234, 237.
Boldt, W., 130, 133.
Born, 255, 334, 338, 355, 400, 401.
Borso, 18, 70, 72.
Botzenhart, 136.
Brandt, 215.
Bretone, 34, 35, 36.
Brodersen, 235.
Brunner, 19.
Brutti, 34.
Burke, 27, 28.
Busmann, 140, 238, 339.

Caroni, 35.
Cattaneo, 23.
Cervelli, 70.
Cesa, 68, 91, 145, 146, 149.
Coing, 37.

- Conze, 18, 19, 62, 63, 131, 132, 133,
 134, 135, 137, 241, 255, 337, 401.
 Cornu, 72, 78.
Dahlmann, 40, 53, 64, 100, 175, 176,
 177, 213, 214, 220, 224, 228, 231.
 Dann, 190.
 De Sanctis, 64, 65, 87, 91, 164, 166,
 171.
 Dilcher, 19, 26, 37, 320.
 Droz, 24, 27, 138.
 Ehmke, 19, 42, 58.
Eichhorn, 41, 119, 180.
 Eisfeld, 236.
 Eyck, 129.
 Elsener, 181.
 Emerson, 403.
 Engelhardt, 254, 255.
 Epstein, 23.
Erdmann, 146-148.
 Espe, 279, 395.
 Faber, 56, 90, 136, 138, 239, 241.
 Fehrenbach, 17, 89, 351.
 Fenske, 129.
 Fischer, 62, 134, 338.
 Forsthoff, 37, 43, 87.
 Friedrich, 372, 377, 379, 388.
 Fröhling, 343.
 Galizia, 403.
 Gall, 46, 140.
 Gangl, 43, 56.
Gans, 72, 146.
 Gebhardt, 130.
Gerber, 6-12, 115-127, 151-162, 168,
 179-181, 193-211, 216-219, 224,
 243-252, 256-279, 281-285, 287-
 289, 291-302, 304, 306, 307,
 314, 315, 318, 323-327, 330, 332,
 341-348, 351, 354, 364, 366-368,
 386, 387, 403, 404, 409-411, 415,
 423.
Gervinus, 107.
 Giannini, 389.
Gierke, 8, 228, 229, 302, 319-334, 340,
 348, 358-370, 372, 376, 378, 380,
 381, 383-385, 387, 389, 394, 406,
 408, 411, 414, 417, 418, 421.
Gneist, 224-231.
 Gotthold, 389.
 Grabitz, 54, 56, 267, 404.
 Grawert, 308.
 Griewank, 132.
Grimm, 49, 53, 54, 56, 100, 202.
 Groh, 255, 337, 357.
 Grünfeld, 90, 95.
 Guastini, 93.
 Häfelin, 259.
 Hänel, 8, 372-389, 393, 394, 406,
 411, 414.
 Hahn, 64, 65, 72, 79, 80, 81, 82, 84,
 88, 91.
Haym, 149.
Haller, 71, 214.
 Hartung, 42.
 Heffter, 135, 138, 223, 226, 365, 372,
 389.
Hegel, 65-73, 77, 85, 90-92, 94, 145,
 146, 148, 163, 317.
Held, 232.
 Heller, 68.
 Hennis, 25.
 Heuer, 17.
 Hintze, 241, 372.
Hinrichs, 145, 146.
 Hock, 47, 142, 242.
 Hölzle, 221.
 Holborn, 58, 63, 150.
 Hollerbach, 26.
 Huber, 42, 54, 87, 222, 234, 236,
 237, 238, 334, 340, 356, 400.
Hugo, 28, 93.
 Iggers, 174, 223, 239.
 Janssen, 320, 370.
Jellinek, 9, 10, 315, 391-400, 402-422,

Jhering, 14, 160, 194, 195, 200, 222,
242, 243, 249, 251.
John, 285, 286, 305.

Kahlenberg, 241.

Kant, 25, 317.

Kaufmann, 262.

Kehr, 63.

Kiefner, 25.

Kiesewetter, 317.

Kimminich, 241.

Kirchmann, 14, 112.

Kleinheyer, 52.

Köhler, 38.

Kollmann, 255, 356.

Koselleck, 17, 18, 19, 62, 63, 78, 166.

Krieger, 221.

Krockow, 19.

Krüger, 25.

Krupa, 320.

Laband, 8, 9, 91, 304-319, 332, 340-
355, 357-369, 372-385, 387-389,
391-394, 396, 397, 399, 400, 402-
411, 414-416, 418, 419, 422.

Landsberg, 20, 100, 232, 233, 274, 285.

Langewiesche, 130.

Larenz, 21, 34, 146.

Lazzaro, 193.

Lenk, 23, 69, 148.

Lepsius, 136.

Lindenlaub, 355.

Lübbe, 145, 146, 317, 318.

Lukács, 70, 91.

Löwith, 92.

Losano, 14, 15, 101, 115, 152, 153.

Maier, 40, 389.

Mayer, G., 79.

Mayer, H., 365.

Mayer, O., 91, 389.

Marini, 20, 21, 22, 26, 27, 28, 29, 31,

32, 49, 53, 54, 72, 113.

Martitz, 373.

Marx, 93, 94.

Maurer, 49.

Mazzacane, 21, 31, 32.

Meier, 232, 233, 303.

Meisner, 215.

Merker, 23, 24.

Michelet, 146.

Mittermaier, 114.

Möser, 220.

Mohl, 94-99, 163, 169-174, 176, 177,

280, 283-285, 291, 303, 313.

Mommsen, 110.

Müller, 68.

Näf, 52.

Naujoks, 24, 27.

Negri, 23, 24, 27, 28.

Neumüller, 44.

Nigro, 193.

Nipperdey, 61, 338.

Noyes, 132.

Oertzen, 125, 158, 191, 193, 196, 232,

233, 248, 263, 264, 274, 276, 280,

283, 289, 322, 371.

Oppenheim, 163, 240.

Orestano, 21.

Pankoke, 64, 73, 80, 86, 88, 90, 91,

95, 98.

Paschen, 132.

Pasini, 113.

Pierandrei, 403.

Plessen, 355, 357.

Porzio, 14.

Preuss, 371, 372, 378.

Puchta, 14, 102, 109, 110, III, II2,

116, 123, 201.

Pugliese, 37.

Puhle, 401.

Quaritsch, 54, 259.

Rauh, 400.

Reyscher, 49, 101, 114, 119, 151, 153,

180, 210.

- Reuterskiöld*, 38.
 Riedel, 19, 40, 69, 70, 72, 144, 169,
 174, 177, 178.
 Rimscher, 52.
 Ritter, G. A., 61, 401.
 Ritter, J., 149.
Rochau, 139, 140, 143, 239.
Rönne, 233, 234, 285, 286, 289, 291,
 303.
Rössler, 146.
Romano, 267, 403.
 Rosenberg, 60, 61, 65, 77, 134, 137,
 146, 149, 337, 339, 401.
Rosin, 371.
Rotteck, 42-44, 46, 47-49, 56, 58, 61,
 76.
Ruge, 78, 79.
 Rückert, 33, 101, 114, 123, 151.
 Sauer, 63, 133.
Savigny, 4-16, 20-39, 41, 44, 45, 47,
 48, 57, 58, 65-67, 72, 74, 76, 77,
 79, 100-104, 106-108, 111, 116,
 123-125, 146, 148, 156, 157, 162,
 173, 176-179, 181, 182, 185, 201,
 202, 210, 216, 217, 224, 228, 231,
 245-247, 252, 253, 314, 315, 317,
 318, 347, 364, 366, 386, 387, 415,
 421.
 Scheuner, 25, 60, 69, 166, 261.
 Schiavone, 31, 93.
 Schieder, T., 46, 53, 140, 222, 241,
 256, 338.
 Schieder W., 62, 132.
 Schiera, 19, 51, 87, 95, 372, 389, 390.
Schmid, 113.
 Schmidt, 64, 90.
 Schmitt, 15, 37, 41, 52, 56, 77, 135,
 144, 372.
 Schnabel, 3, 25, 41.
 Schnur, 390.
 Schott, 52, 135, 267.
 Schröder, 20, 108, 110.
 Schroth, 222.
 Schubert, 18.
 Schultze, 340.
Schulze, 11, 180, 289-293, 295-302,
 303, 313, 321, 323, 325.
 Schwab, 18.
 Seier, 140, 241, 242.
Seydel, 371.
 Sellnow, 142.
 Sheehan, 56, 338.
 Sjöholm, 41.
 Smend, 53, 138, 188, 280, 302.
 Solari, 32.
 Spree, 135.
 Stadelmann, 60, 129.
Stahl, 182, 232.
Stein, 10, 11, 64, 65, 73-77, 79,
 80-95, 98, 99, 108, 109, 123, 133,
 146, 148, 150, 158, 160, 163-171,
 174, 176, 177, 179, 201, 225, 227,
 229, 390.
 Steinberg, 401.
 Stintzing, 20, 100, 232, 233, 274, 285.
Stockmar, 285, 286.
Stoerk, 371.
 Stoll, 20, 110.
 Strauch, 20.
 Stürmer, 133, 334, 339, 357.
 Stuke, 78, 132.
 Tarello, 17, 23, 37, 38.
 Tegethoff, 25.
 Theis, 65.
Thibaut, 36.
 Thieme, 33, 102.
Thöl, 110.
 Topitsch, 68.
 Trautmann, 254.
Treitschke, 173-177, 187, 223, 238.
 Treue, 43, 241.
 Tronti, 72.
 Unruh, 230, 390.
 Valentin, 129.
 Valjavec, 24, 27.
 Vitzthum, 372, 377, 379, 388.
 Vogel, 65.

Volkmar Heyen, 389.
Vontobel, 183.

Wächter, 110.

Wahl, 234, 241.

Wailz, 49, 180, 280.

Weber, 254, 402.

Wehler, 241, 335, 357.

Welcker, 43, 44, 45, 46, 47, 48.

Wende, 78.

Westphal, 176, 223.

Wieacker, 20, 68, 103, 116.

Wilda, 101, 119.

Wilhelm, J., 349.

Wilhelm, W., 14, 20, 34, 123, 152,
158, 160, 161, 193, 260, 261.

Wilson, 401.

Winkler, 235, 238, 337, 401.

Winters, 367.

Wolf, E., 20, 319.

Wolf, P., 94.

Zachariae, 233, 247, 280, 289, 313,
323, 324.

Zycha, 18.

Zöpfl., 232, 233.

Zorn. P., 302, 353, 373, 379, 391.

Zorn, W., 338.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Prefazione</i>	I
INTRODUZIONE	3

CAPITOLO I LA SCUOLA STORICA ED IL DIBATTITO SUL RUOLO DEI GIURISTI NELLA PRIMA METÀ DEL SECOLO

Premessa	13
§ I. Savigny e la proposta di centralità della scienza giuridica	20
§ II. Il movimento liberale e le possibili alternative alla proposta savigniana	39
§ III. Il contrasto tra hegelismo e Scuola Storica:	
1. Alcune linee generali del contrasto	58
2. La critica di Lorenz von Stein a Savigny	73
3. Altre voci dissenzienti	93
§ IV. Il dibattito interno alla Scuola Storica:	
1. La critica di Georg von Beseler	99
2. La risposta di Carl Friedrich von Gerber	115

CAPITOLO II GLI ANNI CINQUANTA: IL PRIMO APPROCCIO DEI GIURISTI ALLA TEORIA DELLO STATO

Premessa	127
§ I. Il particolare momento storico e la riflessione del movimento liberale	129
§ II. La scienza di diritto privato e le 'novità' gerberiane	151
§ III. Il dibattito sulla scienza della società	163

	<i>pag.</i>
§ IV. I giuristi e la dottrina dello Stato: la fase organicistica:	
1. Alcune osservazioni generali	178
2. Il 'Diritto pubblico generale' di Johann Kaspar Bluntschli	181
3. I 'Diritti pubblici' di Gerber	193

CAPITOLO III

VERSO LA FONDAZIONE DEL *REICH*: LA DOTTRINA DELLO STATO TRA 'ORGANICISMO' E 'STATUALISMO'

Premessa	213
§ I. La nuova fase del movimento liberale: la testimonianza di Rudolf von Gneist	218
§ II. L'emersione del 'modello' prussiano	231
§ III. La crisi del Gerber privatista	243
§ IV. La costituzione come sistema di principi giuridici: i <i>Grundzüge</i> gerberiani del 1865	252
§ V. La dottrina dello Stato nell'imminenza della fondazione del <i>Reich</i> :	
1. La reazione di parte liberale alla pubblicazione dei <i>Grundzüge</i> di Gerber	279
2. La polemica Hermann Schulze-Gerber	289
3. Il primo intervento di Paul Laband (1871)	304

CAPITOLO IV

VERSO IL NUOVO SECOLO: LA SCIENZA DI DIRITTO PUBBLICO TRA CERTEZZE DOGMATICHE E RIPENSAMENTI CRITICI

Premessa	317
§ I. Otto von Gierke giuspubblicista: l'intervento del 1874	319
§ II. Da Gerber a Laband	333
§ III. Il successo del diritto pubblico labandiano	348
§ IV. La critica alla scienza dominante: Otto von Gierke	356
§ V. La critica alla scienza dominante: Albert Hänel	368
§ VI. Il ripensamento della scienza dominante: Georg Jellinek	391